

Sygnatura akt VIII Ga 327/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 listopada 2014 roku

### **Sąd Okręgowy w Szczecinie VIII Wydział Gospodarczy**

w składzie następującym :

Przewodniczący: SSO Anna Budzyńska (spr.)

Sędziowie: SO Agnieszka Woźniak

SO Piotr Sałamaj

Protokolant: st. sekr. sąd. Monika Stachowiak

po rozpoznaniu w dniu 29 października 2014 roku w Szczecinie

na rozprawie

sprawy ze skargi wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: P. S. (1), T. S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą (...) (...) S. s.c w S., (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w S. oraz L. S., P. S. (1), T. S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą (...) s.c w S.

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1495/14

przy udziale Zamawiającego Gminy M. S. w S.

I. oddala skargę,

II. zasądza od skarżącego na rzecz zamawiającego kwotę 600 zł (sześciuset złotych) tytułem kosztów procesu.

SSO Agnieszka Woźniak SSO Anna Budzyńska SSO Piotr Sałamaj

Sygn. akt VIII Ga 327/14

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina M. S. w S. wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wykonanie przebudowy i remontu (...) w S.”. Szacunkowa wartość powyższego zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowe postępowanie, wykluczając wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: P. S. (1), T. S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą (...) s.c w S., Przedsiębiorstwo Budowlano- Handlowe (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w S. oraz L. S., P. S. (1), T. S., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej (...) s.c w S., wskazując jako podstawę przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiącego, że z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

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 wnieśli o nakazanie Zamawiającemu:

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

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z dnia 7 sierpnia 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 1495/14 oddaliła odwołanie (pkt 1); obciążyła kosztami postępowania Odwołujących, zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego P. S. (1), T. S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą (...) s.c. w S., (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w S. oraz L. S., P. S. (1), T. S., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej (...) s.c. w S., tytułem wpisu od odwołania (pkt 2.1.) Nadto zasądziła od Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego P. S. (1), T. S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą (...) s.c. w S., (...)spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w S. oraz L. S., P. S. (1), T. S., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej (...) s.c. w S., na rzecz Zamawiającego kwotę 3.868 zł 00 gr stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (pkt 2.2).

Odnosząc się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie podzielono w szczególności 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]. KIO podniosła, że 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 - i niezgodnego z art. 23 ust. 3 ustawy - opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczą treści SIWZ. W ocenie KIO 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.

Ustalono także, 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.

Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do zarzutów Odwołującego wskazała, że odwołanie nie mogło zasługiwać na uwzględnienie.

KIO podkreśliła, że zasadniczą część zarzutów postawionych w odwołaniu, to jest wskazujących na niewłaściwe, niedopuszczalne i 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. 7 ust. 1 w związku z art. 23 ust. 3 i art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy - poprzez wadliwą ich wykładnię, która prowadzi – w ocenie Odwołującego do nieprawidłowego wykluczenia z postępowania podmiotu spełniającego warunki udziału w postępowaniu, w istocie stanowi polemikę z treścią SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że ustawa Prawo zamówień publicznych 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 znalazłoby 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.

Zdaniem KIO 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.

KIO podkreśliła, że 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.

Ponadto – w ocenie KIO - 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, doszło do naruszenia 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 – zdaniem KIO – 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 bezwzględny 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.

KIO podkreśliła, że 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 powtórne zadowolające 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 zwiłokrotnił swojego doświadczenia, nie znalazł się w sytuacji, że dwa razy wykonał określone roboty budowlane.

Powyższe czyniło – zdaniem KIO - 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 niezaskarżonym na akceptację.

W świetle powyższego, bez znaczenia pozostawała argumentacja Odwołującego zmierzająca do wykazania dopuszczalności sumowania robót na podstawie odrębnych umów a także, że robota polegająca na remoncie elewacji zabytkowego budynku Urzędu Miasta przy Placu (...) w S., 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.

Ocenie KIO podlegały także 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 następującą 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].

KIO wskazała, że 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, 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.

Oceniając powyższe KIO uznała, że w następstwie tych działań Zamawiający nie uzyskał informacji pozwalających na przyjęcie, że w przypadku wyboru oferty Odwołującego podmiot udostępniający wiedzę o doświadczenie zawrze z Odwołującym umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem będzie osobiste wykonanie robót wynikających z programu prac konserwatorskich i renowacyjnych oraz roboty elewacyjne. Sam podmiot trzeci zignorował bowiem 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 (...) SA oddział G. - 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 – zdaniem KIO - nie rozwiał wątpliwości Zamawiającego w odniesieniu do zawartego w SIWZ wymagania w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Podkreślono, że 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 spełniania 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 (...) SA oddział G.], jedynym i nieuniknionym wnioskiem musi być – w ocenie KIO – przyjęcie niewykazania spełniania postawionego warunku udziału w postępowaniu.

W świetle ustalonych okoliczności sprawy, KIO uznała, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych.

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. 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 sprawie VIII Ga 243/13], to jest w wysokości odpowiadającej złożonym rachunkom - biletom z tytułu podróży na trasie S. - W. i z powrotem: 134 zł w każdą stronę, co daje łącznie 268 zł.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: P. S. (1), T. S. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą (...) s.c. w S., (...)spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S. oraz L. S., P. S. (1), T. S. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą (...) s.c. w S. wnieśli skargę od powyższego orzeczenia zaskarżając je w całości oraz zarzucając mu:

### **1. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:**

1) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że:

a) skarżona przez Odwołującego (Skarżącego) czynność Zamawiającego (Przeciwnika skargi) została dokonana z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców, zaś sumowanie tego samego rodzaju potencjałów konsorcjantów w okolicznościach przedmiotowej sprawy prowadziły do naruszenia tej zasady;

b) odpowiednie stosowanie przepisów dotyczących wykonawcy do członków konsorcjum nie odnosi się do sumowania ich potencjałów tego samego rodzaju;

2) art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwą ich wykładnię polegającą na przyjęciu, że nie jest dopuszczalne sumowanie tego samego rodzaju potencjałów członków wchodzących w skład konsorcjum ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego oraz przyjęcie, że obowiązek wykazania się przez konsorcjum dwiema robotami budowlanymi nie jest tożsamy z sumowaniem robót wykonanych przez podmioty wchodzące w skład tego konsorcjum;

3) art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że zaistniały podstawy do wykluczenia Skarżącego oraz uznania jego oferty za odrzuconą;

4) art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że Przeciwnik skargi miał prawo żądać od Skarżącego dodatkowego oświadczenia w zakresie zobowiązania się podmiotu trzeciego do udostępnienia swojego potencjału Skarżącemu, mimo iż art. 25 ust. 1 ww. ustawy uzależnia uprawnienie zamawiającego do żądania określonych dokumentów wyłącznie, gdy wskazane one zostaną w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert;

5) art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego wadliwą wykładnię polegającą na przyjęciu, że dla udowodnienia przez wykonawcę zamawiającemu dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, zamawiający był uprawniony żądać od wykonawcy złożenia dodatkowych oświadczeń, mimo złożenia przez wykonawcę zobowiązania określonego w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych;

6) art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ich niezastosowanie i przyjęcie, że brak zakwestionowania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu na wcześniejszym etapie skutkuje definitywnym związaniem wykonawców brzmieniem SIWZ i brakiem możliwości skutecznego podniesienia zarzutu nieważności z mocy prawa wadliwego zapisu SIWZ;

7) art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez przyjęcie, że w sytuacji wystąpienia nieważności zapisu w SIWZ z mocy samego prawa, dla wywołania skutku w przepisie tym przewidzianego konieczne jest zaskarżenie takiej czynności zamawiającego w trybie art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

## **2. naruszenie przepisów prawa procesowego, tj.:**

1) art. 190 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów, w ten sposób, iż Krajowa Izba Odwoławcza błędnie przyjęła, iż:

a) złożone przez Skarżącego oświadczenie pochodzące od (...) S.A. Oddział w G. w sposób niedostateczny potwierdzało spełnienie przez Skarżącego warunków udziału w postępowaniu, tj. że z oświadczenia tego nie wynikało, iż podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie zawrze ze Skarżącym umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem będzie osobiste wykonanie robót wynikających z programu prac konserwatorskich i renowacyjnych oraz roboty elewacyjne;

b) Skarżący unikał podania jednoznacznej deklaracji w zakresie zawarcia umowy o podwykonawstwo z (...) S.A. Oddział w G.;

2) art. 180 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego błędną interpretację polegającą na przyjęciu, że odwołanie na podstawie przepisu art. 180 ust. 2 pkt 3 ww., ustawy oparte na zarzucie wadliwości zapisów



SIWZ dla swej skuteczności wymaga uprzedniego zaskarżenia takiej wadliwości w trybie art. 180 ust. 2 pkt 2 ww. ustawy.

**3. wadliwość ustaleń faktycznych dokonanych przez Krajową Izbę Odwoławczą polegającą na sprzeczności ustaleń Krajowej Izby Odwoławczej z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez błędne przyjęcie, że:**

- 1) Skarżący nie wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
- 2) Skarżący unikał podania jednoznacznej deklaracji w zakresie zawarcia umowy o podwykonawstwo z (...) Oddział w G..

Wskazując na podniesione zarzuty skarżący wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie wyrokiem co do istoty sprawy oraz stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów postępowania wywołanego niniejszą skargą.

Zamawiający wniósł o oddalenie skargi oraz o zasądzenie kosztów postępowania.

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skargę należy uznać za nieuzasadnioną.

Zgodnie z treścią art. 198 a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Prawo zamówień publicznych ( Dz.U. z 2013 r., 907 j.t z późn. zm.) na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (w dalszym toku wywodów określanej skrótem KIO) stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu. Celem skargi jest ponowne merytoryczne rozpoznanie sprawy w zakresie żądań zgłoszonych w odwołaniu.

Przed przystąpieniem do oceny zasadności podniesionych w skardze zarzutów wskazać należy, iż Sąd Okręgowy podziela poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą ustalenia i przyjmuje je za własne bez potrzeby ich powielania. W ocenie Sądu Okręgowego KIO dokonała prawidłowych ustaleń faktycznych w oparciu o przedstawione przez strony – zgodnie z treścią art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - dowody.

Skarżący kwestionuje w przedmiotowej sprawie, której przedmiotem jest ocena zasadności czynności Zamawiającego dotyczącej wykluczenia z postępowania Skarżącego w oparciu o treść art. art. 24 ust. 2 pkt 4, prawidłowość postanowień SIWZ w tym zakresie, w jakim formułują one opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia udziału w postępowaniu, uznając je z jednej strony za naruszające art. 7 ust 1 w zw. z art. 23 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z drugiej za bezwzględnie nieważne w oparciu o treść normy art. 58 k.c. Bezsprzeczne jest, że Zamawiający w SIWZ postawił w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia wymogi zgodnie z którymi o zamówienie może się ubiegać może Wykonawca, który wykaże zrealizowanie w okresie pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej dwóch robót, o wartości co najmniej 2 500 000 zł brutto każda, polegających na remoncie, rozbudowie lub przebudowie dowolnego budynku wpisanego do rejestru zabytków, użyteczności publicznej lub mieszkalnego, w którym prowadzono wewnętrzne prace ogólnobudowlane i instalacyjne (...). Jednocześnie zamawiający wskazał, że iż warunek wiedzy i doświadczenia nie podlega zsumowaniu – co oznacza, że albo wykonawca składający ofertę wykaże się realizacją dwóch wymaganych robót, dodając w nawiasie, że 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 realizował zasadnicze roboty budowlane wynikające z programu prac konserwatorskich i renowacyjnych oraz roboty elewacyjne – dodając, że udostępnienie zasobów wiedzy i doświadczenia musi być związane z wykonywaniem robót.

Odnosząc się do powyższych zarzutów skarżącego, Sąd Okręgowy podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w zaskarżonym wyroku, iż zarzuty skarżącego co do niedopuszczalnego, niezgodnego z prawem ukształtowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej wprowadzenia wymogu dwukrotnego wykonania przez danego wykonawcę (członka konsorcjum, podmiot trzeci) robót budowlanych o określonym zakresie jako prowadzące – zdaniem skarżącego - do naruszenia zasady przewidzianej w art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych równego traktowania wykonawców – zmierzają w istocie do zakwestionowania spornych postanowień SIWZ. Powyższe na obecnym etapie postępowania – badania dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert Wykonawców nie może podlegać rozpoznaniu w oczekiwanym przez skarżącego kierunku tj. zmiany tych postanowień czy też dokonania takiej ich wykładni, która dopuszczałaby spełnienie stawianego warunku wiedzy i doświadczenia przez zsumowanie potencjałów członków Konsorcjum w tym zakresie.

Podkreślić należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych nakłada na Zamawiającego obowiązek umieszczenia opisu oceny spełniania warunków udziału zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 22 ust 3, art. 41 pkt 7, art. 48 pkt 6) jak i w SIWZ (art. 36 ust 1 pkt 5). Opis sposobu ceny spełniania warunków określa kryteria oceny, jakimi będzie kierował się Zamawiający przy ocenie spełniania warunków udziału w tym postępowaniu.

Przepisy powyższej ustawy stanowią też, że wykonawca może kwestionować opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przepis art. 180 ust 2 ustawy, w którym została określona dopuszczalność składania odwołania w przypadku zamówień poniżej tzw. progów unijnych – wskazuje wyraźnie (w punkcie 2) na możliwość wnoszenia przez Wykonawców odwołań wobec „opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Użyte w tym przepisie określenie „wyłącznie” wskazuje z jednej strony, że odwołanie przysługuje jedynie od wskazanych enumeratywnie w tym przepisie czynności, z drugiej prowadzi do wniosku, iż ustawodawca uznał te czynności za najistotniejsze decyzje, mogące naruszać interesy wykonawców.

W doktrynie podnosi się przy tym, że opis sposobu dokonywania oceny warunków stanowi jedną z najważniejszych czynności dokonywanych przez Zamawiającego, albowiem wyznacza krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o zamówienia publiczne. Środki ochrony prawnej w tym zakresie służą zapewnieniu realizacji zasady dostępu wykonawców do zamówień publicznych na zasadach niedyskryminacyjnych ( por. P.Granecki, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, wyd. 4, C. H Beck).

W ocenie Sądu Okręgowego - sposób oceny danego warunku udziału winien być precyzyjnie uregulowany w treści SIWZ. W przedmiotowej sprawie Zamawiający spełnił te wymagania - jednoznacznie i w sposób kategoryczny podał bowiem zasady, jakimi będzie się kierował dokonując oceny ofert, również w przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. Informacja co do tych kwestii została podana wszystkim potencjalnym uczestnikom procedury jeszcze przed złożeniem ofert.

Skarżący, mimo zgłaszanych Zamawiającemu w tym względzie zastrzeżeń w trybie art. 181 ust 1 – jak wynika z materiału procesowego – nie skorzystał z przysługujących mu w tym zakresie środków ochrony prawnej, nie wniósł bowiem w trybie art. 180 ust 2 pkt 2 ustawy odwołania co do opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wniesienie odwołania – w ocenie Sądu Okręgowego - gwarantowało rozstrzygnięcie wszelkich wątpliwości co brzmienia SIWZ i ich zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Brak zakwestionowania na odpowiednim etapie postępowania powyższych zapisów skutkuje tym, że powyższe postanowienia SIWZ mają aktualnie charakter wiążący przy ocenie kwestionowanej przez Skarżącego czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu skarżącego i odrzuceniu jego oferty z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Podkreślić należy, że SIWZ jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne – z jednej strony wyznacza wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które ma spełniać oferta, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, w szczególności opisuje przedmiot zamówienia oraz sposób dokonania oceny spełniania warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się Zamawiający dokonując oceny złożonych ofert według precyzyjnie określonych kryteriów oraz weryfikując, czy

wykonawcy wykazali spełnianie warunków podmiotowych opisanych przez zamawiającego. Zatem dokument ten powinien być przygotowany przez zamawiającego z najwyższą starannością, bowiem w fazie oceny ofert - analizy spełniania warunków udziału w postępowaniu to ten dokument (i spójne z nią ogłoszenie) jest głównym punktem odniesienia dokonania oceny ofert i ich zgodności z wymogami Zamawiającego.

Zgodzić się należy w pełni ze stanowiskiem KIO, iż tak ukształtowanymi postanowieniami SIWZ są związani wykonawcy, którzy uczestniczyli w postępowaniu, jak i Zamawiający, który dokonał oceny ofert. Treść tych postanowień SIWZ stanowi także – jak wskazano - podstawę do oceny czynności Zamawiającego w ramach wnoszonych środków ochrony prawnej. Przyjęcie stanowiska skarżącego prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. W oparciu o wskazane w treści SIWZ m.in. warunki udziału w postępowaniu oraz zawarty w nich opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków – wykonawcy podejmują bowiem decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu. Dlatego za niedopuszczalne uznać należy po dokonaniu przez Zamawiającego oceny ofert, przeprowadzonej w oparciu o podane w ogłoszeniu o zamówieniu warunki i opis sposobu dokonywania oceny – dokonywanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o inne kryteria.

W ocenie Sądu Okręgowego brak jest także podstaw do podzielenia zarzutów skarżącego, iż kwestionowane postanowienie SIWZ, zgodnie z którym „warunek wiedzy i doświadczenia nie podlega sumowaniu – co oznacza, 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” - jest bezwzględnie nieważne. Powyższy zarzut Skarżący uzasadniał treścią art. 58 k.c. w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, który odsyła w sytuacjach nieuregulowanych do przepisów Kodeksu cywilnego.

Nie można zgodzić się ze Skarżącym, który twierdził, że przywołane zapisy SIWZ są niedopuszczalne, ponieważ naruszają przepisy obowiązującego prawa tj. art. 7 ust. 1 w związku z art. 23 ust. 3 i art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy 23 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do wskazywanego naruszenia art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, także w tym kontekście naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. wskazać należy w pierwszej kolejności, że nie wykazano, w jaki sposób doszło w tym przypadku do ograniczenia, czy naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu, czy równego traktowania. Zasada równego traktowania w tym przypadku nie została naruszona ponieważ przywołane postanowienie SIWZ umowy jest identyczne dla wszystkich potencjalnych uczestników postępowania. Odmienna sytuacja zachodziłaby np. w sytuacji gdyby Zamawiający żądał spełnienia tego warunku przez każdego z członka Konsorcjum, wymagania w stosunku do Konsorcjum byłoby wówczas wyższe niż wobec wykonawców ubiegających się samodzielnie o udzielenie zamówienia.

Powołany przepis art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Z przywołanej normy nie wynika zatem – jak zdaje się twierdzić Skarżący - postulat łączenia zasobów wykonawców tworzących konsorcjum w sposób dowolny, nie wynika z niej także żadna szczególna regulacja dotycząca sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zasadniczo bowiem, jak wskazuje dyrektywa zawarta w tej normie potencjał konsorcjum powinien odpowiadać zdolności do wykonania zamówienia - pojedynczego wykonawcy.

Powyższe nie oznacza także, że sporne postanowienie SIWZ stawia wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymaganie wyższe niż wobec wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia samodzielnie – zamawiający nie żądał – jak wskazano wcześniej - spełnienia wskazanego warunku wiedzy i doświadczenia przez każdego członka konsorcjum osobno, czy też przez określonego członka konsorcjum np. przez lidera.

Sąd Okręgowy podziela stanowisko KIO, iż wymaganie dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, polegające na konieczności wykonania dwóch robót budowlanych przez ten sam

podmiot dotyczy w takim samym stopniu wykonawcy, jak konsorcjum, czy podmiotu trzeciego, udostępniającego swoje zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy. Treść spornego warunku w istocie wyraża bowiem wymaganie, by wykonawca co najmniej dwukrotnie wykonał zadanie o określonej wartości i charakterze.

Analizując powołane wyżej postanowienia SIWZ należy dodać, iż zamawiający opisał sposób oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia (art.22 ust. 1 pkt 2 ustawy) korzystając w tym zakresie z przysługującego mu uprawnienia wynikającego wprost z art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wynika z przywołanego przepisu opis sposobu dokonania ceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do niego, co ma służyć zapewnieniu udzielenia zamówienia wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia i realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasady wymagającej przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Nowelą z dnia 12.10.2012 został dodany do art. 22 ust. 5, zgodnie z którym warunki o których mowa w ust 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełnienia mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może ocenić zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji efektywności o doświadczenia.

Zauważyć należy w tym miejscu, że w sprawie nie było zarzutów, aby postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia - został postawiony nieadekwatnie do przedmiotu zamówienia.

Sąd Okręgowy podziela stanowisko Skarżącego, iż w świetle utrwalonej wykładni przepisu art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązany jest wykazać, że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 1 ustawy określającego tzw. warunki negatywne. Natomiast jeżeli chodzi o warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczące potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego (tzw. warunki pozytywne), w przypadku konsorcjum, przyjmuje się zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie (...), że co do zasady mogą być one spełnione łącznie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia potencjału technicznego, osobowego ekonomicznego i finansowego. Dlatego też potencjały te, co do zasady, podlegają sumowaniu.

Wspólne wykazywanie spełnienia określonych warunków udziału w postępowaniu nie może być jednak – w ocenie Sądu Okręgowego - uznawane za bezwzględna zasadę, lecz winno być rozpatrywane w kontekście konkretnego warunku powiązanego z przedmiotem zamówienia. W rozpoznawanej sprawie treścią postawionego warunku udziału w postępowaniu jest wymóg wykonania dwóch lub więcej takich samych zadań. Treścią warunku jest więc dwukrotne [lub więcej] wykonanie określonych robót. Miarą minimalnego doświadczenia wykonawcy Zamawiający w tym wypadku uznał nie tylko wykonanie określonego zadania, ale także jego powtórzenie – jednokrotne. Sąd Okręgowy podziela stanowisko zawarte w zaskarżonym orzeczeniu (...), że przepis art. 23 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie oznacza uprawnienia do bezrefleksyjnego sumowania różnych elementów postawionych w ramach jednego warunku. Rozdzielanie wskazanego warunku wiedzy i doświadczenia w sposób wskazany przez Skarżącego na obecnym etapie postępowania – mając na uwadze jednoznacznie postawione w tym względzie w SIWZ wymagania, co podkreślono na wstępie rozważań - nie może być uznane za uprawnione.

Zgodzić należy się także ze stanowiskiem KIO, iż okoliczność, że konsorcjum musi wykazać wykonanie - dla spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia - dwóch robót budowlanych o określonym charakterze, zakresie i wartości nie oznacza, że powyższe spełnia zsumowanie robót wykonanych przez podmioty, które zawarły umowę konsorcjum. Zsumowanie doświadczeń dwóch odrębnych podmiotów – nie oznacza, że wspólnie odpowiadają oni w zakresie doświadczenia wykonawcy, który wykonał dwukrotnie wymagane roboty budowlane. Wykazanie

spełniania warunków udziału w postępowaniu nie ma znaczenia wyłącznie formalnego, lecz powinno być postrzegane w aspekcie materialnym, czyli właśnie zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością w tym przypadku wymaganym doświadczeniem w robotach budowlanych dotyczących obiektów wpisanych do rejestru zabytków. Takie wymaganie nie może być uznane – zdaniem Sądu Okręgowego – w okolicznościach badanej sprawy (jako zakomunikowane jednoznacznie wszystkim potencjalnym wykonawcom w treści SIWZ oraz ogłoszeniu i nie zakwestionowane w oparciu o art. 180 ust 2 w zw. z art. 182 ustawy) za prowadzące do naruszeniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przewidzianej w art. 7 ust 1 ustawy.

Zatem zawarte w skardze zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 23 ust. 3 i art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy - poprzez wadliwą ich wykładnię okazały się niezasadne.

W ocenie Sadu Okręgowego w badanej sprawie nie znajduje również uzasadnienia zarzut naruszenia art. 26 ust 2b ustawy.

Zgodnie z treścią powołanego przepisu „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.”

Bezspornym pozostaje w sprawie, iż Zamawiający [w rozdziale II ust. 1 pkt 1 SIWZ], postawił w tym zakresie 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”.

Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska Skarżącego, iż w celu potwierdzenia ustalonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu podmiotu trzeciego złożył spełniające wymogi określone powyższym przepisem zobowiązanie tego podmiotu o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia.

Zarzuty skarżącego wskazujące na wadliwość dokonanych w tym względzie ustaleń faktycznych przez KIO nie zasługują na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy podziela ocenę KIO co do treści dokumentu z dnia 7.07.2014 wystawionego przez (...)S.A jako budzącego wątpliwości, co do tego, czy w przypadku wyboru oferty Odwołującego podmiot ten jako udostępniający wiedzę i doświadczenie będzie wykonywał osobiście roboty wynikające z programu prac konserwatorskich i renowacyjnych oraz roboty elewacyjne. Wbrew twierdzeniom skarżącego z powyższego dokumentu nie wynika jednoznaczne i kategoryczne zobowiązanie podmiotu trzeciego do zawarcia ze Skarżącym umowy o podwykonawstwo.

Złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego ma bowiem 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”.

Użyte w tym piśmie sformułowania nie można uznać za jednoznaczne, wątpliwości budzi w szczególności użyte sformułowanie co do oddania do dyspozycji Konsorcjum niezbędnych zasobów tj. wiedzy, doświadczenia i

potencjału ludzkiego i technicznego na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia - w „charakterze podwykonawstwa”. Jest to istotne w sytuacji, gdy Zamawiający wprost wskazał w SIWZ, iż w sytuacji polegania na zasobach innego podmiotu – podmiot ten musi być wskazany jako podwykonawca. W żadnym punkcie tego oświadczenia podmiotu trzeciego, nie wskazano jednoznacznie, że będzie on wykonywał wskazane roboty jako podwykonawca, zobowiązanie takie budziło zatem wątpliwości co do samej treści tego oświadczenia woli.

W tej sytuacji należy uznać, iż Zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia ustalonego przez siebie warunku udziału w postępowaniu podmiotu trzeciego – uprawniony był do zobowiązania zarówno wykonawcy jak i podmiotu trzeciego do złożenia wyjaśnień w tym względzie.

Ustalenie KIO, że w następstwie tych działań Zamawiający nie uzyskał informacji pozwalających na przyjęcie, że w przypadku wyboru oferty Odwołującego podmiot udostępniający wiedzę o doświadczenie zawrze z Odwołującym umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem będzie osobiste wykonanie robót wynikających z programu prac konserwatorskich i renowacyjnych oraz roboty elewacyjne – znajduje pełne potwierdzenie w zebranych w sprawie materiale procesowym. Sam podmiot trzeci bezspornie nie odpowiedział na zapytanie Zamawiającego. Odwołujący natomiast, wezwany do wyjaśnienia podał w piśmie z 15 lipca 2014 r.: „do złożenia dokumentu w postaci jednoznacznego oświadczenia Wykonawcy, że w przypadku wybrania naszej oferty jako najkorzystniejszej, zawrze on umowę o podwykonawstwo z (...) SA oddział G. – oświadczył, że nie przedstawi takiego dokumentu, wskazując, że 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”. Zarzut naruszenia art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie znajduje zatem potwierdzenia w materiale procesowym zgromadzonym w sprawie.

Zasadnie w tej sytuacji KIO uznała, że skarżący nie udowodnił Zamawiającemu – zgodnie z art. 26 ust 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Mając powyższe okoliczności i rozważania na uwadze Sąd Okręgowy uznał, że w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a także postanowień SIWZ skarżący - ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia – art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy. W konsekwencji zarzuty zawarte w skardze co do niezasadnego wykluczenia przez Zamawiającego – Skarżącego z udziału w postępowaniu - nie zasługiwały na uwzględnienie.

Z przedstawionych wyżej względów Sąd Okręgowy uznał, iż zaskarżone orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej odpowiada przepisom prawa i brak jest podstaw do jego zmiany. Skargę jako bezzasadną - na podstawie art. 198f ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – wobec powyższego oddalił.

O kosztach postępowania wywołanego wniesieniem skargi Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. oraz 198f ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z treścią drugiego z wymienionych przepisów koszty postępowania skargowego ponoszą strony tego postępowania, stosownie do jego wyniku, przy czym określając wysokość kosztów w treści orzeczenia sąd uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania. W związku z tym, iż skarga okazała się bezzasadna i podlegała oddaleniu kosztami postępowania wywołanego jej wniesieniem należało obciążyć Skarżącego. Na koszty te składało się wyłącznie wynagrodzenie pełnomocnika strony przeciwnej. W związku z brakiem regulacji dotyczącej stawek wynagrodzenia z tytułu zastępstwa procesowego w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi Sąd ustalił tą wartość, kierując się treścią przepisu § 10 ust. 1 pkt 4 w zw. z §2 ust. 1 i § 12 ust. 1 pkt 1w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 nr 163 poz. 1349 ze zm.), o czym orzeczono w punkcie II wyroku.

SSO A. Woźniak SSO A. Budzyńska SSO P. Sałamaj