

WYROK
z dnia 18 września 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 września 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2017 roku przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miasto Pszów z siedzibą w Pszowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm: **Becker - Warkop Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Konstrukcje Jastrzębie Sp. z o.o. (Partner), Urządzenia i Konstrukcje S.A. (Partner), Sanicom Sp. z o.o. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Świerklanach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Odwolującego – Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwolującego Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie** na rzecz **Zamawiającego - Miasta Pszów z siedzibą w Pszowie** kwotę 266,00 zł sześćdziesięciu sześciu złotych 00/100) stanowiącą koszty (słownie: dwustu

1

postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego o z tytułu dojazdu na rozprawę do Izby

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gliwicach**

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

Dnia 05 września 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017, poz. 1579) (dalej jako „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca **Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie** (dalej jako „Odwolujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn: „Modernizacja i rozbudowa istniejącej oczyszczalni ścieków w Pszowie” prowadzi Zamawiający **Miasto Pszów z siedzibą w Pszowie**. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 553090_N-2017 z dnia 18.07.2017 r.

Odwołanie wniesiono od niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy - Konsorcjum firm: Becker - Warkop

Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Konstrukcje Jastrzębie Sp. z o.o. (Partner), Urządzenia i Konstrukcje S.A. (Partner), Sanicom Sp. z o.o. (Partner), zwanego w dalszej treści „Konsorcjum”, pomimo, iż Konsorcjum winno zostać wykluczone z postępowania, gdyż nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta winna zostać odrzucona, czym Zamawiający naruszył:

- 1) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust 1 pkt 12, pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, mimo że Konsorcjum winno zostać wykluczone z postępowania, gdyż nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, oraz w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 23 i art. 82 ust 3 i art. 89 ust 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, mimo że oferta Konsorcjum winna zostać odrzucona, gdyż nie została podpisana przez osobę uprawnioną do reprezentacji Konsorcjum;
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum, pomimo faktu, iż Konsorcjum winno zostać wykluczone z postępowania a jego oferta odrzucona, czym Zamawiający nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców.

Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, i powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

3

3) odrzucenie oferty Konsorcjum i wybór oferty Odwołującego się jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania bowiem jego uwzględnienie i odrzucenie oferty Konsorcjum jako oferty niezgodnej z SIWZ, spowoduje, iż to oferta Odwołującego stanie się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Dokonane przez Zamawiającego naruszenia ustawy Pzp pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, co stanowi jego szkodę uzasadniającą złożenie odwołania. Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia, a niezgodna z prawem czynność Zamawiającego pozbawia go tego, gdyż to jego oferta plasuje się na II miejscu w rankingu punktowym, za ofertą złożoną przez Konsorcjum.

Ustawowy termin na wniesienie odwołania został dotrzymany - Odwołujący powziął wiadomość o czynności Zamawiającego zaskarżonej odwołaniem w dniu 31 sierpnia 2017 r. tj. w dniu otrzymania od Zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołujący, zgodnie z treścią art. 180 ust. 5 Pzp, przesłał kopię odwołania do Zamawiającego dnia 05.09.2017 r. Wpis od odwołania w wymaganej wysokości został uiszczony na rachunek UZP.

Zarzut naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust 1 pkt 12 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp

Zgodnie z wymogiem Zamawiającego – ust. 7.2.3a) SIWZ wykonawca musiał wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert 1 (jednej) roboty budowlanej polegającej na budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków o wartości nie mniejszej niż 5 mln zł brutto.

Konsorcjum w złożonym na wezwanie Zamawiającego „Wykazie robót” podało, iż jeden z Partnerów Konsorcjum - spółka Konstrukcje Jastrzębie Sp. z o.o. wykonał robotę budowlaną polegającą na modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych „Leśna” w Tarnowskich Górach o wartości brutto wykonanych robót wynoszącej 6.854.770,00 zł w okresie od 09.12.2015 r. - 30.12.2016 r. Na potwierdzenie faktu wykonania tej roboty, Konsorcjum załączyło Protokół Odbioru Końcowego spisany w dniu 30.12.2016 r.

Z treści Protokołu wynika jednakże, że wykonawcą przedmiotowej modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych „Leśna” było inne konsorcjum firm, mianowicie: Carboautomatyka S.A., Konstrukcje Jastrzębie Sp. z o.o., Quantum - Bio Sp. z o.o. w Tarnowskich Górach, a nie samodzielnie spółka Konstrukcje Jastrzębie Sp. z o.o.

Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-387/14 z dnia 4 maja 2017 roku i Dyrektywy nr 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia

132), oraz orzecznictwa przytoczonego w w/w Wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE, w art. 48 ust. 3 w/w Dyrektywy jest przyznane wykonawcom prawo do polegania na zdolnościach innych podmiotów, takich jak między innymi grupa wykonawców, której był on członkiem (konsorcjum), o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że wykonawca ten będzie w rzeczywistości dysponował zasobami takiego podmiotu, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia. Doświadczenie zdobyte przez wykonawcę stanowi szczególnie istotne kryterium kwalifikacji podmiotowej danego wykonawcy, gdyż umożliwia instytucji zamawiającej sprawdzenie, zgodnie z art. 44 ust. 1 Dyrektywy 2004/18 zdolności oferentów do realizacji danego zamówienia. Tym samym, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Wyrok stwierdza, że wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców.

W omawianym przypadku, Konsorcjum wskazało, iż wykonało kompleksową robotę budowlaną polegającą na rozbudowie oczyszczalni ścieków i przypisało sobie wartość wykonanych robót w wysokości 8.854.770,00 zł. brutto, co nie jest prawdą, z uwagi na fakt, iż wykonawcą modernizacji oczyszczalni ścieków „Leśna” była inna niż Konsorcjum grupa wykonawców, z której każdy wykonywał określony zakres prac. Jest to o tyle ważne, że kryterium wartości wykonanych robót było warunkiem sine qua non spełnienia wymogu doświadczenia. Wobec powyższego wskazać należy, iż spółka Konstrukcje Jastrzębie Sp. z o.o. nie wykonała robót budowlanych o wartości równej lub większej niż 5 mln zł brutto.

Tym samym Konsorcjum poświadczyło nieprawdę, potwierdzając nieprawdziwą informację o wartości samodzielnie wykonanych przez spółkę Konstrukcje Jastrzębie Sp. z o.o. robót budowlanych i informacja ta, miała wpływ na wynik postępowania, gdyż Konsorcjum nie miało prawa przypisywać sobie wartości wykonanych robót w wysokości 8.854.770,00 zł brutto wykonanych przez innych wykonawców nie będących członkami Konsorcjum. Konsorcjum miało zatem prawo powołać się jedynie na wartość robót budowlanych wykonanych samodzielnie przez spółkę Konstrukcje Jastrzębie Sp. z o.o., która to wartość była mniejsza niż wymagana przez Zamawiającego dla spełnienia warunku uczestnictwa w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 23 i art. 82 ust. 3 i art. 89 ust 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, mimo że oferta Konsorcjum winna zostać odrzucona, gdyż nie została podpisana przez osobę uprawnioną do reprezentacji Konsorcjum.

Zamawiający wymagał, aby w przypadku wspólnego udziału wykonawców ustanowiony został pełnomocnik reprezentujący ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowym postępowaniu każdy z Partnerów Konsorcjum udzielił pełnomocnictwa spółce Becker - Warkop Sp. z o.o. jako Liderowi Konsorcjum do reprezentowania tego Konsorcjum w postępowaniu. Tymczasem oferta Konsorcjum została podpisana przez Pana W. T., który to jednak nie przedstawił pełnomocnictwa do reprezentowania całego Konsorcjum, w tym do podpisania oferty tego Konsorcjum. Takie uprawnienie nie wynika bowiem z załączonego do oferty na stronie nr 23 pełnomocnictwa z dnia 16.08.2017 r. udzielonego przez Prezesa Zarządu spółki Becker - Warkop Sp. z o.o. Z pełnomocnictwa tego wynika tylko upoważnienie do reprezentowania spółki Becker - Warkop Sp. z o.o. a nie całego Konsorcjum. Zatem uznać należy, iż oferta Konsorcjum została podpisana przez osobę nieuprawnioną.

Dodatkowo wskazać należy na wadliwość pełnomocnictwa (strona 20 Oferty) udzielonego Liderowi Konsorcjum przez spółkę Konstrukcje Jastrzębie Sp. z o.o. Zgodnie z zapisami w Krajowym Rejestrze Sądowym spółkę Konstrukcje Jastrzębie Sp. z o.o. może reprezentować Członek Zarządu wraz z Prokurentem lub dwóch Prokurentów łącznie. Zatem

podpisanie pełnomocnictwa jedynie przez jednego Prokurenta jest nieprawidłowe. Oświadczenia spółki Konstrukcje Jastrzębie Sp. z o.o. składane na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy Pzp dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania i wszelkie inne dokumenty lub oświadczenia podpisane przez Prokurenta tej spółki zostały również, z wyżej wymienionych względów, złożone wadliwie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości fakt naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, mimo, że Konsorcjum winno zostać wykluczone z powstępowania.

W związku z powyższymi przedstawionymi zarzutami, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonych pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

6

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym zaniechanie wykluczenia Przystępującego i odrzucenia jego oferty, oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm: **Becker - Warkop Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Konstrukcje Jastrzębie Sp. z o.o. (Partner), Urządzenia i Konstrukcje S.A. (Partner), Sanicom Sp. z o.o. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Świerklanach, dalej jako „Przystępujący”**. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Izba ustaliła, że Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył zapisy SIWZ, treść oferty Przystępującego ze wskazaniem odpowiednich dokumentów oraz podał stan faktyczny istotny dla rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba uznała, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Analizując możliwości formułowania warunków wobec konsorcjów konieczne jest odniesienie się łącznie do artykułów 22 oraz 23 ustawy Pzp. Rozważając możliwość postawienia specyficznych wymogów w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez konsorcja, każdy warunek i każdy opis sposobu jego spełnienia musi być analizowany przez pryzmat art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp, a więc jego związania z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalności do tegoż, a także celu dla jakiego w

7

ogóle został postawiony – weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Te czynniki winny zatem być punktem wyjścia dla analizy każdego przypadku.

Takiemu podejściu dał wyraz Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie Provincia di fermo (wyrok z dnia 10 października 2013 r. sygn. C-94/12). Trybunał podkreślając ogólną zasadę łączenia potencjałów konsorcjantów zwrócił jednocześnie uwagę, iż w przypadku specyficznych zamówień można wymagać od konsorcjów wykazania pewnych kwalifikacji zawodowych wyłącznie od jednego z konsorcjantów, jeżeli nie można ich uzyskać przez proste połączenie potencjałów. Wówczas zamawiający może wymagać aby pewien minimalny poziom kwalifikacji (np. w postaci ilości wykonanych zamówień) został wykazany wyłącznie przez jednego konsorcjanta. Warunkiem jest oczywiście proporcjonalność takiego wymogu do celów zamówienia.

Sam Trybunał Sprawiedliwości UE podkreśla, iż warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji sygn. C-399/05, podobnie wyrok, który przywołał w odwołaniu Odwołujący). Trybunał widzi zatem doświadczenie konsorcjanta w postaci umiejętności zarządzania, administrowania określonym rodzajem i rozmiarem przedsięwzięć. Wydaje się, że w ten sposób należałoby rozumieć owe zastrzeżenie czynnego udziału w zarządzaniu sprawami konsorcjum. Tego rodzaju podejście jest racjonalne i ma głębokie praktyczne uzasadnienie. Eliminuje bowiem wykonawców próbujących powoływać się na doświadczenie całego konsorcjum w sytuacji, gdy ich rola nie była znacząca dla inwestycji. Wobec takich podmiotów trudno bowiem stwierdzić, iż mają one faktycznie doświadczenie w realizacji przedsięwzięć o określonej skali. A więc, każdy przypadek i każda sprawa, w tym ocena spełniania warunków udziału przez konsorcjum, jako całość oraz jako poszczególni jego członkowie, wymagają indywidualnej analizy.

Co do zasady Izba podziela stanowisko TSUE, że istnieje zatem możliwość różnicowania opisu warunków udziału w stosunku do wykonawców działających samodzielnie i konsorcjów. Pod uwagę należy wziąć więc specyfikę zamówienia i konieczność jego prawidłowej realizacji przez wyłoniony w trybie konkurencyjnym podmiot. Takiej możliwości jednak nie wprowadził Zamawiający - Gmina Pszów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które jest przedmiotem kontroli Izby. Co więcej, w ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający w przypadku prowadzonej inwestycji nie musiał przewidywać dla warunku wiedzy i doświadczenia, następnie zaś badania poziomu jego spełnienia, aby wykonawcy wykazujący się doświadczeniem zdobytym przez udział w konsorcjum potwierdzili jaki był ich faktyczny udział przy pracach w ramach uczestniczenia w grupie wykonawców. Zazwyczaj modernizacją lub rozbudową obiektów o charakterystycznym przeznaczeniu zajmują się podmioty specjalizujące się w danej

8

dziedzinie i doświadczenie zdobyte na innych, podobnych do opisanego przez Zamawiającego jest wystarczające, aby zapewnić należyte wykonanie zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wykroczyłby poza zakres zapisów SIWZ oraz obowiązujących przepisów prawa, gdyby po otwarciu ofert zdecydował, że badał będzie rzeczywisty udział poszczególnych członków konsorcjum w realizacji prac. Podstawy do takich działań nie zawierają przepisy Pzp i aktów wykonawczych do ustawy. Gdyby SIWZ zawierała dodatkowe regulacje, konkretne zapisy związane z udziałem grupy wykonawców w postępowaniu, w jaki sposób badane będzie potwierdzenie doświadczenia i wiedzy w przypadku projektów realizowanych jako konsorcjum, wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu mogliby, po pierwsze, zweryfikować takie zapisy przed Izbą w początkowej fazie postępowania. Wówczas istniałaby także możliwość uzyskania i przygotowania odpowiednich dokumentów mających potwierdzać zdobyte doświadczenie oraz realność tego doświadczenia, na co uwagę w swoim orzeczeniu zwracał Trybunał Sprawiedliwości UE. W postępowaniu będącym przedmiotem postępowania odwoławczego przed Izbą SIWZ podobnych regulacji nie zawierała. Nie można zapominać, że Zamawiający badając zdolność wykonawców do realizacji zamówienia i prawidłowość złożonych ofert porusza się w ramach ustalonych zapisów SIWZ, oczekiwanie po złożeniu ofert od wykonawców, innych, nie wymaganych wcześniej dokumentów, ocenianych według nieznanymi im reguł należy uznać za przekroczenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z drugiej strony zapisy SIWZ nie przedstawiły wymagań nadmiernych dla wykonawców w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz możliwości organizacyjnych wykonawców i były wystarczające

do zweryfikowania możliwości realizacyjnych podmiotu.

Decydując, czy Odwołujący wykazał zarzuty podniesione w odwołaniu, dostrzeżenia wymaga, że podmiot, który prowadził zadanie referencyjne w złożonym przez Odwołującego piśmie nie potwierdził, że wartość kwotowa robót, które wykonał uczestnik konsorcjum Konstrukcje Jastrzębie opiewa na 100 000,00 zł. Nie wskazano również wartości prac, których ten podmiot miał nie wykonać. W rzeczywistości Zamawiający zauważył i potwierdził, że umowa konsorcjum łącząca Konstrukcje Jastrzębie i Carboautomatykę nie zawierała podziału rzeczowego i kwotowego prac do wykonania przez poszczególnych członków konsorcjum. Oświadczenia złożonego przez Carboautomatykę nie można uznać za dowód przesądzający tę wartość, ponieważ Strony pozostają w sporze, co potwierdziła złożona przez Przystępującego na rozprawie korespondencja. Carboautomatyka jako podmiot dysponujący całym materiałem dokumentującym przebieg realizacji zadania inwestycyjnego mogła przedstawić zestawienie kwotowe prac wykonanych przez poszczególnych członków

9

konsorcjum, dowody wzajemnych rozliczeń, faktury/ płatności. Jeżeli, jak twierdził Odwołujący, w trakcie zadania dokonana inwentaryzacja prac świadczyć miała o wprowadzeniu wykonania zastępczego, to oprócz spisania wykonanych prac, z pewnością istnieją kwotowe stronami umowy dokumenty potwierdzające rozliczenia między konsorcjalnej. Warto nadmienić, iż lektura protokołu z inwentaryzacji wskazuje, że w ramach wykonanych prac zrealizowano dostawę całości stali niezbędnej do wykonania zamówienia. Z doświadczenia życiowego i zawodowego Izby wynika, iż sama ta okoliczność może oznaczać, że wartość prac wykonanych przez Konstrukcje Jastrzębie przekroczyła próg 100 000 zł na kilkumilionowym zadaniu inwestycyjnym.

Dalej, odnosząc się do zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, złożone przez Przystępującego protokoły z narad koordynacyjnych dowodzą, iż przedstawiciele członka konsorcjum Konstrukcje Jastrzębie uczestniczyli w realizacji zadania referencyjnego także po marcu 2016 roku, de facto do końca inwestycji (vide protokół z 14/12/2016). Dokumenty te przeczą tezie prezentowanej przez Odwołującego a wynikającej z oświadczenia Lidera Carboautomatyka, iż członek konsorcjum wykonywał prace jedynie w okresie od stycznia do marca 2016 roku. Izba nie uważa, iż konieczne było składanie wszystkich protokółów, ze wszystkich narad, ponieważ te złożone dokumenty, nawet wybiórczo, pokazują uczestnictwo Konstrukcji w innych miesiącach, iż wymienione w oświadczeniu. Także w tym zakresie złożone oświadczenie przez Carboautomatykę nie potwierdziło nieprawdziwości informacji przedstawionych w ofercie przez Przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Gdyby doszło do wprowadzenia wykonania zastępczego jaki miałby być cel dalszego uczestniczenia przedstawiciela Konstrukcji w naradach koordynacyjnych dotyczących dalszych etapów prac? Na to pytanie Odwołujący nie umiał udzielić odpowiedzi.

Dodatkowo dostrzeżenia wymaga, że Przystępujący w żadnym miejscu oferty, czy złożonym dokumencie nie powoływał się na określoną kwotę, nie twierdził, że całość prac wykonywał sam, nie ukrywał, że zadanie referencyjne realizowane było przez grupę wykonawców. Nie może być więc mowy o celowym wprowadzeniu Zamawiającego w błąd. Natomiast Odwołujący nie wykazał, że prace, na które powołał się Przystępujący, nie osiągnęły wymaganej wartości 5 mln zł. Jak wynika z orzecznictwa, już samo czynne uczestnictwo w przedsięwzięciu realizowanym przez grupę wykonawców, pozwala danemu podmiotowi nabyć niezbędne doświadczenie w zakresie realizacji inwestycji. W tym wypadku wykazano czynny udział Przystępującego podczas realizacji zadania inwestycyjnego, jego uczestnictwo w odbiorze końcowym.

Reasumując, twierdzenia Odwołującego o wykonaniu prac poniżej progu wymaganego przez Zamawiającego w warunkach udziału w postępowaniu odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia nie zostały poparte jednoznacznymi i niezbitymi dowodami. Z tych

10

powodów Izba uznała, iż Odwołujący obciążony ciężarem dowodu, nie sprostął temu obowiązkowi. Dlatego też Izba nie znalazła podstaw, aby nakazać Zamawiającemu wezwanie Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień odnośnie zadania referencyjnego. Nie uznano również, że Przystępujący, choćby w sposób nieumyślny

wprowadził Zamawiającego w błąd, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania, a co skutkowało powinno wykluczeniem takiego wykonawcy z postępowania.

Zamawiający opierając się na oświadczeniach wiedzy zawartych w dokumencie JEDZ dokonuje w ramach postępowania czynności sprawdzenia poprawności treści oferty w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu i za istotną w tym zakresie należy uznać rzetelność zawartych tam informacji.

Aby zatem mogło dojść do podważenia ujętych i przedstawionych w ofercie Przystępującego oświadczeń co do potwierdzenia spełniania warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, winny zostać przedstawione dowody spoza dokumentacji postępowania (spoza treści oferty złożonej w postępowaniu, jak również spoza korespondencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia a podmiotem zamawiającym). Wówczas na skutek swego rodzaju „wyjścia” poza informacje dostępne w ramach postępowania dochodzi do wykazania rzeczywistego stanu rzeczy podważającego stan wiedzy dostępny w postępowaniu.

Wskazać należy, że Odwołujący przedstawionymi dowodami nie wykazał odmienności rzeczywistego stanu rzeczy od zaprezentowanego w oświadczeniu złożonym w ofercie Przystępującego. W żadnym bowiem punkcie oferty w zakresie kwestionowanym w odwołaniu nie udowodniono, że rzeczywisty stan rzeczy odbiega od przedstawionego w ofercie. Nie można zatem przypisać Przystępującemu celowego działania lub też rażącego niedbalstwa przy przekazywaniu informacji Zamawiającemu, tak aby wprowadzały one drugą stronę w błąd.

Odnosząc się do zarzutów związanych z nieprawidłowością reprezentacji poszczególnych członków konsorcjum i błędach w złożonych pełnomocnictwach, to zauważyć należy, że wykładnia oświadczenia woli, rozumiana w myśl przepisu art. 65 § 1 Kodeksu Cywilnego, w związku z art. 14 ustawy Pzp, jednoznacznie wskazuje, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Zatem oświadczenie woli Przystępującego wyrażone poprzez złożenie oferty przez grupę wykonawców, daje się ocenić (wyłożyć, tłumaczyć) w sposób, który potwierdza określone, ustalone okoliczności, w których zostało złożone, w oparciu o dokumenty, z których taka wola zostaje jednoznacznie uzewnętrzniona, to nie sposób rozumieć takiego oświadczenia

11

w sposób odmienny. Z całokształtu złożonych dokumentów wynika, iż Lider konsorcjum, odpowiednio umocowany przez poszczególnych jego członków i uprawniony do udzielania dalszych pełnomocnictw w zakresie posiadanego umocowania, działając w imieniu i na rzecz konsorcjum upoważnił pana W. T. do podpisania i złożenia oferty za konsorcjum. Innymi słowy, pełnomocnictwo dla pana W. T. podpisał upoważniony przedstawiciel Lidera konsorcjum. Lider konsorcjum, na mocy pełnomocnictw otrzymanych od poszczególnych członków konsorcjum uprawniony był do działania w imieniu konsorcjum i udzielania dalszych pełnomocnictw. Dlatego też udzielenie przez Lidera pełnomocnictwa do działania w imieniu Lidera uznać należy za upoważnienie do działania w imieniu całego konsorcjum, ponieważ tak określony został zakres działania Lidera, a przede wszystkim taka była wola poszczególnych konsorcjantów.

Co do uznania za nieprawidłowe podpisanie pełnomocnictwa jedynie przez jednego prokurenta, to zgodnie z zapisami odpisu KRS w spółce ustanowiono prokurę samoistną, zatem nawet jeżeli w zasadach reprezentacji przewidziano współdziałanie członka zarządu z prokurentem, nie ograniczało to praw prokurenta samoistnego do samodzielnego działania. Takie ograniczenie w sposobie reprezentacji działa bowiem w drugą stronę, jest to ograniczenie dla członka zarządu, nie zaś dla prokurenta. Istotą prokury samoistnej jest możliwość samodzielnego działania w ramach posiadanych upoważnień.

Z tych powodów ocena oferty Przystępującego dokonana przez Zamawiającego, w tym co do ciągu pełnomocnictw i podpisania oferty była prawidłowa. W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że pełnomocnictwa nie potwierdzają prawidłowości działania Lidera konsorcjum, czy też zachodzą inne nieprawidłowości przy sposobie reprezentacji poszczególnych członków konsorcjum.

Z powodów przedstawionych w uzasadnieniu orzeczenia, Izba oddaliła odwołanie.

12

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami) obciążając nimi Odwołującego.

Przewodniczący:

13