Sygn. akt: KIO 126/20

WYROK

z dnia 6 lutego 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2020 roku przez Wykonawcę W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W. B. Ekolas Przedsiębiorstwo Usługowe (ul. Kasztanowa 21, 63-421 Przygodzice) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Przedborów (Przedborów 49, 63-510 Mikstat)

przy udziale:

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Handel-Pośrednictwo-Usługi G. S. (Boduszewo 29, 62-095 Murowana Goślina) oraz M. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych M. S. (Sławica ul. Torfowa 2, 62-093 Rejowiec) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 126/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 i art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach części pierwszej, wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Handel-Pośrednictwo-Usługi G. S. oraz M. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych M. S. do złożenia wyjaśnień w ramach części pierwszej postępowania, w zakresie wskazania wartości faktycznie wykonanych usług przez G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Handel-Pośrednictwo-Usługi G. S., w ramach usługi realizowanej dla Nadleśnictwa Taczanów oraz nakazuje Zamawiającemu

powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oceny otrzymanych wyjaśnień.

2. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadne.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Przedborów (Przedborów 49, 63-510 Mikstat) w części 1/2 oraz Odwołującego W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W. B. Ekolas Przedsiębiorstwo Usługowe ul. Kasztanowa 21, 63-421 Przygodzice) w części 1/2 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 23 173 zł. 53 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sto siedemdziesiąt trzy złote pięćdziesiąt trzy grosze) uiszczoną przez Odwołującego W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W. B. Ekolas Przedsiębiorstwo Usługowe (ul. Kasztanowa

21,63-421 Przygodzice) tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia

pełnomocników stron oraz koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

3.2. zasądza od Zamawiającego Skarbu Państwa - Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Przedborów (Przedborów 49, 63-510 Mikstat) na rzecz Odwołującego: W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W. B. Ekolas Przedsiębiorstwo Usługowe (ul. Kasztanowa 21, 63-421 Przygodzice) kwotę 11 586 zł 77 gr (słownie: jedenaście tysięcy pięćset osiemdziesiąt sześć złotych siedemdziesiąt siedem groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kaliszu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 126/20

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe

Nadleśnictwo Przedborów (Przedborów 49, 63-510 Mikstat) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Przedborów w roku 2020 r., Numer referencyjny: SA.270.26.2019 (zwane dalej postępowaniem).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

2019/S 207-505136 z dnia 25 października 2019 r. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej „ustawą" lub „Pzp".

W dniu 23 stycznia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W. B. Ekolas Przedsiębiorstwo Usługowe (ul. Kasztanowa 21, 63-421 Przygodzice) - zwanego dalej Odwołującym, od następujących niezgodnych z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zaniechanych czynności do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie Ustawy tj.

1. zaniechania odrzucenia w ramach części pierwszej (Pakiet i) oferty Konsorcjum SKUBI (zwanym dalej „Konsorcjum SKUBI") w składzie:

1) G. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Handel-Pośrednictwo-Usługi G. S., Boduszewo 29,62-095 Murowana Goślina (zwanym dalej „Liderem Konsorcjum"),

2) M. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych M. S., Sławica, ul. Torfowa 2,62-093 Rejowiec (zwana dalej „Partnerem Konsorcjum"), z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, gdyż treść Oświadczenia Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium z dnia 22.11.2019 r. (dalej „Poręczenie") nie obejmuje wszystkich wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum SKUBI to jest nie obejmuje Partnera Konsorcjum, co skutkuje niespełnieniem podstawowego celu wnoszenia wadium, którym jest należyte zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego.

2. w konsekwencji zaniechania badania i oceny w ramach części pierwszej (Pakiet 1) oferty Odwołującego i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

3. w konsekwencji bezpodstawny wybór oferty Konsorcjum SKUBI, mimo że oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, a wobec tego nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust.1 Pzp

4. zaniechania czynności do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie Ustawy tj. zaniechania wezwania w ramach części pierwszej (Pakiet 1) do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp tj. wykazu usług oraz dowodów, że wskazane przez wykonawcę usługi na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zostały wykonane lub są wykonywane należycie,

5. w konsekwencji bezpodstawny wybór oferty Konsorcjum SKUBI, mimo że Konsorcjum SKUBI nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a wobec tego wybrana oferta nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 Pzp

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów Ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum SKUBI w zakresie części pierwszej, z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, gdyż treść Poręczenia nie obejmuje wszystkich wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum SKUBI to jest nie obejmuje Partnera Konsorcjum, co skutkuje niespełnieniem podstawowego celu wnoszenia wadium, którym jest należyte zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego.

2. art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez bezpodstawny wybór oferty Konsorcjum SKUBI w zakresie części pierwszej, mimo że oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, a w konsekwencji nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 Pzp

3. art. 26 ust. 4 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania w ramach części pierwszej (Pakiet 1) do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu usług oraz dowodów, że wskazane przez wykonawcę usługi na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

4. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawny wybór oferty Konsorcjum SKUBI, mimo że Konsorcjum SKUBI nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a wobec tego wybrana oferta nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. nakazanie:

1) unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru oferty Konsorcjum SKUBI w zakresie części pierwszej, jako najkorzystniejszej na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Przedborów w roku 2020;

2) odrzucenia oferty Konsorcjum SKUBI w zakresie części pierwszej;

3) dokonania ponownego badania i oceny ofert w zakresie części pierwszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego oraz przeprowadzenia wszystkich czynności niezbędnych do wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach niniejszego postępowania.

4) względnie unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru oferty Konsorcjum SKUBI w zakresie części pierwszej, jako najkorzystniejszej na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Przedborów w roku 2020 oraz wezwanie Konsorcjum SKUBI w ramach części pierwszej (Pakiet I) do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu usług oraz dowodów, że wskazane przez wykonawcę usługi na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zostały wykonane lub są wykonywane należycie;

2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zgodnie z wykazem kosztów (przedstawionych na rozprawie);

3. przeprowadzenie dowodu z dokumentów przywołanych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia w ramach części pierwszej zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ") i ubiega się o udzielenie zamówienia w ramach części pierwszej zamówienia. Ponadto Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami Ustawy, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami Ustawy. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Oferta złożona przez Konsorcjum SKUBI na realizację Zamówienia w ramach części pierwszej wbrew błędnemu stanowisku Zamawiającego - podlega odrzuceniu. Oferta Odwołującego powinna więc być pierwszą w kolejności najkorzystniejszą ofertą w klasyfikacji Zamawiającego tj. według rankingu złożonych ofert w ramach części pierwszej zamówienia. Zatem, gdyby Zamawiający prawidłowo zastosował przepisy Ustawy, to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Poprzez zaniechanie i dokonanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art, 179 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów Ustawy niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej zaniechać i czynności Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

Odwołujący w dniu 13 stycznia 2020 r. otrzymał od Zamawiającego drogą elektroniczną pismo informujące o wyborze jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części pierwszej zamówienia oferty Konsorcjum SKUBI.

Dowód:

- pismo informujące o wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z dowodem przesłania (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp W związku z powyższym stosownie do brzmienia art. 182 ust. 1 pkt. 1 Pzp termin przewidziany na złożenie odwołania od czynności Zamawiającego upłynął w dniu 23 stycznia 2020 r. Mając powyższe na względzie, Odwołujący wskazał, że niniejsze odwołanie jest wniesione z zachowaniem wymaganego terminu.

Nadto, Odwołujący oświadczył również, że zgodnie z art. 180 ust. 5 Ustawy, przesłał kopię niniejszego odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu na jego wniesienie, w taki sposób, aby mógł się zapoznać z jego treścią przed upływem wspomnianego terminu tj. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Dowód:

- potwierdzenie przekazania kopii odwołania Zamawiającemu (w załączeniu).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Przedborów w roku 2020. Nr postępowania: SA.270.26.2019, zostało wszczęte 25 października 2019 r. (ogłoszenie o zamówieniu 2019/S 207-505136). Termin składania ofert wyznaczono na 27 listopada 2019 r. Zgodnie z pkt 3.1. ppkt 7) SIWZ przedmiot zamówienia został podzielony na części (Pakiety) - liczba pakietów od I do VIII. Wykonawca może złożyć ofertę na jeden lub większą ilość Pakietów. Zamawiający wymaga oddzielnej oferty na każdy z pakietów, oferta złożona na dany Pakiet musi jednakże obejmować cały zakres prac przewidzianych w SIWZ dla tego Pakietu. Do wyznaczonego terminu składania ofert w ramach części pierwszej zamówienia zostały złożone trzy oferty: Odwołującego, Konsorcjum SKUBI oraz wykonawcy P. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Prac Leśnych „SILVA-OPUS” mgr inż. P. K. .

Dowód:

- ogłoszenie o zamówieniu z dnia 25 października 2019 r., SIWZ, informacja o złożonych ofertach z dnia 27 listopada 2019 r. (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

W dniu 13 stycznia 2020 roku Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części pierwszej wybierając ofertę Konsorcjum SKUBI,

Dowód:

- informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 13 stycznia 2020 r. (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia).

Odwołujący nie zgodził się z czynnością wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum SKUBI z uwagi na to, iż podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, wyrazem czego jest wniesione odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum SKUBI w zakresie części pierwszej, z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, gdyż treść Poręczenia nie obejmuje wszystkich wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum SKUBI to jest nie obejmuje Partnera Konsorcjum, co skutkuje niespełnieniem podstawowego celu wnoszenia wadium, którym jest należyte zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego niepodjęcie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum SKUBI stanowiło naruszenie przepisów Ustawy. Odwołujący wskazuje, co zostanie wykazane później, że brak wskazania w treści Poręczenia wszystkich wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum SKUBI stanowi, iż wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, a w konsekwencji powinno to spowodować odrzucenie oferty Konsorcjum SKUBI.

Zgodnie z brzmieniem pkt 9.1 SIWZ Zamawiający wymaga wniesienia wadium dla Pakietu 1 w wysokości 11 000 zł. Natomiast zgodnie z brzmieniem pkt 9.4 SIWZ z treści wadium wnoszonego w formie: poręczenia bankowego, poręczenia spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej lub poręczeniach udzielonych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości powinno wynikać bezwarunkowe, na pierwsze pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą zobowiązanie gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a Pzp oraz art. 46 ust. 5 Pzp Z kolei zgodnie z pkt, 9.5 SIWZ wadium wnoszone w formie innej niż pieniądz należy złożyć wraz z ofertą w oryginale w postaci elektronicznej tj. opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznymi osób upoważnionych do jego wystawienia. Wadium musi zabezpieczać ofertę na daną część zamówienia przez cały okres związania ofertą. Oferta Wykonawcy, który nie wniesie wadium lub wniesie wadium w sposób nieprawidłowy, zostanie odrzucona z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp

Dowód:

- tekst jednolity SIWZ (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia).

W realiach niniejszej sprawy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia tj. Konsorcjum SKUBI złożyło wadium w formie poręczenia udzielanego przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r, o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2019 r. poz. 310, 836 i 1572), która jest jedną z form wniesienia wadium dopuszczoną przepisami Ustawy (art. 45 ust. 6 pkt 5 Pzp). Poręczenie zostało wystawione przez Fundusz Rozwoju i Promocji Województwa Wielkopolskiego SA z siedzibą w Poznaniu (zwany dalej „Poręczycielem").

Zgodnie z § 1 złożonego Poręczenia podmiotem zobowiązanym jest Pan G. S. zamieszkały w Boduszewie 29, 62-095 Murowana Goślina, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Handel-Pośrednictwo-Usługi G. S. z siedzibą: Boduszewo 29, 62-095 Murowana Goślina, na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej RP, REGON: 634184..., NIP: 7841279..., zwany dalej „Zobowiązanym”.

W § 2 Poręczenia wskazano, że: „Zobowiązanie do zapłaty wadium dotyczy postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Przedborów w

roku 2020r."

- Nr postępowania: SA.270.26.2019

- Wadium dla Pakietu 1 w wysokości 11 000 zł."

Zgodnie z § 3 Poręczenia odpowiedzialność Poręczyciela z tytułu udzielonego poręczenia obejmuje spłatę 100 % aktualnego i wymagalnego zobowiązania Zobowiązanego wobec Zamawiającego do zapłaty wadium.

W § 4 ust. 1 Poręczenia wskazano przesłanki wypłaty wadium, które odzwierciedlają postanowienia art. 46 ust. 4a i 5 Pzp: „Poręczyciel dokona wypłaty wadium w sposób nieodwołalny, bezwarunkowo i na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego wzywające do zapłaty wadium, zawierające oświadczenie, iż Zamawiający zatrzymał wadium:

1) jeżeli Zobowiązany 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 tub 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 Zobowiązanego jako najkorzystniejszej, lub

2) jeżeli Zobowiązany którego oferta została wybrana:

- odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach

określonych w ofercie, lub

- nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn

leżących po stronie Zobowiązanego."

W treści Poręczenia nie wymieniono zarówno nazwy konsorcjum, do oferty którego niniejszy dokument został załączony jak i nazwy drugiego wykonawcy, który wchodzi w skład Konsorcjum SKUBI.

Dowód:

- Oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium z dnia 22.11.2019 r. (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia).

Konsorcjum SKUBI zdecydowało się na wniesienie wadium w formie innej niż pieniądz tj. w formie poręczenia, o którym mowa w art. 45 ust. 6 pkt 5 Pzp, Aby mówić o prawidłowo wniesionym wadium, z treści dokumentu wystawionego przez Poręczyciela musiałaby wynikać możliwości spełnienia podstawowego celu wadium, jakim jest należyte zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego. W kontekście przepisów prawa zamówień publicznych aspekt ten w istocie wyznacza skuteczność wadium wnoszonego w formach, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 Pzp Powyższe potwierdza ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Co prawda Krajowa Izba Odwoławcza w głównej mierze rozpatrywała przypadki dotyczące skuteczności gwarancji wadialnych, jednakże zarówno gwarancja jak i poręczenie stanowią formę niepieniężną wadium, zatem wnioski płynące z orzecznictwa są aktualne także w niniejszym stanie faktycznym. W wyroku z dnia 24 lipca 2017 r. (KIO 1417/17) wskazano następująco: „Gwarancja wadialna oznacza podjęcie przez gwaranta (bank, ubezpieczyciela) na zlecenie wykonawcy przystępującego do przetargu zobowiązania na rzecz zamawiającego jako beneficjenta, w przypadku naruszenia przez wykonawcę zobowiązań wynikających z przystąpienia do przetargu, dokonania na rzecz beneficjenta zapłaty w granicach określonej sumy pieniężnej. Celem gwarancji wadialnej jest zatem ochrona interesów zamawiającego na wypadek niedopełnienia przez wykonawcę obowiązków związanych z udziałem w postępowaniu przetargowym."

Idąc dalej zasadne jest przywołanie stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r. (sygn. akt IV CSK 86/17), zgodnie z którym: „Wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej można uznać za prawidłowe i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek

określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp O tym, czy tak jest w konkretnym przypadku, decyduje treść gwarancji ubezpieczeniowej, która może być ukształtowana różnie". Mając na uwadze wnioski płynące z wyroku nie można uznać jakoby wystarczającą ochroną interesów Zamawiającego było wniesienie wadium zabezpieczającego przed działaniami lub zaniechaniami tylko jednego z konsorcjantów. Aprobata takiego poglądu byłaby oczywiście sprzeczna z założeniem, iż celem wadium jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego. Co istotne w SIWZ znajdują się postanowienia określające kategorie oświadczeń lub dokumentów dotyczących drugiego z konsorcjantów, które musiały zostać podpisane lub złożone także przez ten podmiot i nie mogło zostać to konwalidowane samodzielnie przez drugiego członka Konsorcjum SKUBI (np. pkt 7.10. lit c SIWZ nakładający obowiązek składania JEDZ przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oraz pkt 7.10. lit. d SIWZ nakładający obowiązek składania przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie dokumentów, o których mowa w pkt 7.1. lit. g-n SIWZ). Niedochowanie obowiązku, o którym mowa wyżej, przez Partnera Konsorcjum niewskazanego w Poręczeniu mogłoby potencjalnie doprowadzić do faktycznego ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp obligujących Zamawiającego do zatrzymania wadium. Innymi słowy możliwa jest sytuacja kiedy to Zamawiający będzie musiał zatrzymać wadium wyłącznie z winy członka konsorcjum, którego Poręczenie nie wymienia i nie chroni jego zobowiązania względem Zamawiającego. Co za tym idzie, zabezpieczenie wyłącznie przed konsekwencjami działań lub zaniechać jednego spośród partnerów konsorcjum nie mogło w pełni chronić interesów Zamawiającego, a w konsekwencji nie spełniało swojego celu.

Dowód:

- tekst jednolity SIWZ (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

Z przywołanego wyroku Sądu Najwyższego wynika także, że o możliwości realizacji roszczeń przez Zamawiającego z tytułu zastosowania instytucji zatrzymania wadium decydować będzie treść dokumentu wadialnego. W ocenianym Poręczeniu nie zostały zawarte żadne postanowienia rozszerzające w jakikolwiek sposób odpowiedzialność Poręczyciela za zobowiązania Partnera Konsorcjum lub całego Konsorcjum SKUBI. Poręczenie określa swój zakres podmiotowy precyzyjnie i jednoznacznie, a katalog podmiotów zobowiązanych ma charakter enumeratywny i nie podlega rozszerzeniu o inne podmioty niewymienione w treści tego dokumentu. Celem niniejszego Poręczenia jest zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego w związku z ofertą złożoną przez Pana G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Handel-Pośrednictwo-Usługi G. S., czyli dotyczy czynności prawnej podjętej nie przez Konsorcjum SKUBI, lecz przez pojedynczego wykonawcę. W konsekwencji jest ono bezskuteczne i nie zabezpiecza roszczeń Zamawiającego mogących powstać w wyniku działań zarówno Konsorcjum SKUBI, jak i samego Partnera Konsorcjum.

W zakresie koniecznych elementów składających się na treść dokumentu umożliwiającego wypłatę wadium (tj. wadium wniesionego w formie innej niż pieniądz) Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się także w wyroku z dnia 27 marca 2018 r. (KIO 464/18).

W orzeczeniu wskazano: „(...) określenie, czyją ofertę gwarancja ma zabezpieczać, jest jej elementem niezbędnym, który nie może być wyinterpretowany z okoliczności ani potwierdzany późniejszymi oświadczeniami gwaranta, jest to bowiem element tworzący treść zobowiązania gwaranta i warunkujący skuteczność ewentualnych roszczeń z tytułu wadium.". Biorąc pod uwagę powyższe stanowisko, brak wskazania w treści Poręczenia wszystkich podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum SKUBI uniemożliwia Zamawiającemu stwierdzenie, że zabezpiecza ona ofertę przedmiotowego konsorcjum. Zamawiający na podstawie przedłożonego Poręczenia może jedynie stwierdzić, iż dotyczy ona samodzielnego wykonawcy, który w istocie nie składał oferty w ramach części pierwszej niniejszego postępowania tj. Pana G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Handel-Pośrednictwo-Usługi G. S. .

W tym miejscu należy przywołać stanowisko doktryny prawniczej, w przedmiocie konsorcjum i jego istoty. W literaturze podaję się: „W doktrynie prawa zamówień publicznych konsorcjum porównywane jest do spółek cywilnych (umowa spółki cywilnej uregulowana została w art. 860 i n. k.c.). Tak jak spółka cywilna nie ma ono osobowości prawnej. W wyniku zawarcia umowy konsorcjum nie powstaje osobny byt prawny - zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych mają jedynie podmioty tworzące konsorcjum. (...). Na istotę konsorcjum (...) wskazała Izba w wyroku z 12.10.2017 r. (KIO 2052/17. KIO 2076/17): „Termin «konsorcjum» jest używany na określenie wspólnego ubiegania się kilku wykonawców o udzielenie zamówienia. Jest to skrótowa forma ustawowego terminu «wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia)) (art. 23 ust. 1 Pzp). Istotą takiego konsorcjum jest zobowiązanie się jego członków do współdziałania dla osiągnięcia

określonego celu gospodarczego. Konsorcjum nie jest jednak samodzielnym podmiotem praw i obowiązków, odrębnym od poszczególnych konsorcjantów. Nie jest również trwałym związkiem gospodarczym, gdyż najczęściej jego członkowie łączą siły dla jednorazowego przedsięwzięcia, np. uzyskania zamówienia publicznego." (Skubiszak-Kalinowska Irena. Art. 23. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany. System Informacji Prawnej LEX, 2019.). Mając na uwadze powyższe konsorcjum nie posiada przymiotu samodzielnego 'wykonawcy", lecz tworzą je poszczególni członkowie konsorcjum.

Tym bardziej nie jest akceptowalny pogląd, jakoby wymienienie w treści Poręczenia tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, skutecznie chroniło interesy Zamawiającego.

W sytuacji, w której jako dłużnika zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczanego roszczenia w dokumencie wadialnym wskazano nie wszystkich wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w nim przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia sformułowanego jako "z przyczyn leżących po jego stronie". W szczególności czy powyższe sformułowanie tożsame jest z określeniem „z przyczyn za które odpowiada" (tak też stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 listopada 2019 r., KIO 2262/19).

W niniejszym stanie faktycznym nie sposób stwierdzić, że wyżej wymienione określenia są ze sobą tożsame. Do przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego nie można zaliczyć bowiem okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, które wynikają z zaniechania wykonawcy pominiętego w treści Poręczenia. W niniejszym przypadku nie ma przesłanek ku temu aby uznać, iż odpowiedzialność Lidera Konsorcjum obejmuje również te zaniechania. Zgodnie z art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1145), dalej KC, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Niemniej uwzględniając dyrektywy wykładni przywołanego wyżej przepisu, w tym okoliczności złożenia oświadczenia przez Poręczyciela, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, nie istnieją przesłanki pozwalające zasadnie twierdzić, że przez "przystąpienie Zobowiązanego do przetargu" należy rozumieć także przystąpienie w ramach konsorcjum wraz z innym wykonawcą który wprost nie został wymieniony w treści Poręczenia. Tak sformułowana treść Poręczenia jest klarowana i nie pozostawia wątpliwości, że zakresem ochrony objęte zostały wyłącznie działania lub zaniechania Lidera Konsorcjum. Zbyt daleko idącą tezą byłoby jakiekolwiek twierdzenie, że solidarność zobowiązań konsorcjantów wobec Zamawiającego miałaby w sposób automatyczny powodować przeniesienie powyższej relacji także na stosunki pomiędzy Poręczycielem a Zobowiązanym. Innymi słowy solidarna odpowiedzialność Lidera Konsorcjum i Partnera Konsorcjum wobec Zamawiającego nie przekłada się na solidarną odpowiedzialność Lidera Konsorcjum także za działania lub zaniechania Partnera Konsorcjum na gruncie Poręczenia. Dlatego też powyższa relacja nie może mieć odzwierciedlenia w ocenie skuteczności udzielonego Poręczenia.

Opierając się zatem na wnioskowaniu Sądu Najwyższego należy stwierdzić, że dokument złożony przez Konsorcjum SKUB1 nie czyni zadość obowiązkowi skutecznego wniesienia wadium, gdyż nie spełniał opisanych wyżej wymogów tj. z treści dokumentu wadialnego nie wynikała możliwość zaspokojenia wszelkich roszczeń Zamawiającego w przypadku zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp Złożone wadium nie spełniało swojego ustawowego celu, jakim jest zabezpieczenie interesu Zamawiającego.

Idąc dalej należy wskazać, że konieczność wypłaty przez Poręczyciela zabezpieczonej kwoty w sytuacjach wynikających z art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp nie może budzić wątpliwości. Tak też stwierdzono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 listopada 2019 r. (KIO 2262/19): „konieczność wypłaty przez gwaranta kwoty zabezpieczonej w gwarancji ubezpieczeniowej składanej tytułem wadium w sytuacjach wynikających z art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp nie może budzić wątpliwości. W szczególności za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której wypłata kwoty z gwarancji zależy od dobrej woli gwaranta, bądź pozostaje uzależniona od interpretacji tej gwarancji dokonywanej wbrew jej treści. Ponadto obowiązek złożenia prawidłowego wadium spoczywa na tym wykonawcy, który chce nim zabezpieczyć swą ofertę. Mając świadomość, że wadliwie wniesione wadium stanowi przesłankę dla wykluczenia wykonawcy z postępowania, powinien dbać o swoje interesy i dołożyć wszelkiej staranności by dokument został złożony prawidłowo. Jak wskazuje się w orzecznictwie, treść gwarancji składanych tytułem wadium powinna być jasna, przejrzysta i czytelna (por. wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 11 lipca 2013 r. sygn. akt X Ga 189/13). Ponadto ustawa Pzp w 45 ust. 6 określa dopuszczalne formy wadium, z których wszystkie powinny w jednakowy sposób zapewniać zaspokojenie roszczeń zamawiającego i być tak samo łatwo egzekwowalne jak wadium wniesione w gotówce.".

Mając na uwadze treść powyższego orzeczenia, zasadnie z treści Poręczenia prawidłowo zabezpieczającego interes Zamawiającego musiałaby jasno wynikać konieczność wypłaty przez Poręczyciela określonej kwoty w przypadku ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp Natomiast jak już wskazano wyżej, treść Poręczenia w żaden sposób nie wskazuje, jakoby Poręczyciel odpowiadał również za zobowiązania wszystkich członków Konsorcjum SKUBI. Jeżeli bowiem Poręczyciel podjąłby się przyjęcia odpowiedzialności także za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanych sobie konsorcjantów, musiałoby to znaleźć wyraz w treści Poręczenia. Przejawem takiego zabiegu mogłoby być wskazanie, że przez Zobowiązanego należy rozumieć nie tylko podmioty oznaczone w tym dokumencie, ale i wszystkich innych wykonawców, z którymi podmioty te zdecydują lub zdecydowały się złożyć ofertę. Natomiast w badanym Poręczeniu na próżno szukać tego typu zastrzeżeń, co oznacza, iż w przedmiotowej sprawie istnieje rzeczywiste ryzyko niezaspokojenia roszczeń Zamawiającego, w sytuacji zaistnienia przesłanki zatrzymania wadium z winy Partnera Konsorcjum. Z treści dokumentu ani wprost, ani w sposób dorozumiany nie wynika, aby odpowiedzialność Poręczyciela została rozszerzona także poza wprost wskazane w niej "przyczyny leżące po stronie Zobowiązanego".

Konkludując, w przedstawionych okolicznościach sprawy ofertę w postępowaniu złożyło dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Aby załączone do oferty wadium mogło zostać uznane za należycie wniesione, możliwość zaspokojenia interesów Zamawiającego, tj. uzyskanie zagwarantowanej zapłaty wadium musiałoby obejmować wszystkie wskazane działania lub zaniechania konsorcjum (według terminologii Poręczenia "Zobowiązanego") rozumianego w tym przypadku jako dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Ewentualnie w treści Poręczenia wyraźnie lub choćby w wystarczającym stopniu zrównane musiałyby zostać pojęcia „z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego" oraz „z przyczyn, za które Zobowiązany odpowiada".

Mając na względzie przedstawione wyżej argumenty faktyczne i prawne nie ulega wątpliwości, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 7b Pzp Jak już nadmieniono oferta Konsorcjum SKUBI w zakresie części pierwszej podlega odrzuceniu, gdyż treść Poręczenia nie obejmuje wszystkich wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum SKUBI to jest nie obejmuje Partnera Konsorcjum, co skutkuje niespełnieniem podstawowego celu wnoszenia wadium, którym jest należyte zabezpieczenie roszczeń zamawiającego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez bezpodstawny wybór oferty Konsorcjum SKUBI w zakresie części pierwszej, mimo że oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, a w konsekwencji nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 Pzp

Powyższy zarzut stanowi konsekwencję zarzutu postawionego i opisanego powyżej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, Zamawiający powinien odrzucić ofertę Konsorcjum SKUBI, to w konsekwencji Zamawiający powinien dokonać weryfikacji oferty Odwołującego jako najwyżej ocenionej i przeprowadzić wszystkie czynności niezbędne do przeprowadzenia wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach postępowania.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania w ramach części pierwszej (Pakiet I) do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu usług oraz dowodów, że wskazane przez wykonawcę usługi na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Zamawiający postawił w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunki udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. W tym, między innymi, w pkt 6.2. ppkt. 3 lit. a SIWZ w zakresie Pakietu pierwszego Zamawiający wskazał, że „Warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) dla Pakietu 1 zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej 1 usługę (przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy) polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 600 000,00 zł brutto”.

W celu potwierdzenia spełnienia wyżej wskazanego warunku udziału w postępowaniu złożony został wykaz usług, z którego wynika, że Lider Konsorcjum w okresie Od 01-01-2019 do 30-09-2019 realizował usługę z zakresu gospodarki leśnej na rzecz Nadleśnictwa Taczanów.

Powołanie się na wymienioną wyżej usługę nie może być uznane za skuteczne z uwagi na to, że zarówno Lider Konsorcjum, jak i Partner Konsorcjum nie realizował niniejszej usługi. Kwestia ta natomiast nie została należycie zweryfikowana przez Zamawiającego. W rzeczywistości przedmiot zamówienia w ramach postępowania na rzecz Nadleśnictwa Taczanów był realizowany przez inny podmiot. Oznacza to, że żaden z partnerów Konsorcjum SKUBI nie nabył niezbędnego doświadczenia wymaganego w tegorocznym postępowaniu na rzecz Nadleśnictwa Przedborów.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp Przytoczony artykuł znajduje zastosowanie każdorazowo w przypadku powstania niejasności albo wewnętrznej sprzeczności w przedłożonych przez Wykonawcę oświadczeniach lub dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, iż obowiązek wynikający z art. 26 ust. 4 Ustawy Pzp aktualizuje się w sytuacji, gdy złożone oświadczenia lub dokumenty budzą wątpliwości Zamawiającego. Tak też orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 czerwca 2016 r. (KIO 905/16).

Złożenie wykazu, z którego wynikało, że Lider Konsorcjum nabył doświadczenie realizując usługi na rzecz Nadleśnictwa Taczanów powinno wywołać wątpliwości po stronie Zamawiającego. Zgodnie bowiem z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 3 stycznia 2019 r. (ubiegłoroczne postępowanie na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Przedborów w roku 2019, numer sprawy: SA.270.23.2018) Konsorcjum SKUBI w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień podało, że „prace na terenie Nadleśnictwa Taczanów wykona podwykonawca - Przedsiębiorstwo Prac Leśnych „SILVA-OPUS" mgr inż. P. K.". Powyższe oznacza, że Zamawiający miał świadomość tego, że podmiotem, który faktycznie miał realizować usługi, na które powołuje się Konsorcjum SKUBI był wymieniony w informacji podwykonawca. Należy zaznaczyć, że wyjaśnienie przedmiotowej kwestii jest istotne, gdyż wykazanie posiadania doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego wpływa na wynik postępowania.

Dowód:

- informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 3 stycznia 2019 r.

Idąc dalej, powoływanie się przez Lidera Konsorcjum na realizację zamówienia na rzecz Nadleśnictwa Taczanów nie powinno zostać zaakceptowane przez Zamawiającego, bowiem faktycznie nie wykonywało usług objętych zamówieniem. Zamawiający nie może uznać, że powoływanie się na usługę zrealizowaną przez podwykonawcę pozwala na założenie, że generalny wykonawca również nabył doświadczenie. Stanowisko to znajduje poprawcie w orzecznictwie Krajowej izby Odwoławczej np. w wyroku z dnia 11 kwietnia 2018 r. (KIO 568/18): „Dysponowanie przez wykonawcę określonym potencjałem ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia.

Aby wykonawca dawał rękojmię należytej realizacji powierzonego zadania, musi wymagany potencjał rzeczywiście - a nie tylko formalnie - posiadać. W odniesieniu do doświadczenia oznacza to, że musi to być doświadczenie faktycznie przez danego wykonawcę nabyte poprzez realizację określonych zadań. Przyjęcie stanowiska przeciwnego byłoby tożsame z zezwoleniem na ukształtowanie się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego szkodliwej praktyki, dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, dając możliwość uzyskania zamówień podmiotom, które nie są zdolne do ich właściwej realizacji. W tym kontekście szczególnego znaczenia nabiera kwestia realności dysponowania zasobami przedstawianymi na potwierdzenie zdolności do wykonania zamówienia”.

Mając na uwadze powyższe w niniejszym wypadku zasadne było przeprowadzenie procedury wyjaśniającej czy Lider Konsorcjum faktycznie wykonał prace w Gminie Taczanów i czy rzeczywisty zakres ewentualnie wykonywanych prac skutkował nabyciem stosownego doświadczenia. W efekcie postępowania wyjaśniającego Zamawiający powinien ustalić, że w rzeczywistości żaden z członków Konsorcjum SKUB i nie zrealizował usługi, na którą się powołuje, co jest z sprzeczne z przedstawionymi dokumentami w postępowaniu.

Mając na względzie przedstawione wyżej argumenty faktyczne i prawne nie ulega wątpliwości, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp Jak już nadmieniono Konsorcjum SKUBI w zakresie części pierwszej był zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej czy podmiot powołujący się w wykazie usług na określone doświadczenie faktycznie je posiada.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawny wybór oferty Konsorcjum SKUBI, mimo że Konsorcjum SKUBI nie wykazało

spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a wobec tego wybrana oferta nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 Pzp

Powyższy zarzut stanowi konsekwencję zarzutu postawionego i opisanego powyżej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum SKUBI do złożenia wyjaśnień, to w konsekwencji Zamawiający powinien dokonać dalszej weryfikacji dokumentów podmiotowych Konsorcjum SKUBI.

W związku z powyższym, biorąc pod uwagę cały występujący w omawianym postępowaniu stan faktyczny oraz stan prawny, Odwołujący wnosi jak w petitum niniejszego odwołania.

Dnia 30 stycznia 2020 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: G. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Handel-Pośrednictwo-Usługi G. S. (Boduszewo 29, 62-095 Murowana Goślina) oraz M. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych M. S. (Sławica ul. Torfowa 2, 62-093 Rejowiec) składający ofertę w postępowaniu jako Konsorcjum SKUBI, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający złożył w dniu 4 lutego 2020 odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła

co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 stycznia 2020 roku wobec wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części pierwszej dokonanej w dniu 13 stycznia 2020 r.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy - środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu - co również zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie, dowody złożone w sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu w zakresie niepodlegającym odrzuceniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Wobec powyższego, Izba w pierwszej kolejności odniosła się do zarzutów uwzględnionych, tj. do naruszenia art. 26 ust. 4 i art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania w ramach części pierwszej (Pakiet 1) do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu usług oraz dowodów, że wskazane przez wykonawcę usługi na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zostały wykonane lub są wykonywane należycie oraz w konsekwencji poprzez bezpodstawny wybór oferty Konsorcjum SKUBI, mimo że Konsorcjum SKUBI nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a wobec tego wybrana oferta nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 Pzp.

W treści SIWZ pkt. 6.2 ppkt 3 lit a Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, którym musiał wykazać się wykonawcy, ubiegający się o zamówienie w zakresie Pakietu nr 1.

Warunek został sformułowany następująco:

> Warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres
>
> prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie):
>
> 1) dla Pakietu 1
> zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej 1 usługę (przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy) polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 600 000,00 zł brutto.

Zatem dla spełnienia powyższego warunku, wykonawca winien wykazać się doświadczeniem polegającym na wykonaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat upływem

terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wykonanych w ramach co najmniej 1 umowy, o wartości nie niższej niż 600 000,00 zł brutto. Wymóg dotyczący wskazania minimalnej wartości został określony jednoznacznie, poprzez odniesienie do konkretnej kwoty, tj. nie mniej niż 600 000,00 zł brutto.

Niewątpliwie celem przedmiotowego warunku było zagwarantowanie, by wykonawca, który podejmie się realizacji zamówienia, posiadał dostateczne doświadczenie w konkretnie wskazanym przez Zamawiającego obszarze, nabyte we wskazanym okresie czasu i o wartości określonej jako nie niższa niż 600 000,00 zł brutto.

Przystępujący, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazał doświadczenie nabyte przy realizacji usług leśnych przez konsorcjanta - G. S. w Nadleśnictwie Taczanów.

Odwołujący wykazał, że powyższa usługa realizowana była z udziałem podwykonawcy, natomiast Zamawiający potwierdził na rozprawie, że miał wiedzę dotyczącą udziału podwykonawcy w realizacji przedmiotowego zamówienia. Nie było zatem sporne między stronami, że usługa wykonywana przez G. S. dla Nadleśnictwa Taczanów, realizowana była z udziałem podwykonawcy.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożoną przez Odwołującego kopię Umowy o wykonanie usług leśnych z dnia 24.01.2019 zawartą w Ostrzeszowie pomiędzy G. S. reprezentującym Konsorcjum SKUBI Handel Pośrednictwo Usługi, a P. K. reprezentującym Przedsiębiorstwo Silvia Opus Przedsiębiorstwo Prac Leśnych P. K. dotyczącą „Wykonania usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Taczanów w roku 2019" jako zamówienia publicznego realizowanego przez P. K. w charakterze Podwykonawcy oraz faktury za wykonane prace dla Nadleśnictwa Taczanów w roku 2019 przez Konsorcjum SKUBI na kwotę ok. 228 000,00zł.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego pismo z dnia 03.02.2020r. Zn. Spr.: S.20.07.2020 złożone przez Zamawiającego z Nadleśnictwa Przedborów, w treści którego potwierdzono, że Konsorcjum SKUBI prezentowane przez G. S. realizowało usługi z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Taczanów w 2019 r., samodzielnie realizowało kluczowe elementy zamówienia, usługi realizowane były również z udziałem podwykonawcy - P. K. prowadzącego działalność jako Przedsiębiorstwo Prac Leśnych Silvia Opus P. K., Konsorcjum SKUBI wykonało i zafakturowało prace o wartości 228.879,18 zł. brutto, a P. K. PPL Silwia Opus P. K. wykonało i zafakturowało prace o wartości

1.671.838,33 zł brutto.

Powyższe jednoznacznie dowodzi, że usługa wykonywana dla Nadleśnictwa Taczanów realizowana była przez podwykonawcę, a wartość prac wykonanych przez G. S. wynosiła 228.879,18 zł brutto, co wskazuje na brak spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wartości wykonanych usług leśnych.

Sam bowiem fakt, że dany wykonawca (konsorcjant - G. S.) uczestniczył w realizacji usługi, która obejmowała m.in. ww. prace, nie przesądza jeszcze, że zdobył on doświadczenie w tym właśnie zakresie i o wartości, stanowiącej wartość umowy. Izba podziela stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego wyrażone w wyroku z dnia 1 lutego 2018 r., sygn. akt II GSK 4133/17, (który dotyczył wprawdzie doświadczenia nabytego w ramach konsorcjum, jednak na gruncie przedmiotowej sprawy stanowią analogię w stosunku do podmiotu nabywającego doświadczenie) iż „w ramach zespołu podmiotów tworzących konsorcjum każdy z nich ma inny zasób doświadczenia i wiedzy, gdyż realizuje swoje zadania na różnych odcinkach i z różnym zaangażowaniem. Wykonanie zadania przez konsorcjum nie jest faktycznym wykonaniem zadania przez danego wykonawcę. Każdy z wykonawców w ramach konsorcjum realizuje przypisane mu zadania, nabywając doświadczenie w tym zakresie, a nie w zakresie zadań realizowanych przez innych wykonawców. (.) doświadczenie wykonawcy należy postrzegać w kategoriach faktycznych a nie prawnych. Powyższe wynika z istoty art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dotyczący doświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do rzeczywistego zrealizowania przez wykonawcę części lub całości zamówienia, a nie skutków prawnych powiązań wynikających z wcześniej zawartych przez wykonawcę umów.” Ponadto Naczelny Sąd Administracyjny w ww. wyroku podkreślił, co Izba w pełni podziela, iż istnienie odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów za wykonanie zamówienia, wynikające z art. 141 ustawy Pzp nie pociąga za sobą konsekwencji w postaci dopuszczalności powoływania się przez jednego członka konsorcjum na doświadczenie zdobyte przez innego konsorcjanta w trakcie wykonywania wspólnego zamówienia, a więc uprawnienia do legitymowania się pełnym doświadczeniem wynikającym z wykonanego przez konsorcjum zamówienia.

Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 18 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 588/19 „Nie jest tak, jak twierdził Przystępujący, że wystarczy, by wykonawca faktycznie i realnie uczestniczył w realizacji jakiejkolwiek części zamówienia, aby mógł powoływać się na jego całość, np. będąc odpowiedzialnym za budowę drogi, mógł też wskazywać na doświadczenie w budowie mostu, której dokonał inny wykonawca albo będąc odpowiedzialnym za prace elektryczne, wskazywał też na wykonanie robót sanitarnych - nie uzyskał bowiem żadnego faktycznego/realnego doświadczenia w tym zakresie.”

Izba wskazuje, że istotą posiadania doświadczenia jest faktyczna realizacja tego zakresu zamówienia i o takiej wartości, który odpowiada doświadczeniu niezbędnemu do spełnienia danego warunku udziału w postępowaniu.

Zatem każdy wykonawca, uczestniczący w realizacji zamówienia będzie uprawiony do wykazania się doświadczeniem w realizacji części umowy, jednakże tylko w takim zakresie, w jakim faktycznie brał udział.

Należy podkreślić, że dysponowanie przez wykonawcę określonym potencjałem ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia. Aby wykonawca dawał rękojmię należytej realizacji powierzonego zadania, musi wymagany potencjał rzeczywiście, a nie tylko formalnie, posiadać. W odniesieniu do doświadczenia oznacza to, że musi to być doświadczenie faktycznie przez danego wykonawcę nabyte poprzez realizację określonych zadań. Przyjęcie stanowiska przeciwnego byłoby tożsame z zezwoleniem na ukształtowanie się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego praktyki dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, dając możliwość uzyskania zamówień podmiotom, które nie są zdolne do ich właściwej realizacji (por. m.in. wyrok z dnia 11 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 568/18).

Słusznie zatem wskazywał Odwołujący, że doświadczenie, którym wykazał się wykonawca Konsorcjum SKUBI powinno wywołać wątpliwości u Zamawiającego w zakresie wartości wykonanych usług, zwłaszcza w sytuacji kiedy Zamawiający wiedział o udziale podwykonawcy w realizacji usługi (co potwierdził na rozprawie). Wątpliwości te winny skutkować wezwaniem Konsorcjum SKUBI do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp w zakresie wartości realizowanej usługi dla Nadleśnictwa Taczanów przez G. S. . Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że prace wykonane przez podwykonawcę, Konsorcjum SKUBI może traktować jako swoje własne doświadczenie i wykazywać je Zamawiającemu w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, dlatego że ponosi odpowiedzialność za wykonanie umowy. To że Konsorcjum SKUBI odpowiadało za

realizację zamówienia i za działania podwykonawcy nie oznacza, że nabyło ono doświadczenie w zakresie prac faktycznie wykonanych przez podwykonawcę. Doświadczenie Konsorcjum SKUBI odnosi się do zakresu czynności i prac które realnie wykonało Konsorcjum, w tym nadzorowanie prac podwykonawcy, rozlicznie umowy czy koordynowania jej wykonania, a nie do prac wykonanych przez inny podmiot. Sam fakt ponoszenia odpowiedzialności za wykonanie prac przez inny podmiot nie oznacza, że podmiot odpowiedzialny nabył doświadczenia w wykonaniu tych prac. Podmiot odpowiedzialny może w takim przypadku wykazać się doświadczeniem w zakresie

koordynowania prac wykonywanych przez inne podmioty.

Izba podziela stanowisko zawarte w wyrokach przywołanych w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którymi: Okoliczność że sporne zamówienie zostało zrealizowane przez podwykonawcę nie oznacza braku nabycia doświadczenia przez Wykonawcę. Jednakże podkreślenia wymaga, że w takich okolicznościach Wykonawca, nabywa doświadczenia jedynie w zakresie który realnie wykonywał. Podkreślenia wymaga, że sam fakt pełnienia funkcji podmiotu odpowiedzialnego za wykonanie umowy nie przesądza automatycznie o nabyciu całościowego, kompleksowego doświadczenia w realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 16 grudnia 2019 r. otrzymał od Konsorcjum SKUBI wyjaśnienia, z których wnikało, że podział prac w realizacji zamówienia dla Nadleśnictwa Taczanów wynosił 90% G. S., 10% M. S., a treść wyjaśnień wynika z treści sformułowanego przez Zamawiającego pytania.

Izba podkreśla jednak, że ani z udzielonych wyjaśnień, ani z żadnego innego dokumentu złożonego w postępowaniu nie wynika, jaką wartość stanowią usługi leśne realnie wykonane przez G. S., które zostały wskazane na potwierdzenie posiadanego doświadczenia, tj. doświadczenia o wartości nie mniejszej niż 600 000,00 zł. brutto w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Nie można również zgodzić się z Przystępującym, który w piśmie zgłaszającym przystąpienie wskazał, że „szczegółowa informacja o wartości usług każdego z konsorcjantów zrealizowanych na rzecz Nadleśnictwa Taczanów była przedstawiona Zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwanie w piśmie z dnia 19 grudnia 2019r.” Okoliczność taka nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji sprawy. Z pisma z dnia 19 grudnia 2019 r. wynika jedynie informacja o wartości wykonanych prac - 1.405.995,35 zł w okresie 01.01.2019 -30.09.2019 oraz podział pomiędzy konsorcjantów w procentach 90% G. S., 10% M. S. . Nie ma natomiast informacji o wartości usług każdego z konsorcjantów zrealizowanych na rzecz Nadleśnictwa Taczanów, jak twierdzi Przystępujący.

Nie można również pominąć faktu, iż w zakresie dowodów złożonych przez

Odwołującego, tj. kopii umowy o podwykonawstwo i kopii faktur za wykonanie prac dla Nadleśnictwa Taczanów przez Konsorcjum, Przystępujący poza wnioskiem o nie zaliczanie ich w poczet materiału dowodowego - bowiem nie zostały załączone do odwołania - nie przedstawił żadnej merytorycznej argumentacji. Izba podkreśla, że zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, zatem

Odwołujący miał prawo złożyć wskazane dowody na rozprawie.

W ocenie Izby zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie potwierdza, że Konsorcjum SKUBI nabyło doświadczenie w realizacji usług leśnych przy realizacji usług dla Nadleśnictwa Taczanów o wartości nie mniejszej niż 600 000,00 zł brutto. Zatem w powyższych okolicznościach wybór oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1, w sytuacji gdy nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu był nieuzasadniony.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp oraz 91 ust. 1 Pzp został potwierdzony.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b i art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum SKUBI w zakresie części

pierwszej, z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, gdyż treść Poręczenia nie obejmuje wszystkich wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum SKUBI, to jest nie obejmuje Partnera Konsorcjum.

Zgodnie z zapisami SIWZ pkt 9. 1 Zamawiający wymagał wniesienia wadium dla Pakietu pierwszego w wysokości 11 000,00 zł.

Zgodnie z pkt 9.4 SIWZ z treści wadium wnoszonego w formie: poręczenia bankowego, poręczenia spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej lub poręczeniach udzielonych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości powinno wynikać bezwarunkowe, na pierwsze pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a PZP oraz art. 46 ust. 5 PZP.

Z pkt 9.6 SIWZ wynika, że 9.6. Treść gwarancji wadialnej musi zawierać następujące elementy:

1) nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji/poręczenia (Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji/poręczenia) oraz wskazanie ich siedzib,

2) określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją/poręczeniem - określenie przedmiotu zamówienia

3) kwotę gwarancji/poręczenia,

4) zobowiązanie gwaranta/poręczyciela do zapłacenia bezwarunkowo i nieodwołalnie kwoty gwarancji/poręczenia na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a Pzp oraz art. 46 ust. 5 Pzp.

Przystępujący wniósł wadium w formie Poręczenia udzielonego przez Fundusz Rozwoju i Promocji Województwa Wielkopolskiego S.A. z siedziba w Poznaniu.

W treści Poręczenia wskazany został jako „zobowiązany" Pan G. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Handel-Pośrednictwo-Usługi G. S., wskazanie Zamawiającego, którym jest Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Przedborów, wskazanie postępowania w ramach którego Poręczyciel zobowiązuje się do zapłaty wadium, wskazanie kwoty zobowiązania - 11.000,00 zł oraz wskazanie, że Poręczyciel dokona wypłaty wadium w sposób nieodwracalny, bezwarunkowy i na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego w okolicznościach wskazanych w art. 46 ust. 4a Pzp oraz art. 46 ust. 5 Pzp. .

Powyższe okoliczności potwierdzają, że wadium złożone w formie ww. Poręczenia spełnia ww. wymagania Zamawiającego, oraz w sposób prawidłowy zabezpiecza ofertę złożona przez przystępującego.

Odwołujący podnosi, iż z uwagi na brak wskazania w treści Poręczenia wszystkich Konsorcjantów Przystępującego, wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, co w konsekwencji powinno skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego.

Wskazać należy, że ustawa Pzp, zawiera zamknięty katalog przesłanek, po spełnieniu których oferta powinna być odrzucona. Izba przychyla się do stanowiska, prezentowanego w szeregu orzeczeniach Krajowej izby Odwoławczej jak również sądów powszechnych (np. wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r., sygn.. akt II Ca 489/06, wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 23 lipca 2015 r. sygn.. akt IV Ca 357/15, wyrok Sądu Okręgowego w warszawie z dnia 14 października 2015 r. sygn.. akt CXXII Ga 1313/15, zgodnie z którym dokument wadialny wystawiony na jednego z członków konsorcjum, który jest prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem uprawnionym do działania w imieniu i na rzecz pozostałych członków konsorcjum, spełnia wymagania ustawowe, nawet jeśli w jego treści nie wskazano faktu istnienia konsorcjum.

Wskazać należy za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. (sygn. akt IV CSK 86/17), którego ustalenia są także aktualne w okolicznościach przedmiotowej sprawy

że: „Dodatkowo 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 rozumowania 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 któregokolwiek 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. 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.”

Dodatkowo, Izba podkreśla, że Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, z którego wynikałoby, że Zamawiający nie będzie mógł zrealizować uprawnień wynikających z wadium, w związku z brakiem w treści Poręczenia drugiego z konsorcjantów.

Reasumując, Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp i w konsekwencji

naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp za niezasadny.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 - w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18. W tym ostatnim postanowieniu Sąd Okręgowy wskazał, co następuje: „Nie budziło zatem wątpliwości, że odwołanie zostało uwzględnione jak i oddalone w równych (co do ilości zarzutów) częściach, w tym uwzględnione co do obu zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do której to czynności został wniesiony sprzeciw. Odwołujący R. S. i wnoszący sprzeciw przystępujący Wykonawca TPF Sp. z o. o. wygrali

zatem i jednocześnie przegrali w połowie.

Sąd Okręgowy przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów. Na przyjęcie takiego stanowiska, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przepis 5 ust. 4 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, zgodnie z brzmieniem którego w przypadkach nieuregulowanych w 5 ust. 1-3 Izba powinna orzec o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednocześnie zauważyć należało, że żaden przepis nie reguluje wprost sytuacji, w której odwołanie odwołującego lub wnoszącego sprzeciw zostało uwzględnione dokładnie w połowie. Przepisy § 5 ust. 2 jak i ust. 3 rozporządzenia dotyczą bowiem uwzględnienia lub oddalenia odwołania w całości, a zatem nie mogły stanowić oparcia dla rozstrzygnięcia o kosztach niniejszego postępowania.

W tym stanie rzeczy koszty postępowania należało rozliczyć proporcjonalnie do wyniku postępowania wywołanego odwołaniem wniesionym przez Odwołującego. Takie rozwiązanie jest zgodne z art. 192 ust. 10 Pzp ustanawiającym zasadę orzekania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.”.

W niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia - w zakresie merytorycznym częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Izba stwierdziła, że zasadne okazały się zarzuty dotyczące naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp i 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechania wezwania w ramach części pierwszej (Pakiet 1) do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu usług oraz dowodów, że wskazane przez Przystępującego usługi na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zostały wykonane lub są wykonywane należycie oraz poprzez bezpodstawny wybór Przystępującego, pomimo że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a wobec tego jego oferta nie była ofertą najkorzystniejszą.

Za chybione należało uznać zarzuty dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp i 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego w zakresie części pierwszej, z uwagi na wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy, gdyż treść Poręczenia nie obejmowała wszystkich partnera Konsorcjum, co skutkuje niespełnieniem podstawowego celu wnoszenia wadium, którym jest należyte zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego oraz poprzez bezpodstawny wybór oferty Przystępującego w zakresie części pierwszej, mimo że oferta to podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, a w konsekwencji nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku 50% i chybione w takim samym stosunku. Kosztami postępowania po połowie obciążono zatem Zamawiającego i Odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w maksymalnie dopuszczalnej wysokości 3.600 zł, koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę w zaliczone przez Izbę w poczet kosztów postępowania w kwocie 139,00 zł, koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą w wysokości 3.600 zł oraz koszty dojazdu pełnomocnika Zamawiającego na rozprawę w wysokości 834,53 zł. Łącznie wartość kosztów postępowania odwoławczego wyniosła zatem 23 173 zł. 53 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18,739,00 zł (15.000,00 zł tytułem wpisu, 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i 139,00 zł udokumentowane koszty przejazdu), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.586,77 zł (23.173,53 x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7.152,24 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku. Ponadto, kwota ta stanowi różnicę pomiędzy kosztami, za które Zamawiający odpowiadał, a kosztami dotychczas poniesionymi tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę (11.586,77 zł - 4.434,53 zł = 7.152,24 zł).

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 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. jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). wskazując, że w poczet kosztów postępowania odwoławczego związanych z dojazdem na posiedzenie i rozprawę zaliczyła Odwołującemu koszt przejazdu w jedną stronę, ponieważ tylko taki wydatek został udokumentowany.

Przewodniczący : .....