

**Sygn. akt: KIO 1495/14**

**WYROK**  
**z dnia 7 sierpnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska**  
**Luiza Łamejko**  
**Izabela Kuciak**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego P..... S....., T..... S..... prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą KBI Projekt S..... s.c. w Stargardzie Szczecińskim, Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe PERFEKT spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie oraz L..... S....., P..... S....., T..... S....., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej KBI S..... s.c. w Stargardzie Szczecińskim, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Stargard Szczeciński w Stargardzie Szczecińskim

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego P..... S....., T..... S..... prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą KBI Projekt S..... s.c. w Stargardzie Szczecińskim, Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe PERFEKT spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie oraz L..... S....., P..... S....., T..... S....., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej KBI S..... s.c. w Stargardzie Szczecińskim, i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr [słownie: dziesięciu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego P..... S....., T..... S..... prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą KBI Projekt S..... s.c. w Stargardzie Szczecińskim, Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe PERFEKT spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie oraz L..... S....., P..... S....., T..... S....., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej KBI S..... s.c. w Stargardzie Szczecińskim, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego P..... S....., T..... S..... prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą KBI Projekt S..... s.c. w Stargardzie Szczecińskim, Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe PERFEKT spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie oraz L..... S....., P..... S....., T..... S....., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej KBI S..... s.c. w Stargardzie Szczecińskim, na rzecz Zamawiającego kwotę 3 868 zł 00 gr [słownie: trzech tysięcy osmiuset sześćdziesięciu ośmiu złotych, zero groszy], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Skład orzekający:**

## Uzasadnienie

I. Zamawiający – Gmina Miasto Stargard Szczeciński w Stargardzie Szczecińskim prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Wykonanie przebudowy i remontu Młodzieżowego Domu Kultury w Stargardzie Szczecińskim”. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowe postępowanie, wykluczając Odwołującego i jako podstawę wskazując przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

III. W dniu 23 lipca 2014 r., Odwołujący złożyli odwołanie, wobec dokonanego przez Zamawiającego wykluczenia, zarzucając naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w związku z art. 23 ust. 3 i art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy - poprzez wadliwą ich wykładnię, która prowadzi do nieprawidłowego wykluczenia z postępowania podmiotu spełniającego warunki udziału w postępowaniu;
2. art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 2b ustawy - poprzez żądanie dodatkowych oświadczeń, niewymaganych przepisami ustawy oraz aktów wykonawczych do niej.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniesli o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Kielart Konserwacja Zabytków spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie;
2. unieważnienia czynności wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego,
3. dokonania prawidłowej oceny i badania oferty Odwołującego,
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnieśli następującą argumentację, mającą

uzasadniać podniesione zarzuty:

[1] Zamawiający dysponował wystarczającym materiałem załączonym do oferty, pozwalającym Wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunku. Pismem z dnia 10 lipca 2014r. wezwano Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, do: „1) *uzupełnienia wykazu wykonanych robót przez członka konsorcjum Perfekt Sp. z o.o. o drugą wymaganą robotę wraz załączeniem dowodu, lub 2) wykazania przez innego, dowolnego członka konsorcjum spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia poprzez przedłożenie wykazu wykonanych przez niego robót [obejmującego dwie wymagane roboty] wraz z dowodami*”. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie uzupełnił wykaz robót, w którym przedstawił:

- 1) jedną robotę wykonaną przez członka konsorcjum - KBI S..... s.c., polegającą na remoncie budynku wpisanego do rejestru zabytków - budynku Urzędu Miasta przy Placu Armii Krajowej 1 w Szczecinie - będącym budynkiem użyteczności publicznej [w budynku były prowadzone wewnętrzne prace ogólnobudowlane i instalacyjne];
- 2) dwie roboty wykonane przez podmiot udostępniający swoje zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy - Polskie Pracownie Konserwacji Zabytków Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, polegające na
  - przebudowie Teatru Starego w Lublinie;
  - przebudowie budynku Synagogi w Dąbrowie Tarnowskiej.

W ocenie Odwołujących, uzupełnienie wykazu robót o pracę wykonaną przez KBI S..... s.c. polegającą na remoncie budynku wpisanego do rejestru zabytków - budynku Urzędu Miasta przy Placu Armii Krajowej 1 w Szczecinie, było wystarczające do uznania, iż warunek został spełniony. Odwołujący wykazał bowiem, iż posiada wymagane zapisami SIWZ doświadczenie tj. że wykonał co najmniej dwie roboty, o wartości co najmniej 2.500.000 zł brutto każda, polegające na remoncie, rozbudowie lub przebudowie dowolnego budynku, wpisanego do rejestru zabytków, użyteczności publicznej lub mieszkalnego, w którym prowadzono wewnętrzne prace ogólnobudowlane i instalacyjne.

Odwołujący podali, że jedynie z ostrożności powołali się dodatkowo [mimo samodzielnego potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu] na zasoby podmiotu trzeciego, przedstawiając wraz z uzupełnieniem wszelkie wymagane zapisami SIWZ dokumenty i oświadczenia.

Zamawiający pismem z dnia 18 lipca 2014 r. poinformował Odwołujących o wykluczeniu z postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, gdyż „na podstawie treści dokumentów przedłożonych w ofercie wykonawcy oraz dokumentów, które na

*wezwanie Zamawiającego Wykonawca przedłożył w ramach uzupełnienia stwierdzono, że:*

- 1) żaden z uczestników konsorcjum nie wykazał się doświadczeniem w wykonaniu dwóch żądanych robót;*
- 2) wskazanie w ramach uzupełnienia oferty podmiotu innego [PPKZ S.A. oddział Gdańsk], na którego wiedzy i doświadczeniu Wykonawca polega nie spełnia wymagań postępowania, gdyż nie wykazano zgodnie z wymaganiami SIWZ, że podmiot ten wykonywać będzie roboty wynikające z programu prac konserwatorskich i renowacyjnych oraz roboty elewacyjne na podstawie umowy o podwykonawstwo na roboty budowlane zawartej między wykonawcą a PPKZ S.A. oddział Gdańsk”.*

Zdaniem Odwołującego, pierwszy punkt uzasadnienia wykluczenia Odwołującego odnosił się do warunku udziału w postępowaniu, który określony został w sposób naruszający m.in. art. 23 ust. 3 ustawy a zatem bezwzględnie nieważny. Mowa tutaj o wprowadzonym w SIWZ zakazie sumowania potencjału podmiotów. Cytowany art. 23 ust. 3 ustawy stanowi, iż do wykonawców występujących wspólnie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie może dowolnie kreować regulacji dotyczących wykonawców wspólnych, stojących w sprzeczności z przepisami ustawy. Zgodnie z już utrwaloną w tym zakresie wykładnią przepisu art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy, 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 [tzw. warunki negatywne]. Z kolei warunki podmiotowe pozytywne określone w art. 22 ust. 1 ustawy, co do zasady mogą być wykazywane łącznie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia posiadanych zasobów. Zamawiający nie może wymagać wykazania się posiadaną wiedzą i doświadczeniem w całości tylko przez jednego wykonawcę składającego ofertę wspólną lub w całości tylko przez jeden podmiot udostępniający swoje zasoby w trybie art. 26 ust. 2b ustawy. Odmienne traktowanie wykonawców zawiązujących konsorcjum [w tym spółek cywilnych] czy powołujących się na zasoby podmiotów trzecich, niż wykonawców składających ofertę samodzielnie, narusza jedną z fundamentalnych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych tj. zasadę równego traktowania wykonawców. Powyższe stanowisko potwierdza szereg wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych, uchwał Krajowej Izby Odwoławczej wydawanych w związku z przeprowadzoną kontrolą:

*- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 5 stycznia 2012 r. [sygn. akt. KIO 2765/2011], stanowiący, że „art. 22 ust 1 w zw. z art. 23 ust 3 p.z.p. w zakresie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu wymienionym w art.*

*22 ust 1 pkt 2-4 p.z.p., stanowi, iż dopuszczalnym jest co do zasady wykazywanie ich spełnienia łącznie przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Taka interpretacja wynika z samej istoty konsorcjum tworzonego w celu wspólnej realizacji zamówienia, za którą wszyscy członkowie konsorcjum odpowiadają solidarnie. Dlatego też i potencjały wykonawców występujących w postępowaniu wspólnie podlegają zsumowaniu”;*

– wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 30 kwietnia 2008r. [sygn. akt KIO/UZP 359/08] stanowiący, że: *„istotą wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawców jest możliwość m.in. spełnienia tak postawionego warunku właściwego doświadczenia wykazania przez każdego z członków konsorcjum po jednym wykonanym zamówieniu lub prawo do wykazania przez jednego z członków konsorcjum dwóch wykonanych zamówień. Jednak każde z wykazanych zamówień musi opiewać na kwotę odpowiadającą wartości i zakresowi zamówienia. Z analogiczną sytuacją zamawiający miał do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Zarówno wykonawca jak i podmiot udzielający mu doświadczenia samodzielnie wybudowali po 1 ścianie szczelinowej o parametrach określonych przez zamawiającego. Obaj byli więc zdolni do realizacji przedmiotu zamówienia, a chcąc spełnić postawiony warunek dotyczący doświadczenia zsumowali swoje potencjały jedynie w zakresie ilości prawidłowo wykonanych ścianek szczelinowych przez każdego z nich”;*

– wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 27 sierpnia 2008 r. [sygn. akt: KIO/UZP 838/08] stanowiący, iż: *„bez względu na podział zadań wewnątrz konsorcjum, liczy się łącznie uzyskane doświadczenie związane z wykonanym zamówieniem.”* W orzeczeniu tym. Izba przytoczyła także wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 2 grudnia 1999 r. [sygn. akt: C-I 76/98] w sprawie Holst Italia o treści, iż *„wykonawca, który sam nie spełnia wymogów zamawiającego, może powoływać się na sytuację innych podmiotów, z którymi wspólnie zamierza wykonywać zamówienie”;*

– uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 listopada 2010 r. [sygn. akt. KIO/KU 83/10] w sprawie zastrzeżeń do zaleceń pokontrolnych wydanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w wyniku przeprowadzenia kontroli uprzedniej, zgłoszonych przez zamawiającego, w której wskazano, iż potencjał wykonawców wspólnych podlega sumowaniu: *„Zatem, jeżeli po zsumowaniu potencjału wszystkich członków konsorcjum, warunek opisany przez zamawiającego zostanie spełniony przez wszystkich konsorcjantów łącznie, zamawiający winien stwierdzić, że każdy z konsorcjantów potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp. Odmienne 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 fra/cfowan/e wykonawców zawiązujących konsorcjum niż wykonawców składających ofertę samodzielnie, naruszałoby jedną z naczelných zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a mianowicie zasadę równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp”;

– wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r. [sygn. akt II Ca 489/06], w którym stwierdzono, że: „przepis art. 23 ustawy Pzp nie nakłada obowiązku na wykonawców ubiegających się o zamówienie wspólnie, aby każdy z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum spełniał osobno wszystkie warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wręcz przeciwnie - funkcją tego przepisu jest to, by grupa przedsiębiorców mogła połączyć swe siły w celu łącznego sprostania wymogom zamawiającego i ubiegania się o zamówienie publiczne”;

- wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 sierpnia 2008 r., [sygn. akt. XXIII GA 442/08], stanowiący, iż: „Przepis art. 23 ustawy PZP jednoznacznie przesądza o możliwości wspólnego ubiegania się kilku wykonawców o zamówienie publiczne. Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 2 pkt 11 ustawy PZP jako wykonawcę traktuje się osobę fizyczna, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej. Do podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne stosuje się te same przepisy, co do pojedynczego wykonawcy. Odpowiednie ich stosowanie oznacza, że każdy uczestnik wspólnej oferty musi udokumentować, że posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności i nie podlega wykluczeniu z postępowania. Natomiast przy ocenie spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust 1 pkt 2 i 3 ustawy, tj. czy podmioty posiadają wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz czy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia zamawiający bierze pod uwagę łączny potencjał techniczny i kadrowy oraz łączną sytuację ekonomiczną i finansową tych podmiotów. Tylko taki bowiem sens mogą mieć przepisy o wspólnym ubieganiu się o udzielenie zamówienia, gdyż tylko taki sens może mieć tworzenie wspólnych przedsięwzięć. Łączne ubieganie się o udzielenie zamówienia nie narusza zatem ani zasady uczciwej konkurencji, ani zasady równego traktowania wykonawców, a cyt. ustawa - Prawo zamówień publicznych nie przewiduje w tym zakresie wyjątków z uwagi na powiązania kapitałowe pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia”.

– wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 11 stycznia 2011 r. [sygn. akt: KIO 2876/12] stanowiący, że „zgodnie z art 23 ust. 1 ustawy PZP wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o zamówienie. W takiej sytuacji w świetle art. 23 ust. 3 ustawy PZP do wykonawców takich stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące

wykonawcy, a więc również przepisy zapewniające równe traktowanie wykonawców, np. nieróżnicowanie warunków udziału w postępowaniu w zależności od sfafusu wykonawcy. Zgodnie z utrwaloną już wykładnią przepisu art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy PZP, każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musi spełnić warunki niepodlegania wykluczeniu z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy PZP [tzw. warunki negatywne]. Łącznie natomiast powinny być spełniane warunki o których mowa w art. 22 ust 1 pkt 2-4 ustawy PI? t.j. posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz potencjałem ekonomicznym i finansowym [tzw. warunki pozytywne]. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum [wspólne ubieganie się o zamówienie przyjęto bowiem nazywać konsorcjum], które tworzone jest w celu łączenia wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego i osobowego oraz ekonomicznego i finansowego. Potencjały te, co do zasady, podlegają więc sumowaniu. Zatem, jeżeli po zsumowaniu potencjału wszystkich członków konsorcjum, warunek opisany przez zamawiającego zostanie spełniony przez wszystkich konsorcjantów łącznie, oznacza to, że każdy z konsorcjantów potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy PZP”.

– wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 10 kwietnia 2012r. [sygn. akt: KIO 588/12] stanowiący, że „przepis art. 23 ust. 1 i 2 ustawy stanowi, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Wykonawcy zobowiązani są do ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia przez wykonawców [np. konsorcja] ma na celu połączenie potencjału ludzkiego, technicznego, ekonomicznego i finansowego, by w wyniku zsumowania tegoż potencjału uzyskać zamówienie. Przepisy ustawy nie narzucają wykonawcom żadnej formy co do wspólnego złożenia oferty. Wspólnie mogą składać oferty wszyscy wykonawcy, gdyż przepisy ustawy nie przewidują w tym zakresie jakiegokolwiek ograniczenia”;

– wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 8 czerwca 2009 r., [sygn. akt: KIO/UZP 676/09] stanowiący, iż: „zgodnie z art. 23 ust. 3 p.z.p., w przypadku składania oferty przez konsorcjum, doświadczenie firm je tworzących musi zostać zsumowane, ponieważ jest to istotą i celem zawiązywania konsorcjów i składania przez nich ofert w postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych”.

Odwołujący podkreślił, iż czynności podejmowane przez Zamawiającego w trakcie wyboru oferty najkorzystniejszej nie mogą być sprzeczne z zapisami ustawy Prawo zamówień publicznych, będącej nadrzędnym aktem prawnym w zakresie praw i obowiązków uczestników postępowania przetargowego. Bez wątpliwości postępowanie o udzielenie



zamówienia należy do kategorii zdarzeń prawnych określonych w prawie cywilnym materialnym jako czynności prawne. Zgodnie zaś z art. 14 ustawy, do czynności podejmowanych przez zamawiającego wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W przedmiotowej sprawie zamawiający w SIWZ zawarł zapisy sprzeczne z przepisami ustawy w zakresie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazując, iż „warunek wiedzy i doświadczeniu nie podlega sumowaniu - oznacza to, że albo Wykonawca składający ofertę wykaże się realizacją dwóch wymaganych robót albo jeden z uczestników konsorcjum wykaże się realizacją dwóch wymaganych robót [warunek wiedzy i doświadczenia nie będzie spełniony, jeżeli wszyscy uczestnicy konsorcjum w sumie wykażą zrealizowanie dwóch robót ale żaden z nich nie wykonał wymaganych dwóch robót], albo, w sytuacji gdy Wykonawca, który nie ma wymaganego doświadczenia [nie ma wykonanych dwóch robót] polega na zasobach innego podmiotu - podmiot ten musi wykazać zrealizowanie dwóch wymaganych robót. W sytuacji polegania na zasobach innego podmiotu - podmiot ten musi być wskazany jako podwykonawca, który będzie wykonywał zasadnicze roboty budowlane wynikające z programu prac konserwatorskich i renowacyjnych oraz roboty elewacyjne. Udostępnienie zasobów wiedzy i doświadczenia musi być związane z wykonywaniem robót”.

Na powyższe w toku postępowania została wniesiona informacja o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy. Zamawiający w odpowiedzi na wskazane w niej nieprawidłowości wskazał między innymi „[...] Zamawiający ma prawo do takiego określenia warunku wiedzy i doświadczenia, które w jego opinii zweryfikuje rzeczywistą zdolność Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający formułując warunek wiedzy i doświadczenia wyszedł z oczywistej konstatacji że przy wykonywaniu pierwszej wymaganej roboty budowlanej Wykonawca uczy się jej prawidłowego wykonania, a dopiero przy drugiej nabywa stosownego doświadczenia. Stąd wymóg dwóch zrealizowanych robót opisanych w SIWZ. Wiedza i doświadczenie jest nierozzerwalnie związana z danym Wykonawcą - doświadczenia nie można zbyć na rzecz innego podmiotu. Wiedza i doświadczenie musi wynikać z faktycznego, odbytego przez Wykonawcę, procesu realizacyjnego a nie z uwarunkowań wynikających z nadinterpretacji przepisów prawa o prawie do ubiegania się o zamówienie wspólnie lub prawie korzystania z zasobów podmiotów innych. Doświadczenie jest kwestią faktu, nie zaś prawa. Zasada łączenia [sumowania] przy warunkach wiarygodności ekonomicznej, potencjału technicznego lub osób zdolnych do wykonania zamówienia jest zasadą oczywistą. Reguła ta nie ma natomiast bezkrytycznego zastosowania przy warunku wiedzy i doświadczenia. Nie jest wbrew temu

*co pisze Wykonawca, utrwaloną jednoznaczną wykładnią lub orzecznictwem zasada prostego, matematycznego łączenia wiedzy i doświadczenia - w tej materii formułowane są również odmienne opinie i orzeczenia [...]”.*

Biorąc pod uwagę sprzeczność zapisów SIWZ z przepisami ustawy, zdaniem Odwoływających, zastosowanie znajdzie dyspozycja przepisu art. 58 KC, który w § 1 stanowi, iż czynność prawna sprzeczna z ustawą jest nieważna. Stosownie zaś do treści § 3 in principio tegoż artykułu, jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części. Nieważna czynność prawna [lub jej część] jest nieważnością bezwzględną, co oznacza, że czynność ta nie wywołuje żadnych skutków prawnych i każdy, kto ma w tym interes prawny, może się na tę nieważność powołać. Tym samym wskazane powyżej zapisy SIWZ dotyczące sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jako sprzeczne z ustawą, w ocenie Odwoływającego, uznać należy za nieważne, a co za tym idzie Zamawiający nie może skutecznie powoływać się na nie w toku postępowania i z tego tytułu wykluczyć wykonawcę jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, nawet jeśli w tym zakresie nie wniesiono odwołania [por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 15 marca 2013r. sygn. akt. I ACa 97/2013]. Skoro warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia spełnia samodzielnie Odwołujący tj. po zsumowaniu doświadczenia członków konsorcjum tj. Przedsiębiorstwa Budowlano- Handlowego PERFECT Sp. z o.o. i KBI S..... s.c., na dowód czego przedłożono referencje wystawione na rzecz tych właśnie podmiotów, to Konsorcjum spełniło ów warunek. Obowiązek spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnosi się bowiem do konsorcjum jako całości, a nie do poszczególnych konsorcjantów.

**[2]** W dalszej kolejności, z uwagi na treść korespondencji prowadzonej pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym w trakcie oceny roboty uzupełnionej na podstawie wezwania w trybie art. 26 ust 3 ustawy, z ostrożności [brak bowiem w zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania informacji, iż przedstawiona robota nie spełnia wymagań SIWZ], Odwołujący wskazali, iż robota polegająca na remoncie elewacji zabytkowego budynku Urzędu Miasta przy Placu Armii Krajowej 1 w Szczecinie, spełnia wymóg określony w SIWZ. Zamawiający pismem z dnia 14 lipca 2014r. poddał pod wątpliwość zakres przedmiotowy roboty jw. wskazując, że warunek ten należy traktować łącznie, tzn., dla każdej z dwóch wymaganych robót:

- 1) obiekt musi być budynkiem, oraz
- 2) budynek musi być wpisany do rejestru zabytków oraz
- 3) roboty polegały na remoncie lub przebudowie lub rozbudowie oraz
- 4) wartość robót wynosiła co najmniej 2,5 mln. brutto oraz

- 5) prowadzono wewnątrz tego budynku prace ogólnobudowlane i instalacyjne - czyli remont [rozbudowa lub przebudowa] nie ograniczał się w zdecydowanym zakresie jedynie do robót „zewnętrznych” - elewacji lub pokryć dachowych”.

Zamawiający podkreślił w piśmie, iż *„remont zawilgoconych ścian piwnicznych [jedynie litera j w zakresie zadania obejmującego wykaz robót od lit. a do lit. l) w zdecydowanej mierze związany jest jedynie z ochroną budynku przed zawilgoceniem - roboty te, nawet częściowo prowadzone stricte wewnątrz budynku, zdaniem Zamawiającego nie mogą nawiązywać do charakteru robót ogólnobudowlanych i instalacyjnych planowanych w budynku MDK - stanowiących bardzo ogólne, ale jednak odniesienie do opisaną wymaganą cechy roboty kwalifikowanej”*. W ocenie Odwołujących, Zamawiający nie może na tym etapie postępowania doprecyzowywać określonego w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający w opisie sposobu oceny spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia nie sprecyzował np., w jakim stopniu, procencie miały być prowadzone wewnętrzne prace ogólnobudowlane i instalacyjne. Z brzmienia warunku wynikało jedynie, iż przedmiotowy zakres prac miały być wykonane w ramach tej roboty. Nie sprecyzowano żadnych dodatkowych wymagań w tym zakresie. Niemniej jednak, czyniąc zadość dążeniom Zamawiającego, Odwołujący pismem z dnia 15 lipca 2014r. przedstawili szczegółowy zakres prac wykonywanych na obiekcie Urzędu Miasta przy Placu Armii Krajowej w Szczecinie, potwierdzając wykonanie wewnętrznych prac ogólnobudowlanych i instalacyjnych. Dodatkowo, wyżej wskazana robota budowlana [umowa podstawowa, umowa dodatkowa i uzupełniająca] stanowiły jedno zadanie inwestycyjne [przedsięwzięcie], a co najważniejsze, była realizowana z zachowaniem jednolitości, ciągłości miejsca i czasu, jako kontynuacja zamówienia podstawowego, tym samym w świetle orzecznictwa może być traktowana jako jedna robota budowlana [por. wyrok KIO 807/11 z dnia 28 kwietnia 2011 r.].

**[3]** Odwołujący podniósł, że na etapie oceny i badania ofert, niedopuszczalnym jest doprecyzowanie warunków udziału w postępowaniu czy też ich Interpretacja i odpowiednie dostosowanie pod poszczególnych wykonawców. Zamawiający jako gospodarz postępowania jest odpowiedzialny za prawidłowe, jasne i klarowne sprecyzowanie wymagań, a dopiero po ich sprecyzowaniu i określeniu w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu, badanie złożonych ofert w oparciu o postawione warunki, nie zaś odwrotnie. Odwołujący wskazał także, iż w prowadzonej z Zamawiającym korespondencji wielokrotnie wskazywał, iż z uwagi na zawarcie w SIWZ niedozwolonego zakazu sumowania doświadczenia wykonawców składających wspólnie ofertę, jedynie z ostrożności wykazał się dodatkowo doświadczeniem podwykonawcy. Z treści pisma informującego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania wynika, iż nie wykazano zgodnie z postanowieniami SIWZ,

że podmiot ten będzie wykonywać roboty wynikające z programu prac konserwatorskich i renowacyjnych oraz roboty elewacyjne na podstawie umowy o podwykonawstwo zawartej między Wykonawcą a PPKZ S.A. Oddział Gdańsk. Odwołujący podał, że przedstawił wszystkie wymagane przepisami ustawy dokumenty i oświadczenia podmiotu trzeciego. Wzywając do uzupełnienia „jednoznacznego oświadczenia, że w przypadku wybrania oferty konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej PPKZ S.A. Oddział Gdańsk, zawrze z liderem konsorcjum umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem będzie osobiste wykonanie przez PPKZ S.A. Oddział Gdańsk robót budowlanych wynikających z programu prac konserwatorskich i renowacyjnych oraz roboty elewacyjne na zasadach przewidzianych projektem umowy” [pismo z dnia 14 lipca 2014r., 16 lipca 2014r.] jest bezcelowe. Zamawiający wzywając do uzupełnienia oferty o dodatkowe oświadczenia, niewymagane przepisami ustawy ani aktami wykonawczymi do niej, nie zwrócił uwagi na wiążące i jednoznaczne zapisy w tym zakresie zawarte w zobowiązaniu podpisanym przez podmiot trzeci, uzupełnionym na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Zgodnie z jego treścią PPKZ Oddział w Gdańsku wyraźnie wskazał:

- 1) zakres i okres udziału udostępniającego przy wykonywaniu zamówienia: roboty konserwatorskie i renowacyjne oraz roboty elewacyjne na cały okres realizacji zamówienia,
- 2) charakter stosunku jaki będzie łączył wykonawcę z udostępniającym: umowa cywilnoprawna,
- 3) sposób wykorzystania zasobów: podwykonawstwo, w tym doradztwo i konsultacje w zakresie realizacji zamówienia.

Odwołujący podtrzymał prezentowane w postępowaniu stanowisko podkreślając, iż wszelkie wymagane prawem oświadczenia zostały złożone w celu potwierdzenia wymagań Zamawiającego. Zamawiający winien prowadzić procedurę w granicach wyznaczonych przepisami prawa. Żądanie dodatkowych oświadczeń, ponad te które zostały złożone i są zgodne z przepisami ustawy, nie może być uznane jako prawidłowe działanie, a w szczególności stanowić o braku potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

**IV.** Zamawiający wniósł na rozprawie o oddalenie odwołania.

## **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

### **I. PRZESŁANKI DO ODRZUCENIA ODWOŁANIA**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie podzielono wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania, uzasadnionego brzmieniem art. 189 ust. 2 pkt. 3 ustawy, to jest skierowaniem, w ocenie Zamawiającego, odwołania wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ]. Istotnie, na gruncie analizowanej sprawy Odwołujący po części postawił zarzuty oraz uzasadniającą je argumentację, skierowane wobec etapu kształtowania SIWZ, co na obecnym etapie nie podlega badaniu [art. 180 ust. 2, art. 182 ust. 2 ustawy].

Zatem, zarzuty, w części, w jakiej wskazują na wadę postępowania w postaci niewłaściwego – w ocenie Odwołującego niezgodnego z art. 23 ust. 3 ustawy - opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczą treści SIWZ.

Biorąc jednak pod uwagę fakt, że odwołanie skierowane jest wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, zarzuty skierowane wobec dopuszczalności ukształtowania w określony sposób SIWZ nie mogą spowodować zmiany tego dokumentu, czy też następczo – po terminie składania i otwarcia ofert – nadać innego rozumienia temu dokumentowi, mogą być jednak rozpatrywane przez pryzmat zasadności lub nie zarzutów dotyczących podstawy do wykluczenia Odwołującego.

### **II. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów Odwołujący będzie miał szanse na uzyskanie zamówienia.

### **III. ROZSTRZYGNIECIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA**

Odwołanie nie mogło być uwzględnione.

**[1]** Po pierwsze, zasadnicza część zarzutów postawionych w odwołaniu, to jest wskazujących

na niewłaściwe [niedopuszczalne, niezgodne z przepisami] ukształtowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], w części wprowadzającej wymóg, aby dwie roboty budowlane o określonym zakresie były wykonane przez ten sam podmiot, jakkolwiek przypisana do wskazanego w odwołaniu naruszenia art. art. 7 ust. 1 w związku z art. 23 ust. 3 i art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy - poprzez wadliwą ich wykładnię, która prowadzi do nieprawidłowego wykluczenia z postępowania podmiotu spełniającego warunki udziału w postępowaniu, w istocie stanowi polemikę z treścią SIWZ.

Podkreślenia jednak wymaga, że ustawa przewiduje określone terminy na kwestionowanie w drodze odwołania czynności w postępowaniu o zamówienie publiczne, w tym SIWZ. SIWZ nie została w zakresie postawionego w analizowanym postępowaniu warunku udziału w postępowaniu – opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu na odpowiednim etapie zakwestionowana, w związku z czym powyższe wymaganie wiąże wykonawców. Literalne brzmienie SIWZ nie pozostawia wątpliwości, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie obowiązani byli wykazać się taką wiedzą i doświadczeniem, które obejmują dwukrotne wykonanie przez danego wykonawcę [członka konsorcjum, podmiot trzeci] zadania stanowiącego określone roboty budowlane. Na obecnym etapie, wszyscy – zarówno wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, jak i Zamawiający dokonując oceny ofert a także Krajowa Izba Odwoławcza oceniając czynności Zamawiającego w ramach środków ochrony prawnej, są związani tak ukształtowanymi, definitywnymi postanowieniami SIWZ. W przeciwnym bowiem wypadku mielibyśmy do czynienia z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców: jeśli postawione i zakomunikowane wykonawcom w SIWZ postanowienia miałyby być na etapie oceny ofert elastycznie traktowane i w praktyce nierespektowane, nie można wyłączyć, że w postępowaniu znaleźliby się wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu, którzy jednak nie złożyli ofert uznając, że w postępowaniu postawiono wymagania, które okazały się zbyt trudne do spełnienia. Na obecnym etapie zatem, SIWZ musi być traktowana jako dokument wiążący i nie może podlegać rewizji.

Ponad brzmienie tak ostatecznie i definitywnie ukształtowanej SIWZ, nie sposób dopuścić możliwości rewidowania jej treści poprzez postawienie na obecnym etapie [to jest etapie oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty] zarzutu bezwzględnej nieważności spornego postanowienia SIWZ, kreującego warunek udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny jego spełnienia, na podstawie art. 58 § 1 Kc.

Jak wskazano, ustawa wprowadza jako zasadę usuwanie ewentualnych niedoskonałości dokumentu jakim jest SIWZ, z inicjatywy wykonawców, którzy posiadają do tego stosowne instrumenty [odwołanie, informacja o niezgodnej z przepisami prawa

czynności zamawiającego na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy]. W analizowanej sprawie, sporne postanowienie SIWZ jest ostatecznie ukształtowane, a tym samym, wiązało zarówno wykonawców, którzy złożyli swoje oferty, Zamawiającego na etapie ich oceny, a także Krajową Izbę Odwoławczą – w ramach środka ochrony prawnej skierowanego wobec dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert. Odwołujący, stawiając zarzut bezwzględnej nieważności tego postanowienia osadzony w treści art. 58 § 1 Kc, zmierza do podważenia treści SIWZ po upływie terminów na jej kwestionowanie.

**[2]** Ponadto, Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu wskazującego na bezwzględną nieważność postanowienia SIWZ, zgodnie z którym *„warunek wiedzy i doświadczeniu nie podlega sumowaniu - oznacza to, że albo Wykonawca składający ofertę wykaże się realizacją dwóch wymaganych robót albo jeden z uczestników konsorcjum wykaże się realizacją dwóch wymaganych robót [warunek wiedzy i doświadczenia nie będzie spełniony, jeżeli wszyscy uczestnicy konsorcjum w sumie wykażą zrealizowanie dwóch robót ale żaden z nich nie wykonał wymaganych dwóch robót], albo, w sytuacji gdy Wykonawca, który nie ma wymaganego doświadczenia [nie ma wykonanych dwóch robót] polega na zasobach innego podmiotu - podmiot ten musi wykazać zrealizowanie dwóch wymaganych robót. W sytuacji polegania na zasobach innego podmiotu - podmiot ten musi być wskazany jako podwykonawca, który będzie wykonywał zasadnicze roboty budowlane wynikające z programu prac konserwatorskich i renowacyjnych oraz roboty elewacyjne. Udostępnienie zasobów wiedzy i doświadczenia musi być związane z wykonywaniem robót”.*

Odwołujący bowiem postawił tezę, zgodnie z którą, wobec takiego ukształtowania postanowienia SIWZ, mamy do czynienia z naruszeniem art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który przewiduje, że przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nie oznacza to jednak, że w analizowanej sprawie mamy do czynienia z naruszeniem tego przepisu, co ma skutkować nieważnością postanowienia SIWZ. Wymaganie dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, polegające na konieczności wykonania dwóch robót budowlanych przez ten sam podmiot dotyczy bowiem w takim samym stopniu wykonawcy, jak konsorcjum, czy podmiotu trzeciego, udostępniającego swoje zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy. Odwołujący zdaje się przy tym nie dostrzegać, jaka jest treść kwestionowanego przez niego wymagania: treść spornego warunku w istocie wyraża wymaganie, by wykonawca co najmniej dwukrotnie wykonał zadanie o określonej charakterystyce [dwie roboty budowlane o określonym charakterze i wartości]. Tak postawiony warunek jest więc nie tyle wymaganiem wykonania co najmniej dwóch robót, co wymaganiem wykonania tych robót co najmniej dwa razy. Tak

ukształtowany warunek wyraża zatem myśl, że co do zasady doświadczenie zdobywa się poprzez realizację czynności w oznaczonym zakresie, co odróżnia „doświadczenie” od incydentalnie podjętej czynności, którą zdarzyło się komuś wykonać i że przy pierwszej realizacji tego rodzaju zadania wykonawca dopiero się uczy, zaś o nabyciu doświadczenia można mówić dopiero przy drugim, pozytywnie zrealizowanym zadaniu.

Tym samym, Odwołujący kwestionując wskazany warunek, to jest upatrując nieważności postanowienia SIWZ, które go wyraża, zdaje się nie dostrzegać – po pierwsze – że przywoływany przez niego przepis art. 23 ust. 3 ustawy nie wyraża zasady, do której można przypisać znaczenie normy o bezwzględnym charakterze, po drugie zaś – że ten przepis już w samej jego treści nakazuje relatywizować sytuacje dotyczące konsorcjum do pozycji wykonawcy nie wprost, ale „odpowiednio”. Z przepisu art. 23 ust. 3 ustawy nie wynika sposób konstruowania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający może więc postawić warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiedni do realizacji celu postępowania, zaś postulaty co do kształtowania konkretnych warunków udziału w postępowaniu [opisu sposobu dokonywania oceny ich spełnienia] wyraża art. 22 ust. 4 ustawy. W analizowanym postępowaniu treścią warunku jest wykonanie dwóch robót budowlanych o określonym charakterze, zakresie i wartości. Powyższe nie stoi w sprzeczności z treścią art. 23 ust. 3 ustawy, który nakazuje stosować przepisy dotyczące wykonawcy do konsorcjum odpowiednio. „Odpowiednio”, oznacza, że konsorcjum musi wykazać takie dwie roboty budowlane, ale nie jest to tożsame ze zsumowaniem robót wykonanych przez niezależne podmioty, które zawarły umowę konsorcjum. Przepis art. 23 ust. 3 ustawy nie wprowadza odrębnej reguły sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Następnie, Odwołujący w swojej argumentacji akcentując dopuszczalność łączenia przez członków konsorcjum posiadanych przez nich z osobna różnych potencjałów zdaje się nie dostrzegać charakteru potencjału podlegającego takiemu sumowaniu: oczywistą jest możliwość sumowania różnych potencjałów przez każdego z członków konsorcjum, na przykład gdy jeden z członków konsorcjum dysponuje odpowiednim doświadczeniem i wiedzą, inny środkami finansowymi w niezbędnej do realizacji zamówienia wysokości, inny jeszcze odpowiednimi maszynami czy osobami. Nie oznacza to jednak możliwości bezrefleksyjnego sumowania różnych elementów postawionych w ramach jednego warunku, co by prowadziło, do przyjęcia, że dopuszczone zostanie spełnienie pewnej części, wycinka postawionego w treści warunku wymagania przez jeden podmiot [jednego członka konsorcjum] oraz pozostałej przez inny podmiot [kolejnego członka konsorcjum]. Istotna jest bowiem analiza postawionego na gruncie konkretnego postępowania warunku – jeśli wymaganie postawione w treści warunku ma postać autonomicznych wymagań wykonania



różnych, niezależnych od siebie zadań, mających służyć zbadaniu różnego rodzaju doświadczenia potrzebnego do realizacji zamówienia, jak przykładowo, przy robotach budowlanych obejmujących zarazem zaprojektowanie, warunek obejmowałby określone doświadczenia w realizacji prac projektowych, a także dodatkowo odrębnie doświadczenie w realizacji innych zadań, stanowiących przykładowo wykonanie określonych robót budowlanych, w konkretnej sytuacji, można dopuścić traktowanie takiego wymagania postawionego w ramach warunku wiedzy i doświadczenia rozłącznie i przyjąć możliwość wylegitymowania się zadaniami różnego rodzaju przez odrębne podmioty. Inaczej jest jednak, jeśli treścią postawionego warunku udziału w postępowaniu jest wymóg wykonania dwóch lub więcej takich samych zadań. W takim bowiem wypadku, treścią warunku jest dwukrotne [lub więcej] wykonanie określonych przedsięwzięć, zaś miarą doświadczenia jest w takim wypadku nie tylko wykonanie określonego zadania, ale także niezakłócone kilkukrotne powtórzenie takich przedsięwzięć, co wpisuje się w trafną logikę, że o ile raz poprawna realizacja określonego zadania może być wynikiem pozytywnego, poniekąd przypadkowego obrotu zdarzeń, to powtarzane zadowalające wykonanie takiego zadania świadczy o doświadczeniu podmiotu, które daje podstawę do przyjęcia, że wykonawca za każdym następnym razem wykonując takie zadanie – wykona je dobrze. Stąd argumentacja zaprezentowana w odwołaniu zdaje się całkowicie abstrahować od treści postawionego warunku i tego, że wymaganiem objęte jest dwukrotne wykonanie określonych przedsięwzięć i że stanowi ono pewien przyjęty przez Zamawiającego zestaw dokonań wykonawcy, który ma być spełniony łącznie przez wykonawcę. Gdyby było inaczej, trzeba byłoby dopuścić możliwość spełnienia przez różne podmioty różnych elementów opisanych w treści postawionego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, jak przykładowo na gruncie spornego warunku, jeden z podmiotów mógłby wykonać robotę polegającą na remoncie, rozbudowie lub przebudowie dowolnego budynku, w którym prowadzono wewnętrzne prace ogólnobudowlane i instalacyjne, niezależnie od tego, czy jest on wpisany do rejestru zabytków, drugi zaś robotę polegającą na remoncie, rozbudowie lub przebudowie dowolnego budynku użyteczności publicznej lub mieszkalnego, wpisanego do rejestru zabytków, niezależnie od rodzaju wykonanych robót.

Warunek postawiony przez Zamawiającego na gruncie analizowanej sprawy obejmuje wykonanie dwóch robót o określonym zakresie i wartości. Wykonawca zamierzający ubiegać się o zamówienia winien zatem wykonać dwie takie roboty, jako miernik wiedzy i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia. Konsorcjum, do którego odpowiednio stosuje się przepisy dotyczące wykonawcy, dla wykazania spełnienia tak opisanego warunku powinno zatem znaleźć się w sytuacji takiej jak wykonawca, który dwa razy wykonał wymagane zadanie. Sumowanie robót wykonanych przez dwa różne

podmioty, wchodzące w skład konsorcjum, nie stwarza takiej sytuacji, jak wykonanie tych robót przez jeden podmiot. Żaden z tych podmiotów, poprzez zawiązanie konsorcjum nie zwielokrotnił swojego doświadczenia, nie znalazł się w sytuacji, że dwa razy wykonał określone roboty budowlane.

Powyższe czyniło zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 23 ust. 3 i art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy - poprzez wadliwą ich wykładnię, która w prowadzi do nieprawidłowego wykluczenia z postępowania podmiotu spełniającego warunki udziału w postępowaniu, postawiony w związku z tezą o nieważności postanowienia SIWZ na podstawie art. 58 § 1 Kc, nie tylko spóźnionym, ale i niezasługującym na akceptację.

W świetle powyższego, bez znaczenia pozostawała argumentacja Odwołującego zmierzająca do wykazania dopuszczalności sumowana robót na podstawie odrębnych umów a także, że robota polegająca na remoncie elewacji zabytkowego budynku Urzędu Miasta przy Placu Armii Krajowej 1 w Szczecinie, spełnia wymóg określony w SIWZ. Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że kwestia zakresu prac we wskazanym budynku nie była przedmiotem jego negatywnej oceny, skutkującej uznaniem, że wykonawca powinien podlegać wykluczeniu, nie została także poruszona w uzasadnieniu czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.

**[3]** Ocenie podlegały następnie zadania wykazane dla spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, którymi Odwołujący posłużył się z zastosowaniem dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy, to jest wykonane przez podmiot trzeci.

Poza sporem jest, że Zamawiający, w rozdziale II ust. 1 pkt 1 ) SIWZ [str. 17 dokumentacji], postawił wymaganie, zgodnie z którym *„W sytuacji polegania na zasobach innego podmiotu – podmiot ten musi być wskazany jako podwykonawca, który będzie wykonywał zasadnicze roboty budowlane wynikające z programu prac konserwatorskich i renowacyjnych oraz roboty elewacyjne. Udostępnienie zasobów wiedzy i doświadczenia musi być związane z wykonywaniem robót”*. Wymaganie to zostało dodatkowo przez Zamawiającego wyraźnie zaakcentowane, poprzez podkreślenie i pogrubienie części tekstu opisującego tę część stawianego warunku udziału w postępowaniu.

Poza sporem jest też, że Odwołujący, w wykonaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia posłużył się między innymi wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego. Złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego ma następująca treść: *„zobowiązuję (my) się do oddania Konsorcjum firm (...) do dyspozycji niezbędne zasoby tj. wiedzy,*

*doświadczenia i potencjału ludzkiego i technicznego na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia w charakterze podwykonawstwa*

- 1) sposób wykorzystania zasobów: podwykonawstwo, w tym doradztwo i konsultacje w zakresie realizacji zamówienia;*
- 2) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z udostępniającym: umowa cywilnoprawna*
- 3) Zakres i okres udziału udostępniającego przy wykonywaniu zamówienia: Roboty konserwatorskie i renowacyjne oraz roboty elewacyjne na cały okres realizacji zamówienia” [str. 76 dokumentacji postępowania].*

Zamawiający, w zakresie tak udokumentowanego pozyskania przez Odwołującego zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia, podjął szereg środków, mających na celu uzyskanie pewności, że podmiot trzeci będzie uczestniczył w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy w wymaganym zakresie: wystąpił do podmiotu trzeciego o potwierdzenie, że podmiot ten złożył oświadczenie o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia oraz o jednoznaczne potwierdzenie, że w przypadku wyboru oferty Odwołującego podmiot ten zawrze z Odwołującym umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem będzie osobiste wykonanie robót wynikających z programu prac konserwatorskich i renowacyjnych oraz roboty elewacyjne [str. 87-88 dokumentacji] a także dwukrotnie wystąpił do Odwołującego o potwierdzenie, że w przypadku wyboru oferty Odwołującego podmiot ten zawrze z Odwołującym umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem będzie osobiste wykonanie robót wynikających z programu prac konserwatorskich i renowacyjnych oraz roboty elewacyjne [str. 90-91, 100-101 dokumentacji].

W następstwie tych działań Zamawiający nie uzyskał informacji pozwalających na przyjęcie, że w przypadku wyboru oferty Odwołującego podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie zawrze z Odwołującym umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem będzie osobiste wykonanie robót wynikających z programu prac konserwatorskich i renowacyjnych oraz roboty elewacyjne. I tak, sam podmiot trzeci zignorował zapytanie Zamawiającego, pozostawiając je bez odpowiedzi. Odwołujący, wezwany do wyjaśnienia podał zaś w piśmie z 15 lipca 2014 r.: *„Co do złożenia dokumentu w postaci jednoznacznego oświadczenia Wykonawcy, że w przypadku wybrania naszej oferty jako najkorzystniejszej, zawrze on umowę o podwykonawstwo z PPKZ SA oddział Gdańsk - wykonawca nie przedstawi takiego dokumentu. Zamawiający na etapie procedury przetargowej nie żądał od Wykonawcy tego rodzaju dokumentu, w związku z powyższym na obecnym etapie postępowania czynić tego również nie może”* [str. 93 dokumentacji]. Następnie, w informacji z dnia 16 lipca 2014 r. o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez

Zamawiającego [str. 102-103 dokumentacji], Odwołujący wskazał, że *„podtrzymuje złożone dotychczas oświadczenia w ofercie oraz uzupełnieniach do niej. Są one wystarczające do oceny złożonej oferty oraz dokonania wyboru naszego konsorcjum jako wykonawcy zadania. Informuję, że nasze konsorcjum w dalszym ciągu podtrzymuje swoje stanowisko reprezentowane w piśmie z dnia 25 czerwca 2014 r. w sprawie łączenia doświadczenia, a przedstawione doświadczenie wykonawcy złożyliśmy jedynie z ostrożności”*.

Finalnie, powyższymi czynnościami, Odwołujący nie rozwiął wątpliwości Zamawiającego w odniesieniu do zawartego w SIWZ wymagania w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawodawca przyjął jako zasadę, że zadaniem wykonawcy jest wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. To wykonawca zatem obowiązany jest do takiego zaprezentowania swojej sytuacji, które da zamawiającemu przekonanie, że spełnione są stawiane warunki udziału w postępowaniu. Ewentualne wątpliwości w tej mierze, obciążają więc wykonawcę, zaś skutkiem pozostawienia ich nierozwianymi przez wykonawcę, jest uznanie warunku udziału w postępowaniu za niespełniony, a w konsekwencji – wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych *„Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.”* Dostrzeżenia także wymaga, że przepis ten jest nieodłącznie związany z obowiązkiem wykazania przez wykonawców spełnienia warunków udziału w postępowaniu, stanowi niejako rozwinięcie przepisu ogólnego dotyczącego tych warunków, to jest art. 22 ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 i 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; posiadania wiedzy i doświadczenia; dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; sytuacji ekonomicznej i finansowej. Przytoczony przepis służy zatem zabezpieczeniu interesów Zamawiającego, któremu wykonawcy muszą wykazać, że posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, niezbędną wiedzę i doświadczenie,

dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. To podstawowe wymogi ekonomiczno – techniczne, które mają zapewnić [albo przynajmniej uprawdopodobnić] realizację zamówienia w sposób co najmniej poprawny. Innymi słowy, warunki udziału w postępowaniu to cechy i właściwości wykonawcy wyrażające minimum wymagań, jakie zapewniają właściwe wykonanie zamówienia.

Dostrzec trzeba dalej, że to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe wynika wprost z brzmienia przepisu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 [lub może żądać jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż wskazane kwoty]. Zgodnie z natomiast z brzmieniem przepisu art. 26 ust. 2a powołanej ustawy, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy.

Tym samym, wobec braku wyraźnego potwierdzenia przez wykonawcę, że w przypadku wyboru oferty Odwołującego, podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie zawrze z Odwołującym umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem będzie osobiste wykonanie robót wynikających z programu prac konserwatorskich i renowacyjnych oraz roboty elewacyjne, a wręcz unikania przez wykonawcę podania jednoznacznej deklaracji w tej mierze [wyraźnego oświadczenia Odwołującego w piśmie z 15 lipca 2014 r., że nie przedstawi dokumentu zawierającego jednoznaczne oświadczenie że w przypadku wyboru oferty zawrze umowę o podwykonawstwo z PPKZ SA oddział Gdańsk], jedynym i nieuniknionym wnioskiem musi być stwierdzenie niewykazania spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zaś ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

W świetle ustalonych okoliczności sprawy, Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie przywołanego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) *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. Nr 41 poz. 238].

Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł oraz dojazdu, [stosownie do wytycznych zawartych w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 7 sierpnia 2013 r. w spr. VIII Ga 243/13], to jest w wysokości odpowiadającej złożonym rachunkom – biletom z tytułu podróży na trasie Stargard Szczeciński – Warszawa i z powrotem: 134 zł w każdą stronę, co daje łącznie 268 zł.

**Skład orzekający:**