

WYROK

z dnia 10 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Marek Koleśnikow

Piotr Kozłowski

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w 25 lipca 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SITA WSCHÓD sp. z o.o., "ZIEL-BUD" Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Budownictwa Ogólnego i Drogowego M.K., Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji, Radom**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Ekola Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno -Usługowo-Handlowe Interbud Sp. z o.o., Radom** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i unieważnia umowę nr 34/DR/2016 z dnia 26 lipca 2016 roku zawartą pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia: Ekola Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo-Handlowe Interbud Sp. z o.o.**

2. kosztami postępowania obciąża **Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji, Radom** i:

- 2.1. 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: **SITA WSCHÓD sp. z o.o., "ZIEL-BUD" Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Budownictwa Ogólnego i Drogowego M.K., Lublin** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2 zasądza od **Miejskiego Zarządu Dróg i Komunikacji, Radom** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SITA WSCHÓD sp. z o.o., "ZIEL-BUD" Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Budownictwa Ogólnego i Drogowego M.K., Lublin** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest utrzymanie czystości w pasach drogowych miasta Radomia. Zamówienie zostało podzielone na 4 zadania (części). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14.06.2016 roku pod poz. 2016/S 077-137584.

W dniu 25 lipca 2016 roku Odwołujący - Sita Wschód Sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec dokonania wyboru w zadaniu nr 2 (rejon północno-zachodni) jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Ekola Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe Interbud Sp. z o.o. (dalej konsorcjum Ekola). Odwołujący zarzucił zaniechanie wykluczenia konsorcjum Ekola na podstawie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP z powodu zaniechania wniesienia wadium przez Konsorcjum;
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia oraz niewykazania realnego i rzeczywistego dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego tj. potencjałem wiedzy i doświadczenia udzielonym przez spółkę działającą pod firma Fagus sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;

Odwołujący podniósł, że oferta konsorcjum Ekola winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP z powodu zaniechania złożenia przez Konsorcjum zgodnie z wymaganiami ustawy Pzp i SIWZ zobowiązania w przedmiocie udzielenia potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia przez podmiot udostępniający tj. spółkę Fagus sp. z o.o. o treści zgodnej z PZP i SIWZ.

W konsekwencji Odwołujący wskazał na zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spełniającej wymagania SIWZ, zgodnej z PZP.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum pomimo niewniesienia przez nie wadium do upływu terminu składania ofert;
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum, które nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia w świadczeniu usług obejmujących mechaniczne zmiatanie jezdni o łącznej wartości co najmniej 1.200 000,00 pin brutto, o których mowa w punkcie 9 ppkt 9.3.2 lit. (a) SIWZ;

3. art. 26 ust. 2b w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum pomimo niewykazania przez nie faktycznego i realnego dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie wymaganej w postępowaniu wiedzy i doświadczenia, o której mowa w punkcie 9 ppkt 9.3.2 lit. (a) SIWZ;
4. art. 87 ust. 1 PZP poprzez wybór oferty Konsorcjum, które w toku badania i oceny ofert w sposób niezgodny z PZP składając pisemne wyjaśnienia z dnia 7 lipca 2016 r. zmieniło sposób wykonania Zamówienia wskazując, wbrew jednoznaczному brzmieniu zobowiązania Fagus sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, załączonego do oferty Konsorcjum, iż ww. podmiot nie będzie wykonywał w toku realizacji Zamówienia usług mechanicznego zamywania ulic w Radomiu (zamiana podwykonawstwa w zakresie realizacji mechanicznego zamywania jezdni na użyczenie sprzętu, udzielanie konsultacji i pomoc techniczną);
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez wybór oferty Konsorcjum, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ z uwagi na zaniechanie wskazania, iż usługa mechanicznego zamywania ulic realizowana będzie przy udziale podwykonawcy tj. Fagus sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, co wynika z treści załączonego do oferty Konsorcjum zobowiązania w przedmiocie udostępnienia wiedzy i doświadczenia;
6. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 25 ust. 2 PZP i § 1 ust. 6 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez wybór oferty Konsorcjum pomimo złożenia zobowiązania w przedmiocie udostępnienia wiedzy i doświadczenia, którego treść i zakres nie odpowiadają wymaganiom PZP, Rozporządzenia i SIWZ (punkt 10 ppkt 10.1.6).

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum Ekola oraz o dokonanie wyboru oferty Odwołującego, która spośród ofert spełniających warunki udziału w postępowaniu jest ofertą najkorzystniejszą.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uznanie.

I. Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie o art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na to, że Odwołujący nie przesłał Zamawiającemu kopii odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia. Złożone w toku posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą wyjaśnienia stron, wskazują, że Odwołujący dochował należytej staranności i w dniu 25 lipca 2016 roku przesłał kopię odwołania na numer faksu podany w treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kopia odwołania została przesłana zamawiającemu w taki sposób, że zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią, co wynika z załączonych przez Odwołującego do akt sprawy dowodów w postaci raportu transmisji faksowej oraz bilingu operatora Orange, które pokazują, że w dniu 25 lipca 2016 roku pomiędzy godzinami 11:00, a 11:30 zostały nawiązane cztery połączenia z numerem faksu Zamawiającego. Zamawiający w toku posiedzenia oświadczył jednak, że w dniu 25 lipca 2016 roku nie otrzymał kopii odwołania a jak wynika z informacji uzyskanych przez Zamawiającego od operatora Orange tego dnia istotnie zostały nawiązane cztery połączenia z numerem faksu Odwołującego, jednak wiadomości nie zostały „ściągnięte” na serwer Orange i tym samym nie zostały przekazane w formie e-mailowej Zamawiającemu. Na potwierdzenie Zamawiający załączył korespondencję z operatorem Orange. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający dopuścił porozumiewanie się za pośrednictwem faksu, a Odwołujący w dniu 25 lipca przekazał na wskazany przez Zamawiającego numer kopię odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią. Dla skuteczności dopełnienia obowiązku wynikającego z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp tj. przesłania zamawiającemu kopii odwołania, istotne jest samo przesłanie kopii odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem tego terminu. Nie ma natomiast znaczenia okoliczność, czy doszło do rzeczywistego zapoznania się przez zamawiającego z treścią przekazanego mu odwołania. Zgodnie z ogólną teorią doręczeń, wynikającą z art. 61 kc oświadczenie woli jest złożone z chwilą, gdy doszło do drugiej strony w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Sąd Najwyższy w wyrokach z dnia 16.03.1995 r. I PRN 2/95 OSN 1995, nr 18. Poz. 229 oraz z 9.12.1999 r. I PKN 430/99 OSN 2001, Nr 9, poz. 309 wskazał, że możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia woli nie musi równać się faktycznemu zapoznaniu z jego treścią. Skuteczne doręczenie oświadczenia woli to takie, które daje adresatowi możliwość zapoznania się z nim, choćby

nawet w rzeczywistości adresat tego nie uczynił. Problemy techniczne z przekazaniem wiadomości przez samego operatora do Zamawiającego, to problemy niezależne od samego Odwołującego, który dochował należytej staranności i skutecznie przekazał kopie odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia w taki sposób, że Zamawiający miał możliwość zapoznania się z jego treścią. Problemy techniczne w postaci braku przekazania wiadomości przez operatora nie mogą w tym przypadku obciążać samego Odwołującego, który uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

II. Izba stwierdziła, że Odwołujący, jako podmiot ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, który złożył ofertę na zadanie nr 2, niewątpliwie legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania a na skutek działań i zaniechań Zamawiającego, kwestionowanych w odwołaniu może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co powoduje, że zostały spełnione przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające Odwołującego do wniesienia odwołania.

III. W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wniesienia wadium przez konsorcjum Ekola, Izba ustaliła co następuje:

Zgodnie z pkt 12 SIWZ Zamawiający zobowiązał wykonawców, składających oferty w zadaniu nr 2 do wniesienia wadium w wysokości 25 000 zł. Wskazał, że wadium może być wniesione w pieniądzu w formie przelewu na konto Miejskiego Zarządu Dróg i Komunikacji w Radomiu nr 19124032591111000030026085 w PEKAO S.A. II O/Radom, , poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej (z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym), gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych, poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 09.11.2000r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. (Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275, ze zm.). Podał także, że gwarancja bankowa lub gwarancja ubezpieczeniowa, stanowiąca formę wniesienia wadium, winna spełniać co najmniej następujące wymogi:

- ustalać beneficjenta gwarancji, tj.: jego nazwę i adres,
- określać kwotę gwarantowaną w PLN,
- określać termin ważności gwarancji,
- podać przedmiot gwarancji, nazwę zamówienia wynikającą ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- być gwarancją samoistną, nieodwołałną i bezwarunkową, płatną na każde żądanie,
- przewidywać wszystkie przypadki utraty wadium – zgodnie z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp (wymienione w pkt 12.5 specyfikacji).

Do oferty złożonej przez konsorcjum Ekola załączono dokument Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr 998-A 608 660 z dnia 10.06.2016 roku, w którym ubezpieczyciel - UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. udziela gwarancji ubezpieczeniowej na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg i Komunikacji - działającego w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Radomia (Beneficjenta - Organizatora przetargu) tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium przez Ekola Sp. z o.o. (Zobowiązanego - Oferenta) do wysokości sumy gwarancyjnej 25 000 zł zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, którego przedmiotem jest utrzymanie czystości w pasach drogowych miasta Radomia. Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia kwoty nie wyższej, niż suma gwarancyjna na pierwsze pisemne wezwanie Beneficjenta, przedłożone w okresie obowiązywania gwarancji, zawierające oświadczenie, że wystąpiła jedna z następujących sytuacji określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2014 r. z późn. zmianami, zwanej dalej Ustawą:

- oferta Zobowiązanego została wybrana ale:

- zobowiązany odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie.
- zobowiązany nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego,
- zobowiązany, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 6 ust. 3 ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej.

Do oferty załączono także pełnomocnictwo do umowy z dnia 13.06.2016 roku o powołaniu Konsorcjum, w którym partner konsorcjum - Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe Interbud sp. z o.o. upoważnia lidera konsorcjum - Ekola sp. z o.o. do reprezentowania konsorcjum w przetargu nieograniczonym na utrzymanie czystości w pasach drogowych miasta Radomia – rejon północno-zachodni zad. II w zakresie: a. podpisania i złożenia oferty oraz załączników do oferty, b. w przypadku wyboru oferty do zawarcia z Zamawiającym umowy w sprawie realizacji przedmiotu zamówienia, c. składania środków odwoławczych i skarg przewidzianych ustawą o zamówieniach publicznych, d. występowania przed właściwymi organami we wszystkich sprawach zabezpieczających cele konsorcjum, e. dochodzenia wobec Zamawiającego oraz osób trzecich roszczeń związanych z przedmiotem zamówienia, f. prowadzenia korespondencji oraz dokonanie rozliczeń z Zamawiającym, g. dokonywania

innych czynności faktycznych i prawnych wymaganych ze względu na postanowienia SIWZ, przedmiot kontraktu i wymagania Zamawiającego.

Pismem z dnia 4 lipca 2016 roku Zamawiający wezwał konsorcjum Ekola do złożenia wyjaśnień m.in. w zakresie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, wskazując, że w złożonej do oferty gwarancji jako zobowiązany - oferent występuje wyłącznie Ekola Sp. z o.o., natomiast oferta została złożona przez konsorcjum, w skład którego wchodziły dwie firmy. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie i udokumentowanie, czy firma Ekola sp. z o.o. była upoważniona do złożenia wadium w imieniu konsorcjum oraz czy gwarancja zapłaty wadium wystawiona przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. zabezpiecza roszczenia Zamawiającego w stosunku do wszystkich członków konsorcjum tj. firm Ekola sp. z o.o. i PPUH Interbud Sp. z o.o.

W odpowiedzi, w pkt 4 pisma z dnia 7 lipca 2016 roku lider konsorcjum Ekola, wyjaśnił, że złożona wraz z ofertą przez konsorcjum Ekola Sp. z o.o. oraz PPUH Interbud sp. z o.o. gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr 998A 608 660 z dnia 10.06.2016 r., stanowiąca wadium w przedmiotowym postępowaniu, obejmuje zabezpieczenie dla Miejskiego Zarządu Dróg i Komunikacji z siedzibą w Radomiu w stosunku do wszystkich uczestników konsorcjum: tj. zarówno Ekola sp. z o.o. jak również PPUH Inetrbud sp. z o.o. Wskazano, że Ekola sp. z o.o. była upoważniona do wniesienia wadium, co potwierdza umowa konsorcjum z dnia 9.06.2016 roku wraz z pełnomocnictwem. Do pisma załączono m.in.:

1. pełnomocnictwo z dnia 9.06.2016 o powołaniu konsorcjum, upoważniające lidera konsorcjum Ekola Sp. z o.o. do reprezentowania konsorcjum w przetargu nieograniczonym na utrzymanie czystości w pasach drogowych miasta Radomia – rejon północno-zachodni zad. II w zakresie m.in. w lit. b - wniesienia wadium. Pozostały zakres upoważnienia jest zbieżny z treścią pełnomocnictwa z dnia 13.06.2016 roku, załączonego do oferty.
2. umowę konsorcjum zawartą pomiędzy Ekola Sp. z o.o. a PPUH Interbud z dnia 9.06.2016 roku.
3. pismo z dnia 7.07.2016 roku UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., w którym ubezpieczyciel informuje, że przedmiotowa gwarancja udzielona na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg i Komunikacji obejmuje zabezpieczenie MZDIK w stosunku do całego konsorcjum w składzie: Ekola sp. z o.o. oraz PPUH Interbud sp. z o.o.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

Izba uznała za zasadny zarzut zaniechania wykluczenia konsorcjum Ekola z uwagi na nieprawidłowe zabezpieczenie oferty wadium.

Z treści gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998 -A 608 660 z dnia 10.06.2016 roku, wynika, że ubezpieczyciel - UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A.- udziela gwarancji ubezpieczeniowej na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg i Komunikacji - działającego w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Radomia (Beneficjenta - Organizatora przetargu) tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium przez Ekola Sp. z o.o. (Zobowiązanego - Oferenta) do wysokości sumy gwarancyjnej 25 000 zł zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, którego przedmiotem jest utrzymanie czystości w pasach drogowych miasta Radomia. Nie ulega wątpliwości, że gwarancja została wystawiona wyłącznie na zlecenie Ekola Sp. z o.o. działającego jako wykonawca w związku ze złożeniem oferty w tym postępowaniu o zamówienie publiczne a nie na zlecenie całego konsorcjum.

W judykaturze zarysowały się dwa odmienne poglądy co do skuteczności złożenia gwarancji wadialnej wystawionej na jednego z członków konsorcjum. Stanowisko, zgodnie z którym gwarancja zapłaty wadium wystawiona na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest złożona skutecznie, nawet bez wyraźnego wskazania w treści gwarancji wadialnej faktu istnienia konsorcjum i wielości wykonawców składających razem ofertę, odwołuje się - w jednym ze swoich istotnych argumentów - do prawidłowości umocowania pełnomocnika, działającego w imieniu i na rzecz współkonsorcjanta (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 roku, Sygn. akt XXII Ga 1313/15). W analizowanym stanie faktycznym brak podstaw, aby uznać, że na dzień wystawienia gwarancji zapłaty wadium tj. na dzień 10.06.2016 roku wykonawca Ekola Sp. z o.o. był prawidłowo umocowany do działania w imieniu i na rzecz członka konsorcjum PPUH Interbud Sp. z o.o.

Izba uznała, że złożone w dniu 7.07.2016 roku wraz z udzielonymi wyjaśnieniami: pełnomocnictwo do umowy z dnia 9.06.2016 o powołaniu konsorcjum oraz sama umowa konsorcjum są niewiarygodne a całokształt okoliczności sprawy wskazuje, że konsorcjum nie istniało w dniu wystawienia gwarancji wadialnej. Przede wszystkim nie można podzielić stanowiska zaprezentowanego przez pełnomocnika Przystępującego, że w treści pełnomocnictwa do umowy z dnia 13.06.2016 roku, załączonego do oferty doszło do omyłki pisarskiej w podanej dacie, a prawidłową jest datą 9.06. Izba zwróciła uwagę na różnicę w treści obu pełnomocnictw: w pełnomocnictwie do umowy z dnia 9.06 (uzupełnionym) wskazano w lit. b jako uprawnienie dla lidera konsorcjum - wniesienie wadium, czego nie ujęto w pełnomocnictwie do umowy z dnia 13.06 (załączonym do oferty). Okoliczności te powodują, że nieprawdziwym jest stanowisko Przystępującego, że oba pełnomocnictwa są

identyczne w swej treści a jedynie doszło do omyłki pisarskiej w podanej dacie. W ocenie Izby nie było żadnych podstaw prawnych i faktycznych, aby wykonawca wezwany jedynie do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, złożył nowe pełnomocnictwo z inną datą i zakresem uprawnień lidera konsorcjum. Z tych też względów Izba uznała, że dokumenty uzupełnione przez wykonawcę w dniu 7.07.2016r tj. pełnomocnictwo do umowy z dnia 9.06.2016r. oraz sama umowa konsorcjum są niewiarygodne i zostały one antydatowane jedynie na potrzeby wykazania, że konsorcjum faktycznie istniało w dniu wystawienia gwarancji wadialnej. Skoro w dniu wystawienia gwarancji zapłaty wadium (10.06) konsorcjum nie istniało a Ekola Sp. z o.o. działał wyłącznie w imieniu własnym, to nie można uznać, że złożona gwarancja obejmuje całe konsorcjum. Okoliczności sprawy wskazują, że Gwarant w dniu wystawienia gwarancji zapłaty wadium nie mógł obiektywnie wiedzieć o istnieniu umowy konsorcjum z dnia 13.06 i pełnomocnictwie do tej umowy i udzielił gwarancji jedynie Ekola Sp. z o.o.

Niezależnie od powyższego, podnieść należy, że gwarancja wadialna ma charakter abstrakcyjny i samoistny, czyli niezależny od istnienia, zakresu i ważności innego zobowiązania, w tym będącego przedmiotem zabezpieczenia zobowiązania podstawowego. Oznacza to, że o zakresie odpowiedzialności gwaranta i uprawnieniach beneficjenta decyduje wyłącznie treść gwarancji, która powinna być sformułowana w sposób precyzyjny, jasny i interpretowana w sposób ścisły. Treść gwarancji wadialnej musi obejmować wszystkie enumeratywnie wymienione w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp okoliczności. Dla skutecznego zabezpieczenia ewentualnych roszczeń Zamawiającego winna wskazywać jasno na wykonawcę lub wykonawców, wspólnie ubiegających się o udzielenie danego zamówienia. W analizowanym stanie faktycznym, gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium Uniqa z dnia 10.06.2016 roku wskazuje wprost, że zobowiązanym - oferentem jest wyłącznie Ekola Sp. z o.o. Jak wskazano wyżej brak także podstaw, aby uznać, że Ekola w dniu wystawienia tejże gwarancji działał w imieniu i na rzecz członka konsorcjum - PPUH Interbud sp. z o.o.

Za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, Izba uznała złożone w wyniku uzupełnienia pismo z dnia 7.07.2016 roku Towarzystwa Ubezpieczeń Uniqa, w którym informuje się, że udzielona gwarancja nr 998A 608 660 z dnia 10.06.2016 obejmuje zabezpieczenie MZDIK w stosunku do całego konsorcjum w składzie: Ekola sp. o.o. oraz PPUH Interbud Sp. z o.o. Wyjaśnienie tego rodzaju nie może zmieniać treści samego listu gwarancyjnego i pozostaje ono bez wpływu na skuteczność wniesienia wadium do upływu terminu składania ofert.

Przytoczyć należy także orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 września 2015 r. (Sygn. akt XXIII Ga 1041/15), w którym sąd wskazał, że objęcie gwarancją bankową tylko jednego wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia spowoduje, że gwarant będzie miał możliwość uchylenia się od zapłaty sumy gwarancyjnej w sytuacji, gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego z wykonawców. W ocenie sądu (...), mimo braku wymogu w SIWZ, ale z uwagi na abstrakcyjny charakter gwarancji bankowej, wadium wnoszone w postaci gwarancji bankowej winno w swej treści zawierać informację, że podmiotem zabezpieczającym zapłatę wadium jest konsorcjum, a nie wyłącznie lider konsorcjum.

IV. W zakresie zarzutu dotyczącego braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, Izba ustaliła co następuje:

W pkt 9. 3.2. siwz Zamawiający podał, że na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia Wykonawca winien wykazać, że wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) następujące usługi:

- a) mechaniczne zmiatanie jezdni o łącznej wartości co najmniej 1.200.000,00 PLN brutto (słownie: jeden milion dwieście tysięcy złotych).

W pkt 9.5 Zamawiający podał, że Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia oraz przedłoży dokumenty (informacje), o których mowa w pkt 10.1.6. SIWZ.

W sytuacji, gdy Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia oraz dokumenty (informacje) dotyczące:

- a. zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b. sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- c. charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,
- d. zakresu i okresu udziału innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wykonawca załączył wykaz usług wraz z referencjami i wskazał na usługi mechanicznego zmiatania jezdni realizowane przez PPUH Interbud Sp. z o.o. o wartości 951 620,70 zł oraz usługi realizowane przez Fagus sp. z o.o. o wartości 647 906,79 zł.

Do oferty załączono zobowiązanie z dnia 10.06.2016 roku Fagus Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W treści tego zobowiązania wskazano, że Fagus sp. z o.o. zobowiązuje się do oddania swoich zasobów wiedza i doświadczenie do dyspozycji wykonawcy Ekola Sp. z o.o. przy wykonywaniu zamówienia pod nazwą utrzymanie czystości w pasach drogowych miasta Radomia - rejon północno- zachodni zad. II. Podmiot trzeci oświadczył, że udostępnia wykonawcy ww. zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, sposób wykorzystania udostępnionych zasobów: współpraca przy realizacji zadania, charakter łączącego stosunku z wykonawcą: umowa cywilna, zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia: mechaniczne zmiatanie ulic, okres udziału przy wykonywaniu zamówienia: czas realizacji zadania.

W dniu 4.07.2016 roku Zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zwrócił się do konsorcjum Ekola o podanie jaka jest wartość usług mechanicznego zmiatania jezdni wykonanych przez Fagus Sp. z o.o. (pkt 2 pisma) oraz wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy zobowiązaniem podmiotu trzeciego, gdzie wpisano, że Fagus Sp. o.o. będzie wykonywała mechaniczne zmiatanie ulic a formularzem oferty, gdzie nie wpisano, że ww. usługi będą podzleczone podwykonawcy (pkt 3 pisma).

W odpowiedzi, w dniu 7.07.2016 roku wykonawca podał, że podmiot udzielający wiedzy i doświadczenie Fagus sp. z o.o. w zakresie wskazanym w poz. 2 wykazu wykonał usługi mechanicznego zmiatania ulic o całkowitej wartości 267 662,83 zł. Wyjaśnił także, że Fagus sp. z o.o. nie będzie podwykonawcą Konsorcjum w realizacji przedmiotowego postępowania. Spółka Fagus użyczy Konsorcjum sprzęt oraz będzie udostępniać swoje doświadczenie przy wykonywaniu przedmiotowych usług poprzez konsultacje merytoryczne oraz doradztwo techniczne. Do wyjaśnień załączono zobowiązanie podmiotu trzeciego z dnia 10.06.2016 roku, w którym Fagus sp. z o.o. zobowiązuje się do oddania swoich zasobów wiedza i doświadczenie do dyspozycji Ekola Sp z o.o. . Jako sposób wykorzystania udostępnionych zasobów wskazano współpracę przy realizacji zadania na podstawie umowy cywilnej (charakter stosunku łączącego Fagus sp. z o.o. z wykonawcą). Jako zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia podano: udzielenie sprzętu, doradztwo, konsultacje i pomoc techniczna.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała także za zasadny zarzut zaniechania wykluczenia konsorcjum Ekola z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz niewykazania realnego i rzeczywistego dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego tj. potencjałem wiedzy i doświadczenia udzielonym przez Fagus Sp. z o.o..

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. W myśl art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Dyspozycja art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego „udowodnił” dostępność zasobów na które się powołuje przez złożenie stosownych dowodów. W uchwale KIO/KD113/13 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę na to, że „dysponowanie wymienionymi w przepisie art. 26 ust. 2b Pzp. zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji, czy domysłów zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu rzeczywiście nim dysponuje, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu. Jeśli złożone (...) zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy odpowiedniego zasobu wymaga podjęcia zabiegów interpretacyjnych w celu ustalenia jego treści, w tym zakresu udostępnienia zasobu, to nie sposób uznać za udowodnione jego udostępnienia”.

W analizowanym stanie faktycznym przedłożono dwa różniące się zakresem udziału podmiotu trzeciego zobowiązania Fagus Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia. W pierwszym - złożonym wraz z ofertą - wskazano, że podmiot trzeci będzie wykonywał mechaniczne zmiatanie ulic, w drugim - złożonym do pisma z dnia 7.07.2016 r. wskazano, że podmiot trzeci użyje sprzęt, będzie brał udział w realizacji zamówienia na zasadzie doradztwa, konsultacji i pomocy technicznej. Podkreślić należy, że oba zobowiązania opatrzone są tą samą datą tj. 10.06.2016 r., co sprawia, że nie wiadomo tak naprawdę które z nich jest dla Zamawiającego wiążące. W efekcie w oparciu o złożone Zamawiającemu dowody w postaci zobowiązań podmiotu trzeciego, nie można w sposób jednoznaczny ustalić jaki będzie faktyczny, rzeczywisty udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Niezależnie od powyższego, nawet gdyby przyjąć, jak twierdzi

Zamawiający i Przystępujący, że prawidłowym jest uzupełnione zobowiązanie podmiotu trzeciego, w którym wskazano, że udział podmiotu trzeciego będzie polegał na: użyczeniu sprzętu, doradztwie, konsultacjach i pomocy technicznej, to w ocenie Izby taki zakres nie zapewnia realności udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia.

Izba wielokrotnie w orzeczeniach podkreślała, że przekazanie wykonawcy przez podmiot trzeci danego potencjału musi być realne. W art. 63 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego I Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE wskazano wprost, że w odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. Zdaniem Izby skuteczne przekazanie zasobu wiedzy i doświadczenia nie może polegać na udostępnieniu sprzętu, jak wskazano w treści zobowiązania, bowiem wiedza i doświadczenie są immanentnie związane z pracownikami a samo użyczenie sprzętu dotyczy potencjału technicznego a nie wiedzy i doświadczenia. Nie można uznać także, że przez doradztwo, konsultacje i pomoc techniczną doszło do realnego przekazania wiedzy i doświadczenia w zakresie usług mechanicznego zamykania ulic. Aby doradztwo i konsultacje mogło być uznane za realne udostępnienie zasobu wiedzy i doświadczenia w usługach polegających na utrzymaniu czystości na pasach drogowych musi mieć ono charakter ścisły i wskazywać konkretnie na czym ten udział będzie polegał i w jaki sposób zapewniona jest rzeczywista możliwość wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji zamówienia. W złożonym wraz z pismem z dnia 7.07.2016r zobowiązaniu podmiotu trzeciego takich informacji brak, nie dostarcza ich również złożona w toku rozprawy przez Przystępującego umowa cywilna z Fagus sp. z o.o. dotycząca udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia. Z tych względów nie można uznać, że doszło do realnego i rzeczywistego udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego, co w konsekwencji oznacza, że konsorcjum Ekola nie wykazało spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia na wymaganym przez Zamawiającego poziomie.

Z uwagi na potwierdzenie się zarzutu zaniechania wniesienia wadium przez konsorcjum Ekola oraz okoliczność złożenia Zamawiającemu w dniu 7.07.2016 roku zobowiązania podmiotu trzeciego, niemożliwym jest zastosowanie dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwanie wykonawcy do złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp można stosować wyłącznie jednokrotnie w odniesieniu do danej okoliczności i nie może on mieć zastosowania w sytuacji, gdy mimo uzupełnienia dokumentów i oświadczeń oferta wykonawcy podlegałaby i tak odrzuceniu.

V. Z uwagi na to, że umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego została zawarta w dniu 26 lipca 2016 roku, a zatem przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze co powoduje, że zachodzi przesłanka określona w art. 146 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, a także mając na uwadze, że Zamawiający w toku rozprawy oświadczył, że nie przystąpił do realizacji umowy, Izba na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. a ustawy Pzp uwzględniając odwołanie orzekła o unieważnieniu umowy w sprawie tego zamówienia publicznego. Unieważnienie umowy na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 lit a ustawy Pzp następuje z urzędu a konsekwencją prawomocnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej unieważniającego umowę w oparciu o przywołaną przesłankę jest jej nieważność od momentu zawarcia (*ex tunc*).

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....