

WYROK
z dnia 7 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron dnia 7 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 stycznia 2017 r. przez wykonawcę **Firma Usługowo Handlowa DREWMIX R. B., Dobrowo 13, 78-220 Tychowo** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Tychowo**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: Roboty Ziemne i Budowa Dróg HERMANTRANS Ł. H. z siedzibą Tyczewo 3 (78-220 Tychowo) oraz Zakład Usług Leśnych i Transportowych L. K. z siedzibą Tyczewo 3 (78-220 Tychowo)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Firmę Usługowo Handlową DREWMIX R. B., Dobrowo 13, 78-220 Tychowo** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Firmę Usługowo Handlową DREWMIX R. B., Dobrowo 13, 78-220 Tychowo** tytułem wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koszalinie**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Tychowo reprezentowane przez J. B. W. - Nadleśniczego siedziba Nadleśnictwa: ul. Bobolicka 86 78-220 Tychowo prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Tychowo w roku 2017”, pakiet nr 5 - leśnictwa: Pobądz; Zn. sprawy: S.270.5.3.2016, wartość wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący: Firma Usługowo Handlowa DREWMIX R. B. Dobrowo 13 78-220 Tychowo wniósł dnia 26 stycznia 2017 r. odwołanie na czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu zakresie pakietu nr 5 - leśnictwa: Pobądz; dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Podstawa prawna wniesienia odwołania - naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 24 ust 1 pkt. 16 lub 17 ust. 4 oraz art. 91 ustawy pzp przez niezgodne z przepisami ustawy Pzp oraz wytycznymi specyfikacji istotnych warunków zamówienia działanie Zamawiającego w zakresie oceny oferty Konsorcjum firm Roboty Ziemne i Budowa Dróg HERMANTRANS Ł. H. z siedzibą Tyczewo 3 {78-220 Tychowo) oraz

Zakład Usług Leśnych i Transportowych L. K. z siedzibą Tyczewo 3 (78-220 Tychowo) poprzez uznanie, iż Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz dokonania wyboru oferty nieważnej na podstawie ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert zgodnych z art. 91 ustawy Pzp. Naruszenie art. 91 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący stwierdza naruszenie przepisów Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 16 lub 17 oraz ust. 4

Wskazane Konsorcjum firm nie wykazało w swojej ofercie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadziło w błąd Zamawiającego wskutek czego, w postępowaniu naruszone zostały w/w przepisy ustawy Pzp w związku z art. 5 kodeksu cywilnego.

Art. 91 ust. 1 uPzp w związku z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa oraz wytycznych specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pozbawiając prawa do uznania oferty Odwołującego za ofertę najkorzystniejszą.

3

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia oferty firmy Konsorcjum firm Roboty Ziemne i Budowa Dróg HERMANTRANS Ł. H. z siedzibą Tyczewo 3 (78-220 Tychowo) oraz Zakład Usług Leśnych i Transportowych L. K. z siedzibą Tyczewo 3 (78-220 Tychowo)

- powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez wybór oferty Odwołującego w oparciu o art. 91 ust. 1 uPzp. Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zamówienie obejmuje swym zakresem usługi z zakresu gospodarki leśnej zgodnie z określeniem w art. 6 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (Dz. U. z 2015 r., poz. 2100 ze zm. - dalej: „Ustawa o lasach”) obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz gospodarki łąkowo-rolnej i utrzymania lasu, do wykonania na terenie Nadleśnictwa Tychowo w roku 2017. Zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia obejmuje sumaryczne ilości prac z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz gospodarki łąkowo-rolnej i utrzymania lasu wynikające załącznika nr 1B do SIWZ dla każdego z pakietów z osobna.

Dowód nr 1: Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w aktach Zamawiającego.

Zamawiający dnia 16 stycznia 2017 r, w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej powiadomił Odwołującego o dokonaniu wyboru oferty w postępowaniu - Konsorcjum firm Roboty Ziemne i Budowa Dróg HERMANTRANS Ł. H. z siedzibą Tyczewo 3 (78-220 Tychowo) oraz Zakład Usług Leśnych i Transportowych L. K. z siedzibą Tyczewo 3 (78-220 Tychowo) jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert z wynikiem 100 punktów, mimo faktu, iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający podejmując decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu naruszył zasady określone w art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, zasad zapewniających bezpieczeństwo i obiektywizm postępowania przetargowego.

W rozdziale 6 (pn. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ PODSTAWY WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA) w pkt. 6.2 siwz wskazano, iż w postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 PZP dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej. Warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy-w tym okresie): dla Pakietu 5 - zrealizował lub realizuje (przy czym w

4

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 lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 755 100 zł brutto.

Następnie w rozdziale 7 pkt. 7.1 (Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć

Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz innych wymaganych dokumentów) Zamawiający wskazał, iż w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w pkt 6.1. oraz w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.2. Wykonawca będzie obowiązany przedstawić Zamawiającemu następujące oświadczenia i dokumenty (w terminach wskazanych w niniejszej SIWZ):

oświadczenie Wykonawcy stanowiące wstępne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w niniejszej SIWZ i braku podstaw do wykluczenia, złożone na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia („JEDZ”), którego wzór określa Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE seria L 2016 r. Nr 3, s. 16). Treść JEDZ określona została w Załączniku nr 2 do SIWZ, jednakże z uwagi na konieczność podania w treści JEDZ znaczącej ilości informacji Zamawiający zaleca skorzystanie z edytowalnej wersji tego dokumentu zamieszczonej na stronie Zamawiającego lub na stronie www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/jedolity-europejski-dokument-zamowienia oraz na wezwanie Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia - informacje nt. usług wykonanych lub wykonywanych (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) polegających na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż określoną dla poszczególnych Pakietów w pkt 6.2 pkt 3.3.1, które podać należy w Części IV lit. C wiersz drugi (pkt Ib) JEDZ; We wskazanej części JEDZ należy podać informacje nt. podmiotu, na rzecz którego były wykonywane usługi (ze wskazaniem nazwy i jego siedziby, terminu wykonywania usługi (dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji), rodzaju wykonanych usług oraz wartości (brutto) wykonanych usług.

Ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego, do wykluczenia Wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

5

W ofercie Konsorcjum firm wykazano usługi, z których żadna nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem zarówno w JEDZ, jak i złożonych wykazach usług firmy wskazały usługi o zdecydowanie mniejszych wartościach:

- Firma Roboty Ziemne i Budowa Dróg HERMANTRANS Ł. H. wskazała odpowiednio usługi z roku

2014 o wartości 437.500,71 zł

2015 o wartości 55.142,96 zł

2016 o wartości 334.309,83 zł

- Firma Zakład Usług Leśnych i Transportowych L. K. wskazała usługi z roku

2014 o wartości 542.122,23 zł

2016 o wartości 217.813,56 zł

Dowód Nr 4: JEDZ dla każdego z konsorcjantów oraz dokumenty złożone na wezwanie Zamawiającego - w aktach Zamawiającego.

Konsorcjum firm zatem nie wykazało ani jednej usługi która potwierdzała by spełnienia warunków udziału w postępowaniu - bowiem jak już wskazano powyżej wymagany było legitymowanie się zrealizowaniem lub realizacją (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 lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 755.100 zł brutto.

Istotnym jest fakt, iż Zamawiający Nadleśnictwo Tychowo prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w cyklach rocznych, stąd też żadna z wykazanych realizacji - wykonywanych na rzecz Nadleśnictwa Tychowo nie miała charakteru umowy wieloletniej.

Dowód nr 5 - poniżej wymienione postępowania

W roku 2015 Nadleśnictwo prowadziło w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. - Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Tychowo w

roku 2016 // numer ogłoszenia - Dz.U./S S216 07/11/2015 394396-2015-PL//.

W roku 2014 Nadleśnictwo prowadziło w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. - "Usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Tychowo w 2015r." //numer ogłoszenia - Dz.U./S S22115/11/2014 390816-2014-PL//.

W roku 2013 Nadleśnictwo prowadziło w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. - "Usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Tychowo w 2014r" // Znak postępowania S-2710-14-132/13//.

Zatem Wykonawca nie ma w swoim doświadczeniu umowy wieloletniej jak sugerowane jest w poświadczeniach wykonanych usług), natomiast obaj konsorcjanci wykazali się realizacją

6

kilku umów o nie wystarczających wartościach. Zaś podsumowanie tych wartości tylko w tym celu aby potwierdzić warunek nie tylko nie potwierdza faktu legitymowania się 1 umową o określonej wartości, ale również jest niedopuszczalne - bowiem uznać należy iż Wykonawca w sposób zamierzony wprowadza Zamawiającego w błąd.

Z ostrożności procesowej należy podnieść, iż nawet w sytuacji wątpliwości Zamawiającego co do wykazanych usług, a w szczególności ich faktycznej wartości - w ramach 1 umowy - winien dokonać analizy informacji zawartych w JEDZ w kontekście art. 24 ust 1 pkt. 16 i 17 ustawy pzp.. Ustawa po nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016r. bezwzględnie nakazuje wykluczyć Wykonawcę:

- który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (art. 24 ust. 1 pkt. 16 ustawy Pzp).
 - który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy Pzp).
- Ustawodawca wprowadzając do katalogu art. 24 ust. 1 obligatoryjne przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazał powyższe podstawy jako podstawę do badania podmiotowego. Reasumując, skoro ocena oferty Konsorcjum firm została dokonana z naruszeniem wymogów SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, to stwierdzić należy, że przedmiotowa decyzja jest wadliwa, powodując tym samym naruszenie obowiązujących reguł prawnych postępowania (art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt. 12, 16, 17 ust. 4 oraz art. 91 ust. 1 uPzp) oraz stanowiąc, iż niniejsze odwołanie jest konieczne i zasadne.

W konkluzji odwołujący wnosi, jak na wstępie.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał na postanowienia siwz w zakresie wymogów związanych z wiedzą i doświadczeniem; o zamówienie w ramach pakietu nr 5 może się ubiegać wykonawca, który w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy – w tym okresie) 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 lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę

7

nie mniejszą niż 755.100 brutto (pkt 6.2.3. V siwz). W punkcie 6.4 powołanej specyfikacji zamawiający wskazał, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 6.2 winien spełniać co najmniej jeden z tych wykonawców **albo wszyscy ci wykonawcy wspólnie** (wyłączenie przystępującego). Żaden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie może podlegać wykluczeniu z postępowania.

W ocenie przystępującego sformułowane w ten sposób wymogi związane z wiedzą i doświadczeniem umożliwiały łączenie potencjału członków konsorcjum.

Wskazując w pkt 6.4 siwz, iż warunki udziału określone w pkt 6.2 siwz, a więc także warunek wiedzy i doświadczenia mogą spełniać – w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających

się o zamówienie – wszyscy ci wykonawcy wspólnie, zamawiający jednoznacznie dopuścił do sumowania wykonanej przez każdego z uczestników konsorcjum usługi (pracy na podstawie 1 umowy.)

Na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia przystępujący przedłożył wykonanie przez Łukasza Hermana Roboty Ziemne i Budowa Dróg HERMANTRANS usługi z roku 2014 o wartości 437.500,71 zł z roku 2015 o wartości 55.142,96 zł, z roku 2016 o wartości 334.309,83 zł. W odniesieniu do L. K. Zakład Usług Leśnych i Transportowych przystępujący przedłożył usługi z roku 2014 o wartości 542.122,23 zł, z roku 2016 o wartości 217.813,56 zł.

Biorąc pod uwagę zrealizowanie przez członków konsorcjum po jednym zadaniu choćby w roku 2014 na kwotę odpowiednio 437.500,71 zł i 542.122,23 zł przystępujący uznaje że wykazał spełnianie warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia w postaci wykonywania prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 755.100 zł brutto.

W toku rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwolujący podtrzymał stanowisko zawarte w odwołaniu i przedstawił dodatkową argumentację. „Fakt, że Zamawiający nie zawarł w treści SIWZ szczególnych wymagań dotyczących oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie nie oznacza, że Zamawiający może lub powinien oczekiwać innej wiedzy od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, lub dokonywać oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odmienny sposób. Istotą w niniejszym postępowaniu jest wykazanie doświadczenia wykonawcy poprzez wykonanie usług o wartości nie mniejszej niż 755 100 zł. Takiego rezultatu nie można

8

osiągnąć poprzez zwykłe zsumowanie pojedynczo zrealizowanych usług o mniejszej wartości przez pojedyncze podmioty. Mamy bowiem do czynienia z niewystarczająco doświadczonymi podmiotami. Niezależnie od tego, czy podmioty te występują pojedynczo, czy w ramach konsorcjum, rezultat jest taki sam. Spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia nie może polegać na dowolnym i swobodnym sumowaniu doświadczenia członków konsorcjum. Określenie "łącznie" należy interpretować w ten sposób, że to każdy z członków konsorcjum może wykazać się realizacją wymaganego zamówienia, a wykazanie się tą umiejętnością przez jednego z wykonawców zwalnia pozostałych z tego obowiązku. Zdaniem Odwołującego nie można jednak sumować doświadczenia wykonawców w ten sposób, iż, jeśli zamawiający wymagał wcześniejszej realizacji co najmniej jednej umowy o wartości 755 100 zł, to warunek ten zostanie spełniony przez konsorcjum dwóch firm, z których każda wykonała zamówienia o wartości mniejszej niż 755 100 zł. Takie konsorcjum ma tak naprawdę doświadczenie w realizacji zamówienia o wartości mniejszej niż wymagane 755 100 zł, bo każda z firm wykonywała tylko zadania o wartości poniżej 755 100 zł.

Doświadczenie to zasób umiejętności praktycznych, warunkujących zdolność do należytego wykonania określonych czynności. Jeśli więc zamawiający bada, czy wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie, bada w praktyce to, czy ów wykonawca wykonał określoną czynność w przeszłości o takiej wartości, by mieć pewność, że to doświadczenie się u tego wykonawcy wykształciło. Jeśli zatem dwaj współwykonawcy z osobna nie są w pełni doświadczeni to i utworzone przez nich konsorcjum również nie będzie posiadało odpowiedniego doświadczenia. Należy podkreślić, że nie każdy potencjał da się sensownie zsumować, oraz że spełnianie warunków udziału nie może być postrzegane wyłącznie jako zwykła formalność, lecz przede wszystkim jako narzędzie oceny zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością. Dlatego też doświadczenia wykonawców nie zawsze można zsumować zgodnie z zasadami arytmetyki, ale winno być ono oceniane przez pryzmat roli postawionego warunku w konkretnym postępowaniu.

Uzyskane poprzez sumowanie doświadczenie winno dawać realne możliwości wykonania zamówienia, a ponadto nie może być w istocie mniejsze niż doświadczenie indywidualnego wykonawcy, który samodzielnie spełnia postawiony warunek. W tym przypadku dwóch niedoświadczonych wykonawców, posiadających doświadczenie tylko w częściowym zakresie, przy tak postawionym warunku "udawałoby" jako konsorcjum, wykonawcę doświadczonego.

Dokumenty dotyczące usług zrealizowanych przez członków konsorcjum nie potwierdzają

spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Przedstawione przez członków konsorcjum usługi nawet po ich zsumowaniu nie osiągnęły

9

wartości wymaganej w przez Zamawiającego w SIWZ. Tymczasem, zgodnie z postanowieniami specyfikacji, Zamawiający wymagał, aby wartość jednej usługi wynosiła co najmniej 755 100 zł. Wynika to wyraźnie ze sformułowania punktu 6.2 ppkt 3.1 V) SIWZ, a przyjęcie możliwości sumowania pojedynczych usług o małej wartości byłoby nieracjonalne. Nie można również zgodzić się z twierdzeniem, że wartość umów wykonanych przez poszczególnych członków konsorcjum - w celu wykazania się realizacją usługi o wartości co najmniej 755 100 - można sumować. Chociaż istotą wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia jest dopuszczenie możliwości łączenia ich potencjałów, to sumowanie wartości odrębnych umów byłaby sprzeczna z sensem i celem określenia wartości umowy, której wykonaniem ma się legitymować wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. W takim opisie warunków udziału w postępowaniu chodzi bowiem o to, aby udzielić zamówienia wykonawcy, który legitymuje się doświadczeniem w realizacji zadań o określonej skali i złożoności, co z kolei przekłada się na ich wartość. Takim doświadczeniem nie wykazuje się konsorcjum, które sumuje wartość zadań wykonanych przez poszczególnych jego członków, gdyż żaden z nich nie wykonał zadania o wymaganej przez Zamawiającego wartości.

Zgodnie z orzecznictwem i doktryną w odniesieniu do konsorcjum, warunki o których mowa w art. 22 ust. 1b ustawy *Prawo zamówień publicznych*, co do zasady, mogą być spełnione łącznie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia doświadczenia, potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego podmiotów tworzących konsorcjum. Jednakże łączenie potencjałów poprzez tworzenie konsorcjum nie może polegać tylko na prostym sumowaniu wartości takich, jak np. liczba, czy wartość zrealizowanych usług przez podmioty tworzące konsorcjum. Odpowiednie zastosowanie art. 23 ustawy *Prawo zamówień publicznych* nie może sprowadzać się do bezrefleksyjnego sumowania różnych elementów postawionych w ramach jednego warunku. Takie działanie prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie może prowadzić do traktowania konsorcjum albo wykonawcy nie mającego doświadczenia lepiej niż wykonawcy indywidualnie ubiegającego się o zamówienie i korzystającego wyłącznie z własnego potencjału. Zasada ta nie może prowadzić do uznania, że Zamawiający ma się zadowolić "gorszym" wykonawcą, który nie nabył doświadczenia przy realizacji usługi o wymaganej minimalnej wartości. W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w zrealizowaniu co najmniej jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 755 100 zł. Zamawiający oczekiwał wykazania się przez wykonawców wykonaniem usług o

10

określonej minimalnej wartości, a więc odpowiednim stopniem skomplikowania w aspekcie organizacyjnym, technicznym i logistycznym. Zatem zrealizowanie usługi o wartości mniejszej niż 755 100 zł zostało przez Zamawiającego uznane za niewystarczające dla realizacji zamówienia i z tego względu, w treści warunku wiedzy i doświadczenia wymagał, aby wykonawcy posiadali doświadczenie w zrealizowaniu co najmniej jednej usługi o wartości co najmniej 755 100 zł. Zamawiający uprawniony był do postawienia takiego wymogu. Fakt wykazania się przez różnych uczestników konsorcjum realizacją tylko zadań o wartości mniejszej niż 755 100 zł, oznacza brak wykazania wymaganego doświadczenia Konsorcjum. Okoliczność, że wykonawcy stworzyli konsorcjum, nie oznacza automatycznie, że uzyskano podmiot, który posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego. Innymi słowy - dwóch niedoświadczonych wykonawców tylko poprzez zawiązanie konsorcjum nie tworzy doświadczonego podmiotu. Fakt połączenia poszczególnych wykonawców w konsorcjum nie może stanowić prowadzić do obejścia prawa, czy złagodzenia wymagań względem podmiotów tworzących konsorcjum. Na poparcie stanowiska wskazał na orzecznictwo KIO i sądów okręgowych. Zauważył, że pkt 6.4 odnosi się do wszystkich warunków udziału w tym np. co do środków finansowych, potencjału technicznego, kwalifikacji osób, natomiast nie pozwala na sumowanie wymaganego doświadczenia. Podał przykład z orzecznictwa co do niedopuszczalności takiej czynności

(2136/15 z dnia 16 października dotyczące przetargu na budowę drogi). Zauważył, że wykonawca indywidualny nie mógłby sumować wartości dwóch umów z różnych lat, a takiej czynności dokonano w stosunku do konsorcjum, co wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców. Stwierdził, że zamawiający przedstawił obecnie nową interpretację postanowień SIWZ.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że zarzut prowadzenia zamawiającego w błąd jest niezasadny, gdyż on sam był odbiorcą usług i autorem dokumentów referencyjnych złożonych w ofercie przystępującego. Przypomniał treść pkt 6.4 SIWZ i stwierdził, że pozwala on przedstawić wspólne doświadczenie konsorcjantów, z tym że każdy z nich powinien powołać się na jedną umowę. Uznaje że wybrane konsorcjum w ten sposób przedstawiło wymagane doświadczenie zgodnie z pkt 6.2, 3.1 V w związku z pkt 6.4. Przypomniał, że istotą konsorcjum jest łączenie potencjałów wykonawców w celu sprostania warunkom postawionym przez zamawiającego i wykonania umowy z wykorzystaniem tych potencjałów.

11

. Zauważył, że pkt 6.4 SIWZ odnosi się do wszystkich warunków udziału określonych w pkt 6.2. Stwierdził, że charakter usług leśnych wskazuje na ich powtarzalność i nie ma potrzeby tworzenia szczególnych wymogów w zakresie potencjałów i stwierdził, że takie wymogi obaj konsorcjanci spełniają. Porównywalność doświadczenia w tych usługach z doświadczeniem wymaganym w robotach budowlanych.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej zamawiającemu przez przystępującego, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Stan faktyczny sprawy jest niesporny. Przedmiotem sporu jest ocena, czy wykonawcy składający ofertę wspólnie spełniają warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia sformułowany w pkt 6.2.3 V siwz jako wymóg wykazania się realizacją usługi w ramach pakietu nr 5, o co może się ubiegać wykonawca, który w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy – w tym okresie) 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 lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 755.100 brutto (pkt 6.2.3. V siwz). W punkcie 6.4 specyfikacji zamawiający wskazał, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 6.2 winien spełniać co najmniej jeden z tych wykonawców albo wszyscy ci wykonawcy wspólnie. W okolicznościach niniejszej sprawy żaden z dwóch członków konsorcjum nie dysponuje usługą referencyjną wykonaną w ramach jednej umowy o wartości wymaganej specyfikacją. O ile niesporna byłaby sytuacja przewidziana na początku cytowanego zdania, tj. jeden z wykonawców wykazałby się wymaganym doświadczeniem, wątpliwości budzi stan sprawy rozpatrywany. W ocenie składu orzekającego ma w tym świetle zastosowanie druga część zdania o treści „albo ci wykonawcy wspólnie.” Bez wątpienia uznać by należało warunek za spełniony, gdyby wykonawcy przedstawili usługę referencyjną, którą wspólnie wykonywali uprzednio. Jest to

12

jednak sytuacja wyłącznie hipotetyczna zważywszy, że wspólne ubieganie się o zamówienie w formie tzw. konsorcjum ma charakter ad casum, do ubiegania się o konkretne zamówienie, co do zasady, tworzy się konsorcjum. W istocie problem sprowadza się do oceny

dopuszczalności łączenia doświadczenia podmiotów. W ocenie składu orzekającego, ustalenie takiej okoliczności jest uzależniony zarówno od postanowień siwz, jak i rodzaju doświadczenia. Ma bowiem rację odwołujący, że nieracjonalne jest z reguły łączenie (sumowanie) doświadczenia w zakresie zamówienia na skomplikowane roboty drogowe, w tym mostowe, wykonawców, którzy legitymują się doświadczeniem w robotach budowlanych o niewielkim zakresie rzeczowym i kwotowym.

W sprawie rozpatrywanej wymóg doświadczenia dotyczy, co niesporne wykonywania usług z zakresu gospodarki leśnej, mających charakter powtarzalny i z reguły sparametryzowanych. Wymóg zaś minimalnej wartości ma wskazywać na dysponowanie potencjałem zdolnym do wykonania usług w takim zakresie. Z tego też względu Izba uznała, że wobec dopuszczenia łącznego (rozumianego jako wspólne) wykazania spełniania warunku udziału, w tym co do wiedzy i doświadczenia sprecyzowanego w siwz, zamawiający prawidłowo uznał, że przystępujący wykazał spełnienie warunku.

W świetle powyższe skład orzekający uznał, że zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie naruszył przepisów ustawy pzp wskazanych w zarzutach odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Izba nie zasądziła na rzecz zamawiającego kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika wobec nie przedstawienia do akt sprawy stosownego rachunku zgodnie z wymogiem określonym w § 3 pkt 2 rozporządzenia powołanego w zdaniu poprzednim.

Przewodniczący: