

WYROK

z dnia 11 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**
Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie **8 grudnia 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **24 listopada 2023 r.**

przez wykonawcę: **GRAPH'IT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Opracowanie koncepcji projektowo-przestrzennej, Programu Funkcjonalno-Użytkowego, Programu Inwestycji, niezbędnych opinii, badań oraz innych uzgodnień w ramach zadania „Budowa budynku dydaktycznego na potrzeby kształcenia kandydatów do zawodowej służby wojskowej”* (64/DIB/2023)

prowadzonym przez zamawiającego **Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego z siedzibą w Warszawie** [„Zamawiający”]

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia prowadzonego postępowania,
- 2) wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego określającego jednoznacznie, czy usługi objęte wykazem usług zostały wykonane należycie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciążyć Zamawiającego i:

- 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **11100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) odpowiadającą kwocie uiszczanego wpisu oraz uzasadnionych kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 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**.

Uzasadnienie

Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego z siedzibą w Warszawie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi 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 „ppz”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Opracowanie koncepcji projektowo-przestrzennej, Programu Funkcjonalno-Użytkowego, Programu Inwestycji, niezbędnych opinii, badań oraz innych uzgodnień w ramach zadania „Budowa budynku dydaktycznego na potrzeby kształcenia kandydatów do zawodowej służby wojskowej”* (64/DIB/2023).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 19 kwietnia 2023 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00183218.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

22 listopada 2023 r. Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty złożonej przez GRAPH'IT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Graph'it” lub „Graphit”} oraz o unieważnieniu prowadzonego postępowania.

24 listopada 2023 r. Graphit {dalej również: „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności oraz zaniechania czynności, o której mowa poniżej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 255 pkt 2 – przez unieważnienie postępowania na w związku z bezpodstawnym przyjęciem, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.
2. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b – przez odrzucenie oferty Graphitu w związku z bezpodstawnym stwierdzeniem niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 4 lit. a SWZ.
3. Art. 128 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Graphitu do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w rozdziale VII ust. 4 SWZ, tj. dokumentów potwierdzających, że usługi wskazane w Wykazie usług pn. „Opracowanie koncepcji wielobranżowej dla obiektu użyteczności publicznej nowego szpitala Dolnośląskiego Centrum Onkologii, Pulmonologii i Hematologii we Wrocławiu” oraz pn. „Sporządzenie Programu-Funkcjonalno-Użytkowego dla obiektu użyteczności publicznej nowego szpitala Dolnośląskiego Centrum Onkologii, Pulmonologii i Hematologii we Wrocławiu” zostały wykonane należycie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia unieważnienia postępowania.
2. Unieważnienia odrzucenia oferty Graphitu.
3. Przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, jak w pkt 3 zarzutów.
4. Wyboru oferty Graphitu jako najkorzystniejszej.

W ramach zbiorczego uzasadnienia powyższych zarzutów i żądań Odwołujący w pierwszej kolejności zrelacjonował okoliczności dotyczące badania jego oferty przez Zamawiającego.

Brzmienie warunku dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy z rozdziału V ust. 1 pkt 4 lit. a SWZ: (...) *Zamawiający uzna spełnienie warunku jeżeli Wykonawca w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał:*

jedną usługę polegającą na wykonaniu koncepcji wielobranżowej dla obiektów użyteczności publicznej o kubaturze

minimum 10 000m³, na kwotę minimum 259 000,00 zł brutto oraz załączy dowody określające, że usługa ta została wykonana należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego zadanie zostało wykonane oraz

• jedną usługę polegającą na sporządzeniu programów funkcjonalno-użytkowych dla obiektów użyteczności publicznej o kubaturze minimum 10 000m³, na kwotę minimum 111 000,00 zł brutto oraz załączy dowody określające, że usługa ta została wykonana należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego zadanie zostało wykonane.

23 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał Graphit w trybie art. 274 ust. 1 ustawy pzp, aby złożył ...na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale V ust 1 SWZ: a) Wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich 5 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 oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane.

W odpowiedzi Graphit przedstawił Wykaz usług, w którym wskazał dwie usługi wykonane w tym samym okresie o identycznej wartości dotyczące tego samego nowego szpitala o tożsamej kubaturze, wybudowanego na podstawie tej samej umowy na roboty budowlane o tożsamej wartości [szczegółowe dane zostały wklejone w odwołaniu, ale zostały tu pominięte, gdyż następnie w mającym znaczenie dla niniejszej sprawy zostały zrelacjonowane dalej] jako bez znaczenia dla niniejszej sprawy], w poz. 1. jako opracowanie koncepcji wielobranżowej, a w poz. 2. jako sporządzenie programu funkcjonalno-użytkowego, dla tego obiektu użyteczności publicznej.

Do wykazu załączono protokół odbioru końcowego dokumentacji z 17 grudnia 2021 r. sporządzony na papierze firmowym Graphitu, podpisany przez jego prezesa zarządu, o następującym brzmieniu: *Niniejszym Wykonawca przekazuje Koncepcję wielobranżową oraz pozostałą dokumentację techniczną postępowania na wybór wykonawcy Inwestycji wskazanej w Załączniku nr 1 do Umowy, w tym Programu Funkcjonalno Użytkowego zgodnie z zakresem określonym w Załączniku nr 1 i nr 5 do Aneksu nr 5 z dn.*

19.11.2021, w następujący sposób:

Za pośrednictwem platformy CDE – Wersja cyfrowa – 1 kpl

• *Część opisowa koncepcji wielobranżowej w formacie docx i pdf*

(...)

• *Część rysunkowa Koncepcji wielobranżowej w dwo i pdf I*

(...)

• *Modele BIM w formacie ifc w tym:*

(...)

• *Pozostała dokumentacja techniczna postępowania*

a. Program Funkcjonalno Użytkowy w formacie docx i pdf wraz załącznikami (14 szt.)

(...)

a Zamawiający odbiera od Wykonawcy Koncepcję wielobranżową oraz pozostałą dokumentację techniczną postępowania na wybór Wykonawcy Inwestycji wskazanej w Załączniku nr 1 do Umowy, w tym Programu Funkcjonalno Użytkowego zgodnie z zakresem określonym w Załączniku nr 1 i nr 5 do Aneksu nr 5 z dn. 19.11.2021.

25 sierpnia 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 oraz art. 128 ust. 1 ustawy pzp następująco wezwał Graphit do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 4 lit. a SWZ: *...po dokonaniu analizy Państwa wykazu usług i dołączonego protokołu odbioru, gdzie stroną Zamawiającą jest Dolnośląskie Centrum Onkologii z siedzibą we Wrocławiu, stwierdził, że Wykonawca wskazał 2 pozycje obejmujące wykaz usług dla tego samego odbiorcy w ramach tej samej umowy nr PN/152/20/NPR/JG „Opracowanie Programu Funkcjonalno-Użytkowego oraz Świadczenie usług doradztwa technicznego podczas postępowania o zamówienie publiczne na wyłonienie generalnego wykonawcy budowy nowego szpitala onkologicznego we Wrocławiu”, oraz ustalił, że:*

(...)

2. W protokole odbioru Wykonawcą prac jest konsorcjum firm: Lider Konsorcjum: Graphit Sp. z o.o., Partner Konsorcjum: N+parametric design M. N., Partner Konsorcjum: ECM Grupa Polska S.A.,

Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnienie/złożenia dokumentów na potwierdzenie, który zakres prac rzeczywiście wykonywał Wykonawca samodzielnie składający ofertę tj. Graphit Sp. z o.o. w ramach prac ww. Konsorcjum. Zgodnie zapisami z § 9 ust 3 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 tj. „Jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz o którym mowa w ust. 1 pkt 2. dotyczy dostaw lub usług, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy”.

(...)

4. Z treści protokołu wynika, że odbiorca tj. Dolnośląskie Centrum Onkologii jedynie odbiera od Wykonawcy Koncepcję wielobranżową oraz pozostałą dokumentację techniczną. Z treści dokumentu nie wynika natomiast że Wykonawca należycie wykonał dwie usługi (Opracowania koncepcji wielobranżowej dla obiektu użyteczności publicznej oraz Sporządzenia Programu Funkcjonalno-Użytkowego dla obiektu użyteczności publicznej). W związku z powyższym Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień/dokumentów o których mowa powyżej.

W przypadku niespełnienia warunku, o którym mowa w Rozdziale V ust. 1 pkt 4) lit a) SWZ we wskazanych przez Wykonawcę w poz. 1 i 2 Wykazu wykonanych usług, Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 wzywa do uzupełnienia dokumentu wymaganego w Rozdziale VII ust. 4 SWZ, tj. do złożenia nowego/uzupełnionego Wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 5 lat...

Pismem z 28 sierpnia 2023 r. Graphit wyjaśnił, co następuje.

Podczas realizacji Umowy PN/152/20/NPR/JG na rzecz Dolnośląskiego Centrum Onkologii we Wrocławiu przez konsorcjum firm: (i) Lider Konsorcjum: Graphit Sp. z o.o. (ii) Partner Konsorcjum: N+parametric design M. N., (iii) Partner Konsorcjum: ECM Group Polska S.A. faktycznym i jedynym wykonawcą przedmiotu Umowy był wyłącznie Lider Konsorcjum – Graphit Sp. z o.o., który przedmiot Umowy wykonał całkowicie samodzielnie i własnymi kadrami.

Udział partnerów konsorcjum był ograniczony – w przypadku ECM Group Polska S.A. do zabezpieczenia doradztwa prawnego w zakresie formowania konsorcjum i reprezentacji wspólnych interesów konsorcjum, natomiast N+parametric design M. N. na żądanie zamawiającego, został wykluczony w pierwszych tygodniach realizacji Umowy, z uwagi na brak kompetencji i komunikatywności kadry tego podmiotu, a usługi te były faktycznie realizowane w trybie wykonania

zastępczego przez wyłącznie i w całości przez zespół Graph'it Sp. o.o., pod kierownictwem niżej podpisanego.

Do wyjaśnień dołączono ów Program Funkcjonalno-Użytkowy na potwierdzenie, że również takie opracowanie zostało wykonane w ramach tamtego zamówienia. Z dokumentu tego wynika, że został on sporządzony przez Graphit jako biuro projektowe, w tym wśród wymienionych członków zespołu wskazano jego pracowników lub współpracowników (zastępujących pracowników N+parametric design M. N.). Pozostali członkowie konsorcjum zostali określani jako doradcy w projekcie.

W zawiadomieniu z 22 listopada 2023 r. Zamawiający podał następujące uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Grahitu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp: *Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Zamawiający stwierdza, że firma Graphit Sp. z o.o. nie wykazała, że samodzielnie realizowała zadanie. W żadnym z przedstawionych dokumentów podmiot na rzecz, którego zostały wykonane prace projektowe nie potwierdził, że prace zostały wykonane należycie. Ponadto Zamawiający wystąpił w dniu 01.09.2023 r. do Dolnośląskiego Centrum Onkologii we Wrocławiu z wnioskiem o potwierdzenie zagadnień z w/w pkt, ale do dnia dzisiejszego nie otrzymał stanowiska / potwierdzenia podmiotu na rzecz którego zostało wykonane zadanie.*

{odnośnie kwestii samodzielności wykonania usług z wykazu}

Tymczasem zdaniem Odwołującego o tym, że nabył doświadczenie w pełni odpowiadające treści warunku z rozdziału V ust. 1 pkt 4 lit. a SWZ, świadczą powyżej opisane okoliczności, w szczególności fakt, że Graphit przekazywał całość dokumentacji, w tym PFU, a następnie potwierdził Zamawiającemu w wyjaśnieniach, że wykonał samodzielnie większość prac projektowych wchodzących w zakres tamtego zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie podania dlaczego uznał, że Graphit nie nabył stosownego doświadczenia, w tym brak odniesienia się do otrzymanych dokumentów, pomimo jednoczesnego przyznania, że nie uzyskał od inwestora dowodów przeciwnych.

Ponadto Odwołujący – dla wykazania pełnienia wiodącej roli w ramach powyżej opisanego zamówienia, tj. zarówno wykonywania projektów we wszystkich branżach i na wszystkich etapach realizacji umowy z inwestorem, jak i koordynowania prac pozostałych konsorcjantów, co pozwoliło mu nabyć doświadczenie wymagane treścią warunku z rozdziału V ust. 1 pkt 4 lit. a SWZ – powołał się dodatkowo na kolejne dwa dokumenty, które załączył do odwołania.

Zawarte 15 czerwca 2020 r. „Porozumienie realizacyjne do Umowy Konsorcjum”, gdzie w § 4 opisano zakres prac realizowanych przez Graphit jako przygotowanie dokumentacji we wszystkich branżach oraz zaangażowanie podwykonawców do sporządzenia projektów branżowych.

„Aneks do umowy nr PN/152/20NPR/JG” z inwestorem zawarty 27 maja 2021 r., dotyczący zastąpienia osób delegowanych przez członka konsorcjum N+Parametric Design M. N. przez osoby z ramienia Graphitu, który od tej daty przejął w całości obowiązki związane z wykonaniem dokumentacji projektowej i związaną z tym odpowiedzialność.

{odnośnie kwestii potwierdzenia należytego wykonania usług z wykazu}

Zdaniem Odwołującego z treści wezwania do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów z 25 sierpnia 2023 r. nie wynikało, że Zamawiający oczekuje przedstawienia dodatkowych dokumentów potwierdzających, że usługi wskazane w wykazie zostały wykonane należycie. Zamawiający wyraził bowiem jedynie wątpliwość, czy w ramach zamówienia wykonano PFU, gdyż w treści protokołu odbioru dopatrzył się jedynie koncepcji wielobranżowej.

Niezależnie od powyższego w uzasadnieniu odwołania został postawiony alternatywny zarzut, że protokół odbioru złożony wraz z wykazem usług potwierdza należyte ich wykonanie. Według Odwołującego świadczą o tym, po pierwsze – zamieszczone w końcowej jego części sformułowania: *...a Zamawiający odbiera od Wykonawcy Koncepcję wielobranżową oraz pozostałą dokumentację techniczną postępowania na wybór wykonawcy Inwestycji (...) zgodnie z zakresem...* [fragmenty wklejone w odwołaniu i dodatkowo zakreślone na żółto]. Po drugie – brak informacji, że w trakcie odbioru zostały zgłoszone wady lub usterki przekazanej dokumentacji. Po trzecie – fakt, że w oparciu o tę dokumentację (m.in. koncepcję wielobranżową i PFU) Dolnośląskie Centrum Onkologii, Pulmonologii i Hematologii przeprowadziło postępowanie przetargowe na wybór generalnego wykonawcy zakończony podpisaniem umowy o wartości 1,055 mld zł [tu w odwołaniu odesłano linku zamieszczonego jako przypis nr 1]

Odwołujący powołał się na – jak to zauważył – niejednokrotnie wyrażany pogląd, zgodnie z którym brak w protokole końcowym informacji o stwierdzonych podczas odbioru uchybieniach czy zgłoszonych uwagach należy poczytywać jako – jak to określił – *przyznanie, że zamówienie zostało wykonane należycie*.

Odwołujący oświadczył ponadto, że z daleko idącej ostrożności załącza do odwołania protokoły odbiorów częściowych poszczególnych dokumentacji, w których znajdują się sformułowania potwierdzające należyte wykonanie zamówienia przez Graphit jako autora tych dokumentacji.

W odpowiedzi na odwołanie z 1 grudnia 2023 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności przedstawiając następujące uzasadnienie takiego stanowiska [poniżej pominięto przede wszystkim w całości cytaty z dokumentacji postępowania tożsame w brzmieniu z tymi z odwołania, ewentualnie obejmujące krótsze fragmenty]

{ad pkt 2. listy zarzutów odwołania}

W odpowiedzi na odwołanie zwrócono dodatkowo uwagę na dwie dodatkowe okoliczności dotyczące badania spełniania przez Graphit warunku z rozdziału V ust. 1 pkt 4 lit. a SWZ, które nie zostały zrelacjonowane w ramach odwołania.

Po pierwsze, że w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 25 sierpnia 2023 r., w zakresie wezwania wystosowanego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp, 28 sierpnia 2023 r. Graphit złożył wykaz usług uzupełniony o uszczegółowienie informacji w kolumnie „Wartość usługi z podatkiem VAT” o podanie jej odrębnie dla każdej z dwóch pozycji wykazu.

Po drugie, że rozdział VIII ust. 8 SWZ zawiera postanowienie w następującym brzmieniu: *Jeżeli Wykonawca wykazuje doświadczenie nabyte w ramach zamówienia/umowy realizowanego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum), Zamawiający nie dopuszcza, by Wykonawca polegał na doświadczeniu grupy Wykonawców, której był członkiem, jeżeli faktycznie i konkretnie nie wykonywał wykazanego zakresu prac. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zwrócenia się do Wykonawcy o wyjaśnienia w zakresie faktycznie konkretnie wykonywanego zakresu prac oraz przedstawienia stosownych dowodów, np. umowy konsorcjum, z której wynika zakres obowiązków czy wystawionych przez Wykonawcę faktur.*

Według Zamawiającego z powyższego oraz przepisu przytoczonego w pkt 2. wezwania z 25 sierpnia 2023 r. „do wyjaśnienia/uzupełnienia” wynika jednoznacznie, że w odpowiedzi Graphit powinien przedstawić stosowne dowody, np. umowy, z których wynikałoby jednoznacznie, jakie czynności faktycznie wykonywał w ramach umowy PN/152/20/NPR/JG z Dolnośląskim Centrum Onkologii, a nie ograniczyć się do złożenia ogólnikowych wyjaśnień.

W ocenie Zamawiającego również nowe dokumenty załączone do odwołania nie potwierdzają samodzielnego wykonania usług przez Graphit.

Z § 2 „Porozumienia...” wynika bowiem, że N+parametric design M. N. będzie sprawował obowiązki „Głównego Projektanta” i wykona m.in. wszelkie opracowania projektowe, branżowe modele BIM, wszelkie inne wymagane opracowania techniczne. Natomiast Graphit zgodnie z § 3 „Porozumienia...” będzie pełnił obowiązki „Kierownika Zespołu”.

Z kolei aneks do umowy zmieniający jej załącznik nr 2 – „Listę kluczowego personelu Wykonawcy” wskazuje co prawda osoby pełniące określone funkcje oraz zakres przypisanych im prac, jednak bez wglądu do umowy głównej nie sposób z niego wywieść, że określone usługi odpowiadające treści warunku wykonywał samodzielnie Graphit. Jednocześnie pracowanie koncepcji przypisano w nim m.in. wspomnianemu powyżej „Głównemu Projektantowi”.

Zamawiający podniósł, że według aktualnej linii orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i Naczelnego Sądu Administracyjnego, że wykonawca może powołać się na doświadczenie konsorcjum, w którym uczestniczył, w takim zakresie, w jakim faktycznie je nabył. Stąd jeżeli wykonawca jako samodzielnie nabyte wykazuje doświadczenie całego konsorcjum, którego *de facto* nie nabył, należy uznać, że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

{ad pkt 3. listy zarzutów odwołania}

Zdaniem Zamawiającego w pkt 4. wezwania z 25 sierpnia 2023 r. precyzyjnie opisał swoje wątpliwości, zawartość dokumentów pierwotnie złożonych przez Graphit oraz czego wymaga w ramach „wyjaśnienia/uzupełnienia”.

Natomiast kolejne wezwanie Graphitu do przedstawienia dowodów należytego wykonania usług objętych wykazem byłoby sprzeczne z aktualną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonej m.in. w uzasadnieniu wyroku z 26 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2348/21, gdzie wskazano, *...że zasadę jednokrotności wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów należy odnosić stricte do sytuacji, gdy wezwanie miałoby dotyczyć tych samych okoliczności.*

Zamawiający przytoczył również w szczególności następujący fragment uzasadnienia na wyroku Izby z 11 stycznia 2024. sygn. akt KIO 2348/21 odnoszący się do kwestii stosowania art. 128 ustawy pzp: (...) *Wezwanie w trybie powyższego przepisu jest wezwaniem jednokrotnym i stanowi dodatkową szansę dla wykonawcy m.in. na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, w świetle zasady równego traktowania wykonawców, iż dyspozycją powyższego przepisu objęta jest zarówno sytuacja gdy wykonawca nie złoży w ogóle podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale również gdy złożone środki dowodowe nie wykazują spełnienia warunków, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie.*

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało w całości odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały swoje 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, a jednocześnie, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi naruszeniami przepisów ustawy pzp, które dotyczą odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania, gdyż w przeciwnym razie może liczyć na uzyskanie tego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zrelacjonowany powyżej za odwołaniem przebieg badania spełnienia warunku określającego wymaganą zdolność zawodową wykonawcy, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 4 lit. a SWZ, co do brzmienia: tego oraz innych postanowień SWZ, pisma Zamawiającego z 25 sierpnia 2023 r., pisma Graphitu z 28 sierpnia 2023 r. i załączonych do niego dokumentów, zawiadomienia o odrzuceniu ofert z 22 listopada 2023 r. jest niesprzeczny w tym zakresie z odpowiedzią na odwołanie, a przede wszystkim odpowiada rzeczywistości stanowi rzeczy.

Z kolei również powyżej zrelacjonowane za odpowiedzią na odwołanie dodatkowe okoliczności dotyczące badania spełnienia przez Graphit warunku z rozdziału V ust. 1 pkt 4 lit. a SWZ (28 sierpnia 2023 r. Graphit złożył wykaz uzupełniony w zakresie niebędącym przedmiotem sporu w niniejszej sprawie; brzmienie postanowienia rozdziału VIII ust. 8 SWZ), były niesporne oraz odpowiadają rzeczywistości stanowi rzeczy.

Ponieważ sporne było, co wynika z poszczególnych cytowanych dokumentów, konieczne było dokonanie odpowiedniej interpretacji, przede wszystkim kluczowego w niniejszej sprawie pisma Zamawiającego z 25 sierpnia 2023 r.

Po pierwsze, tytuł „Wezwanie do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów”, wskazanie jako podstawy prawnej jednocześnie art. 128 ust. 4 i 1 ustawy pzp oraz dalsza treść pisma wskazują na alternatywny charakter wezwania – do wyjaśnienia dotychczas złożonych lub do złożenia nowych dokumentów [patrz niefortunne określenie z użyciem ukośnika, który w jęz. polskim nie jest ani znakiem interpunkcyjnym ani spójnikiem, a znakiem typograficznym, któremu można przypisać nie tylko takie znaczenia].

Oznacza to, że pomimo zidentyfikowania czterech konkretnych problemów co do potwierdzania spełnienia warunku dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy przez otrzymane od Graphitu w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp podmiotowe środki dowodowe, Zamawiający nie zdecydował, czy wystarczające będzie wyjaśnienie ich treści, czy też konieczne będzie uzupełnienie ich treści. Nawet dla pkt 1. i 3., które dotyczą zaniechania odrębnego wskazania dla każdej z dwóch usług, odpowiednio wartości lub kubatury, czyli braku wymaganych w wykazie informacji, zakres wezwania nie został jednoznacznie określony.

Po drugie, w ramach alternatywnego wezwania dotyczącego kwestii z pkt 2. Zamawiający nie odwołał się wprost do rozdziału VIII ust. 8 SWZ, w szczególności nie wskazał, że odnośnie faktycznie wykonywanego przez Graphit w ramach konsorcjum zakresu prac wymaga nie tylko wyjaśnień, ale i przedstawienia stosownych dowodów, np. umowy konsorcjum, z której wynika zakres obowiązków, czy wystawionych przez wykonawcę faktur. Zamiast tego przytoczony został *in extenso* § 9 ust. 3 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.) {dalej: „rozporządzenie”}, co sugerowało oczekiwanie uzyskania od Graphitu jedynie potwierdzenia zastosowania się do tego przepisu przy sporządzaniu wykazu, czyli że obejmuje on usługi, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył.

Po trzecie, z brzmienia postanowienia zamieszczonego w rozdziale VIII ust. 8 SWZ oraz z brzmienia przepisu § 9 ust. 3 rozporządzenia wynika, że wykonawca powołujący się na doświadczenie w realizacji usług wykonanych wspólnie z innymi wykonawcami powinien wskazać w wykazie usług, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczył, co w oczywisty sposób nie jest równoznaczne z samodzielnym wykonywaniem całości czy nawet określonego zakresu przedmiotu umowy.

Po czwarte, sformułowanie treści pkt 4. sugeruje, że zidentyfikowano uchybienie sprowadzające się do braku wskazania na program funkcjonalno-użytkowy w treści protokołu odbioru, a nie polegające na zakwestionowaniu tego dokumentu w całości jako niebędącego dowodem należytego wykonania zamówienia publicznego obejmującego obie usługi z wykazu. W tym ostatnim przypadku wezwanie musiałoby przecież ograniczać się do oczekiwania zastąpienia innym dokumentem tego protokołu odbioru, gdyż alternatywne dopuszczenie wyjaśnienia jego treści byłoby bezprzedmiotowe.

Po piąte, wspólne dla całego pisma podsumowanie – w przypadku niespełnienia warunku, o którym mowa w Rozdziale V ust. 1 pkt 4) lit a) SWZ we wskazanych przez Wykonawcę w poz. 1 i 2 Wykazu wykonanych usług – sformułowane zostało generalne wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do złożenia nowego lub uzupełnionego [ponownie niefortunne użycie zamiast tego spójnika ukośnika] wykazu usług i załączenia dowodów ich należytego wykonania.

Obiektywnie rzecz biorąc bez zapoznania się z ewentualnymi wyjaśnieniami dotyczącymi treści dotychczas złożonych dokumentów nie sposób antycypować, czy okażą się one wystarczające dla wykazania spełnienia powyższego warunku, czy też konieczne będzie złożenie dokumentów z uzupełnioną lub zupełnie nową treścią. Wobec tego wystosowanie takiego alternatywnego wezwania oznacza, że Zamawiający pozostawił do uznania Graphitu wybór sposobu, w jaki uczyni mu zadość.

W kontekście wynikającego z uzasadnienia odwołania alternatywnego zarzutu, według którego protokół odbioru złożony wraz z wykazem usług potwierdza należyte ich wykonanie, Izba ustaliła, że takie twierdzenie nie znajduje oparcia ani we wskazywanym przez Odwołującego fragmencie, ani biorąc pod uwagę całość treści tego dokumentu.

Z „Protokołu odbioru” wynika bowiem co najwyżej, że 17 grudnia 2021 r. pomiędzy stronami umowy oznaczonej PN/152/20/NPR/JG doszło do formalnego przekazania będących przedmiotem tamtego zamówienia wymienionych w tabeli opracowań, w tym koncepcji wielobranżowej i PFU, przy czym zakres tego ostatniego miał uwzględniać zmiany określone w załącznikach nr 1 i 5 do Aneksu nr 5 z 19 listopada 2021 r.

Natomiast dokument ten nie zawiera w swojej treści żadnych sformułowań, które mogłyby być poczytane za równoznaczne z określeniem przez tamtego zamawiającego jako stronę odbierającą, że uważa przekazywane opracowania za wykonane należyście.

Wydaje się zresztą niepodobieństwem, aby w dniu przekazania możliwe było zweryfikowanie tak obszernej dokumentacji jako odpowiadającej pod względem merytorycznym zawartej umowie. Przy czym dodatkowe i odmienne daty wskazane przy podpisie osoby po stronie wykonawcy (20 grudnia 2021 r.) i osoby po stronie zamawiającego (9 marca 2022 r.) tylko powiększają niepewność co do tego, kiedy i co konkretnie zostało potwierdzone tym protokołem odbioru.

Wyłącznie w tym zakresie za adekwatną należy uznać wyrażoną przez Zamawiającego w zawiadomieniu z 22 listopada 2023 r. ocenę: *W żadnym z przedstawionych dokumentów podmiot na rzecz, którego zostały wykonane prace projektowe nie potwierdził, że prace zostały wykonane należyście.*

Załączony dodatkowo do odwołania (w ramach załącznika nr 6) protokół odbioru etapu 1 – opracowania koncepcji funkcjonalno-użytkowej [czego nie należy mylić z programem funkcjonalno-użytkowym], jedynie potwierdza trafność tej oceny, gdyż nie tylko zawiera na wstępie specjalne oświadczenie – o wykonaniu w tym zakresie przedmiotu zamówienia opracowania z należyłą starannością, zgodnie z umową, obowiązującymi przepisami, normami oraz wiedzą techniczną oraz jego przekazanie z niezbędnymi uzgodnieniami i w stanie kompletnym z punktu widzenia celu, któremu ma służyć, ale przede wszystkim jego właściwa treść sprowadza się do potwierdzenia wprost odbioru należytego wykonania konkretnie wyszczególnionych czterech elementów składających się na tę koncepcję.

Abstrahując od skrupulatnego zrelacjonowania treści kolejnych pism, uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty odnośnie powodów nieuwzględnienia doświadczenia oświadczonego w wykazie usług w kontekście złożonych następnie wyjaśnień sprowadza się do stwierdzenia przez Zamawiającego, że Graphit nie wykazał samodzielnego realizowania zadania [w domyśle zamówienia, o którym mowa obu poz. wykazu usług].

Ta enigmatyczna jednozdaniowa ocena w oczywisty sposób nie nawiązuje do brzmienia, ani postanowienia zamieszczonego w rozdziale VIII ust. 8 SWZ, ani tym bardziej wspomnianego już przepisu rozporządzenia wykonawczego do ustawy pzp, natomiast formułuje dużo dalej idące wymaganie, w oderwaniu zarówno od postanowień SWZ, jak i obowiązujących przepisów regulujących sposób wykazania spełniania warunków udziału w zamówieniu przez wykonawcę, który zdobył doświadczenie w ramach konsorcjum.

Z kolei ostatnie zdanie uzasadnienia faktycznego, o tym, że pomimo podjętych starań nie udało się uzyskać żadnych informacji od Dolnośląskiego Centrum Onkologii we Wrocławiu, stanowi wręcz przyznanie przez Zamawiającego, że nie dysponuje żadnymi dowodami, które podważyłyby adekwatność treści uzupełnionego wykazu jako dotyczącego usług, w których wykonaniu Graphit bezpośrednio uczestniczył, czy prawdziwość złożonych przez Graphit w tym zakresie wyjaśnień.

Zamawiający w ramach uzasadnienia odrzucenia oferty nie odniósł do treści, ani tych wyjaśnień, zawierających jednoznaczne potwierdzenie, że Graphit *de facto* wykonał samodzielnie tamtą umowę w zakresie opracowań odpowiadających treści warunku określonego w tym postępowaniu, ani załączonego na ich poparcie PFU.

Również dokumenty dodatkowo załączone do odwołania [jako załącznik nr 5] nie podważają treści wykazu i wyjaśnień Graphitu, więc nie ma znaczenia, że nie stanowią one kompletnej dokumentacji dotyczącej przebiegu realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, o której mowa w wykazie usług. Krytyczna ocena tych dokumentów w odpowiedzi na odwołanie przechodzi do porządku dziennego nad tym, że zawarte 15 czerwca 2020 r. „Porozumienie realizacyjne do Umowy Konsorcjum” siłą rzeczy odzwierciedla stan rzeczy istniejący przed zdarzeniami, o których mowa w wyjaśnieniach Graphitu, a te z kolei znajdują pośrednie potwierdzenie w „Aneksie do umowy nr PN/152/20NPR/JG” z 27 maja 2021 r., na mocy którego doszło do zmiany kluczowego personelu po stronie wykonawczej tamtego zamówienia.

Izba nie podziela również oceny, że złożone przez Odwołującego na rozprawie „Zestawienie rozliczeń wewnątrz konsorcjum dla umowy PN/152/20/NPR/JG z DCO we Wrocławiu”, bazujące na załączonych do niego fakturach, z którego wynika, że Graphit otrzymał 86% wynagrodzenia, w jakikolwiek sposób świadczy na korzyść Zamawiającego. Wręcz przeciwnie, otrzymanie przez N+parametric design M. N. zaledwie 1,3% wynagrodzenia i to w drodze

refakturowania przez Graphit w pełni wpisuje się w logikę wydarzeń prezentowaną przez Graphit już w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu.

Izba uznała artykuły prasowe zgłoszone przez Odwołującego (w odwołaniu) i Zamawiającego (na rozprawie) za bez znaczenia dla sprawy. W szczególności sensacyjne doniesienia prasy mogłyby być co najwyżej asumptem do dokonania czynności wyjaśniających przez Zamawiającego, a nie stanowić samoistne uzasadnienie dokonanej uprzednio czynności odrzucenia.

W konsekwencji Zamawiający przedwcześnie stwierdził, że w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ma żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności należało rozpatrzyć wynikający z uzasadnienia odwołania zarzut, że protokół odbioru złożony wraz z wykazem usług potwierdza należyte ich wykonanie, gdyż jest on dalej idący niż postawiony na wstępie odwołania zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy pzp, który zatem należało ocenić jako alternatywny, czyli podlegający rozpoznaniu na wypadek nie uwzględnienia zarzutu podstawowego.

Z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia (wydanego na podstawie art. 128 ust. 6 ustawy pzp) wynika, że w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej do wykazu usług należy załączyć dowody określające, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym takimi dowodami są co do zasady referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane.

Jak to powyżej ustalono, zarzut wywiedziony w uzasadnieniu odwołania opiera się na twierdzeniu oderwanym od treści protokołu odbioru, co służyć miało takiemu zaprezentowaniu okoliczności, aby wydawały się zbieżne z tymi, które legły u podstaw wydania orzeczeń w innych sprawach dotyczących podobnej problematyki prawnej [fragmenty uzasadnień czterech wyroków Izby zostały zacytowane w pkt 30 uzasadnienia odwołania]. W konsekwencji należało uznać ten zarzut za oczywiście niezasadny.

Natomiast wszystkie trzy zarzuty wymienione na wstępie odwołania i skorelowane z nimi żądania są zasadne.

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. Wreszcie według art. 255 pkt 2 ustawy pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.

W ustalonych powyżej okolicznościach Zamawiający bezpodstawnie uznał, że Odwołujący dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej nie może powołać się na doświadczenie, które wskazał w uzupełnionym wykazie usług, a jednocześnie bezpodstawnie zaniechał wezwania Odwołującego do uzupełnienia w zakresie dowodów określających, że te usługi zostały wykonane należycie. W konsekwencji bezpodstawnie, bo co najmniej przedwcześnie odrzucił ofertę Odwołującego i unieważnił prowadzone postępowanie.

Izba w pełni podziela i potwierdza aktualność linii orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i Naczelnego Sądu Administracyjnego, zgodnie z którą wykonawca może powołać się na doświadczenie konsorcjum, w którym uczestniczył, w takim zakresie, w jakim faktycznie je nabył. Stąd Izba uznaje za celowe posłużenie się cytatami fragmentów uzasadnień wyroków Izby w innych sprawach, które zostały zamieszczone w odpowiedzi na odwołanie.

Należy podkreślić, że dysponowanie przez wykonawcę określonym potencjałem ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia. Aby wykonawca dawał rękojmię należytej realizacji powierzonych zadań, musi wymagać potencjał rzeczywistości, 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 publicznej praktyki dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, dając możliwość uzyskania zamówień podmiotom, które nie są zdolne do ich właściwej realizacji (por. m.in. wyrok z 11.04.2018 r. sygn. akt KIO 568/18). Słusznie zatem wskazywał Odwołujący, że doświadczenie, którym wykazał się wykonawca Konsorcjum SKUBI powinno wywołać wątpliwości u Zamawiającego w zakresie wartości wykonanych usług, zwłaszcza w sytuacji kiedy Zamawiający wiedział o udziale podwykonawcy w realizacji usługi (co potwierdził na rozprawie). Wątpliwości te winny skutkować wezwaniem Konsorcjum SKUBI do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy z 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych – dalej s.p.z.p. w zakresie wartości realizowanej usługi dla Nadleśnictwa Taczanów przez G. S. Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że prace wykonane przez podwykonawcę, Konsorcjum SKUBI może traktować jako swoje własne doświadczenie i wykazywać je Zamawiającemu w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, dlatego że ponosi odpowiedzialność za wykonanie umowy. To, że Konsorcjum SKUBI odpowiadało za realizację zamówienia i za działania podwykonawcy nie oznacza, że nabyło ono doświadczenie w zakresie prac faktycznie wykonanych przez podwykonawcę [z uzasadnienia wyroku z 6 lutego 2020 r. sygn. akt KIO 126/20].

Dla rozstrzygnięcia zagadnienia, czy dany wykonawca jako członek konsorcjum, może powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach takiej grupy najistotniejsze znaczenie będzie miał przedstawiony zamawiającemu materiał dowodowy potwierdzający rzeczywisty zakres czynności wykonywanych przez dany podmiot i istotność tych czynności dla całego przedmiotu danego zamówienia [cytat z uzasadnienia wyroku z 22 marca 2021 r. sygn. akt KIO 392/21, LEX nr 3165940].

...do oceny doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum należy każdorazowo podchodzić indywidualnie, biorąc pod uwagę przede wszystkim treść warunku udziału w postępowaniu, konkretne działania wykonawców podejmowane podczas realizacji wskazanej na potwierdzenie spełnienia tego warunku inwestycji oraz faktyczną możliwość wyodrębnienia i podziału zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum. Istotne jest również w jaki sposób wykonawca powołujący się na doświadczenie i wiedzę zdobyte w ramach zadania wykonywanego przez grupę wykonawców te okoliczności wykazuje, czy to przez złożenie wymaganych wykazów, referencji, dodatkowe wyjaśnienia, umowy konsorcjum, faktury za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia, ustalenia wewnętrzne między konsorcjantami, inne ustalenia. Wydaje się zatem, że dla rozstrzygnięcia zagadnienia, czy dany wykonawca jako członek konsorcjum, może powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach takiej grupy najistotniejsze znaczenie będzie miał przedstawiony zamawiającemu materiał dowodowy potwierdzający rzeczywisty zakres czynności wykonywanych przez dany podmiot i istotność tych czynności dla całego przedmiotu danego zamówienia [cytat z uzasadnienia wyroku z 22 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1510/20, LEX nr 3053223].

Wykonawca wykonujący zamówienie publiczne w konsorcjum z innymi wykonawcami nabywa doświadczenie tylko

w takim zakresie, jaki leżał u podstaw jego obowiązków wynikających w ramach umowy konsorcjalnej. Wykonawca taki nie nabywa doświadczenia całej grupy wykonawców w odniesieniu do całości świadczenia. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego chodzi bowiem nie o teoretyczną potencjalną możliwość prawidłowego wykonania zamówienia, ale o wybór wykonawcy dającego największą gwarancję należytego wykonania zamówienia [cytat z uzasadnienia wyroku z 11 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 996/18].

Doświadczenie wykonawcy nabyte w ramach konsorcjum należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, jego faktycznego wkładu w realizację zadania [cytat z uzasadnienia wyroku z 15 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 188/18].

Na aprobatę zasługuje również poniżej zacytowany z odpowiedzi na odwołanie obszerny wywód oparty o orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego {dalej: „NSA”}.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 1 lutego 2018 r., (sygn. akt II GSK 4133/17) Naczelny Sąd Administracyjny zgodził się ze stanowiskiem Sądu I instancji, że w ramach zespołu podmiotów tworzących konsorcjum każdy z nich ma inny zasób doświadczenia i wiedzy, gdyż realizuje swoje zadania na różnych odcinkach i z różnym zaangażowaniem. Wykonanie zadania przez konsorcjum nie jest faktycznym wykonaniem zadania przez danego wykonawcę.

NSA zwrócił jednak uwagę, iż nie można wykluczyć, że w określonym stanie faktycznym konsorcjant wykonujący określoną część zamówienia nabędzie istotnie doświadczenie takie jak przy realizacji całości zamówienia.

W ocenie NSA wykonanie zadania przez konsorcjum nie jest faktycznym wykonaniem zadania przez każdego z jego uczestników. Każdy z wykonawców w ramach konsorcjum realizuje przypisane mu zadania, nabywając doświadczenie w tym zakresie, a nie w zakresie zadań realizowanych przez innych wykonawców. Doświadczenie wykonawcy należy postrzegać w kategoriach faktycznych, a nie prawnych. Wynika to z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Warunek udziału w postępowaniu o wykonanie zamówienia publicznego, dotyczący doświadczenia, odnosi się do rzeczywistego zrealizowania przez wykonawcę części lub całości zamówienia, a nie skutków prawnych powiązanych z wcześniejszym zawartych przez wykonawcę umów. Fakt solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum nie przekłada się na nabycie doświadczenia oczekiwanego przez zamawiającego.

NSA zgodził się ze stanowiskiem Sądu I instancji, że fakt, iż wykonawca działał w ramach konsorcjum i pozytywnie oceniono wykonanie zadania przez konsorcjum, nie determinuje przyjęcia za właściwe założenia, że wykonawca wykonał swoje zadanie prawidłowo z dochowaniem zasad należytej staranności.

Pozytywna ocena wykonania powierzonego zadania przez konsorcjum nie jest równoznaczna z przyjęciem, że każdy podmiot działający w ramach konsorcjum w taki sam, prawidłowy sposób zrealizował swoje zadanie.

W związku z tym istnienie odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów za wykonanie zamówienia, wynikające z art. 141 ustawy Pzp nie pociąga za sobą konsekwencji w postaci dopuszczalności powoływania się przez jednego członka konsorcjum na doświadczenie zdobyte przez innego konsorcjanta w trakcie wykonywania wspólnego zamówienia, a więc uprawnienia do legitymowania się pełnym doświadczeniem wynikającym z wykonanego przez konsorcjum zamówienia.

Podobne stanowisko wyraził Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w opinii z dnia 4 maja 2009 r., gdzie podkreślił, że członek konsorcjum nabywa wyłącznie doświadczenie związane z wykonaniem prac jakie wykonywał samodzielnie albo przy pomocy podwykonawców, nie nabywa jednak doświadczenia odnośnie do prac wykonanych przez innych konsorcjantów. Przyjęcie odmiennego stanowiska za właściwe wiąże się z aprobowaniem fikcji opartej na założeniu, że pomimo wykonania np. 1% zamówienia nabywa się doświadczenie odnoszące się do pełnego zakresu jego realizacji.

Jednocześnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wydanym w dniu 4.05.2017 r. w wyroku w sprawie Esaprojekt (C-387/14, ZOTSIS 2017/5/I-338) przesądził, że przy badaniu doświadczenia zdobytego w konsorcjum, kluczowym elementem nie jest zakres odpowiedzialności, ale faktycznie wykonywane czynności. Badając doświadczenie wykonawcy, zamawiający ma prawo badać jaka była rola konkretnego wykonawcy w danym konsorcjum i co faktycznie ten wykonawca wykonywał.

Jednakże w ustalonym w niniejszej sprawie stanie faktycznym Zamawiający bezpodstawnie twierdzi, że jego działania w prowadzonym postępowaniu wynikają z uwzględnienia powyższego orzecznictwa, gdyż jest wręcz odwrotnie.

Podobnie, o ile Izba w pełni podziela powszechnie wyrażane w orzecznictwie i doktrynie stanowisko, że wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp odnośnie tej samej okoliczności nie może być ponowione, o tyle w ustalonych powyżej okolicznościach tej sprawy bezprzedmiotowe jest powołanie się na tzw. zasadę jednokrotności wezwania. Zamawiający powinien natomiast wziąć pod uwagę, że orzecznictwo i doktryna zgodne są również co do tego, że prawidłowe wykonanie czynności z art. 128 ust. 1 pzp wymaga jednoznacznego sformułowania wezwania co do sprecyzowania braku, który ma zostać usunięty w tym trybie.

Umknął również uwadze Zamawiającego paradoks sytuacji, w której równolegle i alternatywnie wezwał do wyjaśnienia w trybie art. 128 ust. 4 ustawy pzp i uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp odnośnie tej samej okoliczności. Tymczasem zakres obu tych regulacji nie jest tożsamy i co do zasady rozłączny – jeżeli wątpliwość co do treści dokumentu da się wyjaśnić, nie zachodzi potrzeba uzupełnienia tej treści, a jeżeli zaistnieje brak wymagający uzupełnienia treści dokumentu, nie da się tego uczynić w drodze wyjaśnienia dotychczasowej treści. O ile poprzedzenie wezwania do uzupełnienia wezwaniem do wyjaśnienia może być przejawem ostrożności, o tyle równoczesne wezwanie do obu tych czynności może prowadzić do pozbawienia wykonawcy możliwości uzupełnienia braku, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie. Jeżeli wezwany alternatywnie wykonawca zdecyduje się bowiem na udzielenie wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 pzp, dopiero na ich podstawie dochodzi do ustalenia, że brak wymaga uzupełnienia, co następnie powinno być odzwierciedlone w treści wezwania w trybie art. 128 ust. 1 pzp.

W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) [patrz uzasadnienie wyroku Izby z 23 marca 2011 r. sygn. akt KIO 522/11]. Temu celowi służą instytucje prawne, zarówno poprawianie czy wyjaśnienie oferty oraz uzupełnienie lub wyjaśnienie podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych, jak i stosowanie reguł wykładni oświadczeń woli, które mają charakter obligatoryjny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zaniechanie podjęcia takich czynności należy uznać za działanie nie tylko sprzeczne z przepisami prawa, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba stwierdziła, że ponieważ naruszenie przez Zamawiającego art. 255 pkt 2, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz art. 128 ust. 1 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec

czego – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 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) – obciążając nimi Zamawiającego.