

Sygn. akt: KIO/KU 62/14

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 23 lipca 2014 r.**

Po rozpoznaniu zastrzeżeń z dnia 24 czerwca 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie Sp. z o.o., al. J. Piłsudskiego 15, 20-407 Lublin** dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 18 czerwca 2014 r. (znak: UZP/DKUE/KU/66/14) w przedmiocie postępowania na **wykonanie robót budowlanych wg standardów Warunków Kontraktowych FIDIC („czerwona książka”) objętych Kontraktem nr 13.1B „Modernizacja pompowni osadowych, stacji zagęszczania osadu nadmiernego oraz zagęszczacza osadu surowego” w ramach Projektu pn.: „Rozbudowa i modernizacja systemu zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków w Lublinie” współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej - Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2007-2013**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Luiza Łamejko</b>
	<b>Grzegorz Matejczuk</b>
	<b>Agata Mikołajczyk</b>

wyraża następującą opinię:

**„Zastrzeżenia zamawiającego do naruszeń wskazanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w „Informacji o wyniku kontroli uprzedniej” z dnia 18 czerwca 2014 r. zasługują na uwzględnienie.”.**

## Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą uprzednią w przedmiocie zamówienia na wykonanie robót budowlanych wg standardów Warunków Kontraktowych FIDIC („czerwona ksiązka”) objętych Kontraktem nr 13.1B „Modernizacja pompowni osadowych, stacji zagęszczania osadu nadmiernego oraz zagęszczacza osadu surowego” w ramach Projektu pn.: „Rozbudowa i modernizacja systemu zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków w Lublinie” współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej - Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2007-2013.

Pismem z dnia 18 czerwca 2014 r. (znak: UZP/DKUE/W3/420/67(7)/14/JL) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował zamawiającego, tj. Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie Sp. z o.o., o wynikach kontroli uprzedniej w przedmiocie ww. zamówienia.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ustalił, iż zgodnie z pkt III.2.2.1. ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 9.1.4.a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”) zamawiający wymagał od wykonawcy wykazania, że w każdym z trzech ostatnich lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, osiągnął obrót roczny (rozumiany jako przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów) w wysokości nie mniejszej niż 4 300 000,00 PLN. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wymagane było przedłożenie rachunku zysków i strat, a jeżeli sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią o badanym rachunku zysków i strat, a w przypadku wykonawcy niezobowiązanego do sporządzenia sprawozdania finansowego - innych dokumentów określających obroty (rozumiane jako przychody netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów) za okres ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, z których można uzyskać dane, o których mowa powyżej potwierdzające spełnienie opisanego powyżej warunku. Zamawiający wskazał w siwz i ogłoszeniu o zamówieniu, że „w sytuacji składania oferty przez dwa lub więcej podmioty (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia) oraz w sytuacji, gdy wykonawca będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, w celu spełnienia ww. warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej ocena spełnienia warunku odbędzie się w następujący sposób: co najmniej

jeden podmiot musi wykazać się wymaganym obrotem rocznym”.

Ponadto, zgodnie z pkt III.2.3.1.1 a) ogłoszenia o zamówieniu i pkt 9.1.2 siwz wykonawca miał wykazać, że wykonał w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie:

- co najmniej dwa zamówienia na roboty budowlane, o wartości każdego nie mniejszej niż 2 700 000,00 PLN netto, których przedmiotem była:

- budowa nowej oczyszczalni ścieków o przepustowości nie mniejszej niż 12 000 (dwanaście tysięcy) m<sup>3</sup>/d;
- lub rozbudowa/przebudowa istniejącej oczyszczalni ścieków o przepustowości nie mniejszej niż 12 000 (dwanaście tysięcy) m<sup>3</sup>/d;

lub

- co najmniej jedno zamówienie na roboty budowlane, o wartości nie mniejszej niż 4 600 000,00 PLN netto, którego przedmiotem była:

- budowa nowej oczyszczalni ścieków o przepustowości nie mniejszej niż 12 000 (dwanaście tysięcy) m<sup>3</sup>/d;
- lub rozbudowa/przebudowa istniejącej oczyszczalni ścieków o przepustowości nie mniejszej niż 12 000 (dwanaście tysięcy) m<sup>3</sup>/d.

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku zamawiający wymagał przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231).

Zamawiający wskazał w siwz i ogłoszeniu o zamówieniu, że „w sytuacji składania oferty przez dwa lub więcej podmioty (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia) oraz w sytuacji, gdy wykonawca będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, w celu spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia ocena spełnienia warunku odbędzie się w następujący sposób: co najmniej jeden podmiot musi wykazać się wymaganym doświadczeniem.”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych odnosząc się do ustalonego stanu faktycznego zauważył, że zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił uwagę, że ww. przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Przede wszystkim opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. „Związany z przedmiotem zamówienia” - opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny, podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” - opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien mieć również na uwadze brzmienie art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym do wykonawców występujących wspólnie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące pojedynczego wykonawcy.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że zgodnie z utrwaloną wykładnią art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązany jest wykazać, iż nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, w świetle art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (tzw. warunki negatywne). Natomiast jeżeli chodzi o warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp, dotyczące wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego (tzw. warunki pozytywne), w przypadku konsorcjum, co do zasady, mogą być one spełnione łącznie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia doświadczenia, potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego. Dlatego też potencjały te,

co do zasady, podlegają sumowaniu. Zatem, jeżeli po zsumowaniu potencjału wszystkich członków konsorcjum, warunek opisany przez zamawiającego zostanie spełniony przez wszystkich konsorcjantów łącznie, zamawiający winien stwierdzić, że konsorcjum jako wykonawca potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp. Odmienna interpretacja byłaby sprzeczna z literalnym brzmieniem art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym do członków konsorcjum stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Inne traktowanie wykonawców zawiązujących konsorcjum niż wykonawców składających ofertę samodzielnie, naruszałoby także jedną z naczelných zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a mianowicie zasadę równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak wskazał Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, w przypadku konsorcjum - w celu dokonania oceny spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. osiągnięcia odpowiedniego przychodu, należy brać pod uwagę łączny przychód, jaki osiągnęły podmioty tworzące konsorcjum. Dlatego też dla spełnienia powyższego warunku wystarczające jest nie tylko spełnienie opisanego warunku przez jednego z nich, ale także spełnienia go w ten sposób, że wszyscy lub niektórzy członkowie konsorcjum łącznie osiągnęli przychód roczny w wysokości 4 300 000,00 PLN, co w konsekwencji będzie wypełniało wymóg postawiony przez zamawiającego. Podobnie, wykazanie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia możliwe jest nie tylko poprzez konieczność wykonania co najmniej 2 robót budowlanych przez jednego z członków konsorcjum, ale także spełnienie tego warunku np. w ten sposób, że dwaj członkowie konsorcjum wykazują po 1 robocie budowlanej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreślił, że istotą tworzenia konsorcjum jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, z których żaden samodzielnie lub w przeważającym zakresie nie mógłby spełnić warunków udziału w postępowaniu. Warunki dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie powinny ograniczać swobody tworzenia konsorcjum. Analogiczna sytuacja dotyczy podmiotu trzeciego, który udostępni wykonawcy swój potencjał.

Jak stwierdził Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zamawiający nie może wymagać posiadania zdolności ekonomicznej oraz wiedzy i doświadczenia w całości przez jednego członka konsorcjum lub podmiot trzeci, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, ponieważ nie tylko ograniczałoby to swobodę tworzenia konsorcjum oraz korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, ale także sprzeciwiałoby się istocie i celowi zawierania konsorcjum oraz polegania na zdolności ekonomicznej oraz wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał, że opisanie przez

zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, że jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub jeden z innych podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp musi samodzielnie spełniać warunek dotyczący zdolności ekonomicznej oraz wiedzy i doświadczenia narusza art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wymóg ten jest ponadto sprzeczny z istotą i celem tworzenia konsorcjum oraz korzystaniem z potencjału podmiotu trzeciego, a tym samym stanowi naruszenie odpowiednio art. 23 ust. 3 oraz art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp.

W dniu 24 czerwca 2014 r. zamawiający zgłosił zastrzeżenia od opisanego powyżej wyniku kontroli stwierdzając, iż w kontrolowanym postępowaniu uwzględnił możliwość złożenia oferty przez wykonawców występujących wspólnie (art. 23 ust. 1 ustawy Pzp), jak też możliwość polegania przez wykonawcę na potencjale podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp). Wyrazem tego są postanowienia pkt. 9 IDW określającego warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. W pkt. 9.1.3 dotyczącym warunku dysponowania potencjałem osobowym, jak i w pkt. 9.1.4 b) i c) dotyczącym dysponowania potencjałem finansowym i ekonomicznym wyraźnie wskazano, że „w sytuacji składania oferty przez dwa lub więcej podmioty (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia) oraz w sytuacji, gdy Wykonawca będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, w celu spełnienia ww. warunku ... ocena spełnienia warunku odbędzie się łącznie”.

Zamawiający wyjaśnił, iż formułując postanowienia w pkt. 9.1.2 IDW oraz w pkt. 9.1.4 a) IDW miał na względzie przede wszystkim potrzebę udzielenia zamówienia wykonawcy, który ma odpowiednie doświadczenie w realizacji robót określonego rodzaju oraz odpowiedni obrót roczny. Opis sposobu oceny spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz w zakresie osiągniętego obrotu jest związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 4 ustawy Pzp).

Nie ulega wątpliwości, zdaniem zamawiającego, że wymóg posiadania określonego w warunku doświadczenia jest związany z przedmiotem zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny.

Zamawiający stwierdził, że postanowienie, aby w przypadku składania wspólnej oferty lub polegania na potencjale podmiotu trzeciego co najmniej jeden podmiot wykazał się wymaganym doświadczeniem/obrotem, znajduje pełne usprawiedliwienie w specyfice zamówienia. Z uwagi na wysoki stopień zaawansowania technologicznego zamawianych

robót budowlanych połączony z doborem, dostawą i montażem specjalistycznych maszyn i urządzeń, niezbędne było, aby opisane doświadczenie i odpowiedni obrót ze sprzedaży posiadał co najmniej jeden wykonawca (w przypadku wspólnej oferty) lub podmiot używający swego potencjału. Nie gwarantował prawidłowego wykonania zamówienia wykonawca, który legitymowałby się sumą kilku robót (kontraktów) obejmujących budowę lub przebudowę oczyszczalni ścieków i sumą obrotów kilku firm. Wymóg posiadania doświadczenia i obrotu przez co najmniej jeden podmiot był w pełni uzasadniony merytorycznie, odpowiadał potrzebom zamawiającego i pozwalał na wyłonienie wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a tym samym ograniczenie możliwości powstania sytuacji, w której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia lub wykonać zamówienie z należytą starannością. Zamawiający wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 października 2005 r. (sygn. akt V Ca 428/05).

Jak zauważył zamawiający, zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio. W ramach „odpowiedniego stosowania przepisów” dotyczących pojedynczego wykonawcy do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (art. 23 ust. 3 ustawy Pzp) jedne z nich znajdują zastosowanie wprost, inne z modyfikacjami, a niektóre w ogóle nie dadzą się wykorzystać. Z art. 23 ust 3 ustawy Pzp nie wynika postulat łączenia zasobów przez wykonawców tworzących konsorcjum w sposób całkowicie dowolny. „Łącznie” nie zawsze należy utożsamiać z matematycznym sumowaniem potencjałów konsorcjantów. Zasadniczo, jak wskazuje ustawowy nakaz odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących wykonawców do wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia, potencjał konsorcjum powinien odpowiadać zdolności do wykonania zamówienia pojedynczego wykonawcy. Tym samym, zdolność konsorcjum do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością nie może być mniejsza, lecz porównywalna z potencjałem pojedynczego wykonawcy, który o udzielenie zamówienia ubiega się samodzielnie.

Zdaniem zamawiającego, wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie ma znaczenia wyłącznie formalnego, lecz powinno być postrzegane w aspekcie materialnym, czyli zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością w kontekście m.in. zdolności wykonawcy do poniesienia kosztów finansowych jego realizacji. Uwzględnienie wartości ekonomicznych pochodzących od różnych członków konsorcjum nic nie mówi o potencjale ekonomicznym konsorcjum. Wymaganie osiągnięcia obrotu rocznego w wysokości 4 300 000,00 PLN w okresie trzech kolejnych lat obrotowych daje zamawiającemu podstawę do oceny stałości sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy.

Na podstawie powtarzalności osiągnięcia obrotów na określonym poziomie w okresie kolejnych lat zamawiający oczekuje wykonawcy o stabilnej sytuacji ekonomicznej i finansowej umożliwiającej ukończenie inwestycji o znacznym rozmiarze. Posługiwanie się zsumowanym obrotem osiągniętym przez różnych członków konsorcjum nie prowadzi do udzielenia zamówienia wykonawcom, których potencjał ekonomiczny i finansowy jest adekwatny do przedmiotu zamówienia i porównywalny z zasobami wykonawcy samodzielnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Może stanowić również preferencję na rzecz wykonawców tworzących konsorcja kosztem pojedynczego wykonawcy. Warunek udziału w postępowaniu został opisany przez zamawiającego w celu wyłonienia wykonawcy, którego skala działalności w okresie trzech lat poprzedzających wykonanie zamówienia pozwalała na przyjęcie, iż ze względu na poziom obrotów realizowanych przez wykonawcę, posiada on struktury organizacyjne i procedury wewnętrzne pozwalające na wykonanie zamówienia o znacznej złożoności. Zsumowanie przychodów poszczególnych członków konsorcjum nie pozwoli na uzyskanie pewności, iż do udziału w postępowaniu dopuszczone zostaną podmioty, które posiadają odpowiednie do skali przedsięwzięcia struktury organizacyjne, procedury wewnętrzne i wszystkie te standardy organizacyjne, które cechują przedsiębiorstwa prowadzące działalność budowlaną w skali pozwalającą na osiągnięcie przychodu rocznego w wysokości co najmniej 4 300 000,00 PLN.

Zamawiający podkreślił, iż opisany w IDW sposób oceny ww. warunku miał charakter incydentalny i wynikał z dotychczasowych doświadczeń zamawiającego w realizacji robót budowlanych na obiektach Oczyszczalni Ścieków Hajdów. Ww. postępowanie jest prowadzone już po raz trzeci, gdyż przetargi - choć zakończone wyborem wykonawców spełniających w świetle dokumentów załączonych do ofert wszystkie warunki udziału w postępowaniu - musiały być rozpoczynane po raz kolejny, z uwagi na ogłaszaną przez wykonawców upadłość i opuszczanie placu budowy. W zaistniałej sytuacji, w trosce o realizację ważnego społecznie projektu współfinansowanego ze środków UE, zamawiający postanowił ocenić spełnienie ww. warunku w sposób pozwalający na wybór wykonawcy posiadającego stabilną sytuację ekonomiczną i finansową.

W ocenie zamawiającego, spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia nie może polegać na dowolnym i swobodnym sumowaniu doświadczenia członków konsorcjum. Określenie „łącznie” - zdaniem zamawiającego - należy interpretować w ten sposób, że to każdy z członków konsorcjum może wykazać się realizacją wymaganego zamówienia, a wykazanie się tą umiejętnością przez jednego z wykonawców zwalnia pozostałych z tego obowiązku. Wykonawcy mogą uzupełniać się doświadczeniem w tym znaczeniu, że każdy z nich wykaże wykonanie określonej liczby zamówień obejmujących zakres zbliżony do tego,



jaki przyjmują na siebie w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia. W opinii zamawiającego, nie można jednak sumować doświadczenia wykonawców w ten sposób, iż, jeśli zamawiający wymagał wcześniejszej realizacji co najmniej dwóch zamówień, to warunek zostanie spełniony przez konsorcjum dwóch firm, z których każda wykonała tylko jedno zamówienie. Takie konsorcjum ma tak naprawdę doświadczenie w realizacji jednego zamówienia, bo każda z firm tylko raz wykonywała zadanie o podobnym charakterze czy złożoności. Doświadczenie to „zasób umiejętności praktyczny, warunkujących zdolność do należytego wykonania określonych czynności (niezawodność), (cyt. za: R. Szostka, Glosa do postanowienia SN z 7.10.2008 r., III CZP-87/08, PZP 1/2009, s. 73). W odróżnieniu od wiedzy, która może być czysto teoretyczna, doświadczenie wynika zawsze z praktyki. Jeśli więc zamawiający bada, czy wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie, bada w praktyce to, czy ów wykonawca wykonał określoną czynność już w przeszłości tyle razy, by mieć pewność, że to doświadczenie już się u tego wykonawcy wykształciło.

Zdaniem zamawiającego, niepełnego doświadczenia wykonawcy w żadnym razie nie wolno poczytywać za jakiegokolwiek doświadczenie, które można by sumować z takim samym ze strony innego wykonawcy. Jeśli zatem dwaj współwykonawcy z osobna nie są w pełni doświadczeni w wymaganym zakresie - łącznie także nie są doświadczeni. Co innego, gdy doświadczenie rozpatruje się w dwu lub więcej profesjach, a mianowicie (zróżnicowane) doświadczenie, mogą je zapewnić współwykonawcy w ten sposób, że każdy z nich „gwarantuje” doświadczenie w odrębnej branży robót, usług lub dostaw. W praktyce na ogół taki właśnie cel ma zawiązywanie konsorcjum. To samo dotyczy „sumowania” niezbędnej wiedzy. W wyroku z 14 kwietnia 1994 r. ETS zastrzegł, że leader konsorcjum może powoływać się na spełnienie tylko takich warunków, w zakresie których zachodzi faktyczna (realna) dyspozycja odpowiednimi zasobami, gwarantująca należyte wykonania zamówienia.

Zamawiający podkreślił, biorąc pod uwagę wytyczne ustalenia opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (vide: Opinia UZP z 03.01.2014 r. pt. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)) oraz fakt, że „korzystanie z zasobów potencjału innego podmiotu ma być realne (rzeczywiste), czyli wykonawca musi faktycznie mieć do swojej dyspozycji zasoby tego podmiotu potrzebne do realizacji zamówienia” (wyroki KIO/2255/11, KIO/2260/11, KIO/2283/1), a w przypadku obrotu finansowego może to mieć miejsce jedynie w stosownej sytuacji (tak wyrok ETS C-5/97 Baliast Nedar Group p-ko Belgii), że analizowany opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie ograniczał dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Opis ten był związany z przedmiotem zamówienia, biorąc pod uwagę cel, jakiemu miał służyć,

tj. zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Opis ten był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Żaden z zainteresowanych wykonawców nie skorzystał z uprawnienia do wniesienia środków ochrony prawnej na czynność opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co pośrednio wskazuje, że opis z pkt. 9.1.2 i 9.1.4a) IDW nie utrudniał dostępu wykonawców do przedmiotowego zamówienia.

Mając na względzie powyższe, zamawiający nie zgodził się z zarzutem, że w toku postępowania naruszono art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Specyfika i warunki realizacji zamówienia uzasadniały wymóg posiadania określonej wiedzy, doświadczenia i obrotu finansowego przez co najmniej jednego wykonawcę/uczestnika procesu realizacji zamówienia. Zamawiający podkreślił, że wymóg ten dotyczył tylko dwóch warunków udziału w postępowaniu związanych ze sobą, nie ograniczał innych warunków (potencjału osobowego, finansowego i ekonomicznego). Wymóg posiadania określonej wiedzy, doświadczenia i obrotu finansowego przez co najmniej jednego wykonawcę/uczestnika procesu realizacji zamówienia nie ograniczał złożenia wspólnej oferty lub skorzystania przez wykonawcę z potencjału innego podmiotu.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał stanowisko zaprezentowane w Informacji o wyniku kontroli z dnia 18 czerwca 2014 r.

Uwzględniając powyższe ustalenia oraz stanowiska tak Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jak i zamawiającego, Izba uznała, iż zastrzeżenia zamawiającego do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej zasługują na uwzględnienie.

Izba, mając na względzie stan faktyczny sprawy stanęła na stanowisku, iż ocena postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do wymagań stawianych wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia czy podmiotom trzecim, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, powinna następować z uwzględnieniem specyfiki danego postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności jego przedmiotu. W ocenie Izby, zarówno wysoki stopień zaawansowania technologicznego robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia, jak również szczególna sytuacja polegająca na prowadzeniu przez zamawiającego po raz trzeci postępowania na ten sam przedmiot z uwagi na upadłość i opuszczenie placu budowy przez

upřednio wybranych wykonawców, uzasadniają postawione przez zamawiającego wymagania.

Izba zgodziła się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który stwierdził, że istotą konsorcjum jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, z których żaden samodzielnie lub w przeważającym zakresie nie mógłby spełnić warunków udziału w postępowaniu, a warunki dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie powinny ograniczać swobody tworzenia konsorcjum.

Istotnie, możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia umożliwia wykonawcom wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez łączenie swych zasobów. Zauważyć jednak należy, że zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przepisy ustawy dotyczące wykonawcy stosuje się nie wprost, lecz odpowiednio. Przepis ten nie stanowi podstawy do twierdzenia, że łączenie zasobów wykonawców tworzących konsorcjum może odbywać się w sposób całkowicie dowolny. Należy bowiem mieć na uwadze cel stawianych w postępowaniu warunków, którym jest wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie, wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie ma znaczenia wyłącznie formalnego, lecz powinno być postrzegane w aspekcie materialnym. Potencjał konsorcjum powinien odpowiadać zdolności do wykonania zamówienia pojedynczego wykonawcy, zdolność konsorcjum do wykonania przedmiotu zamówienia nie może być mniejsza niż wykonawcy, który samodzielnie ubiega się o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby, wymóg wykazania spełniania warunku osiągnięcia obrotu rocznego w okresie ostatnich trzech lat w wysokości nie mniejszej niż 4 300 000,00 PLN przez jeden podmiot w żaden sposób nie sprzeciwia się istocie konsorcjum. Uwzględnienie wskaźników ekonomicznych pochodzących od różnych członków konsorcjum nie mówiłoby nic o potencjale ekonomicznym konsorcjum. Wymaganie ustanowione przez zamawiającego pozwala na ocenę stałości ekonomicznej wykonawcy umożliwiającej dokończenie inwestycji o znacznym rozmiarze. Sumowanie obrotów kilku członków konsorcjum czy podmiotów trzecich nie prowadziłoby do udzielenia zamówienia wykonawcy, którego potencjał ekonomiczny jest adekwatny do przedmiotu zamówienia i porównywalny z zasobami wykonawcy samodzielnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Stanowiłoby też nieuzasadnioną preferencję na rzecz wykonawców tworzących konsorcjum.

Podobnie, za proporcjonalny do przedmiotu zamówienia Izba uznała wymóg wykazania przez jednego z członków konsorcjum lub podmiot trzeci spełniania warunku

dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Wykazanie się przez poszczególnych członków konsorcjum wykonaniem po jednej robocie opisanej przez zamawiającego w warunku, lub sumowanie większej ilości robót w jedną określoną przez zamawiającego nie gwarantowałyby należytego wykonania zamówienia i stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji przez uprzywilejowanie wykonawców tworzących konsorcjum.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że możliwość łącznego wykazania spełniania warunków przez członków konsorcjum nie może polegać na prostym sumowaniu potencjałów, a powinno być badane indywidualnie w zależności od przedmiotu zamówienia i jego swoistego charakteru. Izba stwierdziła, że wymóg wykazania spełniania warunku osiągnięcia obrotu rocznego czy posiadania wiedzy i doświadczenia przez jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia czy przez podmiot trzeci jest związany z przedmiotem zamówienia, proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie stanowi naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W żaden sposób nie przeczy też istocie konsorcjum. Jednocześnie podkreślić należy, iż zamawiający dopuścił wykazanie spełniania przez sumowanie potencjałów poszczególnych podmiotów w zakresie pozostałych warunków, tj. dotyczących potencjału osobowego, posiadanych środków finansowych, ubezpieczenia.

Tym samym Izba uznała, iż okoliczności naruszeń wskazanych przepisów ustawy Pzp nie znalazły potwierdzenia w aktach kontroli, a w konsekwencji, że ustalenia w tym względzie dokonane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie są zasadne.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....