Sygn. akt: KIO 336/15

WYROK
z dnia 5 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu5 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2015 r. przez **K. R., Leszka Kobusa, prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa UNILAS s.c. w Blizanowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Grodziec w Grodźcu**
przy udziale:

A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) J. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe J. W., (2) J. H., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych J. H., (3) P. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne, Szkółkarskie, Rolnicze i Inne P. P., adres dla pełnomocnika: Królików 62, 62-580 Grodziec** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

B. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) J. Wi., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe J. W., (2) J. H., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych J. H., (3) H. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne i Inne H. P.: adres dla pełnomocnika: Królików 62, 62-580 Grodziec** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

C. wykonawcy **W. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych W. S., ul. Lipowa 14, 62-580 Grodziec** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **K. R., L. K., prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa UNILAS s.c. w Blizanowie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną **K. R., L. K., prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa UNILAS s.c. w Blizanowie** tytułem wpisu od odwołania
   2.2 zasądza od **K. R., L. K., prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa UNILAS s.c. w Blizanowie** kwotę **5 166 zł zł 33 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych trzydzieści trzy grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie Izby i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koninie.**

……

Sygn. akt: KIO 336/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Grodziec w Grodźcu – Prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na prace leśne do wykonania w Nadleśnictwie Grodziec w 2015 roku.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 20 lutego 2015 roku wykonawcy K. R. i L. K., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa UNILAS S.C. w Blizanowie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań czynności przez zamawiającego, polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe J. W., Zakład Usług Leśnych J. H., Usługi Leśne, Szkółkarskie, Rolnicze i Inne P. P., Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe J. W., Zakład Usług Leśnych J. H., Usługi Leśne i Inne H. P. oraz odrzucenia ww. ofert.

2. zaniechaniu wykluczenia z udziału w postępowaniu Zakładu Usług Leśnych W. S. ul. Lipowa 14, 62 - 580 Grodziec oraz odrzucenia jego oferty.

3. zaniechaniu wyboru oferty odwołujących jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 23 ust. 1 i 3 oraz art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania pn.: „Prace leśne do wykonania w Nadleśnictwie Grodziec w 2015 r." w zakresie pakietu nr 1 i 2, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe J. W., Zakład Usług Leśnych J. H., oraz Usługi Leśne, Szkółkarskie, Rolnicze i Inne P. P., Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe J. W., Zakład Usług Leśnych J. H., Usługi Leśne i Inne H. P. w sytuacji gdy wadium dołączone do ofert ww. wykonawców nie zostało skutecznie wniesione tj. wskazane w treści gwarancji ubezpieczeniowej okoliczności nie są zupełne i nie obejmują wszystkich możliwych zdarzeń określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, które mogłyby spowodować prawo żądania przez zamawiającego zapłaty kwoty gwarancyjnej;

2. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców podlegających wykluczeniu;

3. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołujących,

4. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 4 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Zakładu Usług Leśnych W. S. z postępowania pn.: „Prace leśne do wykonania w Nadleśnictwie Grodziec w 2015 r." w zakresie pakietu nr 3 i tym samym naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wybory oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołujących.

W związku z powyższym odwołujący wnieśli o

1. Uwzględnienie odwołania w całości;

2. Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

3. Nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez uznanie oferty odwołujących za najkorzystniejszą oraz wykluczenie z udziału w postępowaniu Konsorcjum W. H. P., Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe J. W., Zakład Usług Leśnych J. H., Usługi Leśne i Inne H. P. oraz wykluczenie Zakładu Usług Leśnych W. S. ul. Lipowa 14, 62 - 580 Grodziec;

4. Obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący podnieśli, że mają interes w uzyskaniu danego zamówienia pn.: „Prace leśne do wykonania w Nadleśnictwie Grodziec w 2015 r." w zakresie pakietu nr 1, nr 2, nr 3 w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenie przez zamawiającego wyżej wykazanych podstaw prawa narusza prawa odwołujących ubiegających się o uzyskanie zamówienia, wskutek czego bezspornie doznali oni uszczerbku interesu oraz ponieśli szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez niemożność uzyskania i realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołujący podnieśli, że zamawiający w dniu 10 lutego 2015 r. pismem o oznaczeniu 2710/14 poinformował o dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu pn.: „Prace leśne do wykonania w Nadleśnictwie Grodziec w 2015 r." w zakresie pakietu nr 1, nr 2, nr 3. Za najkorzystniejszą w zakresie pakietu nr 1 została uznana oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe J., W., Zakład Usług Leśnych J. H., oraz Usługi Leśne, Szkółkarskie, Rolnicze i Inne P. P., w zakresie pakietu nr 2 - Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe J. W., Zakład Usług Leśnych J. H., Usługi Leśne i

Inne H. P. oraz w zakresie pakietu nr 3 – oferta Zakład Usług Leśnych W. S. ul. Lipowa 14, 62 - 580 Grodziec.

W zakresie zarzutów związanych z Pakietem Nr 1 i 2 odwołujący stwierdzili, że zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający obowiązany jest żądać od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zamawiający wymóg ten sformułował w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w pkt. 10. Zgodnie z tym punktem SIWZ zamawiający określił wadium odrębnie dla każdej z części zamówienia - pakietów:

• w kwocie 14.400 w zakresie części zamówienia nr 1,

• w kwocie 17.800 w zakresie części zamówienia nr 2,

W treści SIWZ Zamawiający określił (pkt. 10.6), że w przypadku wniesienia wadium „w formie gwarancji / poręczenia jej zapisy muszą gwarantować zamawiającemu bezwarunkową nieodwołalną płatność na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego. Gwarancja / poręczenie powinna być sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem i winna zawierać następujące elementy:

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

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

W przedmiotowej ofercie wykonania części zamówienia nr 1 załączono (str. 46, 47) dokument „Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium Nr 998-A 461099 z dnia 02-01-2015r.", na kwotę 14.400,00 wystawiony przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Dokument ten został wystawiony wyłącznie na J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pn. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe J. W., który został określony jako „Zobowiązany". Dokument ten w żaden sposób nie odnosi się natomiast do udziału J. W. w Konsorcjum W. H. P. . Nie wymienia również w swojej treści firm pozostałych członków Konsorcjum, w szczególności nie wymienia J. H. prowadzącego działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Leśnych J. H., oraz P. P. prowadzącego działalność gospodarczą pn. Usługi Leśne, Szkółkarskie, Rolnicze i Inne P. P. jako Zobowiązanych.

W ofercie wykonania części zamówienia nr 2 załączono (str. 49, 50) dokument „Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium Nr 998-A 461098 z dnia 02-01-2015r.", na kwotę 17.800,00 również wystawiony przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Dokument ten został wystawiony wyłącznie na J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pn. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe J. W., który został określony jako „Zobowiązany". Dokument ten w żaden sposób nie odnosi się natomiast do udziału J. W. w Konsorcjum W. H. P. . Nie wymienia również w swojej treści firm pozostałych członków Konsorcjum, w szczególności nie wymienia J. H. prowadzącego działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Leśnych J. H., oraz H. P. prowadzącego działalność gospodarczą pn. Usługi Leśne i Inne H. P.jako Zobowiązanych.

Odwołujący stwierdzili, że w przypadku gwarancji wadialnej wystawionej tylko na jednego z członków konsorcjum roszczenia z tytułu gwarancji powstają wyłącznie w razie zaistnienia okoliczności i przesłanek dotyczących tego podmiotu, wymienionego w treści gwarancji, określonego jako Zobowiązany. Tym samym takie roszczenia nie powstaną w wyniku zaistnienia takich okoliczności wobec innego podmiotu, który w treści gwarancji wymieniony nie jest. Dokumenty te nie gwarantują zamawiającemu bezwarunkowej nieodwołalnej płatności na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego, zapłacenia kwoty gwarancji w okolicznościach określonych w art. 46 ust 4a oraz art. 46 ust 5 ustawy Pzp., co było wymogiem określonym w SIWZ pkt. 10.6. W sytuacji bowiem, gdy jedna z ww. okoliczności (np. w przypadku odmowy podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie) dotyczyć będzie J. H. prowadzącego działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Leśnych J. H. lub P. P. prowadzącego działalność gospodarczą pn. Usługi Leśne, Szkółkarskie, Rolnicze i Inne P. P., czy przedsiębiorcy Usługi Leśne i Inne H. P., a nie wymienionego w treści tych dokumentów gwarancyjnych J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pn. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe J. W. Gwarant będzie mógł się uchylić od wypłaty sumy gwarancyjnej.

Odwołujący zauważyli, że załączone do ofert umowy konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe J. W., Zakład Usług Leśnych J. H., oraz Usługi Leśne, Szkółkarskie, Rolnicze i Inne P. P. oraz umowa Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe J. W., Zakład Usług Leśnych J. H., oraz Usługi Leśne i Inne H. P. nie zawiera uregulowań w zakresie wniesienia wadium w imieniu i na rzecz przedsiębiorców wchodzących w skład ww. konsorcjum. Oferty nie zawierają też żadnego innego dokumentu stanowiącego o regulacjach odnoszących się do kwestii wniesienia wadium czy też dokumentu zgody pozostałych przedsiębiorców, o której mowa w § 4 i 5 umów konsorcjum, który stanowi, że „wszystkie dokumenty i oświadczenia

podpisywane w imieniu konsorcjum lub jego członków wymagają wcześniejszej zgody każdego z członków konsorcjum". Jednakże nawet gdyby takie uprawnienie istniało to i tak nie byłoby ono skuteczne, tzn. nie powodowałoby rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta na innych członków konsorcjum, nie wymienionych w treści gwarancji.

Odwołujący powołali się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyrokach: z dnia 7 stycznia 2015 roku (KIO 2694/14), z dnia 19 kwietnia 2013 roku (KIO 792/13), z dnia 29 kwietnia 2014 roku (KIO 726/14), z dnia 7 stycznia 2015 roku (KIO 2694/14) oraz z dnia 15 września 2014 roku (KIO 1785/14).

W zakresie zarzutów dotyczących pakietu nr 3 odwołujący wskazali, że warunkiem koniecznym uprawniającym do ubiegania się o zamówienie publiczne było – zgodnie z wytyczną pkt. 7 ppkt. 7.3.3 lit. b. i c SIWZ – dysponowanie zarówno potencjałem osobowym o wymaganym uprawnieniu do pracy z użyciem pilarki oraz w zakresie stosowania środków ochrony roślin, jak również dysponowanie potencjałem technicznym zwłaszcza zestawem samozaładowczym do zrywki drewna metodą nasiębierną (wymagany dokument: oświadczenie odnoszące się do wykazu osób oraz wykaz niezbędnych narzędzi, urządzeń i sprzętu, jakim dysponuje Wykonawca usług w celu realizacji zamówienia - załącznik nr 6 do SIWZ). Wykonawca - Zakład Usług Leśnych W. S. złożył wraz z ofertą wymagany wykaz niezbędnych narzędzi, urządzeń i sprzętu, jakim dysponować będzie Zakład Usług Leśnych W. S. w celu realizacji zamówienia oraz wymagany wykaz osób — załącznik nr 5. W ocenie

odwołujących oferowany sprzęt – zestaw samozaładowczy do zrywki drewna metodą nasiębierną nie odpowiadał wymaganiom zamawiającego – brak ciągnika stanowiącego komplet niezbędny dla zestawu samozaładowczego.

Na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia złożonych wraz z ofertą dokumentów (pismo z dnia 02.02.2015 roku) wykonawca Zakład Usług Leśnych W. S. przedstawił nowy wykaz niezbędnych narzędzi, urządzeń i sprzętu potwierdzający, wg stanu na dzień 03.02.2015 roku, dysponowanie brakującym ciągnikiem do zestawu samozaładowczego do zrywki drewna metodą nasiębierną oraz oświadczenie, wg stanu na dzień 03.02.2015 roku, że osoby które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia. W ocenie odwołujących uzupełnione dokumenty nie wypełniają obowiązku określonego przepisami ustawy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp tj. udokumentowania nie później niż na dzień, w którym upłynął termin składania ofert - 13 stycznia 2015 roku - warunków uprawniających do ubiegania się o zamówienie publiczne w przedmiotowym zakresie.

Odwołujący podkreślił, że zobowiązanie podmiotu trzeciego firmy: MH. FOREST M. H. Dąbrowa Nowa 9, Kuślin do użyczenia potencjału (pług leśny) na rzecz Zakładu Usług

Leśnych W. S. nie spełnia postanowień SIWZ, tj. wskazania na formę współpracy między wykonawcą a udzielającym potencjału. Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z przepisem art.26 ust.2b ustawy Pzp, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie tych zasobów nie ponosi winy. Umowa wiążąca podmioty zawiera warunek ograniczający (§ 3 umowy), który nie zapewnia w sposób jednoznaczny i odpowiedzialny użyczenie przedmiotu. Użyczający - firma MH. FOREST M. H. Dąbrowa Nowa 9 – nie podjęła zobowiązania o solidarnej odpowiedzialności za wykonanie przedmiotowego zamówienia z pomocą jej sprzętu. Tym samym jako nieskuteczne dyskwalifikuje wykonawcę w zakresie potwierdzenia warunku uprawniającego do ubiegania się o zamówienia publiczne.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie z udziału w postępowaniu: Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe J. W., Zakład Usług Leśnych J. H., Usługi Leśne, Szkółkarskie, Rolnicze i Inne P. P., Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe J. W., Zakład Usług Leśnych J. H., Usługi Leśne i Inne H. P., Zakład Usług Leśnych W. S. oraz odrzucenia ww. ofert i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wybór oferty odwołujących w oparciu o art. 91 ust. 1 ustawy Pzp jako najkorzystniejszej w zakresie pakietów nr 1 do nr 3.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. . Stwierdził, że przepisy ustawy Pzp nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne wadium było wnoszone w jakiś szczególny sposób, w tym – aby było wnoszone wspólnie przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia albo by w treści gwarancji ubezpieczeniowych byli wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie składający ofertę. Ponadto zamawiający nie postawił w siwz żadnych szczególnych wymagań, jakie powinno spełniać wadium w zakresie formy gwarancji ubezpieczeniowej w przypadku jej złożenia przez wykonawców wspólnie ubiegających si o udzielenie zamówienia. Stosownie do art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W związku z tym wskazanie przez zamawiającego w pkt. 10.6 ppkt 1 siwz, że gwarancja powinna zawierać nazwę dającego zlecenie (wykonawcy), należy odnieść nie tylko do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ale również do któregokolwiek z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dającego zlecenie wystawienia gwarancji/poręczenia.

Zamawiający wskazał, że z dokumentów przedłożonych przez konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu wynika, że wniesione przez konsorcjum wadium w formie

gwarancji ubezpieczeniowej dla części zamówienia nr I i II zabezpiecza interes zamawiającego w sytuacjach ściśle określonych w przepisie art. 46 ust. 4a Pzp i art. 46 ust. 5 Pzp. Wprawdzie w treści gwarancji nie zostali wpisani wszyscy członkowie konsorcjum to jednak wystawienie gwarancji na rzecz jednego z nich i w dodatku lidera konsorcjum umocowanego do ich reprezentowania jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum pozwalającym skutecznie zaspokoić roszczenia zamawiającego w przypadku zaistnienia jednej z przesłanek art. 46 ust. 4a i 46 ust. 5 ustawy Pzp na podstawie przedłożonych gwarancji ubezpieczenia zapłaty wadium. Zamawiający zauważył, że w przypadku, gdy którykolwiek z członków konsorcjum spowoduje okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a i ust. 5, to skutki tego działania rozciągają się na wszystkich członków konsorcjum. Złożenie przez konsorcjum oferty na wykonanie części zamówienia nr I i II oraz ubieganie się o udzielenie zamówienia przez konsorcjum jest równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania w rozumieniu art. 370 K.c. powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Solidarna odpowiedzialność wykonawców składających wspólną ofertę odnosi się także do obowiązku podpisania umowy oraz pokrycia szkody (utraty wadium) w przypadku jej niepodpisania z przyczyn dotyczących uczestnika oferty wspólnej, który nie był podmiotem wnoszącym wadium.

Zamawiający powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 roku (sygn. akt II Ca 489/05), wyrok Krajowej lzby Odwoławczej z dnia 8 lipca 2011 roku sygn. akt KIO 1320/11 oraz z dnia 27 sierpnia 2014 roku sygn. akt KIO 1633/14.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących oferty złożonej przez ZUL S. zamawiający podniósł, że zgodnie z postanowieniami zawartymi w pkt. 7.3. ppkt 3 lit. c SIWZ wykonawca zobowiązany był wykazać, że dysponuje m.in. zestawem samozaładowczym do zrywki drewna metodą nasiębierną. Wykonawca, w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku, stosownie do postanowień zawartych w pkt. 8. 1 ppkt 5 SIWZ, przedłożył wykaz narzędzi, urządzeń i sprzętu dostępnego wykonawcy w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami wg wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ.

Z załączonego do oferty ZUL S. ww. wykazu wynika, że jest on właścicielem zestawu samozaładowczego. W związku z tym, że w kolumnie zatytułowanej "Model" ww. wykazu wykonawca podał "Przyczepa leśna Palms 81/670" zamawiający uznał, że nie spełnił on ww. warunku i wezwał go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w ww. zakresie. ZUL S. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przedłożył wymagane

dokumenty, z których wynika jednoznacznie, że spełnia ww. warunek. Fakt, iż przedłożony przez ww. wykonawcę dokument został wystawiony po terminie składania ofert nie oznacza, że dysponuje zestawem samozaładowczym, a uzupełniając wykaz w zakresie wykazania oznaczenia modelu wchodzącego w skład zestawu elementu jedynie potwierdził, że złożone przez niego wcześniej oświadczenie w tym zakresie było prawdziwe. Poza tym zamawiający zwrócił uwagę, że opisując wymagania w ww. zakresie podał, że wykonawca ma dysponować zestawem samozaładowczym do zrywki drewna metodą nasiębierną bez precyzowania, co zestaw ten ma zawierać.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z postanowieniami zawartymi w pkt. 7.3 ppkt 3 lit. c siwz wykonawcy obowiązani byli wykazać, że dysponują m.in. 1 pługiem aktywnym z pogłębiaczem. W celu wykazania spełnienia ww. warunku ZUL S. przedłożył wraz z ofertą wykaz niezbędnych narzędzi, urządzeń i sprzętu, jakimi dysponuje wykonawca usługi w celu realizacji zamówienia sporządzony wg załącznika nr 6 do SIWZ, w którym oświadczył, że dysponuje ww. pługiem na podstawie umowy użyczenia oraz załączył do oferty umowę użyczenia. Tym samym potwierdził, że dysponuje bezpośrednio ww. pługiem i nie korzysta w tym przypadku z zasobu innego podmiotu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Ponadto stwierdził, że odpowiedzialność solidarna podmiotu, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z art. 26 ust. 2b z wykonawcą wynika wprost z art. 26 ust. 2e i będzie występowała niezależnie od tego, czy postanowienia w tym zakresie będą zawarte w pisemnym zobowiązaniu podmiotu trzeciego.

Zamawiający stwierdził, że zgodnie z postanowieniami pkt. 7.3 pkt 3 lit. b i c siwz wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia na wykonanie zamówienia nr III zobowiązany był wykazać, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. co najmniej czterema osobami z zaświadczeniami o odbyciu z wynikiem pozytywnym szkolenia

uprawniającego do pracy z użyciem pilarki oraz co najmniej jedną osobą posiadającą aktualne zaświadczenie o ukończeniu szkolenia w zakresie stosowania środków ochrony roślin. W celu wykazania spełnienia ww. warunku wykonawca, stosownie do pkt. 8.1 ppkt 3 i 4 siwz zobowiązany był do przedłożenia wraz z ofertą wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia sporządzonego wg wzoru stanowiącego załącznik do siwz oraz oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wymienione w wykazie osób, posiadają wymagane uprawnienia.

W celu potwierdzenia spełnienia warunku ZUL S. przedłożył wraz z ofertą wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, z którego wynika, że dysponuje czterema osobami, które ukończyły kurs drwala - operatora pilarki spalinowej oraz jedną osobą, która ukończyła szkolenie w zakresie stosowania środków ochrony roślin. W związku

z tym, iż do oferty ZUL S. nie załączył oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, wymienione w wykazie osób sporządzonym wg załącznika nr 5 do siwz posiadają wymagane uprawnienia, zamawiający wezwał go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia tego oświadczenia. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca przedłożył oświadczenie z dnia 3 lutego 2015 roku, z którego wynika, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia. W ocenie zamawiającego przedłożone oświadczenie z datą późniejszą niż termin składania ofert nie oznacza braku spełnienia ww. warunku na dzień składania ofert. Na podstawie dokumentów złożonych z ofertą można stwierdzić, iż na dzień składania ofert dysponował on wymaganą liczbą osób posiadających ukończony kurs uprawniający do pracy z użyciem pilarki, a oświadczenie o posiadaniu wymaganych uprawnień przez osoby wskazane do realizacji zamówienia służy udokumentowaniu tego faktu.

Wykonawcy przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego poparli stanowisko zamawiającego i wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 10 SIWZ wykonawcy obowiązani byli wnieść wadium odrębnie dla każdej z części zamówienia - pakietów:

• w kwocie 14.400 w zakresie części zamówienia nr 1,

• w kwocie 17.800 w zakresie części zamówienia nr 2,

W treści SIWZ Zamawiający określił (pkt. 10.6), że w przypadku wniesienia wadium „w formie gwarancji / poręczenia jej zapisy muszą gwarantować zamawiającemu bezwarunkową nieodwołalną płatność na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego. Gwarancja / poręczenie powinna być sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem i winna zawierać następujące elementy:

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

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

W przedmiotowej ofercie wykonania części zamówienia nr 1 załączono (str. 46, 47) dokument „Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium Nr 998-A 461099 z dnia 02-01-2015r.", na kwotę 14.400,00 wystawiony przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Dokument ten został wystawiony na J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pn. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe J. W., który został określony jako „Zobowiązany". Dokument nie odnosi się natomiast do udziału J. W. w Konsorcjum W. H. P. i nie wymienia w swojej treści firm pozostałych członków Konsorcjum,.

W ofercie wykonania części zamówienia nr 2 załączono (str. 49, 50) dokument „Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium Nr 998-A 461098 z dnia 02-01-2015r.", na kwotę 17.800,00 wystawiony przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Dokument ten został wystawiony na J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pn. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe J. W., który został określony jako „Zobowiązany". Dokument ten nie odnosi się do udziału J. W. w Konsorcjum W. H. P. i nie wymienia również w swojej treści firm pozostałych członków Konsorcjum.

Zgodnie z postanowieniami zawartymi w pkt. 7.3. ppkt 3 lit. c SIWZ wykonawca zobowiązany był wykazać, że dysponuje m.in. zestawem samozaładowczym do zrywki drewna metodą nasiębierną. Wykonawca, w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku, stosownie do postanowień zawartych w pkt. 8. 1 ppkt 5 SIWZ, przedłożył wykaz narzędzi, urządzeń i sprzętu dostępnego wykonawcy w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami wg wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ.

Z załączonego do oferty ZUL S. ww. wykazu wynika, że jest on właścicielem zestawu samozaładowczego. W związku z tym, że w kolumnie zatytułowanej "Model" ww. wykazu wykonawca podał "Przyczepa leśna Palms 81/670" zamawiający wezwał go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w ww. zakresie. ZUL S. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przedłożył wykaz niezbędnych narzędzi, urządzeń i sprzętu datowany na dzień 3 lutego 2015 roku.

Zgodnie z pkt. 7 ppkt. 7.3.3 lit. b SIWZ wykonawcy obowiązani byli wykazać, że dysponują potencjałem osobowym o wymaganym uprawnieniu do pracy z użyciem pilarki oraz w zakresie stosowania środków ochrony roślin. Zgodnie z pkt. 8.1 ppkt 3 wykonawcy obowiązani byli złożyć wykaz osób, które będą wykonywały zamówienie wraz z informacją o posiadanych kwalifikacjach oraz oświadczenie, iż wskazane osoby posiadają odpowiednie uprawnienia.

Wykonawca W. S. nie złożył wraz z ofertą oświadczenia, iż wskazane osoby posiadają wymagane uprawnienia.

Na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia złożonych wraz z ofertą dokumentów (pismo z dnia 02.02.2015 roku) wykonawca Zakład Usług Leśnych W. S. przedstawił oświadczenie opatrzone datą 03.02.2015 roku, z którego wynika, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia.

Wykonawca W. S. złożył wraz z ofertą umowę użyczenia z dnia 10 stycznia 2015 roku zawartą z M. H. . Zgodnie z § 1 umowy przedmiotem użyczenia jest pług leśny aktywny z pogłębiaczem. Zgodnie z § 4 użyczający (M. H.) oddaje Biorącemu (W. S.) do używania przedmiot użyczenia na okres od 10.01.2015 r. do 31.12.2015 r.

Termin składania ofert został wyznaczony na 13 stycznia 2015 roku.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, ze odwołujący są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. W., J. H. i P. P. (w zakresie pakietu nr 1) oraz J. W., J. H. i H. P. (w zakresie pakietu nr 2) z uwagi na nieskuteczne wniesienie przez nich wadium. W ocenie Izby nie istnieją przeszkody we wniesieniu wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, w której to treści gwarancji ujęty został jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia. Zgodnie z treścią art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców,

o których mowa w ust. 1, tj. wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Dlatego też obowiązki jakie ustawa kształtuje w stosunku do wykonawcy będą dotyczyły tych wykonawców, którzy wspólnie biorą udział w postępowaniu. Izba w pełni podziela stanowisko Sądu Okręgowego w Poznaniu wyrażone w wyroku z dnia 12 maja 2006 roku (sygn. akt II CA 489/06), gdzie Sąd wskazał, iż *Złożenie gwarancji zapłaty wadium przez konsorcjum i to nawet gwarancji wystawionej na rzecz jednego z członka konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum(…). Stosownie jednak do przepisu art. 14 p.z.p. do*

czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Wobec tego uregulowania nie ma przeszkód, aby przyjąć, że

13

---

członkowie konsorcjum ubiegający się o zamówienie wspólnie odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregokolwiek z członków konsorcjum, w tym lidera konsorcjum. Złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest bowiem równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 k.c, powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne. W sytuacji kiedy do zawarcia umowy nie doszłoby z przyczyn leżących po stronie lidera konsorcjum, zamawiający może skutecznie domagać się realizacji gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium od gwaranta z tytułu tej gwarancji wystawionej dla solidarnie zobowiązanego do zawarcia umowy członka konsorcjum ubiegającego się o zamówienie.

Izba uznała za bezzasadny zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania w zakresie pakietu nr 3 wykonawcy W. S. z powodu niewykazania przez niego, iż dysponuje on zestawem samozaładowczym do zrywki drewna metodą nasiębierną.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zamawiający nie sprecyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co należy rozumieć pod pojęciem zestaw. Powszechnie obowiązujące przepisy prawne również nie zawierają legalnej definicji zestawu samozaładowczego. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 7 grudnia 2012 roku w sprawie rodzajów urządzeń technicznych podlegających dozorowi technicznemu (Dz. U. z 2012 roku, poz. 1468) w § 1 pkt 11 stanowi o jedynie o "urządzeniach załadowczych" jako tych, które podlegają dozorowi technicznemu.

Słownik języka polskiego PWN wyjaśnia, iż pod pojęciem zestawu należy rozumieć zespół elementów spełniających rolę samodzielnego urządzenia. W ocenie Izby definicji tej odpowiada wskazana przez wykonawcę W. S. przyczepa leśna Palms 81/670. Wskazane urządzenie składa się z przyczepy oraz zamontowanego na niej żurawia, co pozwala na uznanie go za zestaw.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż wykonawca W. S. wykazał, że dysponuje wymaganym urządzeniem poprzez wskazanie go w wykazie złożonym wraz z ofertą. W ocenie Izby wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentu należy uznać za bezpodstawne. Bez znaczenia dla rozpoznania zarzutu jest zatem treść wykazu złożonego przez tegoż wykonawcę w wyniku wezwania go do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

14

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego niewykazania przez wykonawcę W. S. warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu co najmniej czterema osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. co najmniej czterema osobami z zaświadczeniami o odbyciu z wynikiem pozytywnym szkolenia uprawniającego do pracy z użyciem pilarki oraz co najmniej jedną osobą posiadającą aktualne zaświadczenie o ukończeniu szkolenia w zakresie stosowania środków ochrony roślin.

Wykonawca W. S. przedłożył wraz z ofertą wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, z którego wynika, że dysponuje czterema osobami, które ukończyły kurs drwala - operatora pilarki spalinowej oraz jedną osobą, która ukończyła szkolenie w zakresie stosowania środków ochrony roślin. Zgodnie z pkt. 8.1 ppkt 3 wykaz ten był dokumentem, który potwierdzał, iż wskazane osoby na dzień składania ofert posiadają stosowne uprawnienia.

Wykonawca nie złożył wraz z ofertą drugiego dokumentu na potwierdzenie tych samych okoliczności, które już wynikały ze złożonego wykazu osób, tj. oświadczenia, że wymienione w wykazie osoby posiadają wymagane doświadczenia. Złożone w wyniku wezwania oświadczenie, mimo, że opatrzone jest datą późniejszą niż termin składania ofert, nie świadczy w ocenie Izby o tym, iż wykonawca nie wykazał, iż na dzień składania ofert

spełnia postawiony warunek w zakresie uprawnień. Oferta (wraz z dokumentami uzupełnionymi) stanowi bowiem całość i jako całość powinna być badana i oceniana. Badanie tylko uzupełnionego dokumentu, w oderwaniu od innych dokumentów złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą świadczyłoby o nadmiernym formalizmie i w rezultacie doprowadziłoby do wykluczenia wykonawcy, który wykazał, że na dzień składania ofert spełnia warunki postanowione w siwz.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 zd. drugie ustawy Pzp złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Z kolei Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 wskazał, że instytucja zamawiająca może zażądać poprawienia lub uzupełnienia w szczegółach informacji przedstawionych w zgłoszeniu, pod warunkiem że dotyczy to informacji lub danych, co do których można obiektywnie ustalić, że pochodzą sprzed daty upływu terminu zgłoszeń. W ocenie Izby wykonawca dowiódł za pomocą złożonego w ofercie wykazu, iż przed terminem składania ofert osoby wskazane w wykazie miały wymagane uprawnienia.

15

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący niespełnienia przez zobowiązanie podmiotu trzeciego postanowień siwz w zakresie wskazania formy współpracy między wykonawcą a udzielającym potencjału oraz w zakresie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zamówienia pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby.

Wykonawca złożył wraz z ofertą umowę użyczenia z dnia 10 stycznia 2015 roku zawartą z M. H. . Zgodnie z § 1 umowy przedmiotem użyczenia jest pług leśny aktywny z pogłębiaczem. Zgodnie z § 4 użyczający (M. H.) oddaje Biorącemu (W. S.) do używania przedmiot użyczenia na okres od 10.01.2015 r. do 31.12.2015 r.

W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, iż wskazany pług leśny stanowi potencjał osoby trzeciej, udostępniającej swe zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b ustaw Pzp. Załączona do oferty umowa użyczenia nie jest dokumentem potwierdzającym oddanie do dyspozycji wykonawcy zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Umowa użyczenia jest umową nazwaną kodeksu cywilnego, który w art. 710 stanowi, iż przez umowę użyczenia użyczający zobowiązuje się zezwolić biorącemu, na czas oznaczony lub nieoznaczony, na bezpłatne używanie oddanej mu w tym celu rzeczy. Oznacza to, że biorącemu przysługuje tytuł prawny do używania rzeczy, jedynym zaś ograniczeniem w używaniu jest korzystanie z niej zgodnie z jej przeznaczeniem. Bez znaczenia dla zawartej umowy jest, czy wykonawca wykorzysta rzecz przy realizacji umowy objętej przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego, czy też przy wykonywaniu innych usług w zakresie prowadzonej działalności.

Niezależnie od powyższego podkreślić należy, że odpowiedzialność solidarna wykonawcy oraz podmiotu udostępniającego zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wynika z art. 26 ust. 2e tejże ustawy. Jest to przepis bezwzględnie obowiązujący, co oznacza, że jego zastosowanie nie może być wolą stron wyłączone lub ograniczone.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

……

16

17