Warszawa, 22 stycznia 2024 r.

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**
Protokolant: Mikołaj Kraska
po rozpoznaniu na rozprawie **19 stycznia 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **29 grudnia 2023 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Usługi Leśne M.K., Miedzichowo** [„Odwołujący"]

w postępowaniu pn. *Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie wybranych Nadleśnictw Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Szczecinie w latach 2024, 2025* (EZ.270.2.6.2023) – *Pakiet nr 49: L. Gorzyń, L. Lubikowo-N. Międzychód w 2024 r.*

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Międzychód** [„Zamawiający"]

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EKOINVEST Gajewscy sp. z o.o. z siedzibą w Zielomyślu, TIMBART B.S., Brzeźno, Usługi Leśne R.F., Brzeźno** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego [„Przystępujący"]

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania **oraz kwotę 4002 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące dwa złote zero groszy) jako uzasadnione koszty Zamawiającego**,**
2. **zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4002 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące dwa złote zero groszy) z tytułu uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia oraz noclegu pełnomocnika.

Na niniejsze orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.**

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

Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Międzychód{dalej: „Zamawiający" lub „Nadleśnictwo"} jest jednym z zamawiających, w których imieniu Regionalna Dyrekcja Lasów Państwowych w Szczecinie jako pełnomocnik przeprowadza na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp" lub „pzp"} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie wybranych Nadleśnictw Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Szczecinie w latach 2024, 2025* (EZ.270.2.6.2023).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 22 września 2023 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr S_183 pod poz. 569311.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

19 grudnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej w części nr 49 powyższego zamówienia pn. *Pakiet nr 49: L. Gorzyń, L. Lubikowo-N. Międzychód w 2024 r.*oferty złożonej wspólnie przez EKOINVEST Gajewscy sp. z o.o. z siedzibą w Zielomyślu, TIMBART B.S. z Brzeźna i Usługi Leśne R.F. z Brzeźna {dalej łącznie zwanych „Konsorcjum" lub „Przystępującym"}.

29 grudnia 2023 r. przedsiębiorca Usługi Leśne M.K. z Miedzichowa {dalej: „Odwołujący"} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1.Art. 128 ust. 4 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia, w jakim zakresie Usługi Leśne R.F. uczestniczył w wykonywaniu usług wskazanych w JEDZ oraz wykazie usług na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postepowaniu oraz jakiej wartości prace przy realizacji przedstawionych usług faktycznie wykonał, aby w sposób prawidłowy ocenić spełnienie przez Konsorcjum określonego w pkt 7.1. ppkt 4) SWZ warunku udziału w postępowaniu.

[*ewentualnie:*]

2.Art. 128 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wykazu usług jako podmiotowego środka

dowodowego lub do poprawienia JEDZ, aby w sposób jednoznaczny potwierdzić spełnienie powyżej wskazanego warunku udziału w postępowaniu.

3.Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że nie wykazało spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu.

4.Art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 – przez niedochowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej zamiast jej odrzucenia.

[*ewentualnie:*]

5.Art. 128 ust. 5 – przez zaniechanie zwrócenia się do podmiotów, które są w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych dla oceny spełnienia przez Konsorcjum powyżej wskazanego warunku udziału.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2.Ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwania Konsorcjum do wyjaśnień dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełnienia powyższego warunku udziału lub do złożenia wykazu usług albo do poprawienia JEDZ.

[*ewentualnie:*]

3.Odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na niespełnienie powyżej wskazanego warunku udziału w postepowaniu

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{okoliczności faktyczne}

W pkt 7.1. ppkt 4) SWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że wokresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, …*zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie uwzględniana wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy), na podstawie jednej lub większej ilości umów, usługi z zakresu gospodarki leśnej o łącznej wartości nie mniejszej niż 1 400 000 zł brutto, przy czym: (a) w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co najmniej jeden z takich Wykonawców powinien wykazać usługi z zakresu gospodarki leśnej o wartości stanowiącej co najmniej 50% łącznej wartości usług wymaganej w treści niniejszego warunku, (b) w przypadku polegania na doświadczeniu podmiotów udostępniających zasoby, co najmniej jeden z takich podmiotów lub Wykonawca (a w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – co najmniej jeden z takich Wykonawców) powinien wykazać usługi z zakresu gospodarki leśnej o wartości stanowiącej co najmniej 50% łącznej wartości usług wymaganej w treści niniejszego warunku.*

Z oświadczeń JEDZ przedłożonych przez Konsorcjum wynika, że spełnienie powyższego warunku deklaruje przedsiębiorca Usługi Leśne R.F., który wskazał „Usługi leśne w zakresie pozyskania i zrywki drewna oraz zagospodarowania lasu" o wartości 4.187.040 zł brutto, wykonane w okresie 11.2020 r.-31.12.2022 r. w ramach umowy nr ZG.271.1.UL2022 na rzecz Nadleśnictwa Międzyrzecz. Natomiast z referencji wystawionej przez tamto nadleśnictwo wynika, że w ramach umowy nr ZG.271.1.UL2022 prace o łącznej wartości 4.187.040 zł brutto zostały zrealizowane przez konsorcjum przedsiębiorców w składzie: Usługi Leśne R.R., Usługi Leśne R.F., Usługi Leśne R.B., Usługi Leśne A.G. oraz DAMIEXPRES D.W..

14 grudnia 2023 r. Zamawiający wezwał R.F. do wyjaśnienia, czy opisane przez niego w JEDZ doświadczenie dotyczy usług, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczył. W odpowiedzi z tej samej daty przedsiębiorca ten potwierdził, że zgodnie ze złożonymi referencjami z 6.11.2023 r. (znak sprawy SA.073.1.2023), wystawionymi przez Nadleśnictwo Międzyrzecz, uczestniczył bezpośrednio jako członek konsorcjum w wykonywaniu prac z zakresu umowy nr ZG.271.1.UL2022 z 23.12.2019 r. oraz umowy nr ZG.271.2.UL.2022 z 23.12.2020 r.

Zamawiający nie korzystał z przewidzianego w pkt 9.8. SWZ uprawnienia do wystąpienia do podmiotu, który wystawił referencje, z wnioskiem o przekazanie niezbędnych informacji lub dokumentów dotyczących realizacji umowy, odnoszących się do zakresu i rodzaju prac wykonywanych przez poszczególnych członków konsorcjum.

Z udzielonych wyjaśnień ani z żadnego innego złożonego dokumentu nie wynika wartość usług leśnych rzeczywiście wykonanych przez R.F..

Natomiast z referencji z 21.12.2023 r. uzyskanych przez przedsiębiorcę D.W. jako członka konsorcjum, które wykonywało usługi w ramach umowy nr ZG.271.1.UL2022 na rzecz Nadleśnictwa Międzyrzecz, wynika, że całość prac została wykonana przez przedsiębiorcę Usługi Leśne R.R. jako lidera konsorcjum.

W piśmie z 22.12.2023 r. Odwołujący zwrócił uwagę Zamawiającemu na wątpliwości, jakie powinien powziąć w związku ze złożonym przez Konsorcjum wykazem usług. W odpowiedzi Zamawiający stwierdził, że pozostawia dokonane czynności bez zmian.

Ponadto według oświadczenia przedsiębiorcy D.W. z 27.12.2023 r. [załączonego do odwołania] przedsiębiorca R.F. nie uczestniczył w żadnym zakresie w realizacji powyższej umowy, gdyż przedmiot zamówienia zrealizował w całości wspomniany lider tamtego konsorcjum przy udziale podwykonawców [załączono do odwołania].

{okoliczności prawne}

Istnienie odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów za wykonanie umowy nie pociąga za sobą możliwości powoływania się przez jednego uczestnika konsorcjum na doświadczenie zdobyte przez innego konsorcjanta w trakcie realizacji zamówienia, a co za tym idzie uprawnienia do legitymowania się w pełni doświadczeniem wynikającym z wykonanego przez konsorcjum zamówienia, co miało miejsce w niniejszym postępowaniu.

Zgodnie z aktualną linią orzeczniczą zamawiający powinien poddać badaniu, a w konsekwencji dokładnie ustalić rzeczywisty udział wykonawcy w ramach konsorcjum w realizacji umowy, na którą się powołuje w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Założenie, że podmiot, który zrealizował tylko część zamówienia w ramach grupy wykonawców ma takie samo doświadczenie jak podmiot, który zrealizował podobne zamówienie samodzielnie, prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania, której przestrzeganie wymaga, aby uznawać tylko doświadczenie zdobyte przez wykonawcę w zakresie jego faktycznego wkładu w realizację przedsięwzięcia przez konsorcjum.

W ramach uzasadnienia wyroku z 6 lutego 2020 r. sygn. akt KIO 126/20 Izba słusznie stwierdziła:*Istotą posiadania doświadczenia jest faktyczna realizacja tego zakresu zamówienia i o takiej wartości, który odpowiada doświadczeniu niezbędnemu do spełnienia danego warunku udziału w postępowaniu. Zatem każdy wykonawca, uczestniczący w realizacji zamówienia będzie uprawiony do wykazania się doświadczeniem w realizacji części umowy, jednakże tylko w takim zakresie, w jakim faktycznie brał udział.*

Podobnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w uzasadnieniu wyroku z 4 maja 2017 r. sygn. akt C-387/14) wskazał: *…wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.*

Jak trafnie wywiodła Izba w uzasadnieni wyroku z 11 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 568/18:*Dysponowanie przez wykonawcę określonym potencjałem ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia. Aby wykonawca dawał rękojmię należytej realizacji powierzonego zadania, musi wymagany potencjał rzeczywiście – a nie tylko formalnie – posiadać. W odniesieniu do doświadczenia oznacza to, że musi to być doświadczenie faktycznie przez danego wykonawcę nabyte poprzez realizację określonych zadań. Przyjęcie stanowiska przeciwnego byłoby tożsame z zezwoleniem na ukształtowanie się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego szkodliwej praktyki, dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, dając możliwość uzyskania zamówień podmiotom, które nie są zdolne do ich właściwej realizacji. W tym kontekście szczególnego znaczenia nabiera kwestia realności dysponowania zasobami przedstawianymi na potwierdzenie zdolności do wykonania zamówienia.*

Orzecznictwo Izby potwierdza również, że: *To rolą zamawiającego jest weryfikacja sytuacji podmiotowej wykonawców na podstawie oświadczeń lub dokumentów określonych w SWZ, w tym korzystanie z instytucji, o których mowa w art. 128 pzp. Innymi słowy, złożenie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, które zostanie następczo podważone przez innego wykonawcę, nie wskazuje z góry, że mamy do czynienia z nieuczciwym zachwalaniem, lecz zmaterializowaniem się sankcji określonej art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp., z zastrzeżeniem art. 128 pzp* [z uzasadnienia wyroku z 24 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3781/21]. Przy czym, jak podkreśliła Izba w uzasadnieniu wyroku z 22 maja 2020 r. sygn. akt KIO 426/20: *Zamawiający prowadzący postępowanie ma obowiązek rzetelnej i szczegółowej oceny przedstawianych informacji, a także ich weryfikacji, zwłaszcza w sytuacji, gdy wiarygodność informacji jest podważana przez konkurującego wykonawcę. Bezkrytyczne przyjmowanie otrzymanych wyjaśnień w sytuacjach wątpliwych nie może być podstawą decyzji w postępowaniu.*

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak na wstępie odwołania, wywodząc, co następuje.

Po pierwsze, że w sytuacji, gdy ani z JEDZ, ani z referencji nie wynikało, w jakim zakresie usługi wykonali poszczególni wykonawcy umowy nr ZG.271.1.UL2022, zamiast wezwać do przedłożenia wykazu usług, Zamawiający nieprawidłowo wezwał przedsiębiorcę R.F. do wyjaśnienia, czy bezpośrednio uczestniczył w wykonaniu usług opisanych przez niego w JEDZ.

Po drugie, że zapewnienie przez R.F. o uczestniczeniu bezpośrednio w realizacji całości usług na rzecz Nadleśnictwa Międzyrzecz powinno wywołać istotne wątpliwości po stronie Zamawiającego.

Po trzecie, że w związku z tym Zamawiający winien przeprowadzić procedurę wyjaśniającą, czy faktyczny zakres wykonywanych przez R.F. w ramach konsorcjum prac pozwalał na nabycie wymaganego w tym postępowaniu doświadczenia.

Po czwarte, że w wyniku tego postępowania wyjaśniającego Zamawiający powinien ustalić, że w rzeczywistości wykonawca Usługi Leśne R.F. nie zrealizował zakresu usług, na który powołał się w celu wykazania warunku udziału w

niniejszym postępowaniu.

W piśmie z 17 stycznia 2023 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego z następujących powodów.

Według Przystępującego faktu wykonywania przez konsorcjanta R.F. zakresu prac objętego umową nr ZG.271.1.UL.2022 w żaden sposób nie podważają dowody zgłoszone przez Odwołującego.

Referencja z 21.12.2023 r. nie zawiera informacji o podmiocie, który faktycznie wykonywał usługi w ramach umowy ZG.271.1.UL2022, a jedynie wskazuje podmiot, z którym dokonano ich rozliczenia, czyli lidera konsorcjum jako odbiorcę faktur VAT. Nie ma to nic wspólnego z bezpośrednim wykonaniem usług objętych przedmiotową umową.

Z kolei oświadczenie konsorcjanta D.W. z 27.12.2023 r. należy poczytywać za odniesienie się do tego, co tej osobie było wiadomo, czego nie można utożsamiać z tym, kto faktycznie wykonał przedmiot tamtego zamówienia. Przede wszystkim oświadczeniem z 3.1.2024 r. D.W. oświadczył, że został wprowadzony w błąd co do zakresu prac wykonywanych przez R.F. w ramach umowy nr ZG.271.1.UL2022 i wycofał poprzednie oświadczenie [załączono do pisma Przystępującego].

Ponadto Przystępujący powołał się na uzyskane oświadczenie lidera konsorcjum R.R. z 4.01.2024 r., w którym potwierdził on bezpośrednie uczestnictwo R.F. jako członka konsorcjum w wykonywaniu prac objętych zakresem umowy nr ZG.271.1.UL2022 oraz umowy nr ZG.271.2.UL2022 [załączono do pisma Przystępującego].

Zdaniem Przystępującego Zamawiający w należyty sposób dokonał zweryfikowania doświadczenia R.F. uzyskanego w ramach konsorcjum, uzyskując potwierdzenie, że uczestniczył on bezpośrednio w wykonywaniu prac objętych umową ZG.271.1.UL2022.

W opinii Przystępującego wszystkie zarzuty sprowadzają się do wyciągnięcia nieuprawnionych wniosków z treści referencji, o których mowa w odwołaniu.

W złożonej na posiedzeniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie odwołania, przedstawiając w szczególności następującą argumentację.

Według Zamawiającego nie istniały jakiekolwiek powody, aby wzywać do wyjaśnienia lub uzupełnienia JEDZ lub podmiotowych środków dowodowych dotyczących doświadczenia wykazywanego przez Konsorcjum. Zarówno JEDZ, jak i referencja nie budziły żadnych wątpliwości co do swojej treści, potwierdzając spełnienie warunku udziału z pkt 7.1. ppkt 4) SWZ co do rodzaju i wartości wykonanych usług, w których wykonaniu uczestniczył przedsiębiorca R.F..

Wystawiona przez Nadleśnictwo Międzyrzecz 6.11.2023 r. referencja nie ogranicza się do wskazania członków konsorcjum jako strony zawartych umów, ale wyraźnie stwierdza, że R.F. uczestniczył w realizacji tamtych zamówień.

Dodatkowo w odpowiedzi na wezwanie w tym przedmiocie z 14.12.2023 r. R.F. w piśmie z 18.12.2023 r. potwierdził, że uczestniczył bezpośrednio jako członek konsorcjum w wykonywaniu zawartych z Nadleśnictwem Międzyrzecz umów nr: ZG.271.1.UL2022 z 23 grudnia 2019 r. i ZG.271.2.UL.2022 z 23 grudnia 2020 r.

Z kolei z referencji Nadleśnictwa Międzyrzecz wystawionej 21.12.2023 r. dla przedsiębiorcy D.W. wynika jedynie, że całość wynagrodzenia należnego konsorcjum była fakturowana przez jego lidera – R.R. Usługi Leśne. Okoliczność ta dotyczy zatem kwestii odbioru wynagrodzenia od zamawiającego, a nie realizacji przedmiotu umowy przez poszczególnych członków konsorcjum. Wzór umowy w sprawie niniejszego zamówienia również wymaga wskazania jednego z konsorcjantów jako uprawnionego do odbioru wynagrodzenia ze skutkiem dla całego konsorcjum.

Równie nieprzydatnym środkiem dowodowym jest oświadczenie przedsiębiorcy D.W. z 27.12.2023 r., skoro jednocześnie potwierdza w nim, że sam faktycznie nie uczestniczył w żadnym zakresie w realizacji przedmiotu umowy nr ZG.271.1.UL2022. Zresztą w oświadczeniu z 3.1.2024 r. odwołał poprzednie oświadczenie w zakresie twierdzenia dotyczącego R.F..

W ocenie Zamawiającego kluczowe znaczenie ma natomiast oświadczenie przedsiębiorcy R.R. z 4.1.2024 r., że również przedsiębiorca R.F. brał udział w realizacji tamtego zamówienia.

Dodatkowo Zamawiający powołał się na pismo z 4.1.2024 r., w którym Nadleśnictwo Międzyrzecz oświadczyło, *…że zgodnie z przesłanymi referencjami z dnia 6.11.2023 r.* (…) *Usługi Leśne R.F., Brzeźno 1*(…) *realizował na terenie Nadleśnictwa Międzyrzecz umowę nr ZG.271.1.UL2022 z dnia 23.12.2019 r., Pakiet nr 1 – Leśnictwa: Dłusko, Rokitno, Żabin, zgodnie z załączoną umową konsorcjum, którego był członkiem. Pan R.F. pracował na terenie ww. leśnictw, jednak nie podpisywał zleceń i protokołów odbioru robót.*

Zamawiający zadeklarował, że dokonał oceny spełniania przez Konsorcjum warunku udziału dotyczącego zdolności zawodowej z pkt 7.1. ppkt 4) SWZ kierując się wytycznymi wynikającymi z uzasadnień wyroków: Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej {dalej: „Trybunał" lub „TSUE"} z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu) oraz Sądu Okręgowego w Warszawie z 15 października 2019 r. sygn. akt XXIII Ga 157/19.

Zamawiający zwrócił uwagę, że rozstrzygnięcie TSUE w powyżej wskazanej sprawie zapadło w odpowiedzi na następujące pytanie prawne: *Czy art 44 [dyrektywy 2004/18] w związku z art 48 ust 2 lit a) [tej dyrektywy] oraz z*

deklarowaną w art. 2 [tej dyrektywy] zasadą równego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się na doświadczenie grupy wykonawców, że wykonawca, który realizował zamówienie jako jeden z grupy wykonawców, może się powoływać na realizację wykonaną przez tę grupę niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji tego zamówienia, czy też może powoływać się jedynie na swoje własne, realnie uzyskane doświadczenie, które zdobył, realizując daną część zamówienia, która została mu przypisana w ramach grupy? Jak to podsumował TSUE:*W pytaniu piątym sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art 48 ust. 2 lit aj tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji tego zamówienia.* Według Zamawiającego dylemat orzeczniczy sądu krajowego dotyczył zatem ustalenia, czy dopuszczalne jest powoływanie się przez pojedynczego wykonawcę na całe doświadczenie uzyskane w ramach wspólnej realizacji zamówienia przez konsorcjum, a jeżeli tak, to na jakich warunkach.

Zdaniem Zamawiającego dla prawidłowego zrozumienia stanowiska TSUE istotny jest, oprócz motywu 63. [zacytowanego w odwołaniu], motyw 64.:*Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.* Tym samym zdaniem Zamawiającego TSUE z jednej strony orzekł, że warunkiem nabycia doświadczenia w zakresie całości prac realizowanych przez konsorcjum jest faktyczny udział w ich realizacji, Z drugiej strony Trybunał negatywnie ocenił możliwość powołania się na takie doświadczenie przez konsorcjanta, który faktycznie nie brak udziału w realizacji prac.

Jak trafnie w przekonaniu Zamawiającego wywiódł Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu powyżej wskazanego wyroku odnośnie rozumienia stanowiska TSUE:*Reasumując ten fragment uzasadnienia, punkt 65 jest zwieńczeniem stanowiska TSUE, w którym wyraźnie uwypuklono konieczność posiadania przymiotu „faktycznego i konkretnego realizowania zamówienia". Nawiązując jednak koniecznie do motywów 63 i 64 (nie można ich pominąć) w zw. z kluczowym 65, nie sposób było skutecznie wywieść stanowiska, iż warunek jest spełniony tylko wówczas, gdy wykonawca wykona wszystkie bądź kluczowe elementy inwestycji. Ważne jest, aby wykonał co najmniej jedna część tego zamówienia.* (…) *doświadczenie bowiem zdobywa się nie tylko poprzez wykonywanie własnych działań ale także poprzez możliwość aktywnej współpracy z innymi podmiotami, wymienianie się doświadczeniami niezbędnymi do wykonania całej inwestycji oraz obserwowanie jak działają inni oraz czerpanie wiedzy i nabywanie nowych umiejętności dzięki tej współpracy.* Według Zamawiającego oznacza to, że zdobywane przez konsorcjanta doświadczenie nie jest ograniczone tylko do jego zakresu rzeczowego, lecz jest związane z faktyczną realizacją co najmniej jednej części zamówienia.

Zamawiający zwrócił uwagę, że powyżej zaprezentowane stanowisko jest również powszechnie podzielany w orzecznictwie Izby. Za reprezentatywne w tym zakresie Zamawiający uznał wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku z 15 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 2090/19: *Niezależnie od powyższego Izba zważyła, że zarzuty odwołania opierają się na nadinterpretacji wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu), wywodząc, że członek konsorcjum może powoływać się tylko i wyłącznie na taki zakres rzeczowy, jaki sam bezpośrednio wykonał w ramach konsorcjum. Tymczasem Trybunał orzekł, że gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Wykonawca nabywa bowiem realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Z czego wynika, że wykonawca nie może polegać, na potrzeby wykazania wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. Co doprowadziło Trybunał do konkluzji, że art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art 48 ust 2 lit a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.*

Przy czym Zamawiający podkreślił podsumowanie powyższego wywodu,… *że Izba już wielokrotnie wypowiedziała się, w jaki sposób powyższa teza znajduje przełożenie w różnych stanach faktycznych, przy czym w żadnej z podanych poniżej przykładowo spraw nie oznaczało to uznania że wykonawca powołujący się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum musiał w jego ramach bezpośrednio wykonywać cały zakres prac objętych treścią warunku udziału w postępowaniu.*

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 pzp i nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymały dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż objęte zarzutami odwołania zaniechania czynności względem oferty Przystępującego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła poniższe okoliczności jako istotne dla rozpoznawanej sprawy.

Przedmiotem tego zamówienia są usługi z zakresu gospodarki leśnej w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1356), tj. obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz gospodarstwa szkółkarskiego, łowiectwa. Przy czym zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia obejmuje sumaryczne ilości poszczególnych prac określone w załączniku nr 2 do SWZ odrębnie dla każdej z części (pakietu) tego zamówienia [pkt 3.1. ppkt 1) i 2) SWZ].

Poza wszelkim sporem jest, że usługi z zakresu gospodarki leśnej dotyczą świadczeń o charakterze powtarzającym się, czyli polegających na sukcesywnym i cyklicznym wykonywaniu poszczególnych prac w okresie obowiązywania umowy.

W odwołaniu adekwatnie przytoczono brzmienie warunku udziału w tym postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy do wykonania części (pakietu) zamówienia nr 49 [pkt 7.1. ppkt 4) lit. a na str. 22. i 44. SWZ]. Istotą tak określonego warunku jest doświadczenie w należytym wykonywaniu tego rodzaju usług na masową skalę, wyrażoną wartością wynagrodzenia za zrealizowane prace – w tym przypadku co najmniej 1,4 mln zł. Na kluczowe znaczenie aspektu umiejętności wykonywania prac z zakresu gospodarki leśnej na określoną skalę wskazuje również ograniczenie w tym zakresie możliwości sumowania potencjału członków konsorcjum lub podmiotów trzecich, polegające na tym, że co najmniej jeden wykonawca lub podmiot trzeci musi mieć doświadczenie odpowiadające nie mniej niż połowie powyższego progu wartościowego.

W celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku należało w szczególności podać wartość wykonanych usług, przy czym w przypadku, gdy były one wykonywane wspólnie z innymi wykonawcami, należało podać wartość usług, w których wykonaniu dany wykonawca bezpośrednio uczestniczył [por. pkt 9.1. lit. a) ostatnie tiret na str. 85. i pkt 9.2. lit. a) SWZ]. Wymaganie takiego sposobu podawania wartości w przypadku doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum znajduje wprost oparcie w § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415 ze zm.).

Przedsiębiorca R.F. wypełnił część IV lit. C pkt 1b) JEDZ w taki sposób, jakby samodzielnie i bezpośrednio wykonał w okresie od listopada 2020 r do 31 grudnia 2022 r. na rzecz Nadleśnictwa Międzyrzecz usługi leśne w zakresie pozyskania i zrywki drewna oraz zagospodarowania lasu na kwotę 4.187.040 zł. Jednocześnie w treści załączonej referencji z 6 listopada 2023 r. Nadleśnictwo Międzyrzecz potwierdziło należyte wykonanie w okresie od listopada 2020 r. do 31 grudnia 2022 r. usług łącznie o takiej wartości przez konsorcjum pięciu przedsiębiorców (w tym Usług Leśnych R.F.) jako będącego drugą stroną umowy nr ZG.271.1.UL2022 z 23 grudnia 2019 r.

Zamawiający pozytywnie zweryfikował zdolność zawodową Konsorcjum do wykonania niniejszego zamówienia na podstawie wykazu wykonanych usług zamieszczonego w JEDZ Usług Leśnych R.F. i złożonych również wraz z ofertą wykazu usług (sporządzonego wg wzoru z załącznika nr 9 do SWZ) [dla poz. 1. wpisano tu okres od 1 stycznia 2020 r. do 31 grudnia 2022 r.] i referencji z 6 listopada 2023 r., uwzględniając wyjaśnienia z 14 grudnia 2023 r., w których R.F. potwierdził, że zgodnie z tymi referencjami uczestniczył bezpośrednio jako członek konsorcjum w wykonywaniu prac z zakresu umowy nr ZG.271.1.UL2022 z 23 grudnia 2019 r. oraz umowy nr ZG.271.2.UL.2022 z 23 grudnia 2020 r. [patrz pkt 9. i 11. na str. 5. odpowiedzi na odwołanie].

Natomiast Zamawiający uznał za zbędne ustalanie, czy zakres, w jakim R.F. bezpośrednio uczestniczył w wykonywaniu tych umów, odpowiada wymaganej skali świadczenia wyrażonej wartością na poziomie co najmniej 1,4 mln

zł. Jak oświadczył Zamawiający, kierował się wytycznymi zawartymi w wyroku TSUE z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 i uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 15 października 2019 r. sygn. akt XXIII Ga 157/19) [por. pkt 12. na str. 5. odpowiedzi na odwołanie].

Umknęło jednak Zamawiającemu, że zarówno wyrok TSUE z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu), jak i wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 15 października 2019 r. sygn. akt XXIII Ga 157/19 zapadły w odniesieniu do diametralnie inaczej określonych warunków dotyczących zdolności zawodowej wykonawcy niż warunek będący przedmiotem rozpoznania w tej sprawie.

Podstawą faktyczną pytania prejudycjalnego wystosowanego przez Izbę do Trybunału w pierwszej z powyższych spraw było wymaganie sprowadzające się do (co najmniej dwukrotnego) należytego wykonania zamówienia obejmującego dostawę, instalację, konfigurację i wdrożenie zintegrowanego systemu szpitalnego (ang. HIS) zarówno w części tzw. białej [medycznej], jak ii tzw. szarej [administracyjnej] dla zakładu opieki zdrowotnej z co najmniej dwustoma łóżkami, o wartości nie mniejszej niż 450 tys. zł. Przy czym wątpliwość Izby wzbudziła sytuacja, w której zamawiający zaliczył wykonawcy na poczet spełniania takiego warunku umowę wykonaną wspólnie w ramach konsorcjum z innym przedsiębiorcą (który był liderem konsorcjum), bez ustalenia, czy i w jakim zakresie wykonawca realnie brał udział w realizacji tamtego zamówienia [patrz str. 16.-17. i 26. uzasadnienia postanowienia Izby z 25 lipca 2014 r. sygn. akt KIO 1240/14].

Ponadto odpowiedź udzielona przez Trybunał w pkt 3. sentencji wyroku z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, czyli wskazanie na faktyczny i konkretny udział wykonawcy w realizacji co najmniej niektórych spośród świadczeń, do których całościowo było zobowiązane konsorcjum, stanowi określenie koniecznej przesłanki możliwości powołania się przez wykonawcę na doświadczenie całego konsorcjum. Jak ujął to Trybunał w motywie 62: *Tym samym, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.* Co oczywiście jest rolą instytucji zamawiającej lub – jeżeli dojdzie do sporu co do jej oceny – organu orzekającego.

Przy czym nie sposób nie zauważyć, że w sprawie odwoławczej, w której zostało zadane pytanie prejudycjalne, ostatecznie Izba nie musiała dokonywać takiej oceny, gdyż postanowieniem z 18 maja 2017 r. została ona umorzona wobec wycofania odwołania.

Z kolei powyżej wskazany wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie dotyczył wymogu należytego wykonania budowy tłoczni gazu ziemnego o mocy nie mniejszej niż 5 MW, zainstalowanej w obiektach systemu przesyłowego gazu ziemnego, magazynach gazu lub kopalniach ropy naftowej i gazu ziemnego. Spór sprowadzał się do kwestii, czy podmiot trzeci dysponuje wymaganym doświadczeniem w sytuacji, gdy referencyjne zamówienie zostało wykonane przez konsorcjum trzech wykonawców, w ramach którego nie wykonywał *stricte* robót budowlanych, lecz odpowiadał za dostarczenie, zamontowanie i uruchomienie urządzeń, na czele z agregatami sprężającymi jako jednymi z istotniejszych elementów tłoczni, pomiary gwarancyjne, szkolenia, a także uczestniczył w odbiorach i sporządzeniu dokumentacji powykonawczej, przy czym wartościowo jego udział przekraczał 50%. Sąd podzielił przy tym przyjęte przez Izbę założenie, że zakresy prac poszczególnych konsorcjantów zazębiały się i przenikały wzajemnie, co uniemożliwia ich rozłączne traktowanie.

W obu powyższych sprawach przedmiotem analizy były wymagania zdolności zawodowej wykonawcy odwołujące się do wykonania skomplikowanych świadczeń niemających charakteru okresowego, a więc o zupełnie odmiennym charakterze niż proste świadczenia okresowe, których zdolność wykonania na określoną skalę jest wymagana przez Zamawiającego.

Tymczasem z wnioskowanych, dopuszczonych i przeprowadzonych na rozprawie dowodów wynika, że pomimo deklarowania przez R.F. bezpośredniego udziału w wykonywaniu prac z zakresu umowy nr ZG.271.1.UL2022, nie jest nawet pewne, czy faktycznie wykonywał on usługi objęte przedmiotem tej umowy w jakimkolwiek zakresie. Tym bardziej nie wiadomo, czy ewentualny faktyczny wkładu Usług Leśnych R.F. w wykonywanie świadczeń wymaganych od konsorcjum, które było stroną tej umowy, był wystarczający dla spełnienia warunku obowiązującego w tym postępowaniu.

Po pierwsze – niesporne było, że inny z pięciu wykonawców wymienionych jako strona wykonawcza powyższej umowy, tj. Damiexpress D.W. z Sierczynek, faktycznie w ogóle nie uczestniczył w wykonywaniu usług będących przedmiotem tej umowy [patrz oświadczenie z 21 grudnia 2023 r. załączone do odwołania]. Pomimo tego uzyskał od Nadleśnictwa Międzyrzecz referencje z 21 grudnia 2023 r. [załączone do odwołania].

Po drugie – Nadleśnictwo Międzyrzecz jako strona powyższej umowy przyznało ostatecznie, że nie ma wiedzy, w jakim zakresie usługi były wykonywane przez poszczególnych wykonawców, gdyż tylko lider w imieniu konsorcjum podpisywał wszystkie dokumenty rozliczeniowe [pismo Nadleśnictwa Międzyrzecz z 16 stycznia 2024 r. złożone na rozprawie przez Odwołującego].

W konsekwencji nie może tego określać również referencja z 21 grudnia 2023 r. [załączona do odwołania], w

której wymieniono na wstępie wykonawców wchodzących w skład konsorcjum jako stronę umowy, a następnie przedstawiono rozliczenie całego okresu realizacji powyższej umowy z liderem konsorcjum jako uprawnionym do wystawiania faktur i odbioru wynagrodzenia Przy czym fakt uzyskania tej referencji akurat przez D.W. dodatkowo potwierdza, że Nadleśnictwo Międzyrzecz jest w stanie tylko potwierdzić należyte wykonanie usług przed drugą stronę umowy, a nie kto i w jakim zakresie faktycznie wykonywał prace.

Po trzecie – skoro ostatecznie Nadleśnictwo Międzyrzecz zadeklarowało brak wiedzy co do faktycznego podziału prac pomiędzy konsorcjantów, odpowiednio należy zinterpretować zawarte w jego wcześniejszym piśmie stwierdzenie, że R.F. pracował na terenach podległych leśnictw w ramach realizacji przez konsorcjum umowy nr ZG.271.1.UL2022 – jako bazujące wyłącznie na treści tej umowy oraz umowy konsorcjum z 14 listopada 2019 r., która została wskazana jako załącznik.

Przy czym Zamawiający nie złożył do zamknięcia rozprawy ani tej ostatniej umowy, ani swojego wniosku (zapytania) z 3 stycznia 2024 r., co dodatkowo negatywnie rzutuje na wartość dowodową pisma Nadleśnictwa Międzyrzecz z 4 stycznia 2024 r. [załączonego do odpowiedzi na odwołanie].

Po czwarte – Przystępujący również nie był zainteresowany przedstawieniem ani umowy konsorcjum zawartej na potrzeby tamtego zamówienia, ani jakichkolwiek dokumentów dotyczących realizacji umowy nr ZG.271.1.UL2022, w tym rozliczeń otrzymanego z tego tytułu wynagrodzenia pomiędzy R.R. a R.F., co pozwalałoby na jednoznaczne ustalenie faktycznego zakresu udziału tego ostatniego w wykonywaniu usług będących przedmiotem tej umowy.

Zamiast tego Przystępujący ograniczył się do przedstawienia oświadczenia przedsiębiorcy R.R. z 4 stycznia 2024 r. [załącznik do pisma procesowego Przystępującego], które zostało sformułowane ogólnikowo i wymijająco, gdyż bliżej niesprecyzowane bezpośrednie uczestnictwo R.F. w wykonywaniu prac zostało zadeklarowane *de facto* przed odesłanie do treści referencji Nadleśnictwa Międzychód z 6 listopada 2023 r., a nie własnej wiedzy tej osoby jako lidera konsorcjum.

Ponadto z uwagi na dostęp Przystępującego Konsorcjum, w którego skład wchodzi przecież przedsiębiorca R.F., do źródłowych dokumentów odzwierciedlających realizację umowy, tego typu oświadczenia pozyskane na potrzeby postępowania odwoławczego należy uznać za mało wiarygodne.

Po piąte – Przystępujący zarówno w toku postępowania, zarówno zamówieniowego, jak odwoławczego, konsekwentnie unikał sprecyzowania, w jakim konkretnie zakresie wykonywał usługi objęte umową nr ZG.271.1.UL2022, czyli na jaką wartość opiewały wykonane przez niego w okresie referencyjnym prace z zakresu gospodarki leśnej. Przy czym o ile Zamawiający w ramach badania spełniania przez Konsorcjum odnośnego warunku udziału w postępowaniu nie zapytał o to wprost, o tyle Przystępujący unikał odniesienia się do tej kwestii również po podniesieniu jej w odwołaniu.

Po szóste – natomiast Odwołujący załączył do pisma procesowego z 18 stycznia 2024 r. dodatkowe dowody dotyczące przebiegu realizacji umowy nr ZG.271.1.UL.2022, z których wynika, że R.R. jako lider konsorcjum zgłaszał licznych podwykonawców [pisma z 23.12. 2019 r., 10.02.2020 r. i 28.01.2022 r.], a w okresie swojej nieobecności do podpisywania zleceń i koordynowania prac wyznaczył innego konsorcjanta lub osoby trzecie [pismo z 10.02.2020 r.], co dodatkowo uzasadnia co najmniej powzięcie wątpliwości, czy R.F. wykonywał faktycznie jakiekolwiek świadczenia z tytułu tej umowy.

W złożonym wraz z ofertą na część (pakiet) zamówienia nr 49 wykazie usług Konsorcjum wskazało na potrzeby wykazania spełniania warunku, o którym mowa w pkt 7.1. ppkt 4) lit. a SWZ [na str. 22. i 44.], w poz. 2. prace związane z pozyskaniem i zrywką drewna oraz zagospodarowaniem lasu wykonywane w okresie od 1 stycznia 2020 r. do 31 grudnia 2022 r. na rzecz Nadleśnictwa Międzyrzecz o wartości kwotę 3.800.106,00 zł. Jednocześnie w treści również załączonej referencji z 6 listopada 2023 r. Nadleśnictwo Międzyrzecz potwierdziło należyte wykonanie w okresie od listopada 2020 r. do 31 grudnia 2022 r. usług łącznie o takiej wartości przez konsorcjum sześciu przedsiębiorców (w tym Usług Leśnych R.F.) jako będącego drugą stroną umowy nr ZG.271.2.UL2022 z 23 grudnia 2020 r. [z pozostałej treści wynika, że najprawdopodobniej chodziło o 23 grudnia 2019 r.].

W odwołaniu pominięto powyższe okoliczności, konsekwentnie i wielokrotnie wskazując w kontekście stawianych zarzutów wyłącznie na umowę nr ZG.271.2.UL.2022 z 23 grudnia 2020 r. i wyłącznie w odniesieniu do realizacji tej umowy Odwołujący zgłaszał wnioski dowodowe.

Odwołanie nie zawiera zatem zarzutów dotyczących drugiej pozycji wykazu usług, która jest wystarczająca dla wykazania spełniania warunku udziału dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt lit. b ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Przy czym z art. 128 ust. 1 ustawy pzp wynika, że jeżeli wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych, są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu z innych powodów lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Z kolei art. 128

ust. 4 ustawy pzp stanowi, że zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień m.in. złożonych podmiotowych środków dowodowych.

Jak to na wstępie zrelacjonowano, zarzutem główny odwołania dotyczył naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 4 ustawy pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia, w jakim zakresie Usługi Leśne R.F. uczestniczył w wykonywaniu usług wskazanych w JEDZ oraz wykazie usług na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postepowaniu oraz jakiej wartości prace przy realizacji przedstawionych usług faktycznie wykonał, aby w sposób prawidłowy ocenić spełnienie przez Konsorcjum określonego w pkt 7.1. ppkt 4) SWZ warunku udziału w postępowaniu. Przy czym, jak to powyżej ustalono, w uzasadnieniu odwołania tak postawiony zarzut został odniesiony wyłącznie do jedynej umowy wskazanej w JEDZ i jako pierwsza pozycja wykazu usług.

Jak to trafnie Izba wywiodła w uzasadnieniu wyroku dnia 22 czerwca 2022 r. sygn. akt KIO 1397/22: *Doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum wymaga indywidualnej analizy konkretnego stanu faktycznego i badania realnego udziału w realizacji danego zadania każdego z członków konsorcjum. Wykonawca nabywa doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem konsorcjum, lecz przez bezpośredni udział w realizacji części zamówienia, do którego wykonania zobowiązana jest cała grupa wykonawców. W sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, to doświadczenie tego wykonawcy należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, czyli jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Okolicznością warunkującą powołanie się na zdobyte doświadczenie przez konsorcjanta jest faktyczna realizacja przez ten podmiot danej części zamówienia. Zamawiający nie może zaliczyć, do doświadczenia wykonawcy doświadczenia zdobytego w konsorcjum w innym składzie, jeśli jego rola (zakres realizowanych zadań) w tym konsorcjum nie został określona. Zamawiający nie powinien też kilkukrotnie wzywać wykonawcę do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających posiadane doświadczenie. Zamawiający powinien wystosować pierwsze wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych i ewentualnie w drugim, w oparciu o art. 128 ust. 4 tej ustawy, zażądać wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.*

Izba uznaje powyższą interpretację za trafną również w okolicznościach rozpoznawanej sprawy w takim zakresie, w jakim Zamawiający zaniechał wyjaśnienia, czy pierwsza w kolejności w wykazie usług i załączonej referencji umowa potwierdza spełnianie przez Przystępującego warunku dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy określonego na potrzeby ubiegania się o to zamówienie, pomimo że powinien powziąć w tym zakresie wątpliwości.

Jednakże kluczowe znaczenie dla tej sprawy mają przepisy art. 554 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 555 ustawy pzp. Zgodnie z tym ostatnim przepisem [w poprzednim stanie prawnym był on zamieszczony w art. 192 ust 7 ustawy pzp z 2004 r.] Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 ustawy pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp . Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie.

Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7-10 pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie

argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść [z uzasadnienia wyroku z 9 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1142/23].

Zwięźlej ujęto w uzasadnieniach poniżej wskazanych wyroków Izby. *Wskazanie nowych faktów, nawet wyczerpujących dyspozycję tego samego przepisu pzp, jest uznawane za nowy zarzut* [wyrok z 13 marca 2023 r. sygn. akt KIO 291/23]. *Izba bada odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów (art. 555 Prawa zamówień publicznych). Zarzut składa się z podstawy prawnej – wskazanie przepisu, który został naruszony, i podstawy faktycznej, tj. okoliczności, które mogłyby być rozpatrywane przez Izbę w kontekście ewentualnego naruszenia przepisu ustawy. Podniesiony zarzut musi być skonkretyzowany* [wyrok z 22 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 360/23]. *W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że postępowanie odwoławcze nie służy uzupełnianiu treści odwołania. Skoro rozstrzygnięcie odwołania winno ograniczać się do zarzutów zawartych w odwołaniu to mnożenie okoliczności faktycznych i prawnych w toku postępowania odwoławczego, należy uznać za rozszerzenie przedmiotu odwołania nie zaś za uzasadnienie zarzutów sformułowanych w odwołaniu* [wyrok z 5 grudnia 2013 r. sygn. akt KIO 2690/13].

Trafność powyższego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Z kolei art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Z uwagi na nieobjęcie zarzutami odwołania drugiej w kolejności w wykazie usług i załączonej referencji umowy, która jest wystarczająca na potwierdzenie spełniania przez Przystępującego warunku dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy określonego na potrzeby ubiegania się o to zamówienie, nie sposób stwierdzić, aby naruszenie przez Zamawiającego art. 128 ust. 4 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie tego zamówienia, czyli wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 w zw. z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

Kosztami postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty jego noclegu w związku ze stawiennictwem na sprawę (wg spisu kosztów i potwierdzone dodatkowo załączonymi fakturami VAT), stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) obciążono Odwołującego.