Sygn. akt: KIO 375/15

WYROK
z dnia 12 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2015 r. przez **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Zakład Usług Leśnych M. B., Warnice 59, 74-311 Różańsko (lider), 2) P.H.U. Z. P., Kłosów 88, 74-505 Mieszkowice, 3) Usługi Leśne R. D., ul. Mareckiego 15, 74-400 Dębno, 4) Zakład Usług Leśnych S.C. S. B., ul.** Żeromskiego **12, 74-503 Moryń, 5) Usługi Leśne Budowlane-Transportowe L. S., ul. Moryńska 7, 74-505 Mieszkowice, 6) Zakład Usług Leśnych K. Ł., Stare Łysogórski 77, 74-505 Mieszkowice, 7) Matimar S. L., Siekierki 16, 74-520 Cedynia, 8) Zakład Usług Leśnych J. K., Goszków 33/1, 74-505 Mieszkowice,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Mieszkowice, ul. Moryńska 1, 74-505 Mieszkowice,**

przy udziale:
A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) G. M. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Jemioła" G. M., ul. Żeromskiego 19, 74-407 Boleszkowice (lider), 2) D. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „DOMIX" D. K., Osiecznica, ul. Konopnickiej 23, 66-600 Krosno Odrzańskie, K. Ł. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Olcha" K. Ł., ul. Dworzec 8/4, 89-642 Rytel,
B. wykonawcę Zakład Usług Leśnych P. M., ul. Strażacka 17C, 66-015 Przylep
- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

---

1. **oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego,** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3 737, 40 zł** (trzy tysiące siedemset trzydzieści siedem złotych czterdzieści groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa procesowego oraz dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 375/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe

Nadleśnictwo Mieszkowice – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie usług leśnych w Nadleśnictwie Myszkowice w roku 2015" (znak sprawy: ZPB-2710/01/14).

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 listopada 2014 r., pod nr 2014/S 216-382425.

W dniu 16 lutego 2015 r. Zamawiający powiadomił o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 26 lutego 2015 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) ZUL M. B., Warnice 59, 74-311 Różańsko (lider), 2) P.H.U. Z. P., Kłosów 88, 74-505 Mieszkowice, 3) Usługi Leśne R. D., ul. Mareckiego 15, 74-100 Dębno, 4) ZUL S.C. S. B., ul. Żeromskiego 12, 74-503 Moryń, 5) Usługi Leśne Budowlane-Transportowe L. S., ul. Moryńska 7, 74-505 Mieszkowice, 6) ZUL K. Ł., Stare Łysogórski 77, 74-505 Mieszkowice, 7) Matimar S. L., Siekierki 16, 74-520 Cedynia, 8) ZUL J. K., Goszków 33/1, 74-505 Mieszkowice (dalej: Odwołujący lub Konsorcjum MB) – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności oceny oraz wyboru ofert najkorzystniejszych w zakresie dotyczącym pakietów 4, 5, 8, 9, 11 oraz 13, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 Pzp, który wyraża zasadę równego traktowania Wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez:
   a) wprowadzenie do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia postanowień sprzecznych z prawem w zakresie w jakim uniemożliwiają Wykonawcom z korzystania z usług referencyjnych świadczonych przez poszczególnych członków Konsorcjum.
   b) dokonanie stronniczej kwalifikacji referencji wyrażającej się w bezprawnym uwzględnieniu przez Zamawiającego usług, które były świadczone przez Wykonawców, którzy nie uczestniczą w przedmiotowym postępowaniu przetargowym,

---

   prowadzonym przez Zamawiającego, w szczególności przez „Przedsiębiorstwo Leśne B. K.".
   c) dokonanie bezpodstawnej odmowy kwalifikacji referencji członków Konsorcjum MB, powodującej naruszenie reguły komplementarności Współkonsorcjantów.
2) art. 22 ust 1 PZP poprzez wprowadzenie postanowień SIWZ naruszających prawa uczestników postępowania poprzez wprowadzenie kryteriów oceny doświadczenia Wykonawców godzących w konstrukcję Konsorcjum przyjętą przez prawodawcę.
3) art. 91 ust. 1 PZP w związku z:
   a) dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem obowiązujących przepisów, pomimo, iż oferta Konsorcjum MB na pakiety 4, 5, 8, 9, 11, 13 obiektywnie była korzystniejsza od wybranej przez Zamawiającego.
   b) dokonaniem przez Zamawiającego błędnej oceny referencji zgłoszonych przez Wykonawców.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o:

1) dokonanie ponownej oceny ofert złożonych przez wszystkich członków Konsorcjum MB oraz pozostałych Wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
2) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., że:

W sprawie dotyczącej przedmiotowego zamówienia Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 26 stycznia 2015 r. uwzględniła odwołanie z dnia 1 stycznia 2015 r. wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

1) G. M. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Jemioła" G. M., ul. Żeromskiego 19, 74-407 Boleszkowice.
   D. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „DOMDC" D. K., Osiecznica, ul. Konopnickiej 23, 66*600 Krosno Odrzańskie.
   K. Ł. ul. Dworzec 8/4 89-642 Rytel [zwanych dalej: „Konsorcjum GM"],

oraz
2) P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych P. M., ul. Strażacka 17C, 66-015 Przylep [zwany dalej: „ZUL-PM"].

Odwołujący wskazał, że w rozstrzygnięciu z dnia 26 stycznia 2015 r. KIO orzekła: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert w częściach dotyczących pakietów 4, 5, 6, 8, 9, 11, 13 zamówienia, dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszych

---

z nich przez Zamawiającego w tym w zakresie oraz unieważnienie czynności wykluczenia członków Konsorcjum GM i ZUL-PM ubiegających się o udzielenie zamówienia. W konsekwencji Zamawiający przystąpił do wykonania wskazanych rozstrzygnięć poprzez dokonanie ponownej oceny ofert uprzednio złożonych przez Wykonawców, w tym ZUL-PM. W rezultacie dnia 16 lutego 2015 r. Zamawiający powiadomił o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty na zamówienia częściowe - pakiety 4, 5, 6, 8, 9, 11, 13.

Zgodnie z rozstrzygnięciem z dnia 16 lutego 2015 r. w oparciu o SIWZ Zamawiający dokonał oceny oraz wyboru ofert w następujący sposób:

1) najkorzystniejszą ofertę na pakiet 8 złożył Wykonawca ZUL-PM otrzymując 100,00 pkt w tym: a) za cenę 90,00 pkt (wynoszącą - 624.061,97 zł), b) za doświadczenie wykonawcy 10,00 pkt.
   Oferta Konsorcjum MB otrzymała 88,38 pkt w tym: a) za cenę 88,38 pkt (wynoszącą - 635.531,85 zł), b) za doświadczenie wykonawcy 0,00 pkt.
2) Najkorzystniejszą ofertę na pakiet 9 złożył Wykonawca ŻUL-PM otrzymując 92,10 pkt w tym: a) za cenę 87,10 (wynoszącą - 855.709,82 zł), b) za doświadczenie wykonawcy 5,00 pkt.
   Oferta Konsorcjum MB otrzymała 90,00 pkt w tym: a) za cenę 90,00 pkt (wynoszącą- 828.147.94 zł), b) za doświadczenie wykonawcy 0,00 pkt.
3) Najkorzystniejszą ofertę na pakiet 11 złożył Wykonawca ZUL-PM otrzymując 100,00 pkt w tym a) za cenę 90,00 pkt (wynoszącą- 612.326,58 zł), b) za doświadczenie wykonawcy 10,00 pkt.
   Oferta Konsorcjum MB otrzymała 94,52 pkt w tym: a) za cenę 89,52 pkt (wynoszącą - 615.626,43 zł), b) za doświadczenie wykonawcy 5,00 pkt,
4) Najkorzystniejszą ofertę na pakiet 13 złożył Wykonawca ZUL-PM otrzymując 97,50 pkt w tym: a) za cenę 87,50 pkt (wynoszącą - 560.328,35 zł), b) za doświadczenie wykonawcy 10,00 pkt.
   Oferta Konsorcjum MB otrzymała 90,00 pkt w tym: a) za cenę 90,00 pkt (wynoszącą- 544,754,14 zł), b) za doświadczenie wykonawcy 0,00 pkt.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający poprzez zastosowanie art. 18.6 SIWZ oraz dokonanie stronniczej kwalifikacji referencji na niekorzyść Konsorcjum MB naruszył art. 91 ust. 1 PZP dokonując pominięcia ofert korzystniejszych cenowo a wybierając oferty droższe. Przedmiotowa ocena ofert na podstawie przyjętych w SIWZ kryteriów ich oceny stanowi naruszenie przedmiotowej regulacji bowiem godzi w interes finansów publicznych (wyrok SA w Katowicach z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt I ACa 216/13).

Odwołujący wskazał, że szczególnie rażącym naruszeniem dokonanym rozstrzygnięciem z dnia 16 lutego 2015 r. jest kwalifikacja doświadczenia Wykonawcy na pakiet 4 zamówienia. Zamawiający dokonał niezgodnej z prawem kwalifikacji usług referencyjnych na rzecz członka Konsorcjum GM. Zgodnie z wykazem usług referencyjnych na rozpatrywaną część zamówienia Lider Konsorcjum GM dokonał zaksięgowania usług w wysokości 741.561.01 zł wykonywanych na rzecz Nadleśnictwa Cybinka w 2013 r. przez „DOMIX" Dominik Kurowiak.

Zgodnie natomiast z poświadczeniem wystawionym przez Nadleśnictwo Cybinka z dnia 21.11.2014 r. usługi leśne świadczone w 2013 r. zostały wykonywane łącznie przez Konsorcjum firm: 1) „DOMIX" D. K. oraz 2) „Przedsiębiorstwo Leśne B. K.". Jedynie usługi za rok 2014, w tym zakresie były świadczone samodzielnie przez firmę „DOMIX" D. K. . Natomiast część usług świadczonych na rzecz tegoż Nadleśnictwa, została wykonana przez inny podmiot niż Konsorcjant „DOMIX" D. K. . Lider Konsorcjum GM był uprawniony do posłużenia się świadczonymi usługami przez pozostałych Konsorcjantów, których wykonywanie na rzecz

innych Zamawiających, zostało w przedmiotowym postępowaniu wykazane.

Odwołujący wskazał następnie, że zgodne z prawem było posłużenie się referencjami świadczonymi przez: 1) firmę „Jemioła" G. M., 2) firmę „DOMIX D. K., 3) K. Ł. . Jedynie wymienione podmioty ubiegają się bowiem o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu w ramach powołanego Konsorcjum GM.

Należy zauważyć, że w zakresie w jakim Lider Konsorcjum GM – G. M. posłużyła się doświadczeniem firmy „Przedsiębiorstwo Leśne B. K." w wykazie usług z dnia 17.11.2014 r. było nieuprawnione, bowiem podmiot ten nie jest związany, w ramach rozpatrywanego postępowania przetargowego, z członkami Konsorcjum GM. Bez znaczenia w tym względzie pozostaje fakt, że przedsiębiorstwo to świadczyło usługi przy realizacji zamówienia w 2013 r. na rzecz Nadleśnictwa Cybinka. Możliwość powołania się w postępowaniu przetargowym przez Nadleśnictwo Mieszkowice na całkowitą wartość brutto usług wykonywanych w latach 2013 i 2014 na rzecz Nadleśnictwa Cybinka byłoby możliwe gdyby „Przedsiębiorstwo Leśne B. K." należało do Konsorcjum GM w ramach przedmiotowego postępowania.

Podkreślenia wymaga fakt, iż zakwalifikowanie usług referencyjnych „Przedsiębiorstwa Leśnego B. K." na pakiet 4 tym bardziej nie byłoby możliwe w przypadku występowania przezeń w roli podwykonawcy przedsiębiorstwa „DOMIX" D. K. czy też udzielającego zasobów w rozumieniu art. 26 ust. 2b PZP w postępowaniu prowadzonym przez Nadleśnictwo Cybinka. Wówczas nawet w ramach postępowania przetargowego z 2013 r. firma „DOMIX" D. K. nie mogłaby korzystać z usług referencyjnych wykonanych przez firmę prowadzoną przez B. K. . Przesądzałby o tym fakt, iż podmioty te nie występowałyby wówczas jako *„wykonawcy*

wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia" w rozumieniu art. 21 ust. 1 PZP. Nie znalazłaby zastosowania wówczas reguła komplementamości współwykonawców tworzących Konsorcjum. W takim wypadku podmioty te nie mogłyby być traktowane przez Zamawiającego (Nadleśnictwo Cybinka) jako Jeden podmiot" w zakresie praw i obowiązków wobec Zamawiającego. Niedopuszczalne byłoby wówczas rozpatrywanie łączne spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 PZP w zakresie dotyczącym posiadania wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz osobowego, a także sytuacji ekonomicznej i finansowej. Przyjęcie możliwości posłużenia się usługami przez świadczonymi przez „Przedsiębiorstwo Leśne B. K." przez Lidera Konsorcjum GM.

Przyjęcie możliwości posłużenia się usługami przez świadczonymi przez „Przedsiębiorstwo Leśne B. K." przez Lidera Konsorcjum GM w postępowaniu, w którym podmiot ten nie uczestniczy jest niedopuszczalne, stanowi bowiem nadużycie reguły komplementamości członków konsorcjum ubiegających się o udzielenie zamówienia. Rozpatrywany przypadek podpada pod stanowisko KIO wyrażone m.in. w wyroku z dnia 28 lipca 2011 r. 1535/11, zgodnie, z którym: „Nie można uznać, że w świetle Dyrektywy w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi istnieje obowiązek niczym nie ograniczonego, oderwanego od okoliczności konkretnego przypadku, dopuszczenia powołania się na zdolność innego podmiotu, bez uwzględnienia, czy przekazanie dysponowania zdolnością ekonomiczną jest w danym przypadku realne i będzie w praktyce możliwe. Przyjęcie takiej interpretacji prowadziłoby do ukształtowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego szkodliwej praktyki dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełnienia warunków udziału, dając możliwość udziału w postępowaniu takim wykonawców, którzy nie spełniają wymogów zamawiającego i nie uzyskali realnego wsparcia od podmiotu trzeciego jedynie składają należący do tego podmiotu dokument oraz oświadczenie, o którym nie wiadomo jaki w praktyce mogłoby zostać zrealizowane". Istota przedmiotowego naruszenia sprowadza się do bezprawnego powiększenia potencjału wykonawców wspólnie ubiegających się o wygranie przetargu, poprzez podanie jako swoje, właściwości (doświadczenia) podmiotów nie wchodzących w skład Konsorcjum (S. Babiarz, S. Czarnik „Prawo Zamówień publicznych" Komentarz 2013 r. Lexis.pl, art. 23 PZP, t. 3.). Należy zauważyć, że sam Zamawiający *expressis verbis* wyłączył możliwość posłużenia się usługami referencyjnymi podmiotów nie uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu przetargowym w art. 18.6 ppkt 2 SIWZ stanowiąc, iż: *„Zamawiający* będzie uwzględniał tylko usługi świadczone przez Wykonawcę. W tym kryterium nie będzie uwzględnione doświadczenie podmiotów, które nie będą uczestniczyć w realizacji zamówienia (...) *".*

Odwołujący podkreślił następnie, że zaliczenie usług referencyjnych na pakiet nr 4 w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Nadleśnictwo Mieszkowice spowodowało przesunięcie Lidera - Konsorcjum G. M. z II do III progu punktowego, o którym mowa w art. 18.6 ppkt 2 SIWZ. Zgodnie z wykazem usług stanowiącym załącznik nr 4 Konsorcjum — Lider G. M. wskazała usługi referencyjne na pakiet 4 opiewające łącznie na kwotę 3.112.375,54 zł w tym 741.561,01 zł za usługi świadczone w 2013 r. na rzecz Nadleśnictwa Cybinka. Przy założeniu, że konsorcjanci „DOMIX" D. K. oraz „Przedsiębiorstwo Leśne B. K." podzielili się realizacją zamówienia z 2013 r. po połowie, to DOMIX D. K. w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Nadleśnictwo Mysłowice mógł przedstawić do zaksięgowania kwotę usług brutto 370.780,05 zł a nie 741.561,01 zł. Wówczas usługi na kwotę 2.741.159,49 zł dawałyby konsorcjum GM jedynie 5 pkt za doświadczenie wykonawcy.

Następstwem tej operacji było przyznanie zgodnie z wykazem punktacji, dodatkowych 5 punktów za doświadczenie Wykonawcy, w istocie nienależnych. Ponadto jako, że zgodnie z powiadomieniem z dnia 16.02.2015 r. Liderowi Konsorcjum M. B. przyznano za pakiet 4 łącznie 90,00 pkt a Konsorcjantowi G. M. 92,80 pkt, wywołała ona wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza dla Zamawiającego. Gdyby Zamawiający dokonał oceny usług referencyjnych bez zaliczania usług „Przedsiębiorstwa Leśnego B. K." na pakiet 4 przyznałby łącznie 87,80 pkt Liderowi Konsorcjum GM, co przesądziłoby o wyborze oferty Lidera Konsorcjum MB na pakiet 4. W konsekwencji uznać należy, że wybór oferty Lidera Konsorcjum GM został dokonany z naruszeniem art 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 PZP.

Odwołujący wskazał następnie, że reguła komplementarności dotyczy jedynie Konsorcjantów ubiegających się wspólnie o realizację konkretnego zamówienia, a nie podmiotów, których kiedykolwiek wcześniej łączyło porozumienie wynikające z umowy konsorcjum. Nie występuje on jedynie po stronie uprawnień członków konsorcjum. Po stronie obowiązków jej przejawem jest solidarna odpowiedzialność wszystkich podmiotów ubiegających się o konkretne zamówienie za wykonanie robót, bądź usług będących przedmiotem zamówienia. Zgodnie z art. 141 PZP odpowiedzialność ta rozciąga się także na udzielenie zabezpieczenia. Przedmiotowa regulacja chroni zamawiającego bowiem *„zwiększa prawdopodobieństwo należytego zaspokojenia jego interesów w postaci wykonania umowy lub - w razie jej niewykonania lub nienależytego wykonania - w postaci odszkodowania za powstałą szkodą"* (S. Babiarz, S. Czarnik „Prawo Zamówień publicznych" *Komentarz* 2013 r. Lexis.pl, art. 141 PZP, t. 9.). Wynika to z konstrukcji odpowiedzialności solidarnej przyjętej przez prawodawcę w art. 366 KC. Funkcjonalny charakter art. 141 PZP przesądza o jego bezwzględnie obowiązującym charakterze (Tak, również S. Babiarz, S. Czarnik „Prawo Zamówień publicznych" *Komentarz* 2013 r. Lexis.pl, art. 141 PZP, t. 9 i 10 podnosząc, że

ewentualne zasady rozliczeń pomiędzy Wykonawcami z tytułu odpowiedzialności wobec Zamawiającego nie wywierają wpływu na uprawnienia Zamawiającego wynikające z odpowiedzialności solidarnej Konsorcjantów). Przyjąć należy, że regulacja ta ma charakter normy *lex specjalis* w stosunku do art. 366. Wykonawcy w rozumieniu art. 23 ust. 1 PZP nie mogą zgodnym oświadczeniem woli, w szczególności wyrażonym w umowie konsorcjum wyłączyć ani zmodyfikować odpowiedzialności solidarnej wobec Zamawiającego. Tak długo jak Wykonawców łączy stosunek zobowiązaniowy z Zamawiającym powstały na podstawie umowy zawartej w trybie przetargowym, tak długo reguła solidarnej odpowiedzialności obciąża Wykonawców i to niezależnie od lub wbrew ich woli. Ewentualna umowa konsorcjum wprowadzająca regułę odpowiedzialności indywidualnej nie wywiera wpływu na solidarny charakter odpowiedzialności wobec Zamawiającego, ani na jego uprawnienia wobec Wykonawców. Należy zauważyć, że Zawarcie porozumienia konsorcjalnego nie powoduje powstania nowego podmiotu, który realizowałby swoje prawa i obowiązki wobec Zamawiającego. Dlatego też z mocy art. 141 PZP w aspekcie odpowiedzialności wszyscy członkowie konsorcjum traktowani są jako jeden podmiot. Podkreślenia wymaga, że reguła odpowiedzialności solidarnej na gruncie PZP jest rozumiana szeroko i dotyczy odpowiedzialności z jakiegokolwiek tytułu związanego z postępowaniem (np. obowiązek wniesienia wadium) jak i udzielonym już zamówieniem (np. odpowiedzialność za nienależyte wykonanie zobowiązania, korzystanie ze środków ochrony prawnej).

Powracając do strony uprawnień wynikających reguły komplementarności *a contrario* należy stwierdzić, iż skoro od strony obowiązków prawodawca traktuje Konsorcjantów jako jeden podmiot to przyjąć należy, iż również w zakresie uprawnień Wykonawcy powinni być tak traktowani. W szczególności w zakresie badania spełnienia warunków udziału w

postępowaniu. Takie też stanowisko wyraziła KIO w uchwale z dnia 13 maja 2011 r. KIO/KU 41/11 stwierdzając, iż: „Konsorcjum *biorące udział w postępowaniu, co do zasady winno być traktowane - w odniesieniu do warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy - Prawo zamówień publicznych – jak jeden podmiot dysponujący określonym potencjałem w zakresie 1) technicznym, 2) kadrowym, 3) wiedzy i doświadczenia oraz 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej, na który składa się potencjał poszczególnych członków konsorcjum. Tylko wówczas zachowany zostanie sens przepisów dopuszczających wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, a interpretacja przeciwna podważałaby ratio legis art. 23 ustawy PZP."* Nie jest zatem konieczne aby każdy z poszczególnych członków konsorcjum spełniał zupełnie, wszelkie warunki udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 22 ust. 1 PZP. Reguła komplementarności w świetle SIWZ została poszanowana przez Zamawiającego jedynie w zakresie dotyczącym: *1) „dysponowania osobą legitymującą się specjalistycznym*

wykształceniem leśnym w postaci - ukończonych studiów wyższych o kierunku leśnictwo, wykształceniem średnim *o kierunku leśnictwo, studium zawodowym* świadczenia *usług na rzecz leśnictwa" oraz 2) dysponowania harwesterem.* W świetle całokształtu postanowień SIWZ jedynie w tych dwóch przypadkach nie jest wymagane aby każdy Wykonawca z osobna spełniał warunki udziału w postępowaniu przetargowym w rozumieniu art. 22 ust 1 PZP. Takie ukształtowanie postanowień SIWZ jest wadliwe i musi spotkać się z zarzutem niezgodności z regulacjami PZP, z którymi muszą być zgodne pod rygorem nieważności. W wypadkach takich w miejsce postanowień SIWZ dotkniętych nieważnością zastosowanie znajdują regulacje PZP.

W rozpatrywanym stanie faktycznym postanowienie art. 18.6 ppkt SIWZ w zakresie w jakim wyłącza możliwość powołania się łącznie na usługi referencyjne świadczone przez wszystkich członków Konsorcjum w ofercie na dany pakiet jest niezgodne z art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 5 w zw. z art. 23 ust. 1, art. 141 Pzp. Nie ulega wątpliwości, że art. 21 Pzp pomimo niedookreślonego charakteru art. 22 ust 1 pkt 1-3 Pzp (S. Babiarz, S. Czarnik „Prawo Zamówień publicznych" *Komentarz* 2013 r. Lexis.pl, art. 22 PZP, t. 3.) jest przepisem bezwzględnie obowiązującym. Na Zamawiającym ciąży obowiązek doprecyzowania warunków stawianych Wykonawcom rywalizującym w postępowaniu przetargowym. Realizacja tego obowiązku nie może jednakże prowadzić do ograniczania praw przysługującym Wykonawcom wynikających z przepisów również o charakterze *ius cogens.* W szczególności praw wynikających z reguły wzajemnej komplementarności praw i obowiązków członków konsorcjum, którą wyraża art. 23 ust. 4 w zw. z art. 141 Pzp.

Podkreślenia wymaga, że możliwość łącznego powołania na usługi referencyjne przez Wykonawców w rozumieniu art. 23 ust. 1 PZP jest cechą konstrukcyjną łączącego ich porozumienia konsorcjum, podobnie jak cechą taką jest odpowiedzialność solidarna wobec Zamawiającego zarówno za wykonanie umowy jak i wniesienie zabezpieczenia jej wykonania. Pomimo, iż regulacje Pzp skonstruowane są w oparciu o administracyjno-prawną metodę regulacji, to stosunek prawny powstały w wyniku zawarcia umowy przez Zamawiającego z Wykonawcą (Konsorcjum) jest stosunkiem cywilnym, zakładającym równorzędność stron kontraktu. Natomiast w toku postępowania przetargowego jak i jego przygotowania Zamawiający związany jest normami bezwzględnie obowiązującymi w szczególności art. 7 ust 1, traktującym o równorzędności Wykonawców jak i uczciwej konkurencji. Symptomatyczne w rozpatrywanym stanie faktycznym jest to, że Zamawiający kwalifikuje usługi referencyjne na rzecz jednego z Konsorcjów, świadczone przez podmiot, który nie wchodzi w jego skład ani nie uczestniczy w postępowaniu (niejako dokonując „rozszerzającej wykładni" reguły komplementarności Wykonawców) i to wbrew postanowieniom SIWZ, które sam ustanowił (art. 7.5 SIWZ), a jednocześnie odmawia drugiemu Konsorcjum prawa do łącznej kwalifikacji usług

referencyjnych na poszczególne pakiety zamówienia (niejako dokonując „zawężającej wykładni" reguły komplementarności Wykonawców). W świetle powyższego ewidentnym jest, że Zamawiający dokonał samowolnej kwalifikacji referencji w zakresie dotyczącym doświadczenia Wykonawców.

Prawo Konsorcjantów w zakresie łącznego powołania usług referencyjnych nie mogą być naruszane przez Zamawiającego, podobnie jak prawa Zamawiającego wynikające odpowiedzialności solidarnej nie mogą być naruszane przez Wykonawców. Zauważyć należy, że na gruncie obowiązujących przepisów PZP nie ma regulacji zakazujących możliwości

łącznego powołania się na usługi referencyjne. Przeciwnie art. 23 PZP skłonił KIO do rozumienia art. 22 ust. pkt 2-4 jako katalog podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, którym uczynienie zadość przez Konsorcjantów może nastąpić łącznie zwłaszcza w zakresie wiedzy i doświadczenia . KIO w uchwale z dnia 13 maja 2011 r. nakazuje traktować Wykonawców zrzeszonych w konsorcjum jako jeden podmiot podkreślając, że przeciwne rozumienie porozumienia wykonawców godziłoby w samą istotę (naturę) porozumienia konsorcjalnego: „tylko *wówczas zachowany zostanie sens przepisów dopuszczających wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia (...)* Zamawiający przy tym nie ma możliwości wyłączenia uprawnień przysługujących Konsorcjantom postanowieniami SIWZ. Postanowienia te mają jedynie charakter „uszczegóławiający" a nie „szczególny" w stosunku do art. 22 ust. 1. PZP, nie są bowiem normami prawnymi. Modyfikacje w tym zakresie mogą wynikać jedynie z przepisów szczególnych rangi ustawowej, ich dokonywanie przeciw normą bezwzględnie obowiązującym stanowi obrazę prawa. Bez znaczenia przy tym pozostaje dla praw Wykonawców, fakt nieskorzystania z trybu postępowania wyjaśniającego zgodnie z art. 38 Pzp. Regulacja ta nie przewiduje jakichkolwiek sankcji za nie podniesienie zarzutów wobec postanowień SIWZ.

Koncepcje pojawiające się w orzecznictwie KIO uznające możliwość swobodnego kształtowania warunków udziału w postępowaniu należy traktować z głęboką rezerwą z uwagi na możliwość naruszania praw uczestników postępowania oraz naruszanie norm bezwzględnie obowiązujących przyznających prawa uczestnikom postępowania przetargowego. Nie ulega w orzecznictwie wątpliwości, że postanowienia SIWZ nie mogą być niezgodne z normami bezwzględnymi PZP. W konsekwencji postanowienia 7.5 oraz 18.6 ppkt 2 nie mogły stanowić dla KIO podstawy rozstrzygnięcia.

Wobec powyższego trudno zgodzić się z zarzutem posłużenia się przez Konsorcjum MB tymi samymi usługami wyrażonymi w wyroku KIO z dnia 26 stycznia 2014 r. w niniejszej sprawie (Wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2015 r. sygn. Akt KIO 4/15, 5/15). Poszczególni Wykonawcy jako członkowie Konsorcjum mieli prawo do komplementarnego posłużenia się

---

referencjami przysługującymi wszystkim pozostałym członkom. Prawo to przysługuje Konsorcjantom do sumy poświadczonych usług referencyjnych wynoszącej 17.796.133,54 zł dla Konsorcjum MB. Z tego powodu bezzasadne było wezwanie Zamawiającego z dnia 27 listopada 2014 r. dotyczące złożenia wyjaśnień przez Lidera Konsorcjum MB. Istotnie, jak podniesiono w wyroku z dnia 26 stycznia 2015 r. początkowy sposób kwalifikacji usług referencyjnych nie był zgodny z postanowieniami SIWZ. Jednakże dla oceny skuteczności złożonej oferty w postępowaniu przetargowym miarodajne jest jej zgodność z prawem, a nie z postanowieniami SIWZ. Postanowienia SIWZ jak wykazano, były z prawem niezgodne z uwagi na naruszenie reguły komplementarności wynikającej z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 1 oraz art. 141 Pzp, które jako normy bezwzględnie obowiązujące przesądzają o ich nieważności. W konsekwencji postanowienia art 7.5 oraz 18.6 ppkt 2 SIWZ uznać należy za niewiążące zarówno dla Wykonawców jak i Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że zaznaczenia wymaga, że postanowienia SIWZ formułujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP) mają jedynie na celu zbadanie czy Wykonawca będzie zdolny do wykonania umowy. Postanowienia w tym przedmiocie powinny być dostosowane do rodzaju oraz wielkości przedmiotu zamówienia. W żadnym wypadku, niezależnie od przyjętej linii orzeczniczej, nie można uznać kompetencji Zamawiającego do naruszania praw Wykonawców poprzez samowolne kształtowanie ich treści. Słusznie Lider Konsorcjum MB w piśmie z dnia 27 stycznia 2015 r. podnosił, iż każdy członek Konsorcjum miał prawo posłużenia się usługami referencyjnymi na wartość 17.948.310,07 zł brutto stanowiącymi sumę wartości usług referencyjnych świadczonych przez wszystkich członków za lata 2012-2014. Zamawiający przy ponownej ocenie i wyborze najkorzystniejszej oferty winien w wykonaniu wyroku KIO z dnia 26 stycznia 2015 r. dokonać kwalifikacji usług na doświadczenie z zachowaniem praw wynikających z reguły komplementarności niezależnie od postanowień art. 7.5 oraz 18.6 ppkt 2 SIWZ. Jako, że nie są one zgodne z art. 22 ust. 1 Pzp Zamawiający miał prawo a wręcz obowiązek weryfikacji wadliwie dokonanej czynności. Nie ma znaczenia fakt, iż postanowienia SIWZ nie były skarżone uprzednio przez Konsorcjum MB. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 30 października 2012 r.: *"W toku ponownej oceny ofert Zamawiający zobowiązany jest ocenić oferty od początku z uwzględnieniem wszystkich okoliczności, również tych, których zarzuty w odwołaniu nie obejmowały".*

Odwołujący podkreślił końcowo, że gdyby Zamawiający dokonał oceny wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu z zachowaniem praw Konsorcjantów oraz bez nadużycia reguły komplementarności nie dopuściłby się naruszenia art. 7 ust. 1 PZP. Wówczas bowiem referencje ocenione zostałyby z zachowaniem równego traktowania

uczestników postępowania przetargowego oraz nie miałoby miejsca stronnicze ich traktowanie.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości, obciążenie Odwołującego kosztami postępowania oraz dopuszczenie dowodu z akt sprawy KIO 4/15, KIO 5/15. Zamawiający wskazał, że brak jest podstaw do dokonania ponownej oceny ofert w zakresie złożonego odwołania do pakietów o nr 4, 5, 8, 9, 11 i 13 i dokonania wyboru ofert najkorzystniejszych odmiennie niż rozstrzygnięto w ogłoszeniu Zamawiającego z dnia 16 lutego 2015 r. Zaprzeczono naruszeniu art. 7 ust. 1 Pzp, albowiem Zamawiający dokonał powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców, gdyż:

1) SIWZ nie zawiera postanowień sprzecznych z prawem, gdyż w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 4/15, KIO 5/15, SIWZ podlegała szczegółowej ocenie. Izba nie stwierdziła naruszenia prawa ani w zapisach warunków udziału w postępowaniu, tj. w zapisach pkt 7.5 SIWZ, ani kryteriach oceny ofert zawartych w pkt 18.6 ppkt 2 SIWZ,
2) Zamawiający dokonał prawidłowej oceny referencji przedłożonych przez Odwołującego, jak i innych Wykonawców wraz z ich ofertami złożonymi na pakiety nr 4, 5, 8, 9, 11 i 13, albowiem przy ponownej ocenie kierował się tylko i wyłącznie wskazówkami KIO zawartymi w rozstrzygnięciach o sygn. akt KIO 4/15, KIO 5/15. Stąd zarzut bezprawności w tej sytuacji wydaje się całkowicie chybiony i pozbawiony logiki,
3) zachodziły podstawy do odmowy kwalifikacji referencji przedłożonych przez Odwołującego w pakietach nr 4, 5, 8, 9, 11 i 13, albowiem w przypadku kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia wykonawcy, skutek posłużenia się daną usługą chociażby dwukrotnie został określony w pkt 18.6 ppkt 2 SIWZ – i wobec tego usługa nie powinna być brana pod uwagę w żadnej części zamówienia, na którą została wskazana,
4) brak podstaw do przyjęcia naruszenia art. 22 ust. 1 Pzp i godzenie postanowieniami zawartymi w SIWZ w konstrukcję konsorcjum przyjętą przez ustawodawcę poprzez to, że oprócz kryterium oceny ofert w postaci „ceny" Zamawiający wprowadził „doświadczenie wykonawcy",
5) brak podstaw do przyjęcia naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp bowiem:
   a. wyboru najkorzystniejszych ofert w pakietach nr 4, 5, 8, 9, 11 i 13 dokonano z poszanowaniem prawa, jak i zapisów SIWZ, podobnie zresztą jak w pakiecie nr 6, gdzie wygrał Odwołujący,

   b. Zamawiający dokonał prawidłowej oceny referencji kierując się postanowieniami pkt 18.6 SIWZ.

W uzasadnieniu stanowiska Zamawiający wskazał na rozstrzygnięcie zapadłe w sprawie KIO 4/15, KIO 5/15. Podkreślono, że Zamawiający wykonał czynności zgodnie z wyrokiem, co wynika z protokołu z posiedzenia komisji Zamawiającego z dnia 13 lutego 2015 r. Zgodnie z ogłoszeniem o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty okazało się, że najkorzystniejszą ofertą w pakietach nr 4 i 5 jest oferta Konsorcjum-lider G. M., w pakiecie nr 6 oferta Odwołującego, a w pakietach nr 8, 9, 11 i 13 oferta ZUL P. M. . W ogłoszeniu Zamawiający podał streszczenie oceny i porównania złożonych ofert. Zgodnie z zapisami SIWZ pkt 18.5 Zamawiający przyjął dwa kryteria oceny ofert, a mianowicie cenę z wagą 90% oraz doświadczenie wykonawcy z wagą 10%. Zamawiający szczegółowo też określił, w jaki sposób będzie oceniał złożone oferty oraz to, że ocena ofert zostanie dokonania oddzielnie dla każdej części zamówienia. Wskazując także na art. 91 ust. 2 Pzp, Zamawiający podniósł, że zarzut Odwołującego odnoszący się do naruszenia art. 22 ust. 1 Pzp jest chybiony albowiem czym innym jest ustalenie warunków udziału w postępowaniu, a zupełnie czym innym ocena wyboru ofert w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert wynikających z art. 91

ust. 2 i 2a ustawy Pzp.

Podkreślono następnie, że zarzuty zawarte w odwołaniu w pkt 1 lit. a i b są wzajemnie sprzeczne i wykluczają się. Jedynie z tak ogólnie postawionego zarzutu w lit. a można domyślać się, iż chodzi o to, że jeżeli wykonawcy wchodzący w skład konsorcjum wykazali te same usługi na więcej niż jeden pakiet, a taka sytuacji miała właśnie miejsce przy ocenie wyboru najkorzystniejszych ofert na pakiety nr 4, 5, 8, 9, 11 i 13 w przypadku Odwołującego, gdzie zgodnie z zapisem pkt 18.6 SIWZ – Zamawiający nie wziął pod uwagę tej usługi lub usług przy ocenie oferty wykonawców w żadnym z pakietów.

Natomiast, jeśli chodzi o zarzut zawarty w pkt 1 lit. b odwołania, to należy stwierdzić, że D. K. wchodzący w skład konsorcjum firm wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – lider G. M. wykazał referencje dot. usług, które wykonywał w ramach konsorcjum firm z Przedsiębiorstwem Leśnym B. K. . Zgodnie z interpretacją KIO zawartą w wyroku KIO 4/15, KIO 5/15, każdy z wykonawców uczestniczących w wykonywaniu usług w ramach konsorcjum może korzystać z tak zdobytego doświadczenia w 100%, jeżeli jednak doszłoby do posłużenia się tym samym doświadczeniem przez tych wykonawców w ramach niniejszego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, to skutek będzie zgodny z zasadą ustaloną w pkt 18.6 SIWZ. Zatem o ile posłużenie się doświadczeniem zdobytym w ramach konsorcjum firm będzie de facto możliwe i dopuszczalne czego Zamawiający nie

kwestionował, to skutek oceny będzie w razie powtórzenia się tych samych usług zgodny z zasadą przyjętą przez Zamawiającego w pkt 18.6 SIWZ.

Zamawiający wskazał również, że opis dotyczący oceny punktowej zawarty w pkt 18.6 ppkt 2 SIWZ – Zamawiający będzie uwzględniał tylko usługi wykonane przez wykonawcę. W tym kryterium nie będzie uwzględnione doświadczenie podmiotów, które nie będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, a których doświadczenie, celem spełniania warunków udziału w postępowaniu, przedstawił wykonawca zgodnie z art. 26 ust. 2B Pzp – odnosi się do innej sytuacji, aniżeli zarzuca Odwołujący.

Zamawiający przytoczył brzmienie art. 26 ust. 2b Pzp oraz podniósł, że D. K. posiadał doświadczenie wymagane przez Zamawiającego w postępowaniu niezależne od doświadczenie wykonawcy B. K., który jako wykonawca wraz z D. K. wykonywał usługi w ramach założonego kiedyś przez nich konsorcjum. Dlatego nie było wymagane w tej sytuacji uczestniczenie B. K. w konsorcjum G. M. w celu wykazania się doświadczeniem D. K. . Zatem pogląd wyrażony w odwołaniu świadczy nie tylko o niezrozumieniu zapisów SIWZ przez Odwołującego, ale również art. 26 ust. 2b Pzp i jest całkowicie chybiony.

W toku rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Odwołujący wskazał m.in., że stan faktyczny nie budzi wątpliwości, natomiast wątpliwości dotyczą skutków prawnych tego stanu faktycznego. Argumentowano, że w niniejszej sprawie powstaje zagadnienie, czy w przypadku, gdy zamówienie zostało wykonane w ramach konsorcjum, gdzie współkonsorcjant nie bierze udziału w niniejszym postepowaniu, to czy profity z tego zamówienia (transfer doświadczenia) może zostać przeniesione na to postępowanie. W odniesieniu do powyższego zagadnienia i pakietu nr 4 Odwołujący wskazał, że jeżeli usługi były wykonane w ramach konsorcjum, a ówczesny współkonsorcjant (realizacja zadania z 2013 r.) nie występuje w tym postępowaniu, to usługi te nie mogą być brane pod uwagę. Jeżeli Zamawiający w SIWZ w pkt 18.6 ppkt 2 odniósł się do doświadczenia wykonawcy to oznacza, że dotyczy to tylko doświadczenia wykonawcy, który składa ofertę. Jednocześnie Odwołujący stwierdził, że doświadczenie wspólne z realizacji zadania z 2013 r. jest doświadczeniem wspólnym B. K. i D. K. . Doświadczenie wspólne nie może być jednak w tym przypadku podstawą do przyznania punktów, gdyż B. K. nie bierze udziału w tym postępowaniu, a Zamawiający punktował tylko doświadczenie wykonawcy składającego ofertę. W odniesieniu do pakietów 4, 5, 8, 9, 11 oraz 13 Odwołujący podkreślił, że w każdej tej części doszło do błędu Zamawiającego polegającego na tym, że wszystkie usługi wskazane przez Odwołującego nie zostały uwzględnione w kryterium doświadczenia wykonawcy, podczas gdy wszystkie te usługi powinny zostać uwzględnione. Jednocześnie, w toku rozprawy przyznano, że Odwołujący zgadza się z tezami zawartymi w uzasadnieniu wyroku o

sygn. akt KIO 4/15 i 5/15, a Zamawiający postępując zgodnie z rozstrzygnięcie poprzedniego

postępowania prawidłowo nie przyznał punktów w kryterium doświadczenie wykonawcy. Wskazano jednocześnie, że wyjaśnienia jakie zostały udzielone przez Odwołującego pismem z dnia 27.01.2015 r. zawierały istotne informacje, które nie były spóźnione. Nie były też one niedopuszczalne, ani nie modyfikowały treści oferty. Wykonawca złożył wyjaśnienia w ramach uprawnień zastrzeżonych przez Zamawiającego w SIWZ (pkt 18.7 i 18.8).

Zamawiający wskazał m.in., że Odwołujący nie zakwestionował rozstrzygnięcia w pakiecie nr 6, gdzie Zamawiający stosując te same zasady wybrał ofertę Odwołującego. W odniesieniu do pakietu nr 5 i 11 podkreślono, że oferta Odwołującego uzyskała mniej punktów niż oferta najkorzystniejsza. W tych pakietach Odwołujący uzyskał po 5 pkt w kryterium doświadczenie wykonawcy. Odnośnie kwestii „przejmowania" doświadczenia Zamawiający wskazał, że KIO w wyroku o sygn. akt KIO 4/15 i 5/15 wskazała, że jeżeli podwykonawca może wywodzić doświadczenie z tego względu, że realizował zadanie to tym bardziej współwykonawca może powoływać się na to doświadczenie, które uzyskał w ramach konsorcjum. To doświadczenie nie podlega dzieleniu, a wykonawca korzysta z niego w 100%. Wskazano, że Odwołujący po wyroku z poprzedniej sprawy wystosował pismo, w którym nakazał Zamawiającemu zastosowanie dla każdego członka konsorcjum dorobku 17 mln brutto z podzieleniem na 3 lata. Zamawiający podkreślił, że ocenie mogły podlegać jedynie dokumenty, które zostały złożone wraz z ofertami i tylko ewentualne wyjaśnienia i uzupełnienia mogły być brane pod uwagę. Ten etap jest już jednak zamknięty, a wniosek Odwołującego z 27 stycznia 2015 r. był wnioskiem spóźnionym. Wskazano również, że Zamawiający w całości wykonał orzeczenie KIO ze sprawy o sygn. akt KIO 4/15; 5/15 oraz kierował się zawartą tam oceną prawną. Podkreślono także, że wykonawca D. K. posiadał własne doświadczenie z realizacji usługi z 2013 roku i nie miał potrzeby korzystania z doświadczenia podmiotu trzeciego. Wskazano ponadto, że pismo Odwołującego z dnia 27.01.215 r. wpłynęło po wyroku Izby, Zamawiający nie zwracał się do Odwołującego o jakiekolwiek wyjaśnienia.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) G. M. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Jemioła" G. M., ul. Żeromskiego 19, 74-407 Boleszkowice (lider), 2) D. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „DOMIX" D. K., Osiecznica, ul. Konopnickiej 23, 66-600 Krosno Odrzańskie, 3) K. Ł. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Olcha" K. Ł., ul. Dworzec 8/4, 89-642 Rytel oraz wykonawca Zakład Usług Leśnych P. M., ul. Strażacka 17C, 66-015 Przylep. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika. Przystępujący popierali stanowisko Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie usług leśnych w Nadleśnictwie Mieszkowice z zakresu zagospodarowania lasu, pozyskania i zrywki drewna, a także szkółkarstwa w roku 2015.

Przedmiot zamówienia został podzielony na 14 części (zwane Pakietami), z których każdy stanowi przedmiot odrębnego postępowania (pkt 3.2 SIWZ).

Jeden wykonawca mógł złożyć ofertę na dowolną ilość Pakietów (pkt 3.9 SIWZ).

W ramach warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania spełnienia tych warunków Zamawiający określił wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia wskazując, że w odniesieniu do poszczególnych pakietów uzna go za spełniony jeżeli wykonawca: 1) w pakietach nr od 1 do 13 wykaże się wykonaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, prac polegających na jednoczesnym wykonywaniu usług z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 500 tys. zł brutto; 2) dla pakietu nr 14 wykaże się wykonaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, prac leśnych szkółkarskich polegających na wykonywaniu usług z zakresu leśnej gospodarki szkółkarskiej, na kwotę nie mniejszą niż 150 tys. zł brutto (pkt 7.3 SIWZ).

Zamawiający wskazał, że ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonania odrębnie dla każdego pakietu. Wykonawca nie może wskazać tych samych usług, osób, narzędzi, sumy ubezpieczenia oraz środków finansowych lub zdolności kredytowej dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w więcej niż w jednym pakiecie za wyjątkiem warunku dysponowania osobą legitymującą się specjalistycznym

wykształceniem „leśnym” (wyższe studia o kierunku leśnictwo, wykształcenie średnie o kierunku leśnictwo, studium zawodowe świadczenia usług na rzecz leśnictwa) oraz warunku dysponowania harvesterem. W przypadku, jeżeli wykonawca posłuży się tymi samymi zasobami w więcej niż jednym pakiecie, Zamawiający wezwie wykonawcę do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. W treści wyjaśnień wykonawca winien wykazać, w postępowaniu na który pakiet wykorzysta posiadane zasoby. Jeżeli wykonawca nie udzieli wyjaśnień w tym zakresie lub wyjaśnienia nie będą jednoznaczne, Zamawiający uzna, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu za pomocą ww. zasobów w żadnym z pakietów (pkt 7.5 SIWZ).

17

W ramach opisu sposobu przygotowania ofert Zamawiający określił, że wykaz usług (załącznik nr 4 do SIWZ), wykaz osób (Załącznik nr 5 do SIWZ) oraz wykaz narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia (Załącznik nr 6 do SIWZ) wykonawca powinien wypełnić oddzielnie dla każdego pakietu (pkt 13.3 SIWZ).

Zamawiający określił, że przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty stosować będzie kryteria oceny ofert opisane w SIWZ, w tym (na podstawie art. 5 ust. 1 Pzp) kryteria dot. właściwości wykonawcy. Oferty zostaną ocenione za pomocą poniższych kryteriów oceny ofert, którym przypisano następujące wagi procentowe: 1) cena usługi – 90%, 2) doświadczenie wykonawcy – 10%.

W ramach kryterium „doświadczenie wykonawcy” ocena ofert zostanie dokonana przy zastosowaniu następujących zasad:

W kryterium „doświadczenie wykonawcy” oceniane będzie posiadane przez wykonawcę doświadczenie mierzone wartością wykonanych usług w zakresie pozyskania i zrywki drewna oraz zagospodarowania lasu (w zł brutto) gdy oferta składana jest na pakiet nr 1-13, w przypadku składania ofert na pakiet nr 14 doświadczenie będzie mierzone wartością wykonanych usług z zakresu gospodarki szkółkarskiej (w zł brutto), wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.

Ocena punktowa wg kryterium „doświadczenie” zostanie dokonana na podstawie danych zawartych w „Wykazie usług” sporządzonych wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ oraz dowodów dokumentujących należyte wykonanie usług. Zamawiający będzie uwzględniał tylko usługi wykonane przez wykonawcę. W tym kryterium nie będzie uwzględnione doświadczenie podmiotów, które nie będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, a których doświadczenie, celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przedstawił wykonawca zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp.

W zależności od wartości wykonanych usług Zamawiający przyzna następującą ilość punktów: a) poniżej 1 mln zł brutto – 1 pkt, b) od 1 mln zł do 3 mln zł brutto – 5 pkt, 3) powyżej 3 mln zł brutto – 10 pkt.

Ocena ofert w kryterium „doświadczenie wykonawcy” zostanie dokonana odrębnie dla każdego pakietu. Wykonawca nie może wskazać tej samej usługi lub usług w ofercie na więcej niż jeden pakiet. Jeżeli wykonawca wskaże tę samą usługę lub usługi dla więcej niż jednego pakietu Zamawiający nie będzie brał pod uwagę tej usługi lub usług przy ocenie oferty wykonawcy w żadnym z pakietów (pkt 18.6 ppkt 2 SIWZ).

Odwołujący złożył ofertę na pakiety 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14.

W wykazach usług złożonych wraz z ofertą Odwołujący wskazał m.in.:

18

---

1) dla pakietu nr 1 usługi pozyskiwania i zrywki drewna oraz zagospodarowania lasu wykonane na rzecz Zamawiającego w okresach: 01-01-2012 r. do 31-12-2012 r.; 01-01-2013 r. do 31-12-2013 r.; 01-01-2014 r. do 31-10-2014 r. – o łącznej wartości 2.826.595,57 zł brutto. Do wykazu załączono referencję wystawioną przez Zamawiającego z dnia 19 listopada 2014 r. dla Zakładu Usług Leśnych M. B. .
2) dla pakietu nr 4 usługi pozyskiwania i zrywki drewna oraz zagospodarowania lasu wykonane na rzecz Zamawiającego w okresach: 01-01-2012 r. do 31-12-2012 r.; 01-01-2013 r. do 31-12-2013 r.; 01-01-2014 r. do 31-10-2014 r. – o łącznej wartości 2.826.595,57 zł brutto. Do wykazu załączono referencję wystawioną przez Zamawiającego z dnia 19 listopada 2014 r. dla Zakładu Usług Leśnych M. B. .
3) dla pakietu nr 5 usługi leśne wykonane na rzecz Zamawiającego w okresach: 01-01-

2012 r. do 31-12-2012 r.; 01-01-2013 r. do 31-12-2013 r.; 01-01-2014 r. do 31-10-2014 r. – o łącznej wartości 2.185.543,26 zł brutto. Do wykazu załączono referencję wystawioną przez Zamawiającego z dnia 19 listopada 2014 r. dla PHU Usługi Leśne R. D. .

4) dla pakietu nr 8 usługi pozyskiwania drewna wykonane na rzecz Zamawiającego w okresach: 01-01-2012 r. do 31-12-2012 r.; 01-01-2013 r. do 31-12-2013 r.; 01-01-2014 r. do 31-10-2014 r. – o łącznej wartości 2.710.154,18 zł brutto. Do wykazu załączono referencję wystawioną przez Zamawiającego z dnia 19 listopada 2014 r. dla PHU Z. P. .

5) dla pakietu nr 9 usługi pozyskiwania drewna wykonane na rzecz Zamawiającego w okresach: 01-01-2012 r. do 31-12-2012 r.; 01-01-2013 r. do 31-12-2013 r.; 01-01-2014 r. do 31-10-2014 r. – o łącznej wartości 2.710.154,18 zł brutto. Do wykazu załączono referencję wystawioną przez Zamawiającego z dnia 19 listopada 2014 r. dla PHU Z. P. .

6) dla pakietu nr 12 usługi pozyskiwania drewna wykonane na rzecz Zamawiającego w okresach: 01-01-2012 r. do 31-12-2012 r.; 01-01-2013 r. do 31-12-2013 r.; 01-01-2014 r. do 31-10-2014 r. – o łącznej wartości 2.710.154,18 zł brutto. Do wykazu załączono referencję wystawioną przez Zamawiającego z dnia 19 listopada 2014 r. dla PHU Z. P. .

7) dla pakietu nr 10 usługi zagospodarowania i użytkowania lasu wykonane na rzecz Zamawiającego w okresach: 01-01-2012 r. do 31-12-2012 r.; 01-01-2013 r. do 31-12-2013 r.; 01-01-2014 r. do 31-10-2014 r. – o łącznej wartości 2.092.804,09 zł brutto. Do wykazu załączono referencję wystawioną przez Zamawiającego z dnia 19 listopada 2014 r. dla Usługi Leśne K. Ł. .

---

8) dla pakietu nr 13 usługi zagospodarowania i użytkowania lasu wykonane na rzecz Zamawiającego w okresach: 01-01-2012 r. do 31-12-2012 r.; 01-01-2013 r. do 31-12-2013 r.; 01-01-2014 r. do 31-10-2014 r. – o łącznej wartości 2.092.804,09 zł brutto. Do wykazu załączono referencję wystawioną przez Zamawiającego z dnia 19 listopada 2014 r. dla Usługi Leśne K. Ł. .

9) dla pakietu nr 11 usługi zagospodarowania i użytkowania lasu wykonane na rzecz Zamawiającego w okresach: 01-01-2012 r. do 31-12-2012 r.; 01-01-2013 r. do 31-12-2013 r.; 01-01-2014 r. do 31-10-2014 r. – o łącznej wartości 2.205.264,25 zł brutto. Do wykazu załączono referencję wystawioną przez Zamawiającego z dnia 19 listopada 2014 r. dla Matimar S. L. .

10) dla pakietu nr 14 usługi gospodarki szkółkarskiej wykonane na rzecz Zamawiającego w okresach: 01-01-2012 r. do 31-12-2012 r.; 01-01-2013 r. do 31-12-2013 r.; 01-01-2014 r. do 31-10-2014 r. – o łącznej wartości 469.154,84 zł brutto. Do wykazu załączono referencję wystawioną przez Zamawiającego z dnia 19 listopada 2014 r. dla Matimar S. L. .

Konsorcjum GM złożyło ofertę m.in. na pakiet nr 4. W wykazie usług podano usługi o wartości 3.112.375,54 zł brutto, w tym ujęto usługi realizowane w okresie styczeń 2013 r. – grudzień 2013 r., styczeń 2014 r. – listopad 2014 r., na rzecz Nadleśnictwa Cybinka. Usługi za rok 2013 dla tego Nadleśnictwa podano w kwocie 741.561,01 zł brutto. Do wykazu załączono referencję, w której wskazano, że konsorcjum „Domix” D. K. oraz Przedsiębiorstwo Leśne B. K. zrealizowało usługi na kwotę łączną 741.561,01 zł brutto.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 25 listopada 2014 r.

Zamawiający – pismem z dnia 27 listopada 2014 r., działając na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 Pzp – wezwał Odwołującego do wyjaśnienia dokumentów oraz treści oferty – wykazów usług. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że wykonawca posłużył się tymi samymi zasobami w pakietach 1 i 4; 8, 9 i 12; oraz 10 i 13. Zamawiający zaznaczył, że zgodnie z pkt 7.5 SIWZ ocenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu zostanie dokonana odrębnie dla każdej części zamówienia. Podkreślił, że wykonawca nie może wskazać tych samych usług, osób, narzędzi, sumy ubezpieczenia oraz środków finansowych lub zdolności kredytowej dla spełniania warunków udziału w Postępowaniu dla więcej niż jednej części za wyjątkiem warunku dysponowania osobą legitymującą się specjalistycznym wykształceniem „leśnym” oraz warunku dysponowania harvesterem. W przypadku jeżeli wykonawca posłuży się tymi samymi zasobami w więcej niż jednym pakiecie, Zamawiający wezwie wykonawcę do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. W treści wyjaśnień

wykonawca winien wskazać na którą część wykorzysta posiadane zasoby.

W odpowiedzi – pismami z dnia 28 listopada 2014 r. – poszczególni członkowie Konsorcjum MB, których wykazów usług dotyczyło wezwanie Zamawiającego dokonali wskazania części zamówienia, na które wykorzystają wielokrotnie wskazane zasoby, załączając do złożonych wyjaśnień odpowiednio zmodyfikowane wykazy usług.

W odniesieniu do pakietów 10 i 13 członek konsorcjum ZUL K. Ł. wskazał, że posiadane zasoby wykazane w referencjach z dnia 19 listopada 2014 r. wykorzystuje: a) dla pakietu nr 13 - kwotę 713.337,58 zł (wartość usług za 2012 r.) oraz kwotę 315.117,09 zł (wartość usług za 2013 r.), b) dla pakietu nr 10 – kwotę 600.000 zł (pozostała część wartości usług za 2013 r.) oraz kwotę 464.349,42 zł (wartość usług za 2014 r.).

W odniesieniu do pakietów 8, 9 i 12 członek konsorcjum PHU „Zygmunt" Z. P. wskazał, że posiadane zasoby wykorzystuje: a) dla pakietu nr 8 – kwotę 656.765,36 zł (wartość usług za 2014 r.), b) dla pakietu nr 9 – kwotę 1.371.266,58 zł (wartość usług za 2013 r.), c) dla pakietu nr 12 – kwotę 682.122,24 zł (wartość usług za 2012 r.).

W odniesieniu do pakietów nr 1 i 4 lider konsorcjum ZUL M. B. wskazał, że posiadane zasoby wykorzystuje: a) dla pakietu nr 1 – kwotę 710.051,19 zł (wartość usług za 2014 r.), b) dla pakietu nr 4 – kwotę 2.116.544,38 zł (suma wartości usług za 2012 i 2013 r.).

Na podstawie powyższych informacji Zamawiający dokonał następnie oceny złożonych przez Odwołującego ofert, przyznając punkty w kryterium doświadczenie wykonawcy (protokół z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 23 grudnia 2014 r. wraz z załącznikiem).

W pakiecie nr 1 Zamawiający przyznał Odwołującemu w ramach kryterium doświadczenia wykonawcy: 1 pkt (zgodnie z wartością podaną przez Odwołującego wskutek wezwania, tj. 710.051,19 zł), w pakiecie 4 – 5 pkt (zgodnie z z wartością podaną przez Odwołującego wskutek wezwania, tj. 2.116.544,38 zł).

W pakiecie nr 8 Zamawiający przyznał Odwołującemu w ramach kryterium doświadczenia wykonawcy: 1 pkt (zgodnie z z wartością podaną przez Odwołującego wskutek wezwania, tj. 656.765,36 zł); w pakiecie nr 9 – 5 pkt (zgodnie z wartością podaną przez Odwołującego wskutek wezwania, tj. 1.371.266,58 zł); w pakiecie nr 12 – 1 pkt (zgodnie z wartością podaną przez Odwołującego wskutek wezwania, tj. 682.122,24 zł).

W pakiecie nr 10 Zamawiający przyznał Odwołującemu w ramach kryterium doświadczenia wykonawcy: 5 pkt (zgodnie z z wartością podaną przez Odwołującego wskutek wezwania, tj. 1. 064.349,42 zł), a w pakiecie nr 13 – 5 pkt (zgodnie z wartością podaną przez Odwołującego wskutek wezwania, tj. 1.028.454,67 zł).

Pismem z dnia 23 grudnia 2014 r. Zamawiający powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazując, że dla pakietów nr 1, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13 i 14 wybrał ofertę złożoną przez Odwołującego. Zamawiający powiadomił jednocześnie o

wykluczeniu Przystępujących. Powyższa czynność zaskarżona została odwołaniami, które zostały połączone do wspólnego rozpoznania pod sygn. akt KIO 4/15 i KIO 5/15.

W odwołaniu o sygn. akt KIO 4/15 ówczesny Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia z liderem G. M. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Jemioła" – podniósł m.in., że niesłusznie odrzucona oferta złożona przez niego na część 4 zamówienia jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryterium „doświadczenie wykonawcy". Podniesiono, że ocena ofert w kryterium „doświadczenie wykonawcy" została dokonana odrębnie dla każdej części zamówienia. Wykonawca nie mógł wskazać tej samej usługi lub usług w ofercie na więcej niż jedną część, w przeciwnym razie Zamawiający nie brał pod uwagę tej usługi lub usług przy ocenie oferty w żadnym z pakietów. Ponadto, w pkt 18.7 SIWZ Zamawiający wskazał również, że niezłożenie wykazów lub dowodów, o których mowa w pkt 18.6 SIWZ lub złożenie dokumentów niekompletnych, uniemożliwiających Zamawiającemu ocenę ofert w danym kryterium skutkować będzie nieprzyznaniem punktów w ramach tego kryterium. Argumentowano także, że z protokołu komisji przetargowej z dnia 25 listopada 2014 r. oraz wezwania do złożenia wyjaśnień Konsorcjum MB (Odwołujący w niniejszej sprawie) wynika, że dla części 1, 4, 8, 9, 12 oraz 10, 13 w wykazach usług, posłużyło się tymi samymi zasobami w więcej niż jednym pakiecie i zostało wezwane do złożenia wyjaśnień na którą część wykorzysta posiadane zasoby. Dalej podniesiono, że Zamawiający w ramach kryterium „doświadczenie wykonawcy" przyznał

Konsorcjum MB punkty w częściach 1, 4, 8, 9, 10, 12, 13, mimo iż pkt 18.6 oraz 18.7 SIWZ wyraźnie mówi o nieprzyznaniu wykonawcy punktów w ramach tego kryterium w żadnym z pakietów. Stwierdzono również, że wyjaśnienia Konsorcjum MB posłużyły takiemu dopasowaniu oferty, aby pozyskać najkorzystniejsze wyniki punktowe w poszczególnych częściach zamówienia, co narusza ustawowy zakaz prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji w zakresie treści złożonej oferty. W konkluzji odwołujący ze sprawy o sygn. akt KIO 4/15 (Przystępujący w niniejszej sprawie) podniósł, że Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co znalazło odzwierciedlenie w zarzutach odwołania. W zakresie żądań wniesiono m.in. o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 4 i 5.

W odwołaniu o sygn. akt KIO 5/15 Odwołujący zaznaczył, że złożona przez niego oferta w częściach 6, 8, 9, 11 i 13 zamówienia jest ofertą najkorzystniejszą w świetle ustanowionych kryteriów. W zakresie oceny oferty Konsorcjum MB ówczesny Odwołujący (Przystępujący w niniejszej sprawie – wykonawca PM) powtórzył argumentację zawartą w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 4/15. Stwierdził, że Konsorcjum MB dostało od Zamawiającego szansę na dopasowanie wskazanych w wykazach usług zamówień do klasyfikacji ofert, tak aby złożone

przez nie oferty uzyskały największą liczbę punktów, co wyjaśnił na przykładzie klasyfikacji ofert złożonych na część 9 zamówienia.

Wyrokiem z dnia 26 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 4/15; KIO 5/15, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w częściach 4, 5, 6, 8, 9, 11, 13 zamówienia, unieważnienie czynności wykluczenia Przystępujących z postępowania oraz dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru ofert najkorzystniejszych w częściach 4, 5, 6, 8, 9, 11, 13 zamówienia. W uzasadnieniu wyroku, w zakresie nieprawidłowej oceny oferty złożonej przez Konsorcjum MB, Izba wskazała, że – zestawiając treść postanowienia pkt 7.5 i 18.6 ppkt 2) SIWZ – doszła do wniosku, że o ile Zamawiający miał prawo wezwać Konsorcjum MB, w ramach dokonywania oceny spełniania przez nie warunków udziału w postępowaniu, do zadeklarowania na którą część zamówienia wykorzysta zasoby wskazane w poszczególnych wykazach usług, o tyle na podstawie tych deklaracji nie mógł przyznawać Konsorcjum MB (Odwołującemu w niniejszej sprawie) punktów w ramach kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia wykonawcy. Postanowienie pkt 7.5 SIWZ odnosiło się wyłącznie do warunków udziału w Postępowaniu, co *explicite* wynika zarówno z jego umiejscowienia w treści SIWZ (pkt 7 – „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków"), jak i z treści samego postanowienia. W przypadku kryterium oceny oferty w postaci doświadczenia wykonawcy, skutek posłużenia się daną usługą chociażby dwukrotnie został określony w pkt 18.6 ppkt 2) SIWZ (ostatni akapit) – usługa ta nie powinna być brana pod uwagę w żadnej z części zamówienia, na którą została wskazana i nie było tu możliwości wezwania do wyjaśnienia treści oferty, jak to *de facto* uczynił Zamawiający powołując się w treści wezwania z dnia 27 listopada 2014 r. na przepis art. 87 ust. 1 Pzp. Przeciwne zapatrywanie prowadzić mogłoby do manipulowania wynikami Postępowania w poszczególnych częściach zamówienia, ponieważ wezwany wykonawca mógłby dopasowywać usługi do swoich potrzeb (punktacji w poszczególnych częściach zamówienia). Oznacza to, że we wszystkich częściach, w związku z którymi Przystępujący (Odwołujący w niniejszej sprawie) złożył wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 listopada 2014 r. nie powinien on w ogóle otrzymać punktów w kryterium doświadczenie wykonawcy, bowiem jest to sprzeczne z postanowieniami SIWZ, którymi zarówno Zamawiający, jak i uczestnicy postępowania są związani. W konsekwencji Izba uznała, że zaskarżone czynności stanowiły naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp. Mając na względzie fakt, że odwołania dotyczyły części zamówienia, na które oferty złożyli Odwołujący Izba orzekła o unieważnieniu wyników postępowania w ich zakresie, przy czym Zamawiający winien zrewidować wyniki Postępowania także w odniesieniu do części, których wyniki nie były zaskarżone, a w których

doszło do przyznania Przystępującemu punktów z uwzględnieniem złożonych przez niego wyjaśnień.

Pismem z dnia 27 stycznia 2015 r. Odwołujący wniósł do Zamawiającego o uwzględnienie w postępowaniu doświadczenia Odwołującego mierzonego wartością

wykonanych usług w zakresie pozyskiwania i zrywki drewna oraz zagospodarowania lasu w okresie ostatnich trzech lat, w rozbiciu na lata 2012, 2013, 2014 na każdego członka konsorcjum. Podkreślono, że doświadczenie każdego członka konsorcjum jest doświadczeniem konsorcjum. Jest ono niepodzielne i stanowi indywidualne portfolio każdego członka konsorcjum. Każdy członek konsorcjum powinien posiadać dorobek na wartość 17 948 310,07 zł brutto odzwierciedlający całkowitą sumę świadczeń konsorcjum z lat 2012, 2013, 2014. Wskazano również m.in., że jeżeli jednej z wykonawców posługuje się „doświadczeniem" będącym doświadczeniem jego podwykonawców, jak również ten sam podwykonawca ubiegający się o zamówienie wykazuje się tym samym doświadczeniem, to również każdy z osobna członek konsorcjum ma prawo do całkowitego doświadczenia konsorcjum. Końcowo, z uwagi na fakt, iż Zamawiający oraz Wystawca referencji to ten sam podmiot, Odwołujący wniósł o uwzględnienie dorobku dla każdego członka konsorcjum na ww. wartość w odpowiednim podzieleniu tej wartości na ostatnie trzy lata, zgodnie z wypracowanym dorobkiem konsorcjum w każdym roku.

Pismem z dnia 16 lutego 2015 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty, wskazując, że na pakiet nr 6 wybrał ofertę Odwołującego, na pakiety nr 4, 5 ofertę Przystępującego GM, zaś na pakiety nr 8, 9, 11, 13 ofertę Przystępującego PM. Zamawiający w kryterium „doświadczenie wykonawcy" nie przyznał Odwołującemu punktów w pakietach nr 4, 8, 9, 13.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp. Pomimo faktu, że Odwołujący w istocie poddał ponownej ocenie Izby kwestie odnoszące się do zasad przyznawania punktów w kryterium „doświadczenie wykonawcy", w tym kwestie związane ze sposobem oceny przez Zamawiającego oferty Odwołującego, w ramach ponownego badania ofert, to w okolicznościach niniejszej sprawy, mając na uwadze postawione w odwołaniu zarzuty, sposób ich sformułowania oraz ich uzasadnienie, nie zaistniały podstawy do odrzucenia odwołania, gdyż żadna z przesłanek określonych w art. 189

---

ust. 2 Pzp nie została wypełniona w sposób całościowy. Obok zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, Odwołujący powołał także zarzuty dotyczące postanowień wprowadzonych do treści SIWZ, podnosząc sprzeczność tych zarzutów z przepisami prawa, co z kolei miało, w ocenie Odwołującego, uzasadniać odstępstwo od stosowania tych postanowień, bez względu na fakt, że Odwołujący wcześniej nie skarżył treści SIWZ, a w dodatku na etapie postępowania, kiedy Zamawiający przyznał Odwołującemu punkty pomimo powtórzenia usług w poszczególnych pakietach – Odwołujący (jako Przystępujący w sprawie o sygn. akt KIO 4/15, 5/15) argumentował, iż postępowanie prowadzone jest zgodnie z przepisami prawa, w tym z zasadą równości.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania, Izba uznała, że **odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

W ocenie Izby żaden z zarzutów odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że na obecnym etapie postępowania, po czynności wyboru najkorzystniejszych ofert, nie mogły odnieść skutku zarzuty skierowane w istocie wobec treści SIWZ. Wykonawca ma prawo kwestionować postanowienia specyfikacji na właściwym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej ustawodawca, na gruncie ustawy Pzp, nakazał, aby wszystkie czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie, wykonywać jednocześnie, dotyczy to zwłaszcza zgłaszania zarzutów wobec podejmowanych czynności i/lub zaniechań zamawiającego. Tym samym niedopuszczalna jest sytuacja, w której profesjonalny wykonawca przywołuje w odwołaniu okoliczności znane (lub możliwe do ustalenia, przy zachowaniu należytej staranności) na wcześniejszym etapie postępowania, których nie kwestionował w drodze dostępnych mu środków ochrony prawnej. W sprzeczności z zasadą koncentracji byłoby przyzwolenie, aby istniejące uprzednio okoliczności, co do których wykonawca powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł, co najmniej

powziąć wiadomość, służyły za podstawę do wnoszenia odwołania na późniejszym etapie postępowania.

Zdaniem składu orzekającego Izby należy także krytycznie ocenić taktykę procesową wykonawcy, który na etapie po wyborze najkorzystniejszej oferty podejmuje próbę przeforsowania własnego rozumienia treści SIWZ, odpowiadającego tylko jego ofercie – pozostającego przy tym w jawnej sprzeczności z treścią specyfikacji, jak również oceną

prawną wyrażoną przez Krajową Izbę Odwoławczą w orzeczeniu, którego Odwołujący, pomimo posiadania takiego prawa, nie kwestionował.

W konsekwencji, jeżeli w ocenie Odwołującego postanowienia SIWZ, które obecnie – zgodnie z ich treścią – zostały prawidłowo zastosowane, naruszały przepisy ustawy Pzp lub przepisy innych ustaw, to miał on prawo zakwestionować treść specyfikacji na wcześniejszym etapie postępowania. Jeżeli tego nie uczynił to jest związany treścią specyfikacji. Ponadto, jeżeli Odwołujący, nie zgadzał się z oceną prawą wyrażoną w uzasadnieniu wyroku o sygn. akt KIO 4/15, KIO 5/15, w tym z wyrażoną przez Izbę zasadą, co do tego, jak Zamawiający powinien przyznawać, w tym Odwołującemu, punkty w kryterium „doświadczenie wykonawcy", to dysponował prawem zaskarżenia tego orzeczenia, z którego to prawa nie skorzystał. Tym samym przedstawiane obecnie wywodów odnośnie tego, w jaki sposób Zamawiający powinien punktować ofertę Odwołującego w kryterium „doświadczenie wykonawcy" należało uznać za argumentację powtórzoną, spóźnioną i w istocie – z uwagi na nie skorzystanie z prawa skargi, w ramach której tego rodzaju okoliczności mogłyby być podnoszone – za niedopuszczalne.

Należy wskazać, że ustawodawca stworzył dla wykonawców, na gruncie Pzp, możliwie szeroki wachlarz środków ochrony swojego interesu. Jeżeli wykonawca rezygnuje z ich podjęcia we właściwym czasie, to na dalszym etapie postępowania nie powinien rościć prawa do „narzucania" zamawiającemu własnej, odpowiadającego tylko jego ofercie, wykładni treści SIWZ. Jest to tym bardziej uzasadnione w sytuacji nie przedłożenia rzeczowych dowodów dla poparcia stawianych tez. W konsekwencji krytycznie należało ocenić zarzuty dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1 Pzp, z uwagi na wprowadzenie postanowień SIWZ, które obecnie zostały prawidłowo zastosowane przez Zamawiającego, zgodnie z zasadami wyrażonymi od początku w treści specyfikacji i zgodnie z oceną prawną wyrażoną przez Izbę w wyroku o sygn. akt KIO 4/15, KIO 5/15 (co skutkowało niekorzystnym dla Odwołującego rozstrzygnięciem).

Nie zaistniały jednocześnie żadne podstawy do uznania twierdzeń Odwołującego o sprzeczności treści SIWZ z przepisami prawa. Odwołujący nie wskazał przy tym norm prawnych, z którymi zapisy dotyczące zasad punktowania miałyby pozostawać w sprzeczności, a które to normy przesądzałyby jednocześnie o nieważności – z mocy prawa – przedmiotowych postanowień specyfikacji. Odwołujący zgodził się, że wprowadzenie kryterium na podstawie właściwości wykonawcy znajdowało w tym przypadku oparcie w treści art. 5 ust. 1 Pzp. Przyjęte przez Zamawiającego zasady punktacji nie naruszały, zdaniem Izby, innych przepisów ustawy Pzp. W szczególności Izba nie znalazła podstaw do uznania by doszło do naruszenia art. 7, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 23 czy art. 141 Pzp. Wprowadzenie zasady, że powołanie się na tożsame usługi w więcej niż jednym pakiecie skutkuje brakiem punktacji

nie pozostaje w sprzeczności z ww. przepisami. Przy ponownym wyborze ofert Zamawiający zastosował zasady, tak jak określił to od początku w treści specyfikacji. W sposób tożsamy zastosował te zasady wobec wszystkich wykonawców, tak więc nie sposób uznać, by doszło do naruszenia zasady równości i uczciwej konkurencji. Poprzez wprowadzenie tych zasad Zamawiający nie wyłączył możliwości wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia. Zastrzegł jedynie, że – zarówno wykonawca samodzielnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, czy wykonawcy działający w ramach konsorcjum – nie otrzymają punktów w kryterium „doświadczenie wykonawcy" jeżeli powołają tożsame usługi na różne pakiety. W żadnym stopniu powyższe nie narusza art. 23 Pzp, ani art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wprowadzone przez Zamawiającego zasady nie naruszają również art. 141 Pzp, który stanowi, że wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1 Pzp, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wskutek wprowadzonych zasad punktacji nie została wyłączona solidarna odpowiedzialność za wykonanie umowy w danym pakiecie, który uzyskali do realizacji wykonawcy wspólnie

ubiegający się o udzielenie zamówienia. Reguła komplementarności, na którą powoływał się Odwołujący, nie oznacza, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mają niejako z mocy ustawy prawo do otrzymania punktacji za posiadane łącznie doświadczenie we wszystkich pakietach danego zamówienia, zwłaszcza gdy zamawiający w sposób jednoznaczny zastrzegł, że nie dopuszcza możliwości powoływania się kilkakrotnie na tożsame usługi dla uzyskania punktów w różnych pakietach. Zdaniem Izby stanowisko Odwołującego skutkowałoby pozbawieniem znaczenia kryterium „doświadczenie wykonawcy" i w istocie prowadziłoby do pewnej fikcji, co do obowiązku stosowania innych, obok ceny, kryteriów. W takim przypadku każdy z wykonawców posiadający przynajmniej jedną usługę o określonej wartości, przykładowo dającej największą liczbę punktów, miałby z góry zapewnione punkty w kryterium „doświadczenie wykonawcy" w każdym pakiecie, w którym powołałby tą samą usługę, a więc w istocie wykonawcy konkurowaliby wówczas, w poszczególnych pakietach, jedynie ceną.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że pkt 18.6 ppkt 2 SIWZ nie mógł stanowić podstawy rozstrzygnięcia w sprawie o sygn. akt KIO 4/15, KIO 5/15. Odwołujący wskazał, że trudno zgodzić się z zarzutem posłużenia się przez Konsorcjum MB tymi samymi usługami wyrażonymi w wyroku KIO z dnia 26 stycznia 2014 r. Odwołujący stwierdził również, że Zamawiający przy ponownej ocenie i wyborze najkorzystniejszej oferty winien w wykonaniu wyroku KIO z dnia 26 stycznia 2015 r. dokonać kwalifikacji usług niezależnie od postanowień art. 7.5 oraz 18.6 ppkt 2 SIWZ. Powyższe twierdzenia świadczyły o tym, że Odwołujący kwestionuje ocenę prawną stanowiącą podstawę wyrokowania w ww. sprawie. W istocie,

Odwołujący domagał się, by Zamawiający odszedł od zasad punktacji określonych w specyfikacji i przyznał Odwołującemu punkty we wszystkich pakietach, niezależnie od powielenia usług, gdyż w ocenie Odwołującego posiadał on na tyle obszerne doświadczenie, że z samego tego faktu wynikała konieczność uwzględniania tego doświadczenia w każdym pakiecie. Jak wskazano wcześniej tego rodzaju żądanie nie znajdowało oparcia w treści SIWZ, która wbrew twierdzeniom Odwołującego nie pozostawała w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp, ani przepisami innych ustaw (nie skonkretyzowanych przy tym przez Odwołującego). Odwołujący prezentując powyższe stanowisko jednocześnie nie zaskarżył wcześniejszego wyroku Izby, pomimo prawa do wniesienia skargi. Dodatkowo, na rozprawie w niniejszej sprawie, Odwołujący oświadczył, że zgadza się z tezami zawartymi w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 4/15 i 5/15. Odnosząc się do przytoczonego fragmentu uzasadnienia, gdzie Izba stwierdziła, że we wszystkich częściach, w związku z którymi Przystępujący (Odwołujący w niniejszej sprawie) złożył wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 listopada 2014 r. nie powinien on w ogóle otrzymać punktów w kryterium doświadczenie wykonawcy, bowiem jest to sprzeczne z postanowieniami SIWZ, którymi zarówno Zamawiający, jak i uczestnicy postępowania są związani, Odwołujący wskazał ostatecznie, że Zamawiający prawidłowo nie przyznał punktów w kryterium doświadczenie wykonawcy postępując zgodnie z rozstrzygnięciem poprzedniego postępowania. Powyższe jedynie dodatkowo potwierdziło bezzasadność postawionych zarzutów, w tym zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp.

Nie zasługiwały na uwzględnienie przy tym twierdzenia Odwołującego, że przy ponownym wyborze ofert Zamawiający winien był wziąć pod uwagę wyjaśnienia Odwołującego zawarte w piśmie z dnia 27 stycznia 2015 r. Zamawiający nie wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Powyższe pismo stanowiło własną inicjatywę Odwołującego i było nakierowane, w ocenie Izby, na to, by Zamawiający w sposób korzystny dla Odwołującego punktował jego oferty w „kryterium doświadczenie" wykonawcy, wbrew jednoznacznej treści SIWZ. Zamawiający zasadnie podniósł, że mógł dokonywać punktacji na podstawie dokumentów złożonych wraz z ofertą. W ocenie Izby już wyjaśnienia złożone wskutek wezwania z dnia 27 listopada 2014 r. nie mogły być brane pod uwagę w odniesieniu do punktacji w kryterium „doświadczenie wykonawcy". Skład orzekający w niniejszej sprawie w pełni podziela stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Izby o sygn. akt KIO 4/15, 5/15, że w niniejszej sprawie w przypadku kryterium oceny oferty w postaci doświadczenia wykonawcy, skutek posłużenia się daną usługą chociażby dwukrotnie został określony w pkt 18.6 ppkt 2) SIWZ (ostatni akapit) – usługa ta nie powinna być brana pod uwagę w żadnej z części zamówienia, na którą została wskazana i nie było tu możliwości wezwania do

wyjaśnienia treści oferty, jak to *de facto* uczynił Zamawiający powołując się w treści wezwania z dnia 27 listopada 2014 r. na przepis art. 87 ust. 1 Pzp. Przeciwne zapatrywanie prowadzić mogłoby do manipulowania wynikami postępowania w poszczególnych częściach zamówienia, ponieważ wezwany wykonawca mógłby dopasowywać usługi do swoich potrzeb (punktacji w poszczególnych częściach zamówienia). Należy podkreślić, że otwarcie ofert nastąpiło w dniu 25 listopada 2014 r., zaś powyższe wyjaśnienia – błędnie uznane pierwotnie przez Zamawiającego – zostały udzielone już po otwarciu ofert, a więc gdy dostępne dla wiadomości uczestników postępowania były już ceny pozostałych ofert, jak również istniała możliwość uzyskania wiedzy na temat tego, w jakich pakietach poszczególni wykonawcy złożyli wykazy usług i na jakie wartości. W takiej sytuacji, każdy z wykonawców, któremu dano by możliwość modyfikacji swoich wykazów, a więc i możliwość ewentualnego wpływu na ilość możliwych do otrzymania punktów w danym pakiecie w kryterium „doświadczenie wykonawcy" znalazłby się w uprzywilejowanej sytuacji. Stanowiłoby to nie tylko wyraz naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, jak i zakazu zmiany treści ofert, ale i – co zasadnie wskazano w uzasadnieniu poprzedniego wyroku – mogłoby to doprowadzić do manipulowania wynikami w poszczególnych pakietach.

Reasumując, stan faktyczny sprawy wskazywał, że Odwołujący powołał tożsame usługi w pakietach: a) 1 i 4; b) 8, 9 i 12; c) 10 i 13. Zamawiający zasadnie przy ponownym badaniu ofert nie przyznał Odwołującemu punktacji w powyższym zakresie. W odniesieniu do pakietu nr 11 (ten sam dokument referencji, co dla pakietu nr 14, jednak dla pakietu nr 14 referencje odnosiły się do innych rodzajowo usług – gospodarki szkółkarskiej, tak więc nie doszło tu do podania tożsamych usług) i pakietu nr 5 Zamawiający przyznał Odwołującemu punkty stosowanie do wykazanych wartości usług. Wartości te nie przekraczały 3 mln zł w poszczególnych pakietach, tak więc stosownie do zapisów SIWZ, Zamawiający przyznał Odwołującemu po 5 pkt w kryterium „doświadczenie wykonawcy", jednak ostateczna łączna punktacja (z uwzględnieniem punktacji w kryterium „cena") była niższa od punktacji przyznanej ofertom Przystępujących. Odwołujący nie wykazał, że w ww. pakietach punktacja w kryterium „doświadczenie wykonawcy" powinna być większa. Z pewnością z faktu posiadania przez całe konsorcjum doświadczenia powyżej 3 mln zł z uwagi na realizację szeregu usług w latach 2012-2014 nie wynikała konieczność przyznania Odwołującemu po 10 pkt w pakietach 5 i 11. Ilość należnych Odwołującemu punktów determinowana była wartością usług wskazanych oddzielnie w tych pakietach, wynikająca przy tym z różnych (a nie tych samych usług), a więc w pakietach 5 i 11 liczba tych punktów wynosiła – po 5 pkt. Oferta Odwołującego była przy tym droższa od oferty złożonej na pakiet nr 5 i 11, tak więc nie miał on możliwości uzyskania wyniku lepszego od ofert wybranych.

Krytycznie należało także ocenić zarzuty Odwołującego odnoszące się do rozstrzygnięcia zapadłego w pakiecie nr 4. W szczególności nie zasługiwały na uwzględnienie twierdzenia o braku możliwości posłużenia się w całości doświadczeniem zdobytym przez członka konsorcjum – „Domix" D. K. – z tytułu realizacji usługi w 2013 r. (wykonanej w konsorcjum z Przedsiębiorstwem Leśnym B. K., który w tym postępowaniu nie wchodził w skład konsorcjum GM).

W pierwszej kolejności należy podkreślić zmienność stanowiska Odwołującego. W zależności od możliwych do osiągnięcia skutków Odwołujący prezentował w tym zakresie diametralnie odmienne twierdzenia. Na etapie postępowania przed Zamawiający, w piśmie z dnia 27 stycznia 2015 r., Odwołujący podkreślał mianowicie m.in., że Zamawiający powinien uwzględnić doświadczenie mierzone wartością wykonanych usług, że doświadczenie każdego członka konsorcjum jest doświadczeniem konsorcjum, jest ono niepodzielne i stanowi indywidualne portfolio każdego członka konsorcjum, każdy członek konsorcjum powinien posiadać dorobek na wartość odzwierciedlający całkowitą sumę świadczeń konsorcjum, że jeżeli jeden z wykonawców posługuje się „doświadczeniem" będącym doświadczeniem jego podwykonawców, jak również ten sam podwykonawca ubiegający się o zamówienie wykazuje się tym samym doświadczeniem, to również każdy z osobna członek konsorcjum ma prawo do całkowitego doświadczenia konsorcjum. Jednocześnie na etapie postępowania odwoławczego Odwołujący odmawiał wykonawcy „Domix" D. K. prawa do posłużenia się całkowitym doświadczenie konsorcjum, w którym uczestniczył w roku 2013, jak również odmawiał uznania, że doświadczenie, które zdobył ten podmiot jest niepodzielne i że stanowi ono – cytując – „indywidualne portfolio" tego wykonawcy. Na rozprawie wskazano przy tym, że doświadczenie, które zdobył ww. podmiot z innym podmiotem (nie biorącym udziału w

konsorcjum GM) jest doświadczeniem wspólnym, jednak nie wyjaśniono rodzaju tej wspólności, ani nie wykazano, że pomimo tego, iż jest to doświadczenie wspólne to jednak wykonawca (posiadający wspólnie to doświadczenie) nie może powoływać się na nie w całości w kolejnych postępowaniach. Argumenty Odwołującego Izba uznała za ogólne i pozbawione rzeczowych podstaw. Należy wskazać – co zostało podkreślone także w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 4/15 i 5/15, że dla oceny w kryterium „doświadczenie wykonawcy" Zamawiający przyjął wartość usług, a nie procentowy udział poszczególnych usług w ich ogólnej kwocie. Słusznie Zamawiający podnosił przy tym, że jeżeli podwykonawca może wywodzić doświadczenie z tego względu, że realizował zadanie to tym bardziej współwykonawca może powoływać się na to doświadczenie, które uzyskał w ramach konsorcjum. To doświadczenie nie podlega dzieleniu, a wykonawca korzysta z niego w całości. Należało uznać także trafność argumentacji przedstawionej w tym zakresie przez

30

Przystępujących. Odwołujący nie sprecyzował nawet ułamku doświadczenia, którym mógłby, w jego ocenie, posłużyć się wykonawca (przy jednoczesnym twierdzeniu, że doświadczenie to jest wspólne). Jednocześnie Odwołujący nie kwestionował, że ww. wykonawca wykonywał usługi w ramach realizacji kontraktu z 2013 r. Izba w całości uznała wartość dowodową dokumentów złożonych przez Przystępującego na okoliczność, że ww. podmiot wykonywał zakresy usług wskazane w wykazie i w referencjach oraz, że nie następuje użyczenie doświadczenia od podmiotu trzeciego. Odwołujący nie kwestionował przy tym powyższej okoliczności, iż ww. podmiot wykonywał przedmiotowe usługi. Skład orzekający w niniejszej sprawie podziela jednocześnie stanowisko prezentowane w orzecznictwie Izby, że wykonawcy przysługuje uprawnienie do wykazania się doświadczeniem w realizacji całego zamówienie, nawet jeśli zostało zrealizowane w konsorcjum z innym podmiotem, a wykonawca tylko w pewnym zakresie rzeczowym uczestniczył w jego realizacji. Przyjmuje się bowiem, że będąc uczestnikiem konsorcjum, wykonawca chociażby z tytułu ciążącej na nim odpowiedzialności solidarnej jest zaangażowany w pełni przy realizacji zamówienia i nabywa wiedzę i doświadczenie co do całości prac (wyrok KIO z dnia 31 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1541/12). W niniejszej sprawie wykonawca „Domix" D. K. miał więc prawo powołania się w całości na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum przy wykonywaniu usługi w 2013 r. i bez wpływu na to prawo pozostaje fakt, że ówczesny współkonsorcjant tego wykonawcy nie bierze udziału w niniejszym postępowaniu. Prawo do skorzystania w całości z doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum, chociażby z uwagi na powołaną solidarną odpowiedzialność, nie oznacza przy tym prawa do żądania kilkukrotnego punktowania tej samej usługi w różnych pakietach, gdy postanowienia specyfikacji wyłączają taką możliwość. W przypadku ww. wykonawcy nie miała przy tym miejsce sytuacja powołania się na tą samą usługę. Powyższe zastrzeżenia Izba poczyniła z uwagi na fakt, że Odwołujący z faktu solidarnej odpowiedzialności wywodził prawo do żądania nakazania Zamawiającemu przyznania punktów za te same usługi w różnych pakietach, pomimo wyraźnych postanowień SIWZ wyłączających tego rodzaju możliwość. Należy także wskazać na przywołany przez Przystępującego wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 września 2012 r., sygn. akt XIX Ga 461/12, gdzie wyrażono stanowisko, iż nawet wiedza i doświadczenie użyczona od podmiotu trzeciego może stanowić podstawę uzyskania wyższej pozycji w rankingu wykonawców. Tym bardziej doświadczenie podmiotu realizującego bezpośrednio daną usługę, w ramach konsorcjum, które to doświadczenie przynależy do tego podmiotu w całości, zostało zasadnie uznane przez Zamawiającego i wzięte pod uwagę przy punktacji w ramach kryterium „doświadczenie wykonawcy". W ocenie Izby, Zamawiający nie dopuścił się w tym względzie żadnych naruszeń przepisów prawa.

31

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z oddaleniem odwołania Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego, na podstawie złożonej faktury VAT, biletów komunikacji kolejowej i komunikacji miejskiej, zwrot kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę (§ 3 pkt 1 w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit a) i

b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……