

Sygn. akt: KIO 159/20

WYROK
z dnia 11 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum **FOREST Technik Ł. W., Speed-Drew D. S., FLORESTA E. S., Kancelaria Podatkowo Rachunkowa K. S., ul. Ludowa 12a, 64-915 Jastrowie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Płytnica z siedzibą w Nowej Szwecji, Nowa Szwecja 6, 78-600 Wałcz**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Mirgol Sp. z o.o., Orła 8, 78-650 Mirosławiec, Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Zrywtrans Sp. z o.o., ul. Orła 8, 78-650 Mirosławiec, Zakład Usług Leśnych M. S., Warnołęka 2, 72-022 Nowe Wapno, Firma Usługowa P. A., Ostroróg 6/1, 78-445 Łubowo, zgłaszających przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w odniesieniu do Pakietu III i zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do Pakietu IV i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności oceny ofert w pakietach III i IV oraz, odpowiednio:
 - wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień popartych dowodami na okoliczność zrealizowania na rzecz ZUL D. M. usług o których mowa w referencjach z dnia 13.12.2019 r. wystawionych ZUL D. M.;
 - wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień pozwalających jednoznacznie ustalić wartość usług wykonanych dla Nadleśnictwa Wałcz do dnia 26.11.2019 r.

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania w 60% obciąża **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum **FOREST Technik Ł. W., Speed-Drew D. S., FLORESTA E. S., Kancelaria Podatkowo Rachunkowa K. S., ul. Ludowa 12a, 64-915 Jastrowie**, w 40% obciąża Zamawiającego - **Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Płytnica z siedzibą w Nowej Szwecji, Nowa Szwecja 6, 78-600 Wałcz** i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum **FOREST Technik Ł. W., Speed-Drew D. S., FLORESTA E. S., Kancelaria Podatkowo Rachunkowa K. S., ul. Ludowa 12a, 64-915 Jastrowie**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2 zasądza od Zamawiającego - Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Płytnica z siedzibą w Nowej Szwecji, Nowa Szwecja 6, 78-600 Wałcz na rzecz Odwołującego – konsorcjum **FOREST Technik Ł. W., Speed-Drew D. S., FLORESTA E. S., Kancelaria Podatkowo Rachunkowa K. S., ul. Ludowa 12a, 64-915 Jastrowie** kwotę 5 522, 80 (pięć tysięcy pięćset dwadzieścia dwa złote osiemdziesiąt groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, opłat skarbowych od pełnomocnictw oraz dojazdu pełnomocników na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2019 poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Koszalinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Płytnica z siedzibą w Nowej Szwecji, Nowa Szwecja 6, 78-600 Wałcz, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Płytnica w roku 2020*. Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23.10.2019 r. pod numerem 2019/S 205-499990.

Zamawiający w dniu 16.01.2020 r. przekazał Odwołującemu informację o wyborze jako oferty najkorzystniejszej konsorcjum Mirgol Sp. z o.o., Orla 8, 78-650 Mirosławiec, PPHU ZRYWTRANS Sp. z o.o., Orla 8, 78-650 Mirosławiec, Firma Usługowa P. A. Ostroróg 6/1, 78-445 Łubowo, Zakład Usług Leśnych M. S. Warnołęka 2 72-022 Nowe Warpno (dalej również jako konsorcjum Mirgol) w pakiecie III i IV.

Od tej czynności w dniu 27.01.2020 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

I. W odniesieniu do Pakietu III:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Mirgol w zakresie Pakietu III, z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, gdyż treść Gwarancji Ubezpieczeniowej nie obejmuje wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, to jest nie obejmuje Członków Konsorcjum, co skutkuje niespełnieniem podstawowego celu wnoszenia wadium, którym jest należyte zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego,
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez bezpodstawny wybór oferty konsorcjum Mirgol w zakresie Pakietu III, mimo że oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, a w konsekwencji nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp,
3. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania w ramach Pakietu III do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu usług oraz dowodów na potwierdzenie, że wskazane przez wykonawcę usługi potwierdzają spełnianie warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ,
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawny wybór oferty konsorcjum Mirgol, mimo że konsorcjum nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a wobec tego wybrana oferta nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91

ust. 1 ustawy Pzp.

II. W odniesieniu do Pakietu IV:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Mirgol w zakresie Pakietu IV, z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, gdyż treść Gwarancji Ubezpieczeniowej nie obejmuje wszystkich wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum, to jest nie obejmuje Członków Konsorcjum, co skutkuje niespełnieniem podstawowego celu wnoszenia wadium, którym jest należyte zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego.
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez bezpodstawny wybór oferty konsorcjum Mirgol w zakresie Pakietu IV, mimo że oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, a w konsekwencji nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp,
3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania w ramach Pakietu IV do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu usług oraz dowodów, na potwierdzenie, że wskazane przez wykonawcę usługi potwierdzają spełnianie warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ,
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawny wybór oferty konsorcjum Mirgol, mimo że konsorcjum nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a wobec tego wybrana oferta nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum Mirgol w zakresie Pakietu III i IV, jako najkorzystniejszej na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Płytnica w roku 2020;
- odrzucenia oferty konsorcjum w zakresie Pakietu III i IV;
- dokonania ponownego badania i oceny ofert w zakresie Pakietu III i IV z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego oraz przeprowadzenia wszystkich czynności niezbędnych do wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach niniejszego postępowania.
- względnie unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru oferty konsorcjum w zakresie Pakietu III i IV, jako najkorzystniejszej na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Płytnica w roku 2020 oraz wezwania konsorcjum w ramach Pakietu III i IV do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu usług oraz dowodów na potwierdzenie, że wskazane przez wykonawcę usługi potwierdzają spełnianie warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Odwołujący 16 stycznia 2020 r. otrzymał od Zamawiającego drogą elektroniczną pismo informujące o wyborze jako oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietu III i IV zamówienia oferty konsorcjum Mirgol Sp. z o.o., Orla 8, 78-650 Mirosławiec, PPHU ZRYWTRANS Sp. z o.o., Orla 8, 78-650 Mirosławiec, Firma Usługowa P. A. Ostroróg 6/1, 78-445 Łubowo, Zakład Usług Leśnych M. S., Warnołęka 2, 72-022 Nowe Warpno.

Odwołujący wskazuje, że Wykonawca mógł złożyć ofertę na jeden lub większą ilość Pakietów. Zamawiający wymagał oddzielnej oferty na każdy z pakietów, oferta złożona na dany Pakiet musiała jednakże obejmować cały zakres prac przewidziany w SIWZ dla tego Pakietu. Do wyznaczonego terminu składania ofert w ramach Pakietu III i IV zamówienia zostały złożone dwie oferty: Odwołującego oraz konsorcjum Mirgol.

Zdaniem Odwołującego niepodjęcie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum stanowiło naruszenie przepisów ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje, że brak wskazania w treści Gwarancji wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum Mirgol stanowi, iż wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, a w konsekwencji powinno to spowodować odrzucenie oferty konsorcjum. Zgodnie z brzmieniem pkt 9.1 SIWZ Zamawiający wymaga wniesienia wadium dla Pakietu III w wysokości 35 700 zł. Natomiast zgodnie z brzmieniem pkt 9.4 SIWZ z treści wadium wnoszonego w formie: poręczenia bankowego, poręczenia spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej lub poręczeniach udzielonych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości powinno wynikać bezwarunkowe, na pierwsze pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Z kolei zgodnie z pkt 9.5 SIWZ wadium wnoszone w formie innej niż pieniądź należy złożyć wraz z Ofertą w oryginale w postaci elektronicznej tj. opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznymi osób upoważnionych do jego wystawienia. Wadium musi zabezpieczać ofertę na daną część zamówienia przez cały okres związania ofertą. Oferta Wykonawcy, który nie wniesie wadium lub wniesie wadium w sposób nieprawidłowy, zostanie odrzucona z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Odwołujący informuje, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia tj. konsorcjum Mirgol złożyło wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, która jest jedną z form wniesienia wadium dopuszczoną przepisami ustawy Pzp. Gwarancja została wystawiona przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej Gwarantem). Zgodnie treścią złożonej Gwarancji podmiotem zobowiązanym - Wykonawcą - jest Lider Konsorcjum spółka Mirgol sp. z o.o. siedzibą: ul. Orla 8, 78-650 Mirosławiec, na podstawie wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego o numerze KRS: 00004...19, REGON: 32137...2, NIP: 76516...40, zwany dalej „Wykonawcą”.

W pkt 1 Gwarancji wskazano, że: „Niniejsza ubezpieczeniowa gwarancja przetargowa została wystawiona na wniosek Wykonawcy składającego ofertę w związku z ogłoszonym przez Beneficjenta przetargiem nieograniczonym na Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Płytnica w roku 2020 - Pakiet III - leśnictwa: Głowaczewo, Bukowa Góra (zwanym dalej przetargiem). Zgodnie z warunkami tego przetargu Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wadium”.

Z kolei w pkt 2 Gwarancji wskazano, że „Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo, na zasadach określonych w niniejszym dokumencie, do zapłacenia każdej kwoty do wysokości nieprzekraczającej sumy gwarancyjnej 35.700,00 zł (słownie: trzydzieści pięć tysięcy siedemset 00/100 złotych), stanowiącej kwotę wadium, na pierwsze pisemne żądanie Beneficjenta doręczone Gwarantowi w terminie ważności Gwarancji”.

W pkt 3 określono, że sumę gwarancyjną zmniejsza się o każdą wypłatę z tytułu tejże Gwarancji.

Zaś w pkt 4 określono warunki powstania roszczenia o wypłatę Gwarancji, takie roszczenie powstaje, gdy „1) Wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

2) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy Pzp, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Ustawy Pzp, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej”.

W treści Gwarancji nie wymieniono zarówno nazwy Konsorcjum, do oferty którego niniejszy dokument został załączony, jak i nazw Członków Konsorcjum, którzy wchodzi w skład Konsorcjum.

Konsorcjum zdecydowało się na wniesienie wadium w formie innej niż pieniądz tj. w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Odwołujący podnosi, że aby mówić o prawidłowo wniesionym wadium, z treści dokumentu wystawionego przez Gwaranta musiałaby wynikać możliwość spełnienia podstawowego celu wadium, jakim jest należyte zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego. W kontekście przepisów prawa zamówień publicznych aspekt ten w istocie wyznacza skuteczność wadium wnoszonego w formach, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 ustawy Pzp.

Odwołujący powołuje się na wyrok KIO 1417/17 i wyrok Sad Najwyższego z dnia 15

lutego 2018 r., IV CSK 86/17. Z ww. wyroku SN wywodzi, że nie można uznać by wystarczającą ochroną interesów Zamawiającego było wniesienie wadium zabezpieczającego przed działaniami lub zaniechaniami tylko jednego z konsorcjantów - aprobata takiego poglądu byłaby oczywiście sprzeczna z założeniem, iż celem wadium jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego. Co istotne w SIWZ znajdują się postanowienia określające kategorie oświadczeń lub dokumentów dotyczących pozostałych członków konsorcjum, które musiały zostać podpisane lub złożone także przez te podmioty i nie mogło zostać to konwalidowane samodzielnie przez innego członka Konsorcjum (np. pkt 7.10. lit c SIWZ nakładający obowiązek składania JEDZ przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oraz pkt 7.10. lit. d SIWZ nakładający obowiązek składania przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie dokumentów, o których mowa w pkt 7.1. lit. g-n SIWZ). Niedochowanie obowiązku, o którym mowa wyżej przez Członka Konsorcjum niewskazanego w Gwarancji mogłoby potencjalnie doprowadzić do faktycznego ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp obligujących Zamawiającego do zatrzymania wadium. Innymi słowy, zdaniem Odwołującego możliwa jest sytuacja, kiedy to Zamawiający będzie musiał zatrzymać wadium wyłącznie z winy Członka Konsorcjum, którego Gwarancja Ubezpieczeniowa nie wymienia i nie chroni jego zobowiązania względem Zamawiającego. Z tego Odwołujący wywodzi, że zabezpieczenie wyłącznie przed konsekwencjami działań lub zaniechań jednego spośród partnerów konsorcjum nie mogło w pełni chronić interesów Zamawiającego, a w konsekwencji nie spełniało swojego celu.

Podnosi, że z przywołanego wyroku Sądu Najwyższego wynika także, że o możliwości realizacji roszczeń przez Zamawiającego z tytułu zastosowania instytucji zatrzymania wadium decydować będzie treść dokumentu wadialnego. W ocenianej Gwarancji nie zostały zawarte żadne postanowienia rozszerzające w jakikolwiek sposób odpowiedzialność Gwaranta za zobowiązania Członków Konsorcjum lub całego Konsorcjum. Gwarancja określa swój zakres podmiotowy precyzyjnie i jednoznacznie, a katalog podmiotów zobowiązanych ma charakter enumeratywny i nie podlega rozszerzeniu o inne podmioty niewymienione w treści tego dokumentu. Celem Gwarancji jest zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego w związku z ofertą złożoną przez Mirgol Sp. z o.o., czyli dotyczy czynności prawnej podjętej nie przez Konsorcjum, lecz przez pojedynczego wykonawcę. W konsekwencji jest ona bezskuteczna i nie zabezpiecza roszczeń Zamawiającego mogących powstać w wyniku działań zarówno Konsorcjum, jak i pozostałych Członków Konsorcjum.

Wskazuje, że w zakresie koniecznych elementów składających się na treść dokumentu umożliwiającego wypłatę wadium (tj. wadium wniesionego w formie innej niż pieniądź) Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się także w wyroku z 27.03.2018 r. (KIO 464/18). Podnosi, że brak wskazania w treści Gwarancji wszystkich podmiotów wchodzących w skład

Konsorcjum uniemożliwia Zamawiającemu stwierdzenie, że zabezpiecza ona ofertę przedmiotowego Konsorcjum. Zamawiający na podstawie przedłożonej Gwarancji może jedynie stwierdzić, iż dotyczy ona samodzielnego wykonawcy, który w istocie nie składał oferty w ramach Pakietu III niniejszego postępowania tj. Mirgol sp. z o.o. Odwołujący przywołuje stanowisko doktryny prawniczej, w przedmiocie konsorcjum i jego istoty- w literaturze podaje się: *„W doktrynie prawa zamówień publicznych konsorcjum porównywane jest do spółek cywilnych (umowa spółki cywilnej uregulowana została w art. 860 i n. k.c.). Tak jak spółka cywilna nie ma ono osobowości prawnej. W wyniku zawarcia umowy konsorcjum nie powstaje osobny byt prawny - zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych mają jedynie podmioty tworzące konsorcjum. (...). Na istotę konsorcjum (...) wskazała Izba w wyroku z 12.10.2017 r. (KIO 2052/17, KIO 2076/17): „Termin konsorcjum jest używany na określenie wspólnego ubiegania się kilku wykonawców o udzielenie zamówienia. Jest to skrótowa forma ustawowego terminu «wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia» (art. 23 ust. 1 p.z.p.). Istotą takiego konsorcjum jest zobowiązanie się jego członków do współdziałania dla osiągnięcia określonego celu gospodarczego. Konsorcjum nie jest jednak samodzielnym podmiotem praw i obowiązków, odrębnym od poszczególnych konsorcjantów. Nie jest również trwałym związkiem gospodarczym, gdyż najczęściej jego członkowie łączą siły dla jednorazowego przedsięwzięcia, np. uzyskania zamówienia publicznego”* (Skubiszak-Kalinowska Irena art. 23. w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany. System Informacji Prawnej LEX, 2019.). Z powyższego Odwołujący wywodzi, że konsorcjum nie posiada przymiotu samodzielnego „wykonawcy”, lecz tworzą je poszczególni członkowie konsorcjum i nie jest akceptowalny pogląd, jakoby wymienienie w treści Gwarancji tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, skutecznie chroniło interesy Zamawiającego.

Odwołując się do ww. wyroku Sądu Najwyższego Odwołujący stwierdza, że dokument złożony przez konsorcjum Mirgol nie czyni zadość obowiązkowi skutecznego wniesienia wadium, gdyż nie spełniał opisanych wyżej wymogów tj. z treści dokumentu wadiumnego nie wynikała możliwość zaspokojenia wszelkich roszczeń Zamawiającego w przypadku zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego złożone wadium nie spełniało swojego ustawowego celu, jakim jest zabezpieczenie interesu Zamawiającego. Odwołujący wskazuje, że konieczność wypłaty przez Gwaranta zabezpieczonej kwoty w sytuacjach wynikających z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp nie może budzić wątpliwości. Tak też stwierdzono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 22 listopada 2019 r. (KIO 2262/19).

Odwołujący wywodzi, że z treści Gwarancji prawidłowo zabezpieczającej interes Zamawiającego musiałaby jasno wynikać konieczność wypłaty przez Gwaranta określonej kwoty w przypadku ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy

Pzp., tymczasem treść gwarancji w żaden sposób nie wskazuje, jakoby Gwarant odpowiadał również za zobowiązania wszystkich członków Konsorcjum. Jeżeli bowiem, Gwarant podjąłby się przyjęcia odpowiedzialności, także za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanych sobie konsorcjantów, musiałyby to znaleźć wyraz w treści Gwarancji. Przejawem takiego zabiegu mogłoby być wskazanie, że przez Wykonawcę należy rozumieć nie tylko podmiot oznaczony w tym dokumencie, ale i wszystkich innych wykonawców, z którymi spółka Mirgol Sp. z o.o. zdecyduje się złożyć ofertę. Odwołujący podnosi, że w badanej Gwarancji na próżno szukać tego typu zastrzeżeń, co oznacza, iż w przedmiotowej sprawie istnieje rzeczywiste ryzyko niezaspokojenia roszczeń Zamawiającego, w sytuacji zaistnienia przesłanki zatrzymania wadium z winy któregośkolwiek Członka Konsorcjum. Z treści dokumentu ani wprost, ani w sposób dorozumiany nie wynika, aby odpowiedzialność Gwaranta została rozszerzona także poza wprost wskazane w niej przyczyny leżące po stronie spółki Mirgol sp. z o.o.

Odwołujący wskazuje, że w przedstawionych okolicznościach sprawy ofertę w postępowaniu złożyło czterech wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - aby załączone do oferty wadium mogło zostać uznane za należycie wniesione, możliwość zaspokojenia interesów Zamawiającego, tj. uzyskanie zagwarantowanej zapłaty wadium musiałyby obejmować wszystkie wskazane działania lub zaniechania konsorcjum (według terminologii Gwarancji "Wykonawcy") rozumianego w tym przypadku jako czterech wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Z powyższego Odwołujący wywodzi, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 7b ustawy Pzp. Jak już nadmieniono, oferta konsorcjum Mirgol w zakresie Pakietu III podlega odrzuceniu, gdyż treść Gwarancji nie obejmuje wszystkich wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum, to jest nie obejmuje Członków Konsorcjum, co skutkuje niespełnieniem podstawowego celu wnoszenia wadium, którym jest należyte zabezpieczenie roszczeń zamawiającego.

2. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez bezpodstawny wybór oferty Konsorcjum w zakresie Pakietu III, mimo że oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Powyższy zarzut stanowi konsekwencję zarzutu postawionego i opisanego powyżej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Ponieważ, jak Odwołujący wywodził powyżej, Zamawiający powinien odrzucić ofertę konsorcjum Mirgol, to zdaniem Odwołującego w konsekwencji Zamawiający powinien dokonać weryfikacji jego oferty jako najwyższej ocenionej i przeprowadzić wszystkie czynności niezbędne do przeprowadzenia wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach postępowania.

3. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania w ramach Pakietu III do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu usług oraz dowodów na potwierdzenie, że wskazane przez wykonawcę usługi potwierdzają spełnianie warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

Odwołujący wskazuje, że w pkt 6.2.3) lit. a ppkt III) SIWZ w zakresie Pakietu III Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, by wykonawca wykazał, że *„zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej 1 usługę (przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy) polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasy, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 1 000 000,00 zł brutto”*.

W Biuletynie Informacji Publicznej Zamawiającego 19 listopada 2019 r. Zamawiający opublikował odpowiedź na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ, w którym wyraźnie wskazał, co należy rozumieć poprzez 1 usługę. Zgodnie z treścią wyjaśnień Zamawiającego *„jedna usługa oznacza jej realizację w ramach jednej umowy. Usługi z okresu trzech lat mogą się sumować jedynie wtedy, gdy wykonawca realizował umowę trzyletnią. Nie ma możliwości sumowania wartości umów z różnych nadleśnictw (tzn. od różnych Zamawiających).”*

Konsorcjum złożyło na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp dokument, z którego wynikało, że członek konsorcjum wykonawca M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych M. S. wykonał dla Nadleśnictwa Trzebież usługę zagospodarowania lasu, pozyskania i zrywki drewna o wartości 923 242,55 zł brutto. Ponadto wykonał też usługę dla D. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakładu Usług Leśnych „ZUL” D. M., która również obejmowała zagospodarowanie lasu, pozyskanie i zrywkę drewna o wartości 83 562,64 zł brutto. Wskazania wymaga, że okres wykonywania wskazanych w wykazie usług jest tożsamy tj. 1.03.2018-31.12.2018 r. Konsorcjum Mirgol przedstawiło również referencje, zarówno wystawione przez Nadleśnictwo Trzebież, jak i D. M.. Odwołujący wskazuje, że z referencji wystawionych przez Nadleśnictwo Trzebież wyraźnie wynikał zakres realizowanych usług przez członka konsorcjum wykonawcę M. S. oraz realizacja wartościowa umowy dla poszczególnych typów planów.

Z kolei z referencji wystawionych przez D. M. wynika, że w ramach umowy zawartej z Nadleśnictwem Trzebież M. S. wykonał prace o wartości 83 562,64 zł brutto.

Tak uzupełniony wykaz usług i przedłożone referencje, wzbudziły wątpliwości Zamawiającego, który 30 grudnia 2019 r. wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie braku ujęcia przez Nadleśnictwo Trzebież prac wykonywanych dla Zakładu Usług Leśnych „ZUL” D. M. .

Odwołujący wskazuje, że uzyskane wyjaśnienia są lakoniczne, a do tego, zgodnie z przedłożonym do oferty pełnomocnictwem, wyjaśnienia zostały złożone przez podmiot nieposiadający uprawnień do udzielania oświadczeń, wyjaśnień w imieniu konsorcjum tj. przez członka konsorcjum M. S. . Z treści wyjaśnień wynikało, że *„Konsorcjum wspólnie ubiegało się o udzielenie zamówienia publicznego. Treść sporządzonej umowy konsorcjum jasno mówiła, który z poszczególnych członków konsorcjum realizuje i fakturuje dane części umowy. W trakcie realizacji zamówienia konsorcjanci sumiennie wymieniali się zleceniami aby te były wykonane należycie. W związku z zapisami umowy, osoba odpowiedzialna za podpisywanie zleceń i odbiorów POR w wymienionej części zadania była odpowiedzialna za wystawienie faktury do Nadleśnictwa, mimo iż w trakcie przebiegu całej umowy konsorcjanci dzielili się pracami między sobą w celu szybszej realizacji zamówienia”*.

Odwołujący podnosi, że uzyskane wyjaśnienia są lakoniczne - nie zostały przedłożone żadne inne dowody potwierdzające, że faktycznie M. S. wykonał usługi, które miał realizować D. M. . Należy podkreślić, że brak wyjaśnień bądź niepełne wyjaśnienia obciążają podmiot je składający.

Wskazuje, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 2 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2061/18 *„dla procedury wyjaśnień nie został zastrzeżony jakikolwiek zamknięty katalog dokumentów, co oznacza, że wykonawca jest zobowiązany dokładnie wyjaśnić wszelkie wątpliwości zamawiającego za pomocą dostępnych, dowolnych dokumentów”*, a także, że *„wezwania do złożenia wyjaśnień czy dokumentów bądź żądania wyjaśnień powinny być traktowane przez wykonawców z odpowiednią starannością (art. 26 ust. 3, art. 24b ust. 1 czy art. 87 ust. 1 p.z.p.)*. Wykonawca powinien starać się wyrugować ze swojej oferty wszelkie uchybienia czy wytłumaczyć jakiegokolwiek niejasności wskazane przez zamawiającego” (wyrok KIO 1522/15. Powołuje się również na wyrok KIO 413/14. Odwołujący uzupełnia, że zgodnie z przedłożonym do oferty konsorcjum pełnomocnictwem, wyjaśnienia zostały złożone przez podmiot nieposiadający uprawnień do udzielania oświadczeń, wyjaśnień w imieniu konsorcjum tj. przez członka konsorcjum M. S., na co również Zamawiający nie zwrócił uwagi. Ponadto Odwołujący wskazuje, że treść złożonych przez konsorcjum Mirgol dokumentów i wyjaśnień jest wewnątrznie sprzeczna, co jego zdaniem winno również wzbudzić dalsze wątpliwości Zamawiającego i winien był on zastosować art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia wątpliwych kwestii. Odwołujący podnosi, że z dokumentów tych bowiem nie wynika spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonym przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał wykonania 1 usługi w ramach 1 umowy. Zaś z obu przedstawionych referencji wyłania się obraz realizacji dwóch usług na podstawie dwóch umów. Co więcej, wyjaśnienia nie odpowiadają na pytanie postawione przez Zamawiającego, i nie stanowią jasnego wyjaśnienia dla takiego, a nie innego wypełnienia wykazu usług.

Powołuje się na wyrok KIO 2285/19.

Podnosi, że Zamawiający nie tylko nie skorzystał z trybu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, ale również nie skorzystał z przysługującego mu prawa tj. możliwości zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu wystawiającego referencje o wyjaśnienie kwestii w nich zawartych. W sytuacji wymieniania się przez wykonawców pracami, zamawiający dla którego są one realizowane powinien mieć o tym wiedzę. W przeciwnym wypadku wystawiane przez niego referencje poświadczają nieprawdziwy stan faktyczny. Również zasady fakturowania powinny wynikać z referencji. Zdaniem Odwołującego Zamawiający winien był wyjaśnić tę kwestię w taki sposób, by z informacji przedstawionych przez Konsorcjum jednoznacznie wynikał sposób spełniania przez nie warunku udziału w postępowaniu postawiony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, czego Zamawiający nie dochował.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp z treści złożonych przez Konsorcjum dokumentów nie wynika bowiem, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego.

4. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawny wybór oferty Konsorcjum, mimo że Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a wobec tego wybrana oferta nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższy zarzut stanowi konsekwencję zarzutu postawionego i opisanego powyżej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Z zarzutu opisanego powyżej Odwołujący wywodzi, że Zamawiający powinien wezwać konsorcjum do złożenia wyjaśnień, to w konsekwencji Zamawiający powinien dokonać dalszej weryfikacji dokumentów podmiotowych Konsorcjum.

W zakresie Pakietu IV:

1. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Mirgol w zakresie Pakietu IV, z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, gdyż treść Gwarancji nie obejmuje wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, to jest nie obejmuje Członków Konsorcjum, co skutkuje niespełnieniem podstawowego celu wnoszenia wadium, którym jest należyte zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego.

Odwołujący przytacza argumentację tożsamą z argumentacją zarzutu nr 1 odnośnie Pakietu III.

Różnice dotyczą wysokości zabezpieczenia - zgodnie z brzmieniem pkt 9.1 SIWZ Zamawiający wymaga wniesienia wadium dla Pakietu IV w wysokości 39 000 zł oraz wskazania w pkt 1 Gwarancji, że dotyczy ona oferty na Pakiet IV – leśnictwa Głowaczewo, Bukowa Góra.

2. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez bezpodstawny wybór oferty Konsorcjum w zakresie części pierwszej, mimo że oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, a w konsekwencji nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Uzasadnienie zarzutu jak w odniesieniu do Pakietu III.

3. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania w ramach Pakietu IV do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu usług oraz dowodów, na potwierdzenie, że wskazane przez wykonawcę usługi potwierdzają spełnianie warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

Zgodnie z pkt 6.2.3) lit. a ppkt 4) SIWZ wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia miał wykazać, że „zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej 1 usługę (przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy) polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasy, zrywki i pozyskiwania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 1 100 000,00 zł brutto”.

W złożonym wykazie usług konsorcjum Mirgol posłużyło się doświadczeniem wykonawcy Mirgol sp. z o.o., który wykonywał usługę z zakresu gospodarki leśnej, pozyskania i zrywki drewna, zagospodarowania lasu, gospodarki lądowo-rolnej i łowiectwa o wartości 1 164 278,79 zł brutto. Usługa była realizowana dla Nadleśnictwa Wałcz w okresie od 26.03.2019 r. do 31.12.2019 r. Zatem, w chwili otwarcia ofert i składania dokumentów podmiotowych usługa była w trakcie realizacji.

Odwołujący wskazuje, że z treści referencji dołączonych do wykazu usług wynika, że usługa ta była realizowana przez konsorcjum firm w składzie Mirgol sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe ZRYWTRANS Sp. z o.o., Firma Usługowa P. A., Bio-Forest sp. z o.o. Zakres referencji obejmuje cały zakres umowy realizowanej dla Nadleśnictwa Wałcz. Z treści referencji wynika również, że zakres umowy, której dotyczą był szerszy niż zakres warunku określony przez Zamawiającego - Nadleśnictwo Płytnica.

W warunku określonym w SIWZ, Zamawiający wymagał by usługa dotyczyła prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskiwania drewna, natomiast w treści złożonych do wykazu usług referencji wynika, że obejmują one, poza wymaganym zakresem, również gospodarkę łąkowo-rolną i łowiectwo. Brak jest natomiast wskazania wartości poszczególnych elementów, tak by móc ocenić, ile w istocie wynosiła wartość usług określonych przez Zamawiającego. Odwołujący wywodzi, że bez dodatkowych wyjaśnień nie jest możliwe stwierdzenie czy Konsorcjum wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Odwołujący podkreśla, że z treści referencji wynika, iż wskazana w nich kwota tj. 1 164 278,79 zł brutto, została ustalona na dzień 30 listopada 2019 r. Przy czym termin składania ofert upłynął 26 listopada 2019 r. Również ta rozbieżność nie została dostrzeżona przez Zamawiającego. Odwołujący powołuje się na wyrok KIO 2285/19.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający zaniechał zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający jest zobowiązany do wezwania złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, w przypadku w którym dokumenty, oświadczenia złożone uprzednio przez wykonawcę w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - z treści złożonych przez konsorcjum Mirgol dokumentów nie wynika, że konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego.

4. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawny wybór oferty konsorcjum Mirgol, mimo że nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a wobec tego wybrana oferta nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższy zarzut stanowi konsekwencję zarzutu postawionego i opisanego powyżej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Odwołujący podnosi, że skoro Zamawiający powinien wezwać konsorcjum Mirgol do złożenia wyjaśnień, to w konsekwencji Zamawiający powinien dokonać dalszej weryfikacji dokumentów podmiotowych konsorcjum.

Do postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego skutecznie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Mirgol Sp. z o.o., Orła 8, 78-650 Mirosławiec, PPHU ZRYWTRANS Sp. z o.o., Orła 8, 78-650 Mirosławiec, Firma Usługowa P. A. Ostroróg 6/1, 78-445 Łubowo, Zakład Usług Leśnych M. S., Warnołęka 2, 72-022 Nowe Warpno, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz korespondencją Zamawiającego z wykonawcami, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie i pismem uczestnika, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, jak również złożonymi w toku rozprawy dowodami, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, wobec możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, o następuje.

Przywołany w odwołaniu stan faktyczny odpowiada rzeczywistemu przebiegowi postępowania, był bezsporny, podobnie jak postanowienia SIWZ, wobec czego nie będzie powtarzany.

Izba zważyła, co następuje.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Jako pierwsze Izba rozpatrzyła zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp – rozpoznawane łącznie dla pakietu III i IV, wobec okoliczności że zasadzają się na tożsamej podstawie faktycznej i prawnej.

W ocenie Izby rzeczony zarzuty nie znalazły potwierdzenia w realiach niniejszej sprawy. Odwołujący podnosił, że wadium nie zostało prawidłowo wniesione, gdyż gwarancja ubezpieczeniowa jako wykonawcę wskazywała jedynie Mirgol Sp. z o.o. Sp. k., w żadnym miejscu nie wskazując, że działa jako lider konsorcjum. Z tego Odwołujący wywodził, że tak wniesione wadium nie zabezpiecza w wystarczający sposób interesu Zamawiającego, gdyż gwarant może odmówić wypłaty wadium, ponieważ możliwa jest sytuacja, gdy przesłanka zatrzymania wadium wystąpi z winy wykonawcy innego niż Mirgol, a oferta została złożona przez konsorcjum wykonawców – co nie zostało ujawnione w gwarancji.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli nie wniesiono wadium lub wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Okolicznością bezsporną w sprawie było, że w obu pakietach Zamawiający żądał wniesienia wadium.

Zgodnie z pkt 9.6 siwz treść gwarancji wadialnej musiała zawierać następujące elementy:

1. nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji/poręczenia (Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji/poręczenia) oraz wskazanie ich siedzib),
2. określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją/poręczeniem – określenie przedmiotu zamówienia,
3. kwotę gwarancji/poręczenia,
4. zobowiązanie gwaranta/poręczyciela do zapłacenia bezwarunkowo i nieodwołalnie kwoty gwarancji/poręczenia na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a Pzp oraz art. 46 ust. 5 Pzp.

Ponadto bezspornym pomiędzy stronami było, że siwz nie zawierała żadnych szczegółowych uregulowań dotyczących wadium wnoszonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W świetle tak ukształtowanych okoliczności faktycznych, w szczególności treści siwz, do niniejszej sprawy można odnieść ustalenia Sądu Najwyższego w sprawie IV CSK 86/17, zakończonej wyrokiem z dnia 15.02.2018 r. Sądu Najwyższego w powołanym wyroku stwierdził, że wskazanie w treści gwarancji jedynie lidera konsorcjum i pominięcie pozostałych wykonawców wchodzących w skład konsorcjum pozostaje bez wpływu na skuteczność zobowiązania gwaranta – przy zastrzeżeniu braku szczególnych obostrzeń w tym zakresie w treści SIWZ. Jak wskazano powyżej, w niniejszej sprawie specyfikacja nie zawierała szczególnych uregulowań w przedmiocie tzw. wadium konsorcjalnego. W tym miejscu odnieść się należy do argumentu podniesionego w toku rozprawy przez Odwołującego, iż w oparciu o taką samą siwz Nadleśnictwo Kalisz Pomorski udzieliło odpowiedzi na pytanie do specyfikacji, iż w przypadku gwarancji konsorcjalnej należy wskazać, że zabezpiecza ona ofertę konsorcjum. W ocenie Izby niewątpliwie takich właśnie przypadków dotyczyło ww. zastrzeżenie zawarte w wyroku IV CSK 86/17 – jest to jednak przypadek zgoła odmienny od zaistniałego w rozpoznawanej sprawie, gdyż w tej sprawie Zamawiający nie poczynił takich obostrzeń, nie zostały one w żaden sposób wyrażone w specyfikacji czy właśnie w wyjaśnieniach do niej.

Przytaczając za Sądem Najwyższym:

„Jeżeli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, o przesłankach jego realizacji decyduje -jak wyjaśniono - treść gwarancji. W sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczanego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p., decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie” (por. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3 p.z.p.). Rozważenia wymaga –w świetle czynników wskazanych w art. 65 k.c. (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) - czy określenie to obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Inaczej mówiąc, wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie” może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada”. Ma to także znaczenie dla dopuszczalności złożenia przez beneficjenta stosownego oświadczenia o tym, że zaistniały przyczyny aktualizujące zobowiązanie gwaranta -także wtedy, gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji –a tym samym spełnienia formalnej przesłanki zapłaty. W razie odpowiedzi pozytywnej – z zastrzeżeniem ewentualnych, odmiennych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia - wniesienie wadium w formie takiej gwarancji ubezpieczeniowej należałoby uznać za prawidłowe i skuteczne. Ewentualne skutki niepoinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji jako dłużnik (zleceniodawca, oferent itp.) był jedynie liderem konsorcjum (jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia), a nie wyłącznym wykonawcą, mogłyby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i w żaden sposób nie oddziaływałyby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta”.

Odnosząc powołany wyrok do niniejszej sprawy podkreślenia wymaga, że zgodnie z pełnomocnictwami załączonymi do oferty konsorcjum Mirgol, wszyscy członkowie konsorcjum upoważnili panią P.B., upoważnioną do jednoosobowej reprezentacji prezeskę spółki Mirgol. Rzeczone pełnomocnictwo obejmowało zarówno złożenie oferty jak i podpisanie umowy. Również zgodnie z umowami konsorcjum - § 2 – to lider konsorcjum był upoważniony i zobowiązany m.in. do złożenia oferty, wniesienia wadium oraz podpisania umowy. Wskazane postanowienia mają doniosłe znaczenie wobec warunku, jaki postawił Sąd Najwyższy, zgodnie z którym wadium należy uznać za prawidłowo wniesione, jeżeli zmaterializowanie się przesłanki zatrzymania wadium wynika z zaniechania wykonawcy pominiętego w gwarancji, ale gwarancja w niej wymieniony również ponosi za to odpowiedzialność. W ocenie Izby, ww.

pełnomocnictwa oraz umowa konsorcjum pozwalają na jednoznaczne ustalenie, że wykonawca Mirgol, jako lider konsorcjum upoważniony i zobowiązany do pełnej reprezentacji konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia, będzie odpowiadał za wystąpienie przesłanek zatrzymania wadium określonych w treści gwarancji i art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp - nawet jeśli przyczyna ich zmaterializowania będzie tkwiła bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji.

Należy również dodać, iż w niniejszej sprawie nie zachodzi okoliczność jak w powołanym w odwołaniu wyroku KIO 1417/17, gdzie sprawa dotyczyła gwarancji wadialnej pochodzącej z daty wcześniejszej niż umowa konsorcjum. W obecnym postępowaniu gwarancja pochodziła z tego samego dnia, co umowy konsorcjum, zaś Odwołujący nie udowodnił (jak też nie było to przedmiotem zarzutu), że wykonawca Mirgol, uzyskując gwarancję, nie działał jako lider konsorcjum. Ponadto, inaczej niż w sprawie KIO 464/18 gwarancja jednoznacznie określała wykonawcę, którego ofertę zabezpieczała. Pogląd prezentowany w niniejszej sprawie wpisuje się w ugruntowaną linię orzeczniczą Izby – por. np. wyrok KIO 316/18, KIO 1795/16, KIO 251/18, KIO 1274/18.

Mając powyższe na uwadze, należało uznać, że z uwagi na treść gwarancji oraz treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca konsorcjum Mirgol prawidłowo wniósł wadium składając oferty w pakiecie III i IV, wobec czego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp nie potwierdził się.

Z uwagi na oddalenie ww. zarzutu za bezzasadne należało uznać również zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp mające charakter posiłkowy w stosunku do zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w Pakiecie III, polegający na zaniechaniu wyjaśnienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę konsorcjum Mirgol.

W ocenie Izby referencje z dnia 13.12.2019 r. wystawione przez ZUL D. M. oraz wyjaśnienia M. S. złożone w dniu 9.01.2020 r. nie pozwalają na jednoznaczne stwierdzenie, że konsorcjum Mirgol spełnia warunek zrealizowania co najmniej 1 usługi polegającej na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna na kwotę nie mniejszą niż 1 000 000,00 zł brutto (pkt 6.2.3.a.III siwz). Wniosek Izby podyktowany został przede wszystkim okolicznością sprzeczności ww. dokumentów z referencjami z dnia 15.11.20219 r., wystawionymi przez Nadleśnictwo Trzebież. Nadleśnictwo Trzebież nie wskazało w referencjach prac, na które wskazują referencje od ZUL DM. Izba uznała, że w tej sytuacji nie jest wystarczające oświadczenie innego członka konsorcjum, niepoparte żadnymi dowodami. Zamawiający nie dysponował wystarczającymi informacjami pozwalających na

ustalenie, że ZUL M. S. wykonał dla ZUL D. M. usługi o wartości 83 562,64 zł – w szczególności wobec wyżej wskazanej wzajemnej sprzeczności złożonych referencji. Należy przy tym nadmienić, że przedstawienie dowodów na potwierdzenie zrealizowania usługi na rzecz ZUL D. M. nie powinno nastroczać Przystępującemu problemów – chociażby z uwagi wzajemnych rozliczeń pomiędzy prowadzącymi działalność gospodarczą ZUL M. S. i ZUL D. M. – mając na uwadze podkreślaną w toku rozprawy okoliczność, że za wykonane usługi fakturę wystawiał podmiot odpowiedzialny za część zlecenia – a niekoniecznie rzeczywiście ją wykonujący.

W tej sytuacji ZUL M. S. musiał zatem uzyskać wynagrodzenie od ZUL D. M., który z kolei wynagrodzenie za prace wykonane przez ZUL M. S. otrzymał od zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała że Zamawiający przedwcześnie uznał, że Przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wobec czego zaniechanie wezwania na do złożenia wyjaśnień w ww. zakresie stanowiło naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Rzeczone zaniechanie mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż decyzja Zamawiającego o spełnianiu warunków udziału przez Przystępującego, oparta o niewystarczające przesłanki, w rezultacie doprowadziło do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

W tym miejscu należy uzupełnić, iż według składu orzekającego Izby bez wpływu na ocenę ewentualnego spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu pozostaje okoliczność, iż Przystępujący powołuje się na usługi wykonane dla Nadleśnictwa Trzebież i ZUL D. M. . Z odpowiedzi na pytanie do SIWZ przywołanej przez Odwołującego wynika, że Zamawiający nie dopuszczał możliwości sumowania wartości usług wykonanych dla różnych nadleśnictw – tymczasem usługa wykonywana dla ZUL D. M. była częścią realizacji tej samej umowy z Nadleśnictwem Trzebież, wskazanej w referencjach.

4. Odwołujący podniósł jednocześnie zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, jako konsekwencji ww. zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Pomimo uwzględnienia powyżej omówionego zarzutu, zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za bezzasadny. Zgodnie z brzmieniem ww. przepisu zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem odnosi się on jedynie do oceny w ramach kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie stawiał zarzutów odnośnie oceny ofert w ramach kryteriów ustalonych w SIWZ – wobec czego zarzut należało uznać za bezpodstawny.

II. W zakresie pakietu IV Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, podnosząc, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu – wykonania, przed upływem terminu składania ofert, co najmniej 1 usługi polegającej na

wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna na kwotę nie mniejszą niż 1 100 000,00 zł brutto (pkt 6.2.3.a.IV siwz).

W ocenie Izby zarzut ten potwierdził się. Przystępujący na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp przedłożył referencje z Nadleśnictwa Wałcz, zgodnie z którymi konsorcjum, którego liderem był wykonawca Mirgol, wykonało prace z zakresu usług leśnych dotyczące pozyskania i zrywki drewna oraz zagospodarowania lasu, gospodarki łąkowo – rolnej i łowiectwa, o wartości, do dnia 30.11.2019 r. na kwotę 1 164 278,79 zł. Odwołujący podniósł, że jest to inny zakres niż w warunku udziału w postępowaniu (szerszy o gospodarkę łąkowo – rolną i łowiectwo), a także, że wskazana wartość dotyczy okresu przekraczającego termin złożenia ofert, który upływał w dniu 26.11.2019 r. Zamawiający wraz z odpowiedzią na odwołanie złożył pismo z Nadleśnictwa Wałcz, zgodnie z którym w ramach prac wykonanych do 30.11.2019 r., wartość prac z zakresu gospodarki łąkowo – rolnej i łowiectwa przypada kwota 33 043,69 zł.

Powyższe okoliczności nakazują uznanie, że Zamawiający nie posiadał i w dalszym ciągu nie posiada informacji o wartości prac wykonanych do dnia 26.11.2019 r., to jest do dnia składania ofert. Ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu nie może być oparta na domniemaniu, że wykonawca warunek spełnia, skoro wartość wskazana przez wystawiającego referencje o ponad 30 tys. zł przekracza wymaganą wartość prac - pomimo, że obejmuje to okres po terminie składania ofert. Decyzja o uznaniu wykonawcy za zdolnego do wykonania zamówienia jest fundamentalnym elementem postępowania o udzielenie zamówienia i musi zasadać się na jednoznacznych, przejrzystych podstawach. Warunki udziału w postępowaniu są niezmiennie po terminie składania ofert i nie jest dopuszczalnym przyjmowanie domniemania ich spełnienia. Składane przez wykonawcę dokumenty powinny pozwalać na obiektywną, przejrzystą ocenę zdolności zawodowej w kontekście warunków określonych w siwz. W niniejszej sprawie dokumenty złożone przez Przystępującego konsorcjum Mirgol nie pozwalają na dokonanie takiej oceny, wobec czego Zamawiający powinien był wezwać o ich uzupełnienie i złożenie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zaniechanie wezwania stanowiło naruszenie powołanego przepisu, mogące mieć istotny wpływ na wynik.

W tym miejscu zaznaczyć należy, że bez wpływu na decyzję Izby pozostały dowody złożone przez Odwołującego w postaci pism z Nadleśnictwa Wałcz. Odwołujący nie ujawnił treści pytań skierowanych do Nadleśnictwa, zaś jego odpowiedzi wprost dotyczą jedynie kwot zafakturowanych w dniach 27-30.11.2019 r. - gdy tymczasem warunek udziału w postępowaniu dotyczył wartości prac wykonanych przed upływem terminu składania ofert, do której to Nadleśnictwo Wałcz się nie odniosło. Jednocześnie należy wskazać, że także powołane odpowiedzi na odwołanie argumenty dotyczące aktualności składania ofert i JEDZ jako dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków w dniu składania ofert pozostają nie

mogą mieć wpływu na ocenę sprawy. Przedmiotem zarzutu było, że Zamawiający nie posiadał dokumentów ani wiedzy pozwalającej na ustalenie, czy wykonawca rzeczywiście ww. warunków spełniał – co pozostało aktualnym do zamknięcia rozprawy.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp potwierdził się.

Odwołujący postawił również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, jako konsekwencji zarzutu omówionego powyżej. Zarzut ten w ocenie Izby był bezpodstawny – w tym miejscu odesłać należy do wyżej przedstawionego uzasadnienia dotyczącego analogicznego zarzutu jako konsekwentnego dla zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w pakiecie III.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Izba za zasadne uznała dwa zarzuty. Istotnym jest, że Izba oddaliła dwa zarzuty które zmierzały do wyeliminowania Przystępującego z postępowania poprzez odrzucenie jego ofert (naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp w pakiecie III i IV). A zatem z 4 zgłoszonych zarzutów (zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp miały jedynie charakter posiłkowy) dwa zarzuty zostały uwzględnione w całości, przy czym ich uwzględnienie nie doprowadziło do odrzucenia ofert Przystępującego, a jedynie do wezwania o uzupełnienie dokumentów. Mając to na uwadze, Izba uznała, że stosownie do wyniku postępowania, z uwagi na liczbę i wagę zarzutów uznanych za zasadne i niezasadne, kosztami postępowania w 40% należy obciążyć Zamawiającego i w 60% Odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w wysokości 3.600 zł, opłaty skarbowe od pełnomocnictw w wysokości 51 zł oraz koszty dojazdu pełnomocników na rozprawę w wysokości 556 zł.

Do kosztów postępowania Izba zaliczyła również koszty zastępstwa Zamawiającego przed Izbą, w maksymalnej dopuszczalnej wysokości 3 600 zł.

Łącznie koszty postępowania wyniosły 22 807 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 19.207,00 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 13 684,20 zł (22 807,00 zł x 60%). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 522,80 zł (19 207,00 – 13 684,20), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi

dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: