Sygn. akt: KIO 642/22

WYROK
z dnia 22 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Aneta Mlącka
Przewodniczący

Izabela Niedziałek - Bujak
Członkowie:

Andrzej Niwicki

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 07 marca 2022 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: S. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "Usługi Leśne S. S.", Tree Company Sp. z o.o. (Bliska Wola Kolonia 3B, 97-330 Sulejów) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe" Nadleśnictwo Piotrków (Łęczno 101, 97-330 Sulejów)

przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: D. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D. B. Usługi Leśne, K. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. B. Usługi Leśne, A. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą A. B. Zakład Usług Leśnych, M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Mariwo Transport M. W. (Teklin 7, 97-532 Łęki Szlacheckie) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie i

2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: S. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "Usługi Leśne S. S.", Tree Company Sp. z o.o. (Bliska Wola Kolonia 3B, 97-330 Sulejów) tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 642/22

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe" Nadleśnictwo Piotrków z siedzibą w Łęcznie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest: Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Piotrków w roku 2022. Pakiet I.

Odwołujący: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum S. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. S. „Usługi Leśne" Tree Company sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 14 p.z.p. poprzez uznanie, że Odwołujący skutecznie wycofali wniesione przez siebie wadium, na skutek czego ich oferta podlegała odrzuceniu;

- art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) p.z.p. w zw. z art. 117 ust. 3 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że referencje złożone przez Konsorcjum oraz oświadczenie złożone w trybie art. 117 ust. 4 p.z.p. nie potwierdzają, aby usługi, do realizacji których wymagane są przez Zamawiającego zdolności w postaci doświadczenia, miały być wykonywane przez tych wykonawców, którzy takie doświadczenie posiadają.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołujących oraz czynności wyboru oferty Konsorcjum oraz nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołujących;

- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie na rzecz Odwołujących równowartości kwoty wpisu oraz kosztów, o których mowa w §5.2) rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zamawiający powiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego. Podstawą odrzucenia był art. 226 ust. 1 pkt 14) p.z.p. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający odrzuca ofertę jeżeli wykonawca nie wniósł wadium lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 p.z.p.

Przesłanką odrzucenia oferty Odwołujących było złożenie przez nich w piśmie z dnia 17 lutego 2022r. oświadczenia, że środki wpłacone tytułem wadium mają zostać przeksięgowane na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy, którą strony miały zawrzeć w związku z wyborem oferty Odwołujących w ramach innego pakietu zamówienia.

W ocenie Odwołującego, oświadczenie złożone w piśmie z dnia 17 lutego 2022r. nie wypełniło dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 14) p.z.p. i w świetle przepisów ustawy było nieskuteczne. Zamawiający nie miał bowiem, nawet wbrew oczekiwaniom Odwołujących wyrażonym w tym piśmie, możliwości potraktowania wpłaconej mu kwoty jako sumy stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

Zgodnie z art. 97 ust. 1 p.z.p., wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2. Jedyne sytuacje „skrócenia" terminu ważności wadium w stosunku do terminu związania ofertą zostały opisane w art. 98 ust. 1 i 2 ustawy, przy czym w niniejszej sprawie oczywiście nie występuje żaden przypadek zdefiniowany w tych przepisach.

Przyjęta przez Zamawiającego interpretacja stoi w rażącej sprzeczności z kluczową dla systemu zamówień publicznych zasadą trwałości związania wykonawcy ofertą od chwili terminu jej złożenia.

Odwołujący dodał, że pismo z dnia 17 lutego 2022r. nie miało na celu zakończenia ich

udziału w postępowaniu. Odwołujący nie miał świadomości, że zapytania kierowane do nich przez Zamawiającego w kwestii przeksięgowania rzeczonej sumy będą skutkowały odrzuceniem ich oferty, tym bardziej, że o takich skutkach Zamawiający nie informował w

swojej korespondencji.

Odwołujący nie składał Zamawiającemu żadnego pisma ani oświadczeń, które mogłyby sugerować, że nie są zainteresowani dalszym udziałem w postępowaniu. Jeszcze w dniu 31 stycznia 2022r. Odwołujący wniósł odwołanie zmierzające do podważenia niekorzystnych dla nich wyników postepowania. Po uwzględnieniu zarzutów poprzedniego odwołania Odwołujący oczekiwał na kolejne rozstrzygnięcie przetargu.

Dociekanie Zamawiającego odnośnie przeksięgowania wadium zawarte w jego piśmie z dnia 17 lutego może być wręcz potraktowane jako próba sprowokowania sytuacji umożliwiającej odrzucenie oferty i zapobieżenia ponownego kwestionowania przez Odwołującego wyboru konkurencyjnej oferty.

Gdyby uznać oświadczenie Odwołującego o wycofaniu wadium za skuteczne, oferta powinna podlegać odrzuceniu bezzwłocznie po dniu 17 stycznia 2022r. Już wtedy Odwołujący po raz pierwszy sygnalizował chęć dokonania przeksięgowania. W opinii Odwołującego powyższa niekonsekwencja Zamawiającego dodatkowo dowodzi zasadności stanowiska Odwołującego.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej 20 stycznia 2022r. Wybór został zakwestionowany przez Odwołującego (sygn. akt KIO 259/22). Odwołujący zarzucił wówczas Zamawiającemu naruszenie art. 128 ust. 4 p.z.p. w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 p.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty bez uprzedniego żądania od Konsorcjum udzielenia wyjaśnień dotyczących doświadczenia wskazanego na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, pomimo że referencje złożone przez Konsorcjum wywołują wątpliwości odnośnie zakresu usług wykonanych przez poszczególnych jego członków i zadeklarowanych w wykazie (załączniku nr 9 do SWZ) oraz wzbudzają zastrzeżenia, czy prace do których Zamawiający wymaga odpowiednich zdolności zostaną rzeczywiście zrealizowane przez posiadających je przedsiębiorców; oraz art. 128 ust 5 p.z.p. w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 p.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty bez uprzedniego zwrócenia się do Nadleśnictwa Bełchatów z żądaniem udzielenia wyjaśnień dotyczących doświadczenia wskazanego przez Konsorcjum na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, pomimo że referencje złożone przez Konsorcjum wywołują wątpliwości odnośnie zakresu usług wykonanych przez poszczególnych jego członków i zadeklarowanych w wykazie (załączniku nr 9 do SWZ) oraz wzbudzają zastrzeżenia, czy prace do których Zamawiający wymaga odpowiednich zdolności zostaną rzeczywiście zrealizowane przez posiadających je przedsiębiorców.

4 lutego 2022r. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości i na skutek umorzenia postępowania odwoławczego w dniu 17 lutego 2022r. unieważnił zaskarżoną czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

W ocenie Odwołującego, zastrzeżenia będące przedmiotem poprzedniego zaskarżenia

Odwołujących pozostają aktualne. W toku ponowionego postępowania nie wyjaśnione zostały bowiem okoliczności dotyczące obowiązku wynikającego z art. 117 ust. 3 i 4 p.z.p. Wymogiem Zamawiającego w odniesieniu do przedmiotowego pakietu było wykazanie zrealizowania prac z zakresu gospodarki leśnej polegających na pozyskaniu, zrywce i zagospodarowaniu lasu o wartości nie mniejszej niż 1.360.000 PLN brutto.

Zgodnie z treścią SWZ, w ślad za art. 117 ust. 3 p.z.p., w odniesieniu do warunku doświadczenia, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogli polegać na tych, którzy wykonają usługi, do realizacji których zdolności są wymagane. W rezultacie, na podstawie art. 117 ust. 4 p.z.p., Zamawiający zobowiązał konsorcja do zadeklarowania, które prace objęte zamówieniem zostaną wykonane przez poszczególne firmy. Celem tego zapisu było zweryfikowanie adekwatności zakresu doświadczenia do planowanej skali robót powierzonej danemu przedsiębiorcy.

Na potrzeby udowodnienia spełnienia warunku w postaci doświadczenia Przystępujący złożył wykaz usług, w którym powołał się na praktykę zdobytą w Nadleśnictwie Bełchatów. W wykazie zadeklarowano, że doświadczenie na podstawie wspomnianej umowy zdobyli konsorcjanci D. B., K. B. i A. B. . Wykaz znalazł potwierdzenie w złożonych referencjach.

W treści oferty złożonej w niniejszym postępowaniu Przystępujący wskazał, że przyjęty podział robót będzie następujący: D. B. - 50% usług objętych pakietem, K. B. - 15% usług, A. B. - 15% usług, M. W. - 20% usług.

Odwołujący wskazał, że zadeklarowane w ofercie części przyszłych prac przypadające na każdego z konsorcjantów nadal nie potwierdzają, aby wykonaniem usług w przypadku uzyskania zamówienia mieli zająć się poszczególni przedsiębiorcy w zakresie, w jakim legitymują się odpowiednim doświadczeniem.

Zgodnie z art. 117 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy

wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zgodnie z art. 117 ust. 4 p.z.p., w przypadku, o którym mowa w ust. 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, podział prac opisany w pkt 7 formularza ofertowego Konsorcjum nie gwarantuje, że wykonają je firmy posiadające oczekiwane doświadczenie. Konsorcjant M. W. w ogóle bowiem takiego doświadczenia nie posiada. W konsekwencji Odwołujący doszedł do wniosku, że Przystępujący zamierza wykonywać usługi z aż dwudziestoprocentowym zaangażowaniem podmiotu, który nie legitymuje się wymaganymi kwalifikacjami. W tym stanie rzeczy zarzut opisany w pkt 4. petitum pisma jest uzasadniony.

Przystępujący złożył wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Przystępującego, odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Przystępujący powoływał się na okoliczność, że Odwołujący złożył wniosek o zwrot wadium. W konsekwencji, zdaniem Przystępującego, stosunek prawny łączący Zamawiającego z Odwołującym dla części I przedmiotowego postępowania uległ rozwiązaniu, a Odwołujący utracił status Wykonawcy i tym samym utracił prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Wniosek o odrzucenie odwołania został oddalony.

Izba miała na uwadze okoliczność, że to właśnie czynność Zamawiającego polegająca na uznaniu, że Odwołujący skutecznie wycofał wadium, stanowiła przedmiot zarzutu Odwołującego. Merytorycznej ocenie Izby podlegał wniosek o zwrot wadium i skutek jego złożenia. Dopiero stwierdzenie prawidłowości i skuteczności wycofania przez Odwołującego wadium (co stanowiło przedmiot odwołania), mogłoby stanowić podstawę do uznania, że odwołanie wniósł podmiot nieuprawniony.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Oddaleniu podlegał zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 117 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że referencje oraz oświadczenie złożone w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie potwierdzają, aby usługi, do realizacji których wymagane są przez Zamawiającego zdolności w postaci doświadczenia, miały być wykonywane przez tych wykonawców, którzy takie doświadczenie posiadają.

Zgodnie z warunkiem opisanym przez Zamawiającego w SWZ, w zakresie doświadczenia, wykonawcy byli zobowiązani wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat zrealizowali prace z zakresu gospodarki leśnej polegające na pozyskaniu drewna, zrywce i zagospodarowaniu lasu o wartości nie mniejszej niż 1.360.000 PLN brutto, przy czym: w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co najmniej jeden z wykonawców powinien wykazać wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej o wartości stanowiącej co najmniej 50% łączenie wartości usług wymaganej w treści warunku. Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu odnosił się wyłącznie do sytuacji, gdy jeden ze współkonsorcjantów - M. W. - nie zdobył doświadczenia przy realizacji zadania realizowanego na rzecz Zamawiającego - Nadleśnictwo Bełchatów.

Podnoszona przez Odwołującego okoliczność nie oznacza, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Zamówienie będzie realizowane przez podmioty, które posiadają 100% doświadczenia przy realizacji zadania na rzecz Zamawiającego -

Nadleśnictwo Bełchatów. Zamówienie zatem będzie realizowane przez podmioty, które w całości wykonały uprzednie zamówienie i które posiadają doświadczenie odpowiadające brzmieniu warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 117 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Wykonawcy realizujący niniejsze zamówienie posiadają doświadczenie zdobyte przy realizacji całości zadania realizowanego na rzecz Nadleśnictwa Bełchatów. Z artykułu 117 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika okoliczność, na którą powoływał się Odwołujący. Z całą pewnością tak z powyższego artykułu, jak i z treści warunku opisanego w SWZ nie wynika konieczność, aby wszyscy wykonawcy, którzy będą realizowali zamówienie legitymowali się określonym doświadczeniem.

W związku z powyższym zarzut podlegał oddaleniu.

Zgodnie z artykułem 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W sytuacji, jeżeli nawet stwierdzone zostanie naruszenie przepisów ustawy, które jednak nie będzie miało wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, odwołanie podlega oddaleniu.

W ramach pakietu nr 1 wybrana oferta (złożona przez Przystępującego) była ofertą najkorzystniejszą. Nie potwierdził się podnoszony przez Odwołującego zarzut wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Przystępującego, zatem należy uznać, że czynność powyższa była prawidłowa. Podnoszone zatem przez Odwołującego okoliczności dotyczące niezasadnego uznania przez Zamawiającego, że Odwołujący skutecznie wycofał wadium, nie mają wpływu na wynik postępowania, a zatem odwołanie podlegało oddaleniu.

Nawet gdyby uznać, że czynność Zamawiającego polegająca na uznaniu za skuteczne wycofania przez Odwołującego wadium może budzić zastrzeżenia, to przede wszystkim należy mieć na uwadze fakt, że czynność ta była wywołana nieuprawnionym wnioskiem Odwołującego. To bowiem Odwołujący w dniu 17 stycznia 2022 roku złożył wniosek o zaliczenie wpłaconego wadium na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy podpisanej w ramach innej części zamówienia (pakietu nr 3), a następnie Odwołujący w piśmie 17 lutego 2022 roku potwierdził powyższy wniosek (z 17 stycznia 2022 roku). Nie jest zatem tak (jak na to wskazywał Odwołujący w odwołaniu), że czynności Zamawiającego stanowiły próbę sprowokowania sytuacji umożliwiającej odrzucenie oferty Odwołującego, ale to właśnie czynności Zamawiającego były sprowokowane działaniami Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie: