

WYROK

z dnia 27 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2014 r. przez **wykonawcę SITA WSCHÓD Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Lublin: Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SITA WSCHÓD Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę SITA WSCHÓD Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od **wykonawcy SITA WSCHÓD Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie** na rzecz **Miasta Lublin: Zarządu Dróg i Mostów w Lublinie** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Lublin: Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Zimowe utrzymanie oraz letnie oczyszczanie ulic, chodników, placów, schodów, kładek dla pieszych oraz ścieżek rowerowych na terenie miasta Lublin w pasach drogowych w rejonach: I, II, III, IV, V, VI, VII i VIII - 8 części*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca SITA WSCHÓD Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 8 sierpnia 2014 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na zaniechanie wykluczenia oraz odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: REMONDIS sp. z o.o. oraz M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą FLOREKO (zwanego również dalej: „*Konsorcjum: Remondis*”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Remondis pomimo, iż podmiot ten w terminie do dnia składania ofert nie złożył wadium,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Remondis z postępowania pomimo braku wykazania przez ten podmiot przesłanek spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie:
 - a) wiedzy i doświadczenia określonego w punkcie 5.4.1. SIWZ,
 - b) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym określonym w punkcie 5.4.2.3. a), c) i d) SIWZ,
 - c) dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia określonymi w punkcie 5.4.2.1 i 5.4.2.2 SIWZ, względnie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Remondis do złożenia wyjaśnień oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu,
3. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Remondis jako niezgodnej z prawem i treścią SIWZ,

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Remondis w zakresie części IV, V i VII.

Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty – w części IV, V, VII – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: REMONDIS sp. z o.o. oraz M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą FLOREKO miała miejsce w dniu 30 lipca 2014 r.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: REMONDIS sp. z o.o. oraz M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą FLOREKO jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 8 sierpnia 2014 r.

Izba nie potwierdziła skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2014 r.) - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: REMONDIS sp. z o.o. oraz M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą FLOREKO z uwagi na przekroczenie terminu na wniesienie zgłoszenia przystąpienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *„Zimowe utrzymanie oraz letnie oczyszczanie ulic, chodników, placów, schodów, kładek dla pieszych oraz ścieżek rowerowych na terenie miasta Lublin w pasach drogowych w rejonach: I, II, III, IV, V, VI, VII i VIII - 8 części”.*

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zawierała m. in. następujące postanowienia:

Pkt 5. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Ppkt 5.1. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi spełniać warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

5.1.1. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania,

5.1.2. posiadania wiedzy i doświadczenia,

5.1.3. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,

5.1.4. sytuacji ekonomicznej i finansowej.

5.2. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie przeprowadzona w oparciu o przedłożone przez wykonawców dokumenty i oświadczenia.

5.2. Jako spełniający warunki udziału w postępowaniu zostaną ocenieni wykonawcy, którzy:

5.4.1. w zakresie warunku określonego w pkt 5.1.2. wykażą wykonanie lub wykonywanie usług z zakresu zimowego utrzymania oraz letniego oczyszczania w miastach o łącznej wartości prac nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł brutto, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

Wartość usług w walucie innej niż PLN, Wykonawca powinien przeliczyć na PLN wg średniego kursu NBP z dnia publikacji ogłoszenia o niniejszym zamówieniu, natomiast w przypadku braku przeliczenia przez Wykonawcę Zamawiający dokona przeliczenia na PLN wg kursu średniego NBP na dzień, w którym opublikowano ogłoszenie o niniejszym zamówieniu.

5.4.2. w zakresie warunku określonego w pkt 5.1.3. wykażą:

5.4.2.1. dysponowanie minimum 5 pracownikami (na każdy rejon) do stałego ręcznego utrzymania (oczyszczania);

5.4.2.2. dysponowanie podczas sezonu zimowego osobą sprawującą całodobowy nadzór kierowniczy (osobno na każdy rejon);

5.4.2.3. dysponowanie narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi dostępnymi Wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia:

- a) pługosolarki duże - min. 5 szt. na każdy z rejonów I - VII oraz min. 3 szt. na rejon VIII,
- b) samochody do wywozu śniegu - min. 2 szt. na każdy rejon,
- c) pługosolarki małe - min. 2 szt. na każdy rejon lub min. 1 pługosolarka i min. 1 ciągnik na każdy rejon,
- d) równiarka lub pług wirnikowy na każdy rejon - min. 1 szt.,
- e) ładowarka na każdy rejon - min. 1 szt.,
- f) wytwórnia solanki - min. 1 szt.,
- g) zamiatarka drogowa duża - min. 1 szt.,
- h) zamiatarka drogowa mała - min. 1 szt.,
- i) opryskiwacz - min. 1 szt.,
- j) polewaczka drogowa - min. 1 szt.,
- k) myjka ciśnieniowa - min. 1 szt.,
- l) samochód wykorzystywany podczas prac 3-osobowej brygady - min. 1 szt.,
- m) wózek ręczny - dotyczy rejonu VII i VIII,
- n) pojazd konny - dotyczy rejonu VIII.

Wyżej opisany sprzęt powinien spełniać wymagania opisane w SST (zał. Nr 4 i 5 do SIWZ).

Pkt 6. Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia:

Ppkt 6.1. Oświadczenie:

6.1.1. Oświadczenie Wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (wg załącznika nr 10) dotyczących:

6.1.1.1. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania,

6.1.1.2. posiadania wiedzy i doświadczenia,

6.1.1.3. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,

6.1.1.4. sytuacji ekonomicznej i finansowej.

6.2. W celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust.1 ustawy Pzp, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany przez Zamawiającego, należy złożyć następujące dokumenty:

6.2.1. Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane

(wg załącznika nr 11) oraz załączenie dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

6.2.1.1. Obowiązek wskazania w wykazie i potwierdzenia należytej realizacji dokumentem dotyczy: wykonania lub wykonywania usług z zakresu zimowego utrzymania oraz letniego oczyszczania w miastach o łącznej wartości prac nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł brutto, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

6.2.1.2. Dowodami, o których mowa w pkt 6.2.1. są:

1) poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

2) oświadczenie wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w ppkt 1).

6.2.1.3. W przypadku gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego usługi wskazane w wykazie, o którym mowa w pkt 6.2.1. zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa w pkt 6.2.1.2.

6.2.2. Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami (wg załącznika nr 12).

6.2.3. Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług lub kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (wg załącznika nr 13).

6.3. Wykonawca w sytuacji, gdy polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Zamawiający – na pytania wykonawców – udzielał w dniu 2 lipca 2014 r. odpowiedzi na zadane pytania wykonawców, w tym m. in. dotyczące warunków udziału w postępowaniu:

- a) Zamawiający nie wymaga spełniania przez osoby sprawujące całodobowy nadzór kierowniczy szczegółowych wymagań odnośnie wiedzy, doświadczenia oraz wykształcenia. Osoby te mają gwarantować wykonywanie prac związanych z zimowym utrzymaniem w danym rejonie zgodnie z wymaganiami określonymi w umowie. Zgodnie z załącznikiem nr 13 do SIWZ należy podać imię i nazwisko oraz informację o podstawie do dysponowania osobą.
- b) Zgodnie ze wzorem załącznika nr 13 do SIWZ należy wymienić osoby sprawujące całodobowy nadzór kierowniczy (osobno na każdy rejon).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Odwołujący oraz Konsorcjum Remondis dla części IV, V, VII złożyli oferty w niniejszym postępowaniu.

Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty – w części IV, V, VII – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: REMONDIS sp. z o.o. oraz M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą FLOREKO miała miejsce w dniu 30 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu. Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego – pismo z dnia 13 sierpnia 2014 r. oraz pismo z dnia 20 sierpnia 2014 r. dotyczące gwarancji wadialnej oraz kwestii zawarcia umowy konsorcjum przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: REMONDIS sp. z o.o. oraz M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą FLOREKO.

Rozpoznając zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Remondis pomimo, iż podmiot ten w terminie do dnia składania ofert nie złożył wadium, z uwagi na wskazanie w gwarancji wadialnej jako wykonawcę – jednego z członków konsorcjum – Remondis Sp. z o.o., nie zaś obu wykonawców występujących wspólnie: Remondis sp. z o.o. oraz M.a B.ego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FLOREKO.

Należy zgodzić się z Zamawiającym – odnosząc się również do złożonych przez Odwołującego dowodów, że - orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza sytuację, w które gwarancja wadialna jest wystawiana na jednego z członków konsorcjum. Izba w pełni

podziela i uznaje za własny pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 8 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1320/11. W niniejszym wyroku wskazano, iż w orzecznictwie ukształtowany został również pogląd, że szczegółowe, dodatkowe i nie wynikające z ustawy wymagania Zamawiającego dotyczące formy, sposobu wniesienia wadium i zabezpieczenia interesów Zamawiającego ukształtowane w SIWZ również nie mogą rodzić negatywnego skutku po stronie wykonawcy w przypadku ich niespełnienia. W orzecznictwie sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej w orzecznictwie Zespołów Arbitrów, ugruntowany został pogląd, że prawidłowo wniesionym jest również wadium w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej, gdzie w treści tej gwarancji jako zlecający uwidoczniiony jest podmiot, tylko jeden podmiot, który w postępowaniu o udzielenie zamówienia ubiega się o dane zamówienie wraz/wspólnie z innymi podmiotami jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 1 października 2007 r. syng. akt XIX Ga 408/07, wyrok ZA z dnia 13 marca 2007 roku syng. akt UZP/ZO/0-229/07, wyrok KIO z dnia 29 lipca 2009 roku sygn. akt 903/11, wyrok KIO z 4 maja 2011 roku sygn. akt KIO 810/11). Przedmiotem zarzutu jest gwarancja ubezpieczeniowa jaką posłużyli się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, jednakże w celu wykazania bezzasadności argumentacji Odwołującego warto odwołać się do uregulowań zawartych w art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.) dotyczących gwarancji bankowej - *gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Zobowiązaniem do wypłaty sumy pieniężnej będzie bank, jako gwarant na rzecz beneficjenta gwarancji czyli Zamawiającego; prowadzi to do wniosku, że pomiędzy Zamawiającym a zlecającym wystawienie gwarancji nie powstaje żaden stosunek wynikający ze złożenia temu pierwszemu gwarancji wadialnej, w szczególności zobowiązaniem z gwarancji wadialnej nie będzie podmiot zlecający wystawienie tej gwarancji. Po stronie podmiotu zlecającego wystawienie gwarancji wadialnej pozostaje ziszczenie się okoliczności faktycznych jakie zostały uregulowane w ustawie a których to zaistnienie prowadzi po stronie Zamawiającego do żądania domagania się od gwaranta zapłacenia kwoty stanowiącej sumę gwarancyjną. Tym samym należy uznać, że nie istnieją przeszkody we wniesieniu wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, w której to treści gwarancji ujęty został jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia a i w takim przypadku Zamawiający uzyskuje ochronę swoich interesów. Należy bowiem pamiętać, że zgodnie z treścią art. 23 ust.3 ustawy - *Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o**

*których mowa w ust. 1 – przepisy ustawy dotyczące wykonawcy (jednego) stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Dlatego też obowiązki jakie ustawa kształtuje w stosunku do wykonawcy w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie będą dotyczyły wszystkich wykonawców, którzy wspólnie biorą udział w postępowaniu. Zamawiający wzywając do uzupełnienia dokumentów w postępowaniu, w przypadku gdy zaistnieje taka konieczność kieruje wezwaniem do wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia a kwestią jedynie techniczną jest przesłanie owego wezwania do pełnomocnika tych podmiotów; w przypadku, gdy jeden z wykonawców nie okaże się dokumentem, do którego uzupełnienia wezwał Zamawiający, a nie można go zastąpić innym, skutek w postaci wykluczenia z postępowania będzie dotyczył wszystkich wykonawców występujących wspólnie. Taki sam mechanizm zadziała w przypadku uchylenia się jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie od zawarcia umowy; Zamawiający zawiera umowę z wykonawcą, którego wybrał w wyniku przeprowadzenia postępowania, w przypadku, gdy tym wykonawcą są wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie to faktyczne zawarcie umowy nastąpi jedynie wtedy, gdy umowa zostanie podpisana przez tych wszystkich wykonawców (oczywiście może to nastąpić przez pełnomocnika, który posiada umocowanie do podpisania umowy od wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie uchyłili się od zawarcia umowy, bowiem skutek jest zawsze taki sam – niezawarcie umowy. Przytoczony powyżej na dwóch przykładach schemat postępowania Zamawiającego w wyniku czynności lub zaniechania czynności jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie skutkujący uprawnieniem zatrzymania wadium będzie miał zastosowanie do każdej z przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy. Znamionym dla przedmiotu rozważań jest fakt, że gwarant zobowiązany jest do wypłaty sumy gwarancyjnej w przypadku, gdy Zamawiający złoży mu stosowne oświadczenie o zaistnieniu przesłanek skutkujących wypłatą sumy gwarancyjnej. Uzasadnienie powyższego wywodu znajduje odzwierciedlenie w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 roku (sygn. akt II CA 489/06) gdzie czytamy: *Złożenie gwarancji zapłaty wadium przez konsorcjum i to nawet gwarancji wystawionej na rzecz jednego z członka konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum(...). Stosownie jednak do przepisu art. 14 p.z.p. do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Wobec tego uregulowania nie ma przeszkód, aby przyjąć, że członkowie konsorcjum ubiegający się o zamówienie wspólnie odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe**

z przyczyn leżących po stronie któregokolwiek z członków konsorcjum, w tym lidera konsorcjum. Złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest bowiem równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 k.c, powodującym powstanie solidtarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne. W sytuacji kiedy do zawarcia umowy nie doszłoby z przyczyn leżących po stronie lidera konsorcjum, zamawiający może skutecznie domagać się realizacji gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium od gwaranta z tytułu tej gwarancji wystawionej dla solidarnie zobowiązanego do zawarcia umowy członka konsorcjum ubiegającego się o zamówienie.

Powyższe potwierdza również stanowisko wyrażone w orzecznictwie Sądów Okręgowych, t.j. chociażby wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach, XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt XIX Ga 408/07.

Wobec powyższego – wbrew temu co twierdzi Odwołujący – należało uznać, że nie było podstaw do wykluczenia Konsorcjum Remondis na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na wskazanie w gwarancji wadium jako wykonawcę – jednego z członków konsorcjum – Remondis Sp. z o.o., nie zaś obu wykonawców występujących wspólnie: Remondis sp. z o.o. oraz M.a B.ego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FLOREKO.

Co do zrzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum Remondis na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na niespełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia należało zgodzić się z Zamawiającym, że rozróżnienia wymagają zamówienia wykonywane od zamówień wykonanych. W przedmiotowej sprawie usługa wskazana przez wykonawcę została zakończona i z tym momentem wykonawca zdobył doświadczenie, zatem momentem tym jest moment zakończenia realizacji usługi. Co do spełnienia warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym wbrew temu co twierdzi Odwołujący – Zamawiający nie ma uprawnień do prowadzenia daleko idącej weryfikacji/śledztwa w tym zakresie. Odwołujący oparł swoje twierdzenia wyłącznie na przypuszczeniach nie składając żadnych dowodów. Ponadto w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia drugi z konsorcjantów również może dysponować odpowiednim potencjałem. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego dysponowaniem odpowiednimi osobami Zamawiający zauważył, że w dniu 2 lipca 2014 r. udzielił odpowiedzi na pytania, z której to odpowiedzi wynikało iż nie wymaga on spełnienia

w sposób szczegółowy wymagań, co do wskazanych osób. Zamawiający wykreślił części, które nie będą podlegały badaniu. Dla Zamawiającego istotne było podanie imienia i nazwiska oraz podstawy dysponowania potencjałem. Tylko te informacje były Zamawiającemu potrzebne do badania ofert. Analogicznie miało miejsce w przypadku dysponowania bazą. Zamawiający nie decydował się na badanie tego potencjału na etapie badania i oceny ofert. Taki zakres badania postawionych wymagań jest uprawnieniem Zamawiającego, a nie jego obowiązkiem. Wobec powyższego nie istniały podstawy do wykluczenia Konsorcjum Remondis z niniejszego postępowania oraz w konsekwencji brak było podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego umowy konsorcjum oraz do złożonych przez Odwołującego dowodów należy zgodzić się z Zamawiającym, że w ofercie Konsorcjum Remondis znajduje się pełnomocnictwo dla firmy Remondis Sp. z o.o. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający nie żądał na etapie składania ofert złożenia umowy konsorcjum. Zatem również powyższego nie badał. Obowiązku żądania umowy konsorcjum na etapie składania ofert nie nakładają na Zamawiającego także przepisy ustawy Pzp. Ważnym jest, aby umowa istniała w momencie podpisania umowy, co potwierdza treść art. 23 ust. 4 ustawy Pzp. Zatem w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie ziściły się przesłanki skutkujące odrzuceniem oferty Konsorcjum Remondis na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji mając na względzie wszystkie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), w szczególności § 3 ust. 1 pkt 2 b) ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....