

Sygn. akt: KIO 2923/12

WYROK

z dnia 21 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec
Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Ryszard Tetzlaff
Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: C..... B..... prowadzącego działalność pod firmą Produkcja Handel Usługi C..... B....., Biernatowo 2, 64-980 Trzcianka, D..... B..... prowadzącą działalność pod firmą Magdar D..... B....., Biernatowo 2, 64-980 Trzcianka oraz R..... K..... prowadzącego działalność pod firmą Zakład Usług Leśnych R..... K....., Brzegi 2, 64-761 Krzyż Wielkopolski w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Krzyż, ul. Mickiewicza 2 w Łokaczu Małym, 64-761 Krzyż Wielkopolski

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W..... S..... prowadzącego działalność pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych W..... S....., Dzierżążno Wielkie 118, 64-730 Wieleń, A..... P..... prowadzącego działalność pod firmą Usługi Leśne A..... P....., ul. Osiedlowa 6/7, 78-630 Człopa, M..... S..... prowadzącego działalność pod firmą Usługi Handel Junior M..... S....., Dzierżążno Wielkie 118, 64-730 Wieleń oraz S..... A..... prowadzącego działalność pod firmą Aftbik S..... A....., Gieczynek 36, 64-730 Wieleń (konsorcjum SPÓJNIA) zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **C..... B..... prowadzącego działalność pod firmą Produkcja Handel Usługi C..... B....., Biernatowo 2, 64-980 Trzcianka, D..... B..... prowadzącą działalność pod firmą Magdar D..... B....., Biernatowo 2, 64-980 Trzcianka oraz R..... K..... prowadzącego działalność pod firmą Zakład Usług Leśnych R..... K....., Brzegi 2, 64-761 Krzyż Wielkopolski 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: **C..... B..... prowadzącego działalność pod firmą Produkcja Handel Usługi C..... B....., Biernatowo 2, 64-980 Trzcianka, D..... B..... prowadzącą działalność pod firmą Magdar D..... B....., Biernatowo 2, 64-980 Trzcianka oraz R..... K..... prowadzącego działalność pod firmą Zakład Usług Leśnych R..... K....., Brzegi 2, 64-761 Krzyż Wielkopolski** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **C..... B..... prowadzącego działalność pod firmą Produkcja Handel Usługi C..... B....., Biernatowo 2, 64-980 Trzcianka, D..... B..... prowadzącą działalność pod firmą Magdar D..... B....., Biernatowo 2, 64-980 Trzcianka oraz R..... K..... prowadzącego działalność pod firmą Zakład Usług Leśnych R..... K....., Brzegi 2, 64-761 Krzyż Wielkopolski** na rzecz zamawiającego: **Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Krzyż, ul. Mickiewicza 2 w Łokaczu Małym, 64-761 Krzyż Wielkopolski** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Poznaniu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Krzyż w 2013 r.” zostało wszczęte przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Krzyż, zwane dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2012/S 208-342496) w dniu 27 października 2012 r.

Odwołanie w powołanym postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie części drugiej zamówienia wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: C..... B..... prowadzący działalność pod firmą Produkcja Handel Usługi C..... B....., D..... B..... prowadząca działalność pod firmą Magdar D..... B..... oraz R..... K..... prowadzący działalność pod firmą Zakład Usług Leśnych R..... K....., zwani dalej łącznie Odwołującym.

Zgodnie z odwołaniem, Zamawiający wadliwie dokonał oceny złożonego przez konsorcjum Spółnia zobowiązania podmiotu trzeciego. W ocenie Odwołującego z dokumentu tego w sposób jednoznaczny wynikało, iż podmiot trzeci udostępnił swój potencjał (posiadana wiedza i doświadczenie) jedynie na rzecz jednego z konsorcjantów, nie zaś całemu konsorcjum Spółnia. Z uwagi na charakter udostępnianego potencjału, który zdaniem Odwołującego stanowił dobro niematerialne i niepodzielne, a także przy uwzględnieniu złożonej wraz z ofertą zapisów umowy konsorcjum, zgodnie z którą każdy z konsorcjantów będzie realizował powierzony mu zakres zadań samodzielnie, należało, jak twierdził Odwołujący, uznać, że w rozpoznawanym przypadku koniecznym było, aby każdy z konsorcjantów mógł dysponować, równocześnie z pozostałymi, udostępnianym tylko jednemu z nich zasobem. Tymczasem w odniesieniu do konsorcjum Spółnia, zdaniem Odwołującego, uwzględniając treść zobowiązania podmiotu trzeciego, należało uznać, iż zasobem tym mógł dysponować jeden tylko z konsorcjantów, wyraźne w tym zobowiązaniu wskazany. Odmienna ocena dokonana przez Zamawiającego, a tym samym uznanie, iż konsorcjum Spółnia powołując się na powołane zobowiązanie podmiotu trzeciego wykazało spełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i

doświadczenia, stanowiło w ocenie Odwołującego naruszenie art. 26 ust. 2b, art. 22 ust. 1 pkt 2), a także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Ponadto uznanie oferty złożonej przez konsorcjum Spółnia za najkorzystniejszą z naruszeniem przyjętych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) warunków uprawniających się do ubiegania o zamówienie publiczne stanowiło naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, z uwag na fakt, iż działanie to pozbawiło Odwołującego możliwości uzyskania tego właśnie zamówienia.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny ofert zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, w dniu 7 stycznia 2017 r., przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: W..... S..... prowadzący działalność pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych W..... S....., A..... P..... prowadzący działalność pod firmą Usługi Leśne A..... P....., M..... S..... prowadzący działalność pod firmą Usługi Handel Junior M..... S....., oraz S..... A..... prowadzący działalność pod firmą Aftbik S..... A..... (konsorcjum SPÓJNIA), zwani dalej łącznie Przystępującym.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron Izba oddaliła opozycję wniesioną przez Odwołującego wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego konsorcjum Spółnia. Jak zostało ustalone, konsorcjum to z zachowaniem terminu przewidzianego przepisem art. 185 ust. 2 ustawy Pzp doręczyło Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, kopie tegoż zgłoszenie przekazało Stronom postępowania odwoławczego. Wobec faktu, iż oferta złożona przez konsorcjum Spółnia została uznana za najkorzystniejszą, zaś rozpoznawane odwołanie zmierzało do unieważnienia tej czynności, oczywistym było również, że wykonawca ten posiada interes w uzyskaniu

korzystnego dla Zamawiającego rozstrzygnięcia. Nieistotnym, z punktu widzenia oceny skuteczności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, było ewentualne nieprzekazanie wraz z kopią przesłaną Odwołującemu załączników wskazanych w samym zgłoszeniu, szczególnie wobec faktu, iż dokumenty te pochodziły z dokumentacji postępowania prowadzonej przez Zamawiającego, do której każdy z wykonawców, zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, może uzyskać wgląd. Izba uznała, iż w okolicznościach sprawy, nie zostało udowodnione, aby wykonawca ten nie posiadał interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, po którego stronie przystąpił. Okoliczność ta pozwoliła Izbie powołaną opozycję oddalić.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 3.1.1 SIWZ, zamówienie zostało podzielone na dwie części, z kolei w pkt 6.2.a) SIWZ Zamawiający dookreślił warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia.

Przed upływem terminu składania ofert dwóch wykonawców, Odwołujący i Przystępujący, złożyło Zamawiającemu swoje oferty na realizację części drugiej zamówienia.

Przystępujący w celu wykazania spełnienia warunku opisanego w pkt 6.2.a) SIWZ powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, wskazując usługę zrealizowaną przez ten podmiot oraz na złożone wraz z ofertą (na stronie 30) zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia przez niego swoich zasobów na rzecz jednego z konsorcjantów (A..... P.....).

Pismem z dnia 17 grudnia 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze w zakresie części drugiej zamówienia oferty złożonej przez Przystępującego.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, które Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych. Mając na uwadze powołany przepis ustawy Pzp, za spóźnione i nie podlegające jej rozpoznaniu, Izba uznała zarzuty formułowane przez Odwołującego dopiero w toku rozprawy przed Izbą. Odwołujący na tym etapie postępowania odwoławczego podjął próbę wykazania, iż zobowiązanie wystawione w imieniu podmiotu trzeciego zawiera informacje nieprawdziwe, a ponadto zostało ono podpisane niezgodnie z zasadami reprezentacji przedsiębiorców uregulowanymi odpowiednimi przepisami prawa. Jak ustalił skład orzekający, twierdzeń tych Odwołujący nie zawarł we wniesionym odwołaniu, dlatego też, zgodnie z powołanym art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie mogły być one przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Analiza treści wniesionego odwołania pozwala, w ocenie Izby, stwierdzić, iż zostało ono oparte na powziętym przez Odwołującego przekonaniu, iż konsorcjum Spójnia, powołując się na zasoby podmiotu trzeciego, powinno było wykazać, iż zasoby te tak na etapie wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i na etapie realizacji zamówienia dostępne będą każdemu z konsorcjantów w stopniu pełnym. Dlatego też za niewystarczające dla uznania, iż konsorcjum Spójnia wykazało spełnienie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, było przedłożenie przez to konsorcjum zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia jego zasobów jednemu z konsorcjantów (A..... P.....). Zdaniem Odwołującego koniecznym było przywołanie w powołanym zobowiązaniu podmiotu trzeciego wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum Spójnia, ponieważ w innym przypadku pozostali wykonawcy nie mieliby zagwarantowanego dostępu do zasobów udostępnionych tylko jednemu z nich.

Skład orzekający Izby nie podzielił tego poglądu, uznając, iż stoi on w sprzeczności z istotą instytucji konsorcjum. Ustawodawca po to bowiem dopuścił możliwość wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia, aby mogli oni łączyć swe potencjały w celu wspólnego spełnienia warunków stawianych przez Zamawiającego, a następnie wspólnej realizacji zamówienia. W dotychczasowym orzecznictwie, ale też i doktrynie, dominuje pogląd, że dla uznania, iż całe konsorcjum spełnia określony warunek udziału w postępowaniu, wystarczającym jest, aby jeden tylko z konsorcjantów wykazał spełnienie tego warunku. Istotne jest to, aby wykazali oni, iż łącznie spełniają wszystkie warunki udziału w postępowaniu ustanowione przez Zamawiającego. Tak też było w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym wniesiono rozpoznawane przez Izbę odwołanie – Odwołujący nie przedstawił dowodów przeciwnych, stąd też Izba, orzekając w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, nie znalazła podstaw, aby móc kwestionować prawidłowość tego postępowania.

Na etapie wnoszenia przez Odwołującego odwołania, a zatem w czasie formułowania zarzutów podlegających rozpoznaniu przez Izbę, nie było sporne między Stronami, iż usługa wykazana przez konsorcjum Spójnia odpowiada swym zakresem opisowi zawartemu w pkt 6.2.a) SIWZ oraz to, że została ona należycie wykonana, a zatem, że może ona potwierdzać spełnienie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Nie podlegało wówczas również sporowi, iż zaświadczenie wystawione przez podmiot trzeci o udostępnieniu jego zasobów (wiedzy i doświadczenia) jednemu z konsorcjantów (A..... P.....) zostało wystawione w sposób prawidłowy – w odwołaniu nie znalazły się żadne zarzuty odnoszące się do sposobu wystawienia tegoż zaświadczenia. Nie było zakwestionowane należyte umocowanie osób, które to zaświadczenie podpisały, czy też określenie kręgu podmiotów, w imieniu których zostało ono wystawione. Stąd też Izba uznała, iż orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, nie jest władna badać powołanego zaświadczenia w przywołanych tu aspektach.

Jak ustaliła Izba, w zobowiązaniu podmiotu trzeciego zawarte zostało stwierdzenie, iż podmioty wystawiające to zobowiązanie zobligowały się „do oddania do dyspozycji A..... P..... (...), również w ramach konsorcjum, niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia w trybie art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych na Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Krzyż w 2013 r.”. Jak to już zostało wskazane, na etapie odwołania nie było kwestionowane, iż zasoby podmiotu trzeciego zostały udostępnione w sposób prawidłowy jednemu z konsorcjantów konsorcjum Spółnia. Innymi słowy, w odwołaniu nie podważano możliwości powoływania się przez A..... na zasoby udzielone mu przez podmiot trzeci. Pozwoliło to przyjąć Izbie, iż nie jest ona władna badać prawidłowości wystawienia tegoż zobowiązania, a co za tym idzie, kwestionowania istnienia po stronie A..... P..... uprawnienia do powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie posiadanych przez niego wiedzy i doświadczenia. Przekonanie to pozwoliło Izbie przyjąć założenie, iż rozpoznając odwołanie w granicach wyznaczonych przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, jest zobowiązana uznać, że A..... P..... posiadał legitymację do powoływania się na udostępnione mu zasoby podmiotu trzeciego, tak na etapie składania oferty i wykazywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak i na etapie realizacji zamówienia. Co ważne, przyjąć również należało, że usługa na którą powoływał się A..... P..... potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.2.a) SIWZ.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż nie widzi podstaw do uznania zarzutów podnoszonych w odwołaniu za słuszne. Jak to już bowiem zostało wskazane, istotną i celem regulacji ustawowej dopuszczającej wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia jest umożliwienie wykonawcom, którzy samodzielnie nie byłoby w stanie spełnić warunków stawianych przez Zamawiającego, aby mogli zsumować swe potencjały i dzięki temu łącznie te warunki spełnić, a co za tym idzie podołać również realizacji przedmiotu zamówienia. W rozpoznawanym przypadku nie zostało wykazane, aby jakikolwiek warunek udziału

w postępowaniu przez konsorcjum Spójnia nie został spełniony. W szczególności nie zostało wykazane, aby konsorcjum Spójnia nie wykazało spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Wystarczającym bowiem było, iż dysponowanie odpowiednimi zasobami w tym zakresie wykazał się jeden z konsorcjantów. Na ocenę tę wpływu nie mogły mieć zapisy umowy konsorcjum regulujące zasady współpracy na etapie realizacji zamówienia pomiędzy członkami konsorcjum, w szczególności w świetle regulacji art. 141 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy. Dlatego też Izba nie znalazła podstaw do tego, aby uznać, że konsorcjum Spójnia, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie mogło w sposób skuteczny powołać się na potencjał, którym dysponował jeden z członków tego konsorcjum. Skoro nie zostało wykazane, iż jednej z konsorcjantów nie dysponuje odpowiednimi zasobami, nie zostało tym samym wykazane, iż całe konsorcjum tymi zasobami nie dysponuje.

Kierując się tym przekonaniem Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia naruszył przepisy ustawy Pzp przywołane w odwołaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....