Sygn. akt: KIO 159/23

WYROK

z dnia 3 lutego 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci Spółka partnerska z siedzibą w Warszawie oraz C. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego C. P. w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersytet Medyczny w Łodzi

przy udziale wykonawcy Kancelaria Adwokacka P. O. i Spółka Spółka jawna z siedzibą w Łodzi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci Spółka partnerska z siedzibą w Warszawie oraz C. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego C. P. w Łodzi i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez

odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego - Uniwersytetu Medycznego w Łodzi kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt: KIO 159/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Uniwersytet Medyczny w Łodzi (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie podstawowym pn. „Obsługa prawna Uniwersytetu Medycznego w Łodzi (nr postępowania ZP/126/2022) – Pakiet I. Ogłoszenie o zamówieniu zostało

opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 10 listopada 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00435187/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie

znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 17 stycznia 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci Spółka partnerska z siedzibą w Warszawie oraz C. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego C. P. w Łodzi (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w ww. postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, a także art. 253 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp wyrażające się w odrzuceniu oferty Odwołującego poprzedzone:

a) błędnym przyjęciem, że Odwołujący nie złożył w przewidzianym do tego terminie podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w przepisie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp oraz, że jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdy w rzeczywistości, wraz z ofertą, a także uzupełniająco w odpowiedzi na wezwanie

Zamawiającego w trybie przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący złożył oświadczenie, o którym mowa w przepisie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, a co więcej, z oświadczenia tego jasno wynikało, że tak Lider jak i Partner Konsorcjum (każdy z nich), wykonywać będą pełen zakres zakontraktowanych usług i już z tej okoliczności, przy przyjęciu, że Lider nawet samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu (czego Zamawiający nie kwestionuje, a wręcz to stwierdza) należy skonstatować, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia polegają na zdolnościach tego wykonawcy (a wiec co najmniej Lidera), który wykona usługi, do realizacji których te zdolności odzwierciedlone w warunkach są wymagane,

b) błędnym przyjęciem, że Partner nie spełnia w całości żadnego z warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w ust. 5.3 SWZ, z uwagi na fakt, że doświadczenie które Partner posiada, w tym nabyte na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 5 w Sosnowcu, Teatru Polskiego w Szczecinie, Uniwersytetu 3

Łódzkiego, Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Ludwika Perzyny w Kaliszu, nabył jako członek zespołu realizującego referencyjne usługi przez Lidera, a nie samodzielnie jako „Wykonawca", w sytuacji, gdy doświadczenie to Partner nabył prowadząc we własnym imieniu działalność gospodarczą (tą samą w związku z którą obecnie ubiega się o udzielenie zamówienia wspólnie z Liderem), w ramach której zawierał z Liderem umowy o stałej współpracy lub podwykonawcze i brak jest jakichkolwiek podstaw, aby wykluczyć możliwość powołania się na takie doświadczenie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W związku tym naruszeniem, brak było podstaw do przyjęcia, że również Partner nie posiada zdolności do realizacji usług dla których zastrzeżono w SWZ warunki udziału w postępowaniu i tym samym, nie można powierzyć mu wykonania usług na które opiewa zamówienie jako wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia razem z Liderem,

c) brakiem zidentyfikowania – w tym przede wszystkim w treści uzasadnienia informacji o rozstrzygnięciu postępowania - takich warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia wykonawcy, w związku z którymi możliwym jest skonkretyzowanie zdolności wymaganych dla realizacji zamawianych usług, a tylko ustalenie takich zdolności pozwala na negatywną weryfikację oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp

a z ostrożności

2. art. 128 ust. 4 ustawy Pzp polegające na braku wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oświadczenia, o którym mowa w przepisie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, zwłaszcza jeśli Zamawiający powziął w związku z tym zastrzeżenia, które doprowadziły do odrzucenia oferty Odwołującego

- a powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Kancelarię Adwokacją P. O. i Spółka sp. j. z siedzibą w Łodzi (dalej jako „Przystępujący"), która nie plasowała się na pierwszym miejscu w rankingu ofert i gdyby nie wadliwe odrzucenie oferty Odwołującego, to jego właśnie oferta, powinna zostać wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienia dokonanej w dniu 12.01.2023 r. czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego; 2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, w tym oferty Odwołującego z uwzględnieniem, iż nie podlega ona odrzuceniu w związku ze złożonym w trybie przepisu art. 117 ust. 4 ustawy Pzp oświadczeniem, a z ostrożności 3) wezwania

Odwołującego do wyjaśnienia oświadczenia, o którym mowa w przepisie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp złożonego wraz z ofertą i uzupełnionego w dniu 22.12.2022 r.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący na wstępie opisał przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, wskazując na oświadczenia, jakie złożył w postępowaniu oraz na fakt odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego. Kwestionując tę czynność, Odwołujący w pierwszej kolejności podniósł, iż nie zgadza się z konstatacją Zamawiającego, iż z oświadczenia złożonego w toku postępowania przez Odwołującego, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, nie wynika, iż będzie on realizował zamówienie, a już samo podważenie tej konstatacji, czyni odrzucenie oferty Odwołującego wadliwym. Zdaniem Odwołującego Zamawiający, identyfikując treść oświadczenia Odwołującego w tym przedmiocie, całkowicie pomija podstawową treść tego oświadczenia, złożoną wraz z formularzem ofertowym, w której Odwołujący wyraźnie wskazał, że Lider wykonywał będzie „pełen zakres usług". W treści uzupełnienia tego oświadczenia złożonego w dniu 22.12.2022 r., Odwołujący doprecyzował tylko, iż wykonywanie przez Lidera pełnego zakresu usług polegać będzie przede wszystkim (co Zamawiający w ogóle pomija w treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego) na dysponowaniu pełnym zasobem osobowym, który – zgodnie z treścią warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert – wykonawca ma przecież skierować do realizacji zamówienia. Co do Partnera, w treści uzupełnionego w dniu 22.12.2022 r. przedmiotowego oświadczania, powtórzono właściwie, iż będzie on realizował „pełen zakres usług" (a więc tak jak w podstawowym oświadczeniu złożonym wraz z ofertą), precyzując, że polegać to będzie m.in. na realizacji dyżurów u Zamawiającego. Odwołujący wskazał, iż oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp złożonego wraz z ofertą i uzupełnionego w dniu 22.12.2022 r. nie sposób rozumieć w ten sposób – a bynajmniej nie wynika to z jego treści – aby tylko Partner realizować miał „pełen zakres usług". Jak już wspomniano, „pełen zakres usług" zobowiązał się wykonać też Lider. Uzupełnienia przedmiotowego oświadczenia z dnia 22.12.2022 r. nie sposób – jak wydaje się czynić to Zamawiający – traktować jako zupełnie nowego oświadczenia, czyniącego oświadczenie złożone wraz z ofertą niebyłym, ale jego uzupełnienie (na to właśnie opiewało wezwanie Zamawiającego w trybie przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp). Tym samym, treść dokumentów w tym zakresie złożonych wraz z ofertą oraz w dniu 22.12.2022 r. należy identyfikować łącznie, w tym w szczególności w zakresie zobowiązania Lidera. Skoro więc z treści przedmiotowego oświadczenia odnoszącego się do Lidera wynika, że wykona on „pełen zakres usług", a

jednocześnie Zamawiający sam przyznaje, iż Lider samodzielnie wykazał spełnienie warunków udziału w postępowania, to sama już ta okoliczność przemawia za prawidłowością oferty Odwołującego i brakiem podstaw do jej odrzucenia, które stwierdził Zamawiający.

Kolejnym uchybieniem, w ocenie Odwołującego, jest przyjęcie, iż Partner, nie posiada doświadczenia wykazującego spełnianie żadnego warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w ust. 5.3 SWZ, mimo, że posiadanie przez niego takiego doświadczenia wynika wprost w Wykazu usług wraz z referencjami. Zamawiający nie zakwestionował przy tym, iż Partner nie uczestniczył w świadczeniu usług Uniwersytetu Łódzkiego, Teatru Polskiego w Szczecinie, Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Kaliszu czy Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 5 w Sosnowcu w czasookresach wskazanych z Wykazie usług, czy też nie zakwestionował zakresu pomocy prawnej jaką świadczyć miał na rzecz tych podmiotów Partner, które odpowiadały treści warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w ust. 5.3 SWZ, a jedyną podstawą do przyjęcia, iż to doświadczenie nie może być uznane za potwierdzające spełnienie tych warunków jest fakt, że doświadczenie to Partner nabył jako członek Zespołu Lidera, a nie jako „Wykonawca Kancelaria Radcy Prawnego C. P.”. Z konstatacją taką nie sposób się zgodzić przede wszystkim dlatego, iż Parter świadczył pomoc prawną na rzecz ww. podmiotów – w skali i zakresie potwierdzającym co najmniej spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w ust. 5.3 pkt 4 a) SWZ – w ramach zespołu Lidera, jednak działając w ramach prowadzonej przez siebie jednoosobowej działalności gospodarczej, w ramach której obecnie ubiega się wspólnie z Liderem o udzielenie zamówienia. Wykonywanie wspomnianej działalności polegało bowiem wtedy na świadczeniu usług na podstawie umowy o stałej współpracy z Liderem lub umowy podwykonawczej i całą pewnością brak jest jakichkolwiek przeszkód, aby możliwym było legitymowanie się tego rodzaju doświadczeniem w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy Pzp. Realizując wspomnianą pomoc prawną w ramach zespołu Lidera, Partner nie przestawał przecież być wtedy przedsiębiorcą, wykonującym działalność gospodarczą na własny rachunek, osobiście, w sposób zorganizowany i ciągły, a więc dokładnie tak, jak miałby ją wykonywać jako jeden z członków konsorcjum realizujący umowę z Zamawiającym.

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, stwierdzenie, iż Partner mógł powołać się na swoje doświadczenie nabyte w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą przy realizacji referencyjnych usług jako członek zespołu Lidera (jako podwykonawca lub „zasób własny” związany z Liderem umową o współpracy), prowadzić powinno do przyjęcia, że również on samodzielnie i w całości (obok Lidera) spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w ust. 5.3 pkt 4 a) SWZ, a tym samym, iż Partner mógłby samodzielnie wykonywać „pełen zakres usług” w ramach realizacji umowy z Zamawiającym (abstrahując nawet od tego, iż „pełen zakres usług” świadczyć ma też Lider). Taką konstatacje wzmacnia dodatkowo fakt, że w świetle informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego brak jest

wskazania takich warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia wykonawcy, w związku z którymi możliwym byłoby skonkretyzowanie zdolności wymaganych dla realizacji zamawianych usług. Tym samym, każdy z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, spełniający warunek o którym mowa w ust. 5.3 pkt 4 a) SWZ, może wykonywać „pełen zakres usług”.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Okoliczności sprawy wskazują w jego ocenie co najmniej na podstawy do powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości w przedmiocie braku wykazania przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji – zwłaszcza wobec najdalej idącej za tym konsekwencji w stosunku do Odwołującego jaką jest odrzucenie jego oferty – wręcz obowiązkiem Zamawiającego było uprzednie wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonego podmiotowego środka dowodowego.

Zamawiający w dniu 27 stycznia 2022 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Zamawiający podkreślił m.in., iż warunki udziału i wymagania co do wiedzy i doświadczenia 2ykonawcy (wszystkich członków Konsorcjum) są uwarunkowane specyfiką udzielanego zamówienia, co do których Odwołujący nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń. Zamawiający powołał się na treść wykazów osób złożonych przez Odwołującego, zauważając, iż w żadnym z nich w zakresie wymogów z ust. 5.3. pkt 4) lit. b4)-b6) SWZ Odwołujący nie wskazał w doświadczeniu osób skierowanych do wykonywania zamówienia Partnera – C. P. . Z powyższego zdaniem Zamawiającego wynika, że gdyby Partner Konsorcjum spełniał warunki udziału postawione przez Zamawiającego w SWZ to został by uwzględniony w ofercie, czy też w podmiotowych środkach dowodowych jako spełniający powyższe kryteria, co jednak nie nastąpiło. Jednocześnie Odwołujący złożył oświadczenie w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, w którym pierwotnie oświadczył, że zarówno Lider jaki i Partner Konsorcjum będą świadczyć pełen zakres usług. Natomiast po wezwaniu (w którym Zamawiający szczegółowo wyjaśnił na czym polegają nieprawidłowości w pierwotnym oświadczeniu Odwołującego złożonym w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem wyjaśniał, iż celem złożenia tego oświadczenia jest sprawdzenie, czy planowany podział zadań pomiędzy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziałów w postępowaniu) pomimo powyższego wyjaśniania Odwołujący złożył nowe oświadczenie w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, w którym oświadczył, że: 1) Lider będzie dysponował pełnym zasobem osobowym, udzielał wiedzy i doświadczenia C. P., 2) C. P. będzie wykonywał pełen zakres usług, w tym realizował dyżury

w siedzibie. Zatem sam Odwołujący potwierdził, że Partner konsorcjum nie dysponuje odpowiednią wiedzą i doświadczeniem, skoro sam widzi potrzebę ich udzielenia.

Dalej Zamawiający wskazał, iż dokument ten, mimo powtórnego złożenia, nadal jest wadliwy i nie potwierdza, że zamówienie będzie realizował podmiot (Lider), który potwierdził spełnienie warunków udziału czyli posiada odpowiedni

potencjał, aby należycie realizować zamówienie. Z przedmiotowego oświadczenia wynika, że „pełen zakres usług" wykona nie Lider Konsorcjum, który spełnia warunki udziału, ale Partner Konsorcjum, który nie spełnia samodzielnie jako Wykonawca i w całości żadnego z wymagań Zamawiającego wskazanych w ust. 5.13 i 5.14 SWZ, dlatego też oferta Konsorcjum została odrzucona. W oświadczeniu tym Lider Konsorcjum nie wykazał żadnych usług, które będzie wykonywać w trakcie realizacji zamówienia. Jako „zakres usług" podał: „udzielenie wiedzy i doświadczenia C. P. niezbędnego do realizacji zamówienia", które to zdolności nie mogą być przekazywane pomiędzy współwykonawcami z uwagi na szczególny sposób spełniania warunków przez podmioty wspólnie występujące, określonych przez Zamawiającego w ust. 5.13 i 5.14 SWZ.

Zdaniem Zamawiającego przedmiotowe oświadczenie przedstawia również sprzeczny stan z tym wynikającym z treści „Oświadczenia Wykonawcy", o którym mowa w art. 125 ust. 4, w którym Partner Konsorcjum podał informację, iż „spełnia warunki udziału w postępowaniu .określone przez zamawiającego w SWZ pkt 5.3 SWZ wspólnie z Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci", co nie zostało wykazane przez Konsorcjum w złożonych podmiotowych środkach dowodowych (Wykaz osób i Wykaz usług). Zamawiający zauważył, iż w piśmie przewodnim z dnia 22.12.2022 r. Lider konsorcjum wskazał na doświadczenie Partnera w zakresie obsługi prawnej na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Kaliszu, Teatru Polskiego. w Szczecinie czy też Uniwersytetu Łódzkiego, ale z załączonych referencji wynika, że jest to doświadczenie Radcy Prawnego C. P. wykazane „w ramach Zespołu" Kancelarii Ć. i Partnerzy a nie doświadczenie Wykonawcy Kancelaria Radcy Prawnego C. P., i jako właśnie taki podmiot - Wykonawca Kancelaria Radcy Prawnego C. P. powinien wykazać się nabytym doświadczeniem - nie jako członek zespołu Kancelarii Ć. i Partnerzy. Zamawiający wskazał, iż w zał. nr 3.1 „Wykaz osób" - Radca Prawny C. P. został wymieniony jako „Wykonawca", co jest sprzeczne z treścią załączonych referencji, w których nie ma informacji o „samodzielnym spełnianiu wszystkich warunków udziału w całości, tj. ust. 5.3 pkt 4) a) dla Pakietu 1 SWZ oraz ust. 5.3 pkt 4) b) dla Pakietu 1 SWZ". Jak wynika z treści oferty Odwołującego oraz załączonych referencji, partner – C. P. nie świadczył jako wykonawca w ramach prowadzonej przez siebie działalności obsługi prawnej na rzecz w/w podmiotów i nie otrzymywał z tego tytułu wynagrodzenia na poziomie min. 300.000,00 zł brutto i 100.000,00 zł brutto. Nie zajmował się także obsługą prawną co najmniej 1 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na 1 robotę budowlaną o

wartości min. 40.000.000,00 zł brutto. Referencje jak wskazano wyżej zostały wystawione na Lidera, bo to on wykonywał opisane usługi, a nie C. P. . Zamawiający powołał się na orzecznictwo wskazujące, iż w przypadku wykazywania doświadczenia nabywanego w ramach wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, wykonawca może powoływać się na tak nabyte doświadczenie, tylko w takim zakresie, w jakim współdziałając w konsorcjum samodzielnie wykonał usługi, których wykazywane doświadczenie dotyczy. Dodał, iż sam Odwołujący podkreślił w piśmie z dnia 22.12.2022 że: „niezbędne do prawidłowego wykonania wskazanego zamówienia, zdolności poszczególnych członków grupy podmiotów gospodarczych, która składa wspólną ofertę, nie mogą być przekazywane pomiędzy tymi członkami" powołując się na piśmiennictwo.

Zamawiający podniósł, iż oświadczenie składane w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp ma służyć jako dokument potwierdzający, że zamówienie będzie realizował podmiot, który posiada odpowiedni potencjał, bowiem ma on umożliwić Zamawiającemu weryfikację, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Celem przepisu art. 117 ust. 4 ustawy Pzp było zapewnienie Zamawiającego, aby to ten konsorcjant, który posiada wymagane doświadczenie musiał realizować określoną część zamówienia. Co istotne, to w drugim oświadczeniu w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, Odwołujący, o ile powtórzył, że pełen zakres usług będzie wykonywał C. P., to nie powtórzył już takiego oświadczenia co do zakresu usług, jakie będzie wykonywał Lider. Co do Lidera, Odwołujący ograniczył się bowiem do złożenia oświadczenia, iż będzie dysponował pełnym zasobem osobowym, udzielał wiedzy i doświadczenia C. P., który nie wykonywał samodzielnie usług potwierdzonych referencjami i nie spełnia samodzielnie ani warunku udziału określonego w ust. 5.3 pkt 4 lit. a) ani warunków udziału określonych w ust. 5.3. pkt 4 lit. b).

Treść złożonego przez Odwołującego oświadczenia z dnia 22.12.2022 r. jest w ocenie Zamawiającego również jednoznaczna i nie wymagała wyjaśnień, których brak Odwołujący zarzuca Zamawiającemu. Zamawiający podkreślił, iż instytucja wyjaśnień, nie może służyć do zmiany treści złożonego już oświadczenia. Nie można pominąć, iż wykonawca został wezwany do uzupełnienia tego oświadczenia, a zatem wezwanie do wyjaśnień, traktować należałoby jako obejście przepisu art. 128 ustawy Pzp umożliwiającego jednokrotne wezwanie do poprawienia/uzupełnienia dokumentu dotkniętego określonym brakiem. Ponadto Zamawiający wskazał, iż sam Odwołujący potwierdził w odwołaniu, że Zamawiającemu „przedłożył pismo przewodnie, w którym zawarł stosowne wyjaśnienia". Zatem Zamawiający był już w ich posiadaniu, a więc nie zachodziła potrzeba do złożenia wyjaśnień z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający zakwestionował argumentację

Odwołującego, z której wynika że złożone przez niego dwa oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 ustaw Pzp należałoby odczytywać wspólnie. Złożone drugie oświadczanie nie należy traktować jako uzupełnienie ale jako nowe samoistne kolejne oświadczenie Odwołującego, z którego wynika, że w istocie całość usługi ma realizować konsorcjant/partner, który nie został przez Lidera Konsorcjum wskazany w podmiotowych środkach dowodowych, jako spełniający warunki udziału w postepowaniu, w tym posiadający wymaganą wiedzę i doświadczenie. Nie sposób również przyjąć, iż Odwołujący będący wyspecjalizowaną kancelarią prawną składając oświadczenie w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp był nieświadom jego treści, znaczenia, przyjętego podziału zadań i konsekwencji dla przyszłej realizacji umowy. Dlatego też w ocenie Zamawiającego oświadczenie jako pozostające w oczywistej sprzeczności z pozostałymi dokumentami złożonymi przez Odwołującego w postępowaniu, jak i wymaganiami jakie Zamawiający stawiał wykonawcom w tym wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia, rodziło konieczność odrzucenia oferty Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza

ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Kancelaria Adwokacka P. O. i Spółka Spółka jawna z siedzibą w Łodzi.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Ponadto Izba uznała, iż Odwołujący, jako podmiot ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, którego oferta została odrzucona i który wnosząc odwołanie dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców, podmiotowe środki dowodowe złożone przez Odwołującego, wezwanie skierowane do Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp

oraz udzieloną na nie odpowiedź wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Izba dopuściła i przeprowadziła również dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie, tj. wydruku z CEIDG dotyczącego działalności gospodarczej Partnera Konsorcjum oraz potwierdzenia przelewów dokonywanych z rachunku Lidera Konsorcjum na rachunek Partnera Konsorcjum, na okoliczności wskazane przez Odwołującego, wynikające z treści dokumentów.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest obsługa prawna Uniwersytetu Medycznego w Łodzi. Zamówienie zostało podzielone na dwa pakiety: Pakiet I – obsługa prawna w zakresie spraw realizowanych przez podmioty i jednostki organizacyjne Uniwersytetu Medycznego w Łodzi wskazane w załączniku 7.1 do SWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) oraz we wzorze umowy załącznik 4.1 do SWZ oraz Pakiet II – obsługa prawna w zakresie spraw realizowanych przez Centrum Innowacji i Transferu Technologii oraz Centrum ds. Organizacji i Obsługi Studiów w Języku Angielskim Uniwersytetu Medycznego w Łodzi wskazane w załączniku 7.2 do SWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) oraz we wzorze umowy załącznik 4.2 do SWZ. Termin wykonania zamówienia określono na 24 miesiące od dnia podpisania umowy.

W pkt 5.3 SWZ Zamawiający okrasił warunki udziału w postępowaniu, w tym dla Pakietu I wskazał w pkt 4a, iż Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w ust. 5.2 pkt 1 lit. d) SWZ, jeżeli Wykonawca wykaże, że: a1) wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: nieprzerwanie przez okres minimum 2 lat obsługę prawną co najmniej jednego podmiotu, w którym funkcjonują związki zawodowe;

a2) wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: 1 usługę - polegającą na bieżącej obsłudze prawnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na robotę budowlaną, zakończonego podpisaniem umowy w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, o wartości co najmniej 40.000.000,00 zł brutto wraz z obsługą prawną realizacji tej umowy;

a3)1 wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: nieprzerwanie przez okres minimum 2 lat obsługę prawną podmiotu będącego publiczną uczelnią medyczną, o wartości co najmniej 300.000,00 zł brutto;

albo wykaże, że:

a3)2 wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: nieprzerwanie przez okres minimum 2 lat obsługę prawną - polegającą na bieżącej obsłudze prawnej podmiotu będącego publiczną szkołą wyższą, o wartości co najmniej 300.000,00 zł brutto

oraz

nieprzerwanie przez okres minimum 2 lat obsługę prawną - polegającą na bieżącej obsłudze prawnej podmiotu będącego podmiotem leczniczym prowadzącym działalność szpitalną, o wartości co najmniej 100.000,00 zł brutto;

co potwierdzi powyższe, przedstawiając dowody określające, czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane w sposób należyty.

W pkt 4)b) Zamawiający wskazał, iż Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, o

którym mowa w ust. 5.2 pkt 1 lit. d) SWZ, jeżeli Wykonawca wykaże, że: dysponuje osobami skierowanymi przez wykonawcę do realizacji zamówienia zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. minimum 4-osobowym zespołem z uprawnieniami radcy prawnego/adwokata, w tym:

b1) minimum czterema radcami prawnymi/adwokatami, z których każdy wpisany jest na listę radców prawnych/adwokatów, legitymującymi się min. 2-letnim stażem posiadania uprawnień zawodowych,

b2) minimum dwoma radcami prawnymi/adwokatami, z których każdy jest wpisany na listę radców prawnych/adwokatów, legitymującymi się min. 5-letnim stażem posiadania uprawnień zawodowych,

b3) minimum dwoma radcami prawnymi/adwokatami, z których każdy wpisany jest na listę radców prawnych/adwokatów, z których każdy w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, nieprzerwanie przez okres co najmniej 3 lat brał udział w obsłudze prawnej publicznej szkoły wyższej,

b4) minimum dwoma radcami prawnymi/adwokatami, z których każdy wpisany jest na listę radców prawnych/adwokatów, z których każdy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, brał udział w obsłudze prawnej polegającej w szczególności na opiniowaniu umów o dofinansowanie projektu, umów konsorcjum, wydawaniu opinii prawnych, przygotowywaniu dokumentacji w trybie odwoławczym od decyzji instytucji finansującej, składaniu wniosków o dofinansowanie, dwóch projektów finansowanych ze źródeł zewnętrznych w tym ze środków unijnych, o wartości co najmniej 1.000.000,00 zł brutto każdy projekt, po stronie beneficjenta, na które otrzymał on dofinansowanie,

b5) minimum jednym radcą prawnym/adwokatem, który wpisany jest na listę radców prawnych/adwokatów, który w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert,

brał udział w obsłudze prawnej postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na: 1 dostawę o wartości co najmniej 1.000.000,00 zł brutto podpisanej umowy oraz 1 usługę o wartości co najmniej 5.000.000,00 zł brutto podpisanej umowy,

b6) minimum jednym radcą prawnym/adwokatem, który wpisany jest na listę radców prawnych/adwokatów, który w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, brał udział w obsłudze prawnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: 1 robotę budowlaną o wartości co najmniej 40.000.000,00 zł brutto podpisanej umowy b7) minimum jednym radcą prawnym/adwokatem, który wpisany jest na listę radców prawnych/adwokatów, władającym biegle językiem angielskim na poziomie Advanced (B2), które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Zamawiający wskazał, iż jedna osoba skierowana do realizacji zamówienia może spełniać więcej niż jeden z ww. warunków.

W pkt 5 .11 SWZ Zamawiający wskazał, iż w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolności tych wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zgodnie z pkt 5.12 SWZ w przypadku, o którym mowa w punkcie 5.11, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy (przedmiotowe oświadczenie zostało zawarte w Formularzu ofertowym zał. nr 1.1 do SWZ pkt H) – dla Pakietu I. w pkt 5.13 SWZ wskazano, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub w przypadku polegania na zdolności technicznej lub zawodowej innego podmiotu warunek, o którym mowa w ust. 5.3 pkt 4) a) dla Pakietu I, zostanie spełniony wyłącznie wtedy, jeżeli co najmniej jeden z tych wykonawców/podmiotów trzecich spełnia ten warunek w całości samodzielnie. Zgodnie zaś z pkt 5.14 SWZ w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub w przypadku polegania na zdolności technicznej lub zawodowej innego podmiotu warunek, o którym mowa w ust. 5.3 pkt 4) b) SWZ dla Pakietu I, zostanie spełniony wyłącznie wtedy, jeżeli co najmniej jeden z tych wykonawców/podmiotów trzecich spełnia ten warunek w całości samodzielnie.

Zgodnie z pkt 6.2 SWZ w celu potwierdzenia spełniania warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej określonych w ust. 5.3 pkt 4) SWZ zamawiający żąda od Wykonawcy: a) wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, 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 lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy – Wzór stanowi załącznik nr 2.1 do SWZ. b) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wzór stanowi załącznik nr 3.1 do SWZ dla Pakietu I.

W postępowaniu, w zakresie Pakietu I, wpłynęły dwie oferty – Odwołującego i Przystępującego. Odwołujący, który ubiegał

się o udzielenie zamówienia działając jako konsorcjum dwóch wykonawców, w formularzu oferty złożył oświadczenie zgodnie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, wskazując, że poszczególne usługi zostaną wykonane przez: „1. Ć. i Partnerzy – pełen zakres usług. 2. Cezary Pomykała – pełen zakres usług."

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, Odwołujący złożył m.in. wykaz usług, w którym wskazał dla warunku z pkt 5.3.4 lit. a1 SWZ usługę realizowaną na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 5 w Sosnowcu, dla warunku z pkt 5.3.4 lit. a2 SWZ wskazał w poz. 1 na rozbudowę Teatru Polskiego w Szczecinie, a w poz. 2 budowę budynku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu wraz z przebudową układu drogowego, a dla warunku z pkt 5.3.4 lit. a3[1] SWZ wskazał usługę realizowaną na rzecz Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach. Do wykazu załączono referencje wystawione przez ww. podmioty – wszystkie referencje zostały wystawione na rzecz Lidera konsorcjum, tj. Ć. i Partnerzy. Radcowie Prawni i Adwokaci Spółka partnerska z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący złożył też wykaz osób, w którym wskazał odpowiednio dla warunku z pkt 5.3.4 lit. b1 SWZ osoby: D. Ć., W. S., C. P., D. K., dla warunku z pkt 5.3.4 lit. b2 SWZ osoby: D. Ć., C. P., dla warunku z pkt 5.3.4 lit. b3 SWZ osoby: D. Ć., C. P., dla warunku z pkt 5.3.4 lit. b4 SWZ osoby: W. S., D. Ć., dla warunku z pkt 5.3.4 lit. b5 i b6 SWZ: D. Ć. . dla warunku z pkt 5.3.4 lit. b7 SWZ osoby: M. K. – B., D. K. .

Zamawiający pismem z dnia 20 grudnia 2022 r., działając w oparciu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia poniższych podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. wykazu osób, wskazując w pkt 1.1) wezwania, iż złożony przez Wykonawcę wykaz osób w pozycji dotyczącej spełniania warunku określonego w ust. 5.3 pkt 4) lit. b1), lit. b2), lit. b3) - nie potwierdza spełniania wymagań Zamawiającego określonych w pkt 5.14 SWZ. Zamawiający wskazał, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub w przypadku polegania na zdolności technicznej lub zawodowej innego podmiotu warunek, o którym mowa w ust. 5.3 pkt 4) a) dla Pakietu I, zostanie spełniony wyłącznie wtedy, jeżeli co najmniej jeden z tych wykonawców/podmiotów trzecich spełnia ten warunek w całości samodzielnie. Zamawiający wezwał Odwołującego do naprawienia stwierdzonego przez Zamawiającego błędu poprzez złożenie prawidłowego podmiotowego środka dowodowego tj. „Wykazu osób" – załącznik nr 3.1 do SWZ.

Ponadto w pkt 2 Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego - oświadczenia Wykonawcy z art. 117 ust. 4 zawartego w Formularzu Ofertowym zał. 1.1 do SWZ dla Pakietu I w pkt H. Zamawiający wskazał, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia składają oświadczenie z art. 117 ust. 4, z którego ma jasno wynikać, które usługi wykonają poszczególni Wykonawcy, w szczególności ten wykonawca, na którego zasoby powołują się wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie. Obowiązek złożenia przedmiotowego Oświadczenia ściśle dotyczy sytuacji, kiedy nie wszyscy Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie spełniają warunek dotyczący wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia. Celem złożenia powyższego Oświadczenia jest m.in. sprawdzenie, czy planowany podział zadań pomiędzy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Warunek musi być spełniany przez tego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, który będzie wykonywał zakres przedmiotu zamówienia wymagający posiadania odpowiedniego potencjału lub doświadczenia. Oświadczenie to dotyczy stawianych warunków udziału w postępowaniu. Służy ono zamawiającemu jako dokument potwierdzający, że zamówienie będzie realizował podmiot, który posiada odpowiedni potencjał, aby należycie realizować zamówienie. W odniesieniu do powyższego warunku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach wyłącznie tych z nich, którzy wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (wówczas warunek zostanie spełniony) – z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przypadku oferty złożonej przez Konsorcjum. W złożonym w ofercie oświadczeniu z art. 117 ust. 4 Wykonawca wskazał, iż każdy z konsorcjantów wykona ten sam zakres usług

(„pełen zakres usług"), dla których Zamawiający wskazał warunek dotyczący doświadczenia: „Wykaz osób" i „Wykaz usług", mimo, iż Partner Konsorcjum nie spełnia samodzielnie i w całości żadnego z wymagań Zamawiającego wskazanych w ust. 5.13 i 5.14 SWZ. Zdaniem Zamawiającego w złożonym Oświadczeniu z art. 117 ust. 4 występują niezgodności pomiędzy rozkładem obowiązków, które kolidują z uznaniem, że usługi będzie realizował konsorcjant dysponujący odpowiednim potencjałem lub doświadczeniem. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia prawidłowego Oświadczenia z art. 117 ust. 4, który nie będzie posiadał rozbieżności wynikających z treści złożonego Oświadczenia a rozkładem obowiązków, pomiędzy konsorcjantami uwzględniając przy tym, że usługi mają być zrealizowane przez konsorcjanta, który dysponuje odpowiednim potencjałem lub doświadczeniem.

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący w zakresie oświadczenia Wykonawcy z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp wyjaśnił, iż „obaj wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia złożyli deklarację wspólnej realizacji zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że Kancelaria Ć. i Partnerzy spełnia w sposób samodzielny warunek udziału w postępowaniu, natomiast działając wraz C. P. – będącym osobą posiadającą odpowiednie uprawnienia oraz posiadającym doświadczenie w obsłudze prawnej wyższej uczelni publicznej oraz szpitala czy inwestycji budowlanej, zamierza udzielać odpowiedniego wsparcia, tak aby realizacja zamówienia przebiegała w sposób zgody z jego założeniami wyrażonymi w SWZ. Zamawiający w treści pkt 3.12 zastrzegł wymóg osobistej realizacji zamówienia w sprawach istotnych dla Zamawiającego oraz w sprawach związanych z realizowanymi i planowanymi inwestycjami przez konsorcjanta Wykonawcy – tj. każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zwrócić należy także uwagę, że C. P. prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą i współpracuje od wielu lat z Kancelarią Ć. i Partnerzy, stąd też stała współpraca gwarantuje transfer wiedzy i doświadczenia pomiędzy tymi podmiotami. Jak wskazuje się w doktrynie odnośnie polegania na zasobach wykonawcy dysponującego zasobami.: „„Wykonawcy mogą więc przedstawić w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu zespół osób, jakim dysponuje jeden z

wykonawców, lub doświadczenie jednego z nich. Norma ust. 4 zdaje się wskazywać, że jeżeli jeden z podmiotów posiada wymagane kwalifikacje lub doświadczenie, to on będzie zobowiązany do wykonania zadania, do którego zdolności te należy uznać za niezbędne. Przyjęcie jako generalnego sposobu postępowania tego rozwiązania oznacza znaczące ograniczenie swobody wykonawców występujących wspólnie w kształtowaniu sposobu realizacji zamówienia. Jak zauważył TSUE w wyroku z 5.04.2017 r., C-298/15 Borta UAB v. Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ, EU:C:2017:266, „nie można z góry wykluczyć, że w szczególnych okolicznościach, z uwagi na charakter danych robót, jak i przedmiot oraz

cele zamówienia niezbędne do prawidłowego wykonania wskazanego zamówienia, zdolności poszczególnych członków grupy podmiotów gospodarczych, która składa wspólną ofertę, nie mogą być przekazywane pomiędzy tymi członkami. W takiej sytuacji podmiot zamawiający może zatem zasadnie wymagać, aby każdy z rzeczonych członków wykonał roboty odpowiadające ich własnym zdolnościom”.” - M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 117.

Co więcej, C. P. posiada uprawnienia radcy prawnego oraz doświadczenie wymagane dla Pakietu I:

a1) wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, nieprzerwanie przez okres minimum 2 lat obsługę prawną co najmniej jednego podmiotu, w którym funkcjonują związki zawodowe – na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Kaliszu;

a2) wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: 1 usługę - polegającą na bieżącej obsłudze prawnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na robotę budowlaną, zakończonego podpisaniem umowy w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, o wartości co najmniej 40.000.000,00 zł brutto wraz z obsługą prawną realizacji tej umowy – na rzecz Teatru Polskiego w Szczecinie;

a3)2 wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: nieprzerwanie przez okres minimum 2 lat obsługę prawną - polegającą na bieżącej obsłudze prawnej podmiotu będącego publiczną szkołą wyższą, o wartości co najmniej 300.000,00 zł brutto na rzecz Uniwersytetu Łódzkiego, oraz nieprzerwanie przez okres minimum 2 lat obsługę prawną - polegającą na bieżącej obsłudze prawnej podmiotu będącego podmiotem leczniczym prowadzącym działalność szpitalną, o wartości co najmniej 100.000,00 zł brutto na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Kaliszu.

W konsekwencji obydwaj konsorcjanci są zdolni do realizacji zamówienia w pełnym zakresie.”

Do pisma Odwołujący załączył oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, wskazując, że poszczególne usługi zostaną wykonane przez: 1. Ć. i Partnerzy – dysponowanie pełnym zasobem osobowym, udzielenie wiedzy i doświadczenia C. P. niezbędnego do realizacji zamówienia; 2. C. P. – pełen zakres usług, w tym realizacja dyżurów w siedzibie.

Wykonawca złożył ponadto uzupełniony wykaz usług, w którym wskazał dla warunku z pkt 5.3.4 lit. a1 SWZ w poz. 1 usługę realizowaną na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 5 w Sosnowcu (usługa podana w pierwszym wykazie), a w poz. 2 usługę realizowaną na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Ludwika Perzyny w Kaliszu (nowa usługa), dla warunku z pkt 5.3.4 lit. a2 SWZ wskazał w poz. 1 na rozbudowę Teatru Polskiego w Szczecinie (usługa podana w pierwszym wykazie) a w poz. 2 budowę budynku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu wraz z przebudową układu drogowego (usługa podana w pierwszym wykazie), dla warunku z pkt 5.3.4 lit. $a3_1$ SWZ wskazał usługę realizowaną na rzecz Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach (usługa podana w pierwszym wykazie), a ponadto dla warunku z pkt 5.3.4 lit. $a3_2$ SWZ wskazał usługi realizowane dla Uniwersytetu Łódzkiego oraz dla Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Ludwika Perzyny w Kaliszu. Do wykazu załączono:

- referencje Teatru Polskiego w Szczecinie – wystawione na rzecz Lidera konsorcjum, tj. Ć. i Partnerzy. Radcowie Prawni i Adwokaci Spółka partnerska z siedzibą w Warszawie, w których wskazano, iż „dotychczas wydanych było kilkadziesiąt opinii i ocen prawnych przez Zespół Kancelarii uczestniczący w realizacji umowy, w skład którego wchodzi m.in. mec. D. Ć.. Mec. W. S., mec. M. K. – B., radca prawny C. P. .” W referencjach wskazano, iż „współpraca z Wykonawcą przebiega bez zastrzeżeń, a świadczone usługi (…) cechuje wysoki poziom merytoryczny i profesjonalizm, co pozwala zarekomendować Kancelarię jako kompetentnego partnera prawnego.”

- referencje Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Ludwika Perzyny w Kaliszu -wystawione na rzecz Lidera konsorcjum, tj. Ć. i Partnerzy. Radcowie Prawni i Adwokaci Spółka partnerska z siedzibą w Warszawie, w których wskazano, iż „w zespole Kancelarii pomoc prawną świadczyli m.in. mec. D. Ć., Mec. W. S., mec. M. C., mec. D. K., mec. C. P., mec. M. K. – B. . Współpraca z Kancelarią przebiega bez zastrzeżeń, a zlecone zadania wykonywane są w sposób rzetelny i terminowy.” Zamawiający polecił oferowane przez Kancelarię usługi i zarekomendował ją jako pewnego i kompetentnego partnera.

- referencje Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach - wystawione na rzecz Lidera konsorcjum, tj. Ć. i Partnerzy. Radcowie Prawni i Adwokaci Spółka partnerska z siedzibą w Warszawie, w których wskazano, iż usługa realizowana jest rzetelnie, terminowo i z należytą starannością.

- Oświadczenie podpisane przez D. Ć., w związku z brakiem możliwości uzyskania referencji z datą bieżącą, potwierdzające m.in., że Ć. i Partnerzy. Radcowie Prawni i Adwokaci oraz C. P. w ramach zespołu Kancelarii

świadczyli kompleksową obsługę prawną Uniwersytetu Łódzkiego w sposób zgodny z postanowieniami umowy.

Ponadto Odwołujący złożył uzupełniony wykaz osób, w którym wskazał odpowiednio dla warunku z pkt 5.3.4 lit. b1 SWZ osoby: D. Ć., W. S., C. P., D. K., M. C., dla warunku z pkt 5.3.4 lit. b2 SWZ osoby: D. Ć., C. P., M. C., dla warunku z pkt 5.3.4 lit. b3 SWZ osoby: D. Ć., C. P., M. C., dla warunku z pkt 5.3.4 lit. b4 SWZ osoby: W. S., D. Ć., dla warunku z pkt 5.3.4 lit. b5 i b6 SWZ: D. Ć., dla warunku z pkt 5.3.4 lit. b7 SWZ osoby: M. K. – B., D. K. .

Zamawiający w dniu 12 stycznia 2023 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w Pakiecie I, jednocześnie informując o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c), art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 117 ust.4 ustawy Pzp. Uzasadniając powyższe Zamawiający wskazał, iż Wykonawca na wezwanie Zamawiającego (art. 128 ust. 1) fizycznie uzupełnił „Oświadczenie Wykonawcy" z art. 117 ust. 4 w wyznaczonym terminie. Zdaniem Zamawiającego dokument ten mimo uzupełnienia nadal jest wadliwy i nie potwierdza, że zamówienie będzie realizował podmiot (Lider), który potwierdził spełnienie warunków udziału czyli posiada odpowiedni potencjał, aby należycie realizować zamówienie. Z przedmiotowego Oświadczenia wynika, iż „pełen zakres usług" wykona nie Lider Konsorcjum, który spełnia warunki udziału, ale Partner Konsorcjum, który nie spełnia samodzielnie jako Wykonawca i w całości żadnego z wymagań Zamawiającego wskazanych w ust. 5.13 i 5.14 SWZ. W Oświadczeniu tym Lider Konsorcjum nie wykazał żadnych usług, które będzie wykonywać w trakcie realizacji zamówienia. Jako „zakres usług" podał: „udzielenie wiedzy i doświadczenia C. P. niezbędnego do realizacji zamówienia", które to zdolności nie mogą być przekazywane pomiędzy współwykonawcami z uwagi na szczególny sposób spełniania warunków przez podmioty wspólnie występujące, określonych przez Zamawiającego w ust. 5.13 i 5.14 SWZ (Zamawiający przywołał treść ww. punktów SWZ). Zamawiający wskazał, iż warunki udziału i wymagania co do wiedzy i doświadczenia Wykonawcy (wszystkich członków Konsorcjum) są uwarunkowane specyfiką udzielanego zamówienia. Przedmiotowe Oświadczenie przedstawia sprzeczny stan z tym wynikającym z treści „Oświadczenia Wykonawcy", o którym mowa w art. 125 ust. 4, w którym Partner Konsorcjum podał informację, iż „Oświadczam, że spełniam warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w SWZ pkt 5.3 SWZ wspólnie z Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci", co nie zostało wykazane przez Konsorcjum w złożonych podmiotowych środkach dowodowych (Wykaz osób i Wykaz usług). W piśmie z dnia 22.12.2022 „Uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych" stanowiącym pismo przewodnie do złożonych dokumentów, oraz w „wykazie osób" i „wykazie usług" będących załącznikami do ww. pisma, Lider Konsorcjum podnosi doświadczenie Partnera w zakresie obsługi prawnej na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Kaliszu, Teatru Polskiego w Szczecinie czy też Uniwersytetu Łódzkiego – ale z załączonych referencji wynika, że jest to doświadczenie Radcy Prawnego C. P. wykazane

„w ramach Zespołu" Kancelarii Ć. i Partnerzy a nie doświadczenie Wykonawcy Kancelaria Radcy Prawnego C. P., i jako właśnie taki podmiot – Wykonawca Kancelaria Radcy Prawnego C. P. powinien wykazać się nabytym doświadczeniem – nie jako członek zespołu Kancelarii Ć. i Partnerzy. W zał. nr 3.1 „Wykaz osób" - Radca Prawny C. P. został wymieniony jako „Wykonawca", co jest sprzeczne z treścią załączonych referencji, w których nie ma informacji o „samodzielnym spełnianiu wszystkich warunków udziału w całości, tj. ust. 5.3 pkt 4) a) dla Pakietu I SWZ oraz ust. 5.3 pkt 4) b) dla Pakietu I SWZ". Zamawiający wskazał, iż Wykonawca sam podkreśla w ww. piśmie z dnia 22.12.2022r. że: „niezbędne do prawidłowego wykonania wskazanego zamówienia, zdolności poszczególnych członków grupy podmiotów gospodarczych, która składa wspólną ofertę, nie mogą być przekazywane pomiędzy tymi członkami", „a jeżeli jeden z podmiotów posiada wymagane kwalifikacje lub doświadczenie, to on będzie zobowiązany do wykonania zadania, do którego zdolności te należy uznać za niezbędne" powołując się na orzeczenie TSU oraz piśmiennictwo. Zamawiający podkreślił, iż w niniejszym postępowaniu Radca Prawny C. P. występuje jako Partner Konsorcjum Kancelaria Radcy Prawnego C. P. - nie zaś jako członek zespołu i „zasób własny Wykonawcy Ć. i Partnerzy". Zgodnie z wyrokiem KIO z dn. 8.11.2021 (sygn. akt KIO 2945/21) „celem tego Oświadczenia (z art. 117 ust. 4) jest weryfikacja, czy zakres zamówienia, co do którego należy się wykazać spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, będzie rzeczywiście wykonany przez członka konsorcjum, który wykazuje się spełnieniem tego warunku" – co nie zostało wykazane przez Wykonawcę w Oświadczaniu z art. 117 ust. 4. Zgodnie z wyrokiem KIO z dn. 7.07.2022 (sygn. akt KIO 1602/22) „wykonawca zbiorowy nie spełni warunku udziału w postępowaniu, choćby dysponował doświadczonym wykonawcą, jeśli ten wykonawca faktycznie nie wykona w tej części zamówienia" – co wynika z przedmiotowego Oświadczeniu z art. 117 ust 4 tj. - Lider nie będzie realizował zamówienia, w zakresie którego wykazał się doświadczeniem – a jedynie chce udzielić swojej wiedzy i doświadczenia Partnerowi, który nie wykazał się spełnianiem warunków. Lider Konsorcjum nie określił zakresu usług jakie będzie wykonywał w ramach udzielonego zamówienia zgodnie z OPZ i warunkami umowy („dysponowanie pełnym zasobem osobowym, udzielenie wiedzy i doświadczenia C. P. niezbędnego do realizacji zamówienia"). Zamawiający wskazał, iż ustawodawca ustanowił szczególne warunki ubiegania się o zamówienie dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, nie wystarczy tylko samo doświadczenie, ale musi być wykazane, kto konkretnie będzie realizował zamówienie w części wymagającej doświadczenia. Uwzględniając zasady udzielania zamówień publicznych, nie można uznać za prawidłowe świadome wykazanie w przedmiotowym Oświadczeniu z art. 117 ust. 4 przez Wykonawcę, że „pełen zakres usług, w tym realizacja dyżurów w siedzibie" realizowany będzie przez Partnera Konsorcjum, co do którego nie zostało wykazane spełnienie żadnego z warunków udziału wskazanych przez 20

Zamawiającego, zaś Lider Konsorcjum będzie jedynie „udzielał wiedzy i doświadczenia C. P. niezbędnego do realizacji zamówienia".

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art.

117 ust. 4 ustawy Pzp, a także art. 253 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp wyrażającego się w odrzuceniu oferty Odwołującego.

Przywołują treść przepisów, których naruszenie zarzucono w odwołaniu, należy wskazać, iż w myśl art. 17 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń, w myśl zaś ust. 5 tego przepisu Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie zaś z art., 253 ust. 1 ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Ponadto należy wskazać, iż zgodnie z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Ust. 4 tego przepisu stanowi, iż w przypadku, o którym mowa w ust.

2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

W ramach uwag natury ogólnej należy wskazać, iż w świetle art. 117 ust. 3 ustawy Pzp możliwość powołania się na wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie jednego z wykonawców z grona wspólnie ubiegających się o zamówienie warunkowana jest wykonaniem przez tego wykonawcę tej części zamówienia, do realizacji której dane doświadczenie, wykształcenie, czy kwalifikacje są wymagane. Istotne znaczenie dla dokonywanej przez Zamawiającego w tym zakresie oceny ma treść oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, zawierającego deklaracje o podziale zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum. To właśnie ww. oświadczenie w zestawieniu z innymi podmiotowymi środkami dowodowymi składanymi w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (przede wszystkim wykazami usług czy osób) umożliwia Zamawiającemu weryfikację, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie na etapie realizacji zamówienia deklarowanych przez nich zasobów. Pomiędzy oświadczeniem z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp oraz podmiotowymi środkami dowodowymi wykazującymi spełnienie warunków udziału w postępowaniu musi zachodzić korelacja, pozwalająca na właściwe przyporządkowanie określonych elementów zamówienia temu wykonawcy, który legitymuje się wymaganymi zdolnościami. Podkreślić przy tym należy, że to na wykonawcach wspólnie ubiegających się o zamówienie spoczywał będzie ciężar wykazania, że to właśnie konkretni wykonawcy, na których zdolności powołano się celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonają zamówienie w zakresie, w jakim dane zdolności są wymagane dla jego realizacji. Składane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oświadczenie powinno zatem jednoznacznie wskazywać, które części zamówienia będzie realizował wykonawca wykazujący spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie zabrakło wspomnianej powyżej korelacji pomiędzy oświadczeniem o podziale zadań pomiędzy konsorcjantami a podmiotowymi środkami dowodowymi złożonymi przez Odwołującego w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Po pierwsze nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż z oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp złożonego przez niego wynikało, że tak Lider jak i Partner Konsorcjum (każdy z nich), wykonywać będą pełen zakres usług. Prawdą jest, że taka informacja wynikała z pierwotnej treści oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym, niemniej powyższe nie korelowało ze złożonymi na wezwanie z art. 274 ust. 1

ustawy Pzp podmiotowymi środkami dowodowymi w postaci wykazu usług oraz wykazu osób, z których wynikało, iż Partner Konsorcjum (C. P.) nie spełnia żadnego z warunków udziału w postępowaniu – ani w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy, o którym mowa w pkt 5.3.4 lit. a SWZ, ani w odniesieniu do posiadanego przez wykonawcę potencjału kadrowego (pkt 5.3.4 lit. b SWZ). Na powyższe wprost zwrócono Odwołującemu uwagę w wezwaniu z dnia 20 grudnia 2022 r. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wskazał, iż Odwołujący zadeklarował, że każdy z członków Konsorcjum wykona pełen zakres usług, mimo że Partner Konsorcjum nie spełnia w całości i samodzielnie, żadnego z warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wprost poinformował, że w złożonym oświadczeniu z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp występują niezgodności pomiędzy rozkładem obowiązków, które kolidują z uznaniem, że usługę będzie realizował konsorcjant posiadający odpowiednie doświadczenie.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie skorygował oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, zmieniając jego brzmienie w sposób istotny – Odwołujący w dalszym ciągu twierdził, iż pełen zakres usług wykona Partner Konsorcjum (C. P.), doprecyzowując, że osoba ta będzie pełnić dyżury w siedzibie Zamawiającego, natomiast w odniesieniu do Lidera Konsorcjum wskazał wyłącznie na „dysponowanie pełnym zasobem osobowym, udzielenie wiedzy i

doświadczenia C. P. niezbędnego do realizacji zamówienia". Podkreślić należy, iż z treści tego oświadczenia w ogóle nie sposób odtworzyć, jakie zadania leżałyby w zakresie obowiązków Lidera Konsorcjum, a już na pewno nie wynika z niego okoliczność, że Lider miałby świadczyć pełen zakres usług. Art. 117 ust. 4 ustawy Pzp jednoznacznie wskazuje, iż z oświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ma wynikać, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy, tymczasem na podstawie oświadczenia złożonego przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie można zdekodować, jakie konkretnie usługi miałby wykonywać Lider Konsorcjum.

Izba nie zgodziła się przy tym z argumentacją Odwołującego, iż Zamawiający pomija treść oświadczenia złożonego wraz z ofertą, które należy czytać łącznie z treścią uzupełnionego na wezwanie oświadczenia. Oświadczenia złożone przez Odwołującego w zakresie odnoszącym się do Lidera Konsorcjum są ze sobą sprzeczne, zatem nie można uznać, aby drugie z oświadczeń stanowiło uzupełnienie pierwszego. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zmienił treść oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp (do czego miał prawo), niemniej uczynił to na tyle nieprecyzyjnie, że nie dało się określić zakresu usług, jakie świadczyć miałby Lider Konsorcjum, a ponadto ponownie nie skorelował tego oświadczenia z innymi podmiotowymi środkami dowodowymi. W ocenie Izby już tylko w świetle techniki redakcyjnej zastosowanej przez Odwołującego, można stwierdzić, że

oświadczenie złożone na wezwanie Zamawiającego w odniesieniu do Lidera Konsorcjum nie wskazuje na pełen zakres usług, skoro Odwołujący każdorazowo - i w pierwszym oświadczeniu złożonym wraz z ofertą i w drugim oświadczeniu w odniesieniu do Partnera Konsorcjum - wprost wskazywał na „pełen zakres usług", a analogicznego stwierdzenia nie użył w uzupełnionym oświadczeniu w odniesieniu do Lidera Konsorcjum. Ponadto wskazanie na „dysponowanie pełnym zasobem osobowym" w żaden sposób nie tłumaczy, jaki zakres usług miałby wykonywać Lider przy pomocy tego zasobu osobowego. Odwołujący w postępowaniu odwoławczym nie pokusił się o omówienie wzajemnej relacji pomiędzy ustalonymi w dokumentach zamówienia warunkami dotyczącymi potencjału kadrowego a obowiązkami wykonawcy wynikającymi z OPZ i wzoru umowy. Z kolei wskazanie na to, że zakresem usług realizowanych przez Lidera Konsorcjum miałoby być „udzielenie wiedzy i doświadczenia C. P. niezbędnego do realizacji zamówienia" jest sprzeczne z dyspozycją art. 117 ust. 3 ustawy Pzp. Wykonawca, na którego zdolnościach polega konsorcjum, ma wykonać usługi, do których zdolności te są wymagane, a nie poprzestawać na wsparciu merytorycznym innego członka konsorcjum, udzielając mu wiedzy i doświadczenia, czyli dokonywać transferu posiadanych zdolności na inny podmiot. Podkreślić należy, iż Odwołujący – jako podmiot profesjonalny - niewątpliwie zdawał sobie sprawę z wagi, jaką prawidłowe złożenie oświadczenia o podziale zadań między członków Konsorcjum ma dla losów jego oferty, powinien zatem był dochować w tym zakresie należytej staranności.

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego, jakoby Zamawiający w sposób błędny przyjął, że Partner Konsorcjum nie spełnia w całości żadnego z warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w ust. 5.3 SWZ. Izba działanie Zamawiającego uznała za prawidłowe, ponieważ fakt spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej przez Partnera Konsorcjum nie wynika z przedstawionych przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych.

Po pierwsze należy wskazać, iż w pierwotnie złożonym wykazie usług powołano się jedynie na doświadczenie Lidera Konsorcjum. Z kolei w wykazie osób należało legitymować się posiadaniem określonej liczby adwokatów/radców prawnych o wymaganym doświadczeniu (b1 – 4 osoby, b2 – 2 osoby, b3 – 2 osoby, b4 – 2 osoby, b5 – 1 osoba, b6 – 1 osoba, b7 – 1 osoba), przy czym wymaganą liczbą musiał dysponować jeden z członków konsorcjum, co wynikało wprost z pkt 5.14 SWZ. („warunek, o którym mowa w ust. 5.3 pkt 4) lit. b SWZ dla Pakietu I, zostanie spełniony wyłącznie wtedy, jeżeli co najmniej jeden z tych wykonawców/podmiotów trzecich spełnia ten warunek w całości samodzielnie."). Tak określone zasady spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie nie były kwestionowane przez Odwołującego. Tym

samym wskazanie osoby C. P. wśród osób podanych w celu wykazania spełnienia warunków z lit. b1-b3 również nie czyniło zadość wymaganiom wynikającym z SWZ, ponieważ określoną liczbą radców prawnych/adwokatów dysponować miał w sposób łączny jeden z członków Konsorcjum. Na powyższe zwrócił Odwołującemu uwagę Zamawiający wzywając go do uzupełnienia wykazu osób.

Po drugie, ze złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp uzupełnionych podmiotowych środków dowodowych również nie wynika okoliczność, że Partner Konsorcjum spełnia którykolwiek z warunków udziału w postępowaniu. Co prawda Odwołujący wskazał w wykazie usług mającym potwierdzać spełnienie warunków wskazanych w pkt 5.3.4 lit. a SWZ dodatkowe (ponad wskazane uprzednio) usługi, mające potwierdzać doświadczenie Partnera Konsorcjum, niemniej bezsporna była okoliczność, że usługi te świadczone były (lub są świadczone nadal) nie przez Partnera Konsorcjum, lecz przez Lidera Konsorcjum, co potwierdzają jednoznacznie załączone do uzupełnionego wykazu usług referencje oraz oświadczenie Lidera. Partner Konsorcjum – jako radca prawny prowadzący działalność gospodarczą – wchodził w skład zespołu Lidera Konsorcjum (Kancelarii Ć. i Partnerzy), nie był zatem wykonawcą usług, lecz osobą, którą Lider dysponował na zasadzie umowy o współpracy, która w imieniu Lidera świadczyła pewien, niezdefiniowany w tym wypadku, zakres usług na rzecz danej instytucji zamawiającej. To jednak Lider konsorcjum, był wykonawcą, to on ponosił odpowiedzialność za należytą realizację usług i to na jego rzecz wystawiono referencje. Pozyskanego w ten sposób przez Lidera doświadczenia nie można przenosić w sposób czysto automatyczny na członków jego zespołu – brak jest w takim przypadku możliwości stwierdzenia, iż przez sam fakt uczestniczenia w zespole Kancelarii obsługującym dane zamówienie, poszczególni członkowie tego zespołu pozyskali doświadczenie w tożsamym jak wykonawca (Kancelaria) zakresie.

Pan C. P. (Partner Konsorcjum) nie był wykonawcą usług referencyjnych wskazanych w wykazie usług, czyli podmiotem, który zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie można zatem co do zasady przypisać mu doświadczenia w

ich wykonaniu (wykonywaniu) w całości. Nie można uznać za zasadne stanowiska Odwołującego, jakoby sam fakt, że Pan C. P. w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej brał udział w świadczeniu usług referencyjnych, miał przesądzać o nabyciu przez niego doświadczenia tożsamego z doświadczeniem zdobytym przez wykonawcę tych usług. Wręcz przeciwnie, doświadczenie to nie będzie wprost porównywalne do doświadczenia wykonawcy, to wykonawca jest bowiem odpowiedzialny względem zamawiającego za całokształt realizacji usług (czyli za pracę całego zespołu dedykowanego do świadczenia usług), a nie jego pracownik czy współpracownik, który w imieniu wykonawcy wykonuje

jedynie pewien zakres tej usługi. To wykonawca nabywa doświadczenie w świadczeniu obsługi prawnej na rzecz danego podmiotu o określonej wartości usługi. Jeżeli Zamawiający wymagał legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu usługi np. na rzecz podmiotu będącego publiczną szkołą wyższą, o wartości co najmniej 300.000,00 zł brutto, to, aby spełnić ten warunek należało wykazać, że Partner Konsorcjum wykonał (wykonuje) należycie usługę obsługi prawną takiego podmiotu o wskazanej wartości. Powyższego Odwołujący nie wykazał, a złożone przez niego podmiotowe środki dowodowe wskazują na okoliczność przeciwną – że obsługę prawną świadczył Lider Konsorcjum, a Partner Konsorcjum jedynie brał udział w jej realizacji, w nieokreślonym zakresie, będąc jedynie jedną z wielu osób tworzących zespół Lidera Konsorcjum. Jeżeli Odwołujący twierdził, że doświadczenie Partnera Konsorcjum potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu, to jego zadaniem było okoliczność tę wykazać w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Uzupełniająco należy dodać, że dowody złożone przez Odwołującego podczas rozprawy (tj. wydruk z CEIDG oraz potwierdzenia przelewów) nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia, ponieważ potwierdzają wyłącznie okoliczność, iż C. P. prowadzi działalność gospodarczą (fakt bezsporny) i współpracuje z Odwołującym (fakt bezsporny).

Jeśli zaś chodzi o warunki dotyczące potencjału osobowego opisane w pkt 5.3.4 lit. b SWZ, to ze złożonego przez Odwołującego wykazu osób wynika ich spełnienie wyłącznie przez Lidera Konsorcjum. Jak wskazano powyżej Zamawiający wymagał dysponowania przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia określoną liczbą osób ((b1 – 4 osoby, b2 – 2 osoby, b3 – 2 osoby, b4 – 2 osoby, b5 – 1 osoba, b6 – 1 osoba, b7 – 1 osoba). Partner Konsorcjum – C. P. został wskazany w wykazie osób w zakresie dotyczącym warunków z lit. b1 – b3, niemniej pozostałe osoby wskazane w tabelach właściwych dla poszczególnych warunków stanowiły zasób Lidera Konsorcjum, nie Partnera Konsorcjum. Tymczasem przedmiotowe warunki musiały zaś zostać spełnione w całości samodzielnie przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, ponieważ w świetle postanowień SWZ potencjał wykonawców nie podlegał sumowaniu. Partner Konsorcjum nie spełniał zatem samodzielnie żadnego z tych warunków.

Reasumując, skoro celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 5.3.4 lit. a oraz w pkt 5.3.4 lit. b Odwołujący powołał się na doświadczenie Lidera Konsorcjum, a Partner Konsorcjum w świetle złożonych przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych, żadnego z tych warunków samodzielnie nie spełniał, to powyższe powinno znaleźć stosowne odzwierciedlenie w oświadczeniu Odwołującego o podziale zadań pomiędzy członków Konsorcjum – tak, aby oświadczenie to potwierdzało, że wykonawca, na którego zdolnościach Konsorcjum polega (w tym wypadku Lider Konsorcjum) wykona usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Tymczasem ze

złożonego przez Odwołującego oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp wynikała okoliczność przeciwna – że pełen zakres usług wykona Partner Konsorcjum, zaś zakres usług Lidera Konsorcjum w ogóle nie został należycie zidentyfikowany.

Izba wskazuje, iż nie uznała również za zasadne wywodów Odwołującego dotyczących braku wskazania w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia wykonawcy, w związku z którymi możliwym jest skonkretyzowanie zdolności wymaganych dla realizacji zamawianych usług. Niezależnie od tego, że w ocenie Izby treść uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego zakomunikowana Odwołującemu była jasna i pozwalała na jednoznaczną identyfikację przyczyn odrzucenia jego oferty, to należy stwierdzić, iż Odwołujący, poprzestając na powyższym twierdzeniu, nie przedstawił szerszej argumentacji, w tym jakiejkolwiek analizy w zakresie relacji istniejących pomiędzy wymaganymi przez Zamawiającego minimalnymi poziomami zdolności, a wymaganiami wynikającymi z opisu przedmiotu zamówienia i projektowanych postanowień umowy. Na etapie kształtowania postanowień dokumentów zamówienia nie podnosił też, aby ustalone warunki udziału nie odpowiadały przedmiotowi zamówienia. Ponadto Odwołujący z powyższego wywodził taki skutek, że każdy z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, spełniający warunek o którym mowa w pkt 5.3.4 lit. a SWZ, może wykonywać „pełen zakres usług". Jakkolwiek można byłoby rozważyć słuszność takiego stanowiska, to powyższe pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia, jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że Odwołujący wykazał spełnienie przedmiotowych warunków jedynie przez Lidera Konsorcjum, nie określając w sposób prawidłowy zakresu usług, jakie Lider Konsorcjum miałby świadczyć, a jednocześnie wskazując, że pełen zakres usług wykona Partner Konsorcjum, dla którego nie wykazano spełnienia żadnego z warunków udziału w postępowaniu.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp polegający na braku wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący nie wyjaśnił, dlaczego na gruncie złożonych przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych Zamawiający miałby powziąć wątpliwości uzasadniające skierowanie takiego wezwania. Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, w którym jasno wyartykułował, że pomiędzy złożonymi przez Odwołującego dokumentami nie zachodzi właściwa korelacja. Odwołujący składając podmiotowe środki dowodowe nie dochował należytej staranności, w szczególności uzupełniając w odpowiedzi na ww. wezwanie oświadczenie o podziale zadań pomiędzy członków Konsorcjum, mimo, iż dokładnie wiedział, w czym Zamawiający upatruje nieprawidłowości i miał świadomość jakie znaczenie dla losów jego oferty ma poprawne uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych. Z negatywnymi konsekwencjami

niedochowania tej należytej staranności Odwołujący musi się obecnie zmierzyć. Kierowanie do niego dalszych wezwań w przedmiocie wyjaśnienia złożonych podmiotowych środków dowodowych, byłoby nie do pogodzenia z zasadą równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Odnosząc się do wniosku Przystępującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, Izba wskazuje, iż przepisy ww. rozporządzenia, nie przewidują takiej możliwości. Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego. Wyjątkiem od tej zasady są przypadki przewidziane w § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 rozporządzenia dotyczące sytuacji, w której doszło do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego w całości lub w części i wniesienia przez przystępującego sprzeciwu wobec tej czynności, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca. Z powyższego względu Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego.

Przewodniczący: ……..……