

Sygn. akt: KIO/KU 74/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 5 września 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 8 sierpnia 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie Sp. z o.o. al. J. Piłsudskiego 15, 20-407 Lublin** dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 1 sierpnia 2014 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „**wykonanie robót objętych Kontraktem nr K5: Przebudowa budynku administracyjnego wraz z wykonaniem instalacji klimatyzacji na terenie Oczyszczalni Ścieków „Hajdów” w Lublinie w ramach Projektu pn.: Rozbudowa i modernizacja systemu zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków w Lublinie – Etap II**” planowanego do współfinansowania ze środków Unii Europejskiej – Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko na lata 2007-2013”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Andrzej Niwicki
Marzena Ordysińska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego – Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie Sp. z o.o. do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych od 11 lipca do 1 sierpnia 2014 r. prowadził kontrolę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie robót objętych Kontraktem nr K5: Przebudowa budynku administracyjnego wraz z wykonaniem instalacji klimatyzacji na terenie Oczyszczalni Ścieków „Hajdów” w Lublinie w ramach Projektu pn.: *Rozbudowa i modernizacja systemu zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków w Lublinie – Etap II* planowanego do współfinansowania ze środków Unii Europejskiej – Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko na lata 2007-2013” prowadzonego przez zamawiającego – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie Sp. z o.o. w trybie przetargu nieograniczonego.

W informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezes UZP stwierdził, że zgodnie z punktem III.2.2.1. ogłoszenia o zamówieniu oraz punktem 9.1.4.a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał od wykonawców wykazania, że w każdym z trzech ostatnich lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, osiągnęli obrót roczny (rozumiany jako przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów) w wysokości nie mniejszej niż 665.000 PLN.

Zamawiający wskazał, że w sytuacji składania oferty przez dwa lub więcej podmiotów (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia) oraz w sytuacji, gdy wykonawca będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, w celu spełnienia ww. warunku co najmniej jeden podmiot musi wykazać się wymaganym obrotem rocznym.

Zgodnie z punktem III.2.3.1.1 a) ogłoszenia o zamówieniu i punktem 9.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca miał wykazać, że wykonał w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie: a) co najmniej 2 roboty budowlane, z których każda polegała na wykonaniu ocieplenia budynku o powierzchni ścian zewnętrznych minimum 600 m² oraz b) co najmniej 2 roboty budowlane, z których każda polegała na wykonaniu instalacji klimatyzacji wraz z dostawą i uruchomieniem urządzeń w obiektach użyteczności publicznej.

Zamawiający wskazał, że w sytuacji składania oferty przez dwa lub więcej podmiotów (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia) oraz w sytuacji, gdy wykonawca będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych co najmniej jeden podmiot musi wykazać się doświadczeniem wymaganym w punkcie a) i co najmniej jeden podmiot musi wykazać się doświadczeniem wymaganym w punkcie b).

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przepis ten wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie może on ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. „Związany z przedmiotem zamówienia” oznacza, że opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny, podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności.

„Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” oznacza, że opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy niespełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający, formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byłoby w stanie wykonać zamówienie.

Zamawiający powinien mieć również na uwadze brzmienie art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym do wykonawców występujących wspólnie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące pojedynczego wykonawcy.

Zgodnie z utrwaloną wykładnią 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, iż nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, w świetle art. 24 ust. 1. Warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku konsorcjum, co do zasady, mogą być spełnione łącznie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia doświadczenia, potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego. Potencjały te, co do zasady, podlegają sumowaniu. Jeżeli po zsumowaniu potencjału wszystkich członków konsorcjum warunki opisane przez zamawiającego zostaną spełnione przez wszystkich konsorcjantów łącznie, zamawiający winien stwierdzić, że konsorcjum jako wykonawca potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Odmienne interpretacja byłaby sprzeczna z literalnym brzmieniem art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym do członków konsorcjum stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Inne traktowanie wykonawców zawiązujących konsorcjum niż

wykonawców składających ofertę samodzielnie naruszałoby także zasadę równego traktowania wykonawców.

Tym samym w przypadku konsorcjum należy brać pod uwagę łączny przychód, jaki osiągnęły podmioty tworzące konsorcjum. Dlatego też dla spełnienia powyższego warunku wystarczające jest nie tylko spełnienie opisanego warunku przez jednego z nich, ale także w ten sposób, by wszyscy lub niektórzy członkowie konsorcjum łącznie osiągnęli przychód roczny w wysokości 665.000 PLN zł.

Podobnie wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia możliwe jest nie tylko poprzez konieczność wykonania co najmniej 4 wskazanych przez zamawiającego w obu punktach robót budowlanych przez jednego z członków konsorcjum, ale także spełnienie tego warunku np. w ten sposób, że dwaj członkowie konsorcjum wykazują po 2 roboty budowlane, np. po jednych robotach wskazanych w punkcie a) i b).

Istotą tworzenia konsorcjum jest bowiem dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, z których żaden samodzielnie lub w przeważającym zakresie nie mógłby spełnić warunków udziału w postępowaniu. Warunki dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie powinny ograniczać swobody tworzenia konsorcjum. Analogiczna sytuacja dotyczy podmiotu trzeciego, który udostępnia wykonawcy swój potencjał.

Zamawiający w wyjaśnieniach wskazał, że powodami ww. opisanego warunku były: wysoki stopień zaawansowania technologicznego zamawianych robót budowlanych, połączony z doborem, dostawą i montażem specjalistycznych urządzeń oraz okoliczność, że postępowania przetargowe były kilkakrotnie powtarzane przez zamawiającego, gdyż przetargi musiały być rozpoczynane po raz kolejny z uwagi na ogłaszaną przez wykonawców upadłość i opuszczanie placu budowy. Zamawiający nie wyjaśnił, na czym polega wysoki stopień zaawansowania technologicznego zamawianych robót budowlanych. Przedmiotem zamówienia jest przebudowa budynku administracyjnego wraz z wykonaniem instalacji klimatyzacji na terenie oczyszczalni ścieków, a opis przedmiotu zamówienia nie wskazuje, aby roboty te charakteryzowały się szczególną specyfiką uzasadniającą taki opis sposobu spełniania warunków udziału przez wykonawców wspólnie ubiegających się o niniejsze zamówienie oraz korzystających z potencjału podmiotu trzeciego. Okoliczność, iż zamawiający ma negatywne doświadczenia z wykonawcami innego zamówienia nie może stanowić uzasadnienia dla ograniczania warunków dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia bądź korzystających z potencjału podmiotów trzecich w kolejnych postępowaniach.

Zamawiający nie może wymagać posiadania zdolności ekonomicznej oraz wiedzy i doświadczenia w całości przez jednego członka konsorcjum lub podmiot trzeci, ponieważ nie tylko ograniczałoby to swobodę tworzenia konsorcjum oraz korzystania z potencjału

podmiotu trzeciego, ale także sprzeciwiałoby się istocie i celowi zawierania konsorcjum oraz polegania na zdolności ekonomicznej oraz wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego. Narusza to art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 23 ust. 3 oraz art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wynika z punktu III.2.3.1.1 a) ogłoszenia o zamówieniu i punktu 9.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca miał wykazać, że wykonał co najmniej 2 roboty budowlane, z których każda polegała na wykonaniu instalacji klimatyzacji wraz z dostawą i uruchomieniem urządzeń w obiektach użyteczności publicznej.

Zakres robót obejmował wykonanie kompletnej instalacji klimatyzacji w systemie VRV Inverter, wykonanie niezbędnych robót budowlanych, odtworzeń i przeróbek elementów aranżacyjnych i instalacyjnych (sufity podwieszane, panele, obudowy i okładziny, elementy instalacji nagłaśniającej itp.), wykonanie niezbędnych robót budowlanych (demontażowych, montażowych, konstrukcyjnych) związanych z wykonaniem wszystkich instalacji oraz montażem urządzeń, zakup, dostawę i montaż urządzeń, wykonanie niezbędnych badań i pomiarów instalacji i urządzeń, uruchomienie i rozruch urządzeń i całości instalacji.

Wyjaśniając wymóg wykonania instalacji klimatyzacji w budynkach użyteczności publicznej zamawiający wskazał, że stopień trudności wykonania instalacji klimatyzacyjnej w budynku użyteczności publicznej, w którym zwykle występuje konieczność zapewnienia ciągłości użytkowania pomieszczeń jest zupełnie inny niż w budynkach innego rodzaju. Warunek obejmuje kategorię budynku użyteczności publicznej, a nie budynku administracji oczyszczalni ścieków, co jest przedmiotem niniejszego zamówienia, a zatem jest to szersza kategoria, zatem nie zawęża kręgu wykonawców.

Zasady prawidłowego opisu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wskazuje art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wszystkie ww. prace wchodzące w zakres zamówienia mogą być wykonywane w różnego rodzaju obiektach i nie ma powodu, dla którego wykonawca posiadający doświadczenie w zakresie ww. prac zrealizowanych w obiekcie innym niż obiekt użyteczności publicznej, nie mógł ich wykonać także w przedmiotowym postępowaniu. Wymóg wykazania przez wykonawcę zadań wykonanych w obiektach użyteczności publicznej uniemożliwił ubieganie się o zamówienie wykonawcom, którzy mają doświadczenie w wykonaniu instalacji klimatyzacji wraz z dostawą i uruchomieniem urządzeń w obiektach innego rodzaju, ale w zakresie prac o zbliżonym charakterze, których sposób realizacji i poziom skomplikowania jest taki sam, jak w przypadku inwestycji objętej niniejszym zamówieniem. Tym samym, formułując warunek udziału w postępowaniu przewidujący wymóg wykazania określonych prac budowlanych na obiektach użyteczności publicznej, zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Prezesa UZP i złożył zastrzeżenia do wyników kontroli.

W zastrzeżeniach tych wskazał, że uwzględnił możliwość złożenia oferty przez wykonawców występujących wspólnie oraz możliwość polegania na potencjale podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a ocena spełnienia warunków odbędzie się łącznie dla tych podmiotów.

Wskazując, że co najmniej jeden podmiot musi wykazać się wymaganym doświadczeniem lub obrotem, zamawiający miał na względzie przede wszystkim potrzebę udzielenia zamówienia wykonawcy, który ma odpowiednie doświadczenie w realizacji robót określonego rodzaju oraz odpowiedni obrót roczny.

Opis sposobu oceny spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz w zakresie osiągniętego obrotu jest związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Wymóg posiadania doświadczenia w wykonaniu co najmniej 2 robót budowlanych, z których każda polegała na wykonaniu ocieplenia budynku o powierzchni ścian zewnętrznych minimum 600 m² oraz co najmniej 2 robót budowlanych, z których każda polegała na wykonaniu instalacji klimatyzacji wraz z dostawą i uruchomieniem urządzeń w obiektach użyteczności publicznej, jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zapis, aby w przypadku składania wspólnej oferty lub polegania na potencjale podmiotu trzeciego co najmniej jeden podmiot wykazał się wymaganym doświadczeniem/obrotem, znajdował pełne usprawiedliwienie w specyfice zamówienia. Z uwagi na wysoki stopień zaawansowania technologicznego zamawianych robót budowlanych, połączony z doborem, dostawą i montażem specjalistycznych urządzeń, niezbędne było, aby wyżej opisane doświadczenie i odpowiedni obrót ze sprzedaży posiadał co najmniej jeden wykonawca (w przypadku wspólnej oferty) lub podmiot użyzający swego potencjału. Nie gwarantował prawidłowego wykonania zamówienia wykonawca, który legitymowałby się sumą kilku robót i sumą obrotów kilku firm. Wymóg był w pełni uzasadniony merytorycznie, odpowiadał potrzebom zamawiającego i pozwalał na wyłonienie wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a tym samym ograniczenie możliwości powstania sytuacji, w której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia lub wykonać go z należytą starannością.

W wyroku z 10 października 2005 r. (sygn. akt V Ca 428/05) Sąd Okręgowy w Warszawie potwierdził, że co do zasady należy przyjmować, iż w odniesieniu do konsorcjum warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych powinny zostać spełnione łącznie przez członków tego konsorcjum, a zamawiający może doprecyzować wymogi w odniesieniu do konsorcjum w związku z tym, że regulacje ustawy dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie są ogólnikowe i dość lakoniczne. Dotyczy to w szczególności warunków, które nie mogą podlegać prostemu sumowaniu prac

zrealizowanych przez poszczególnych członków konsorcjum co do ich zakresu i wartości. Niekoniecznie bowiem przełoży się to na wymagane doświadczenie.

Zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio. W ramach odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących pojedynczego wykonawcy do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jedne z nich znajdują zastosowanie wprost, inne z modyfikacjami, a niektóre w ogóle nie dadzą się wykorzystać.

Z art. 23 ust. 3 nie wynika postulat łączenia zasobów przez wykonawców tworzących konsorcjum w sposób całkowicie dowolny, a „łącznie” nie zawsze należy utożsamiać z matematycznym sumowaniem potencjałów konsorcjantów. Zasadniczo, jak wskazuje ustawy nakaz odpowiedniego stosowania przepisów, potencjał konsorcjum powinien odpowiadać zdolności do wykonania zamówienia pojedynczego wykonawcy. Tym samym zdolność konsorcjum do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością nie może być mniejsza, lecz porównywalna z potencjałem pojedynczego wykonawcy, który o udzielenie zamówienia ubiega się samodzielnie.

Wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie ma znaczenia wyłącznie formalnego, lecz powinno być postrzegane jako zdolność do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością w kontekście m.in. zdolności wykonawcy do poniesienia kosztów finansowych jego realizacji. Uwzględnienie wartości ekonomicznych pochodzących od różnych członków konsorcjum nic nie mówi o potencjale ekonomicznym konsorcjum. Wymaganie osiągnięcia wymaganego obrotu rocznego daje zamawiającemu podstawę do oceny stałości sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Na podstawie powtarzalności osiągnięcia obrotów na określonym poziomie w okresie kolejnych lat zamawiający oczekuje wyłonienia wykonawcy o stabilnej sytuacji ekonomicznej i finansowej umożliwiającej ukończenie inwestycji o znacznym rozmiarze. Posługiwanie się zsumowanym obrotem osiągniętym przez różnych członków konsorcjum nie prowadzi do udzielenia zamówienia wykonawcom, których potencjał ekonomiczny i finansowy jest adekwatny do przedmiotu zamówienia i porównywalny z zasobami wykonawcy samodzielnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Może stanowić również preferencję na rzecz wykonawców tworzących konsorcja kosztem pojedynczego wykonawcy.

Warunek został opisany w celu wyłonienia wykonawcy, którego skala działalności w okresie trzech lat pozwalała na przyjęcie, iż ze względu na poziom obrotów realizowanych przez wykonawcę, posiada on struktury organizacyjne i procedury wewnętrzne pozwalające na wykonanie zamówienia o znacznej złożoności. Zsumowanie przychodów poszczególnych członków konsorcjum nie pozwoli na uzyskanie pewności, iż do udziału w postępowaniu dopuszczone zostaną podmioty, które posiadają odpowiednie do skali przedsięwzięcia struktury organizacyjne, procedury wewnętrzne i standardy organizacyjne, które cechują

przedsiębiorstwa prowadzące działalność budowlaną w skali pozwalającej na osiągnięcie przychodu rocznego w wysokości co najmniej 665.000 PLN.

Sposób oceny ww. warunku wynikał z dotychczasowych doświadczeń MPWiK Sp. z o.o. w realizacji robót budowlanych na obiektach oczyszczalni ścieków Hajdów. Wiele postępowań przetargowych było kilkakrotnie powtarzanych przez zamawiającego z uwagi na ogłaszaną przez wykonawców upadłość i opuszczanie placu budowy. W zaistniałej sytuacji, w trosce o realizację projektu, zamawiający postanowił ocenić spełnienie ww. warunku w sposób pozwalający na wybór wykonawcy posiadającego stabilną sytuację ekonomiczną i finansową.

Spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia nie może polegać na dowolnym i swobodnym sumowaniu doświadczenia członków konsorcjum. Określenie „łącznie” należy interpretować w ten sposób, że to każdy z członków konsorcjum może wykazać się realizacją wymaganego zamówienia, a wykazanie się tą umiejętnością przez jednego z wykonawców zwalnia pozostałych z tego obowiązku. Wykonawcy mogą uzupełniać się doświadczeniem w tym znaczeniu, że każdy z nich wykaże wykonanie określonej liczby zamówień obejmujących zakres zbliżony do tego, jaki przyjmują na siebie w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia. Zdaniem zamawiającego nie można jednak sumować doświadczenia wykonawców w ten sposób, iż, jeśli zamawiający wymagał wcześniejszej realizacji co najmniej dwóch zamówień, to warunek zostanie spełniony przez konsorcjum dwóch firm, z których każda wykonała tylko jedno zamówienie. Takie konsorcjum ma tak naprawdę doświadczenie w realizacji jednego zamówienia, bo każda z firm tylko raz wykonywała zadanie o podobnym charakterze czy złożoności.

Doświadczenie to zasób umiejętności praktycznych, warunkujących zdolność do należytego wykonania określonych czynności. W odróżnieniu od wiedzy, która może być czysto teoretyczna, doświadczenie wynika z praktyki. Jeśli więc zamawiający bada, czy wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie, bada w praktyce to, czy ów wykonawca wykonał określoną czynność w przeszłości tyle razy, by mieć pewność, że to doświadczenie już się u tego wykonawcy wykształciło. Zdaniem zamawiającego niepełnego doświadczenia wykonawcy nie wolno poczytywać za jakiegokolwiek doświadczenie, które można by sumować z takim samym ze strony innego wykonawcy. Jeśli zatem dwaj współwykonawcy z osobna nie są w pełni doświadczeni w wymaganym zakresie, łącznie także nie są doświadczeni. Co innego, gdy posiadane doświadczenie rozpatruje się w dwóch lub więcej profesjach, gdy każdy gwarantuje doświadczenie w odrębnej branży robót, usług lub dostaw.

Powyższe ujęcie wynika z zasady realnego wykonania zamówienia publicznego, według której powinno się kształtować warunki wymagane od wykonawców w świetle art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W wyroku z 14 kwietnia 1994 r. ETS zastrzegł, że lider konsorcjum może powoływać się na spełnienie tylko takich warunków, w zakresie których

zachodzi faktyczne (realne) dysponowanie odpowiednimi zasobami, gwarantującymi należyte wykonanie zamówienia.

Także korzystanie z zasobów potencjału innego podmiotu ma być realne (rzeczywiste), czyli wykonawca musi faktycznie mieć do swojej dyspozycji zasoby tego podmiotu potrzebne do realizacji zamówienia, a w przypadku obrotu finansowego może to mieć miejsce jedynie w stosownej sytuacji (wyrok ETS C-5/97).

Opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowanie nie ograniczał dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Związany był z przedmiotem zamówienia i adekwatny do osiągnięcia celu, jakiemu miał służyć tj. zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Żaden z zainteresowanych wykonawców nie skorzystał z uprawnienia do wniesienia środków ochrony prawnej, co pośrednio wskazuje, że opis ten nie utrudniał dostępu wykonawców do zamówienia.

Ocena naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych może być dokonywana jedynie w okolicznościach konkretnego przypadku z uwzględnieniem wszystkich aspektów faktycznych i prawnych danej sprawy.

Również warunek dotyczący doświadczenia w zakresie 2 robót budowlanych, z których każda polegała na wykonaniu instalacji klimatyzacji wraz z dostawą i uruchomieniem urządzeń w obiektach użyteczności publicznej, jest bezsprzecznie związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W budynku administracyjnym na terenie oczyszczalni ścieków „Hajdów” znajdują się pomieszczenia o różnym przeznaczeniu: biurowe, socjalne, laboratoryjne, techniczne, serwerownia aparatury kontrolno-pomiarowej z urządzeniami elektronicznymi sterującymi procesem technologicznym oczyszczalni, pomieszczenie dyspozytorskie, pomieszczenia objęte ochroną danych, pomieszczenie sali konferencyjnej, w których na stałe pracuje 51 osób. Każde z tych pomieszczeń charakteryzuje się koniecznością zapewnienia odmiennych warunków mikroklimatu. Roboty budowlane będą wykonywane w budynku, w którym zachodzi konieczność zapewnienia ciągłości użytkowania pomieszczeń. Wykonanie instalacji klimatyzacji wymaga od wykonawcy dużego doświadczenia w zakresie organizacji robót na czynnym obiekcie oraz dużych umiejętności typowo inżynierskich. Powyższe doświadczenie wykonawca może uzyskać jedynie przy realizacji większych i bardziej skomplikowanych obiektów niż np. domki jednorodzinne. Zdaniem zamawiającego najbardziej odpowiednim, związanym z przedmiotem zamówienia, proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia oraz specyfiki wykonania (na czynnym obiekcie) było określenie wymagania wykazania się doświadczeniem wykonania instalacji klimatyzacji wraz z dostawą i uruchomieniem urządzeń w budynkach użyteczności publicznej. Pojęcie „obiektu użyteczności publicznej” zostało zdefiniowane w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie

warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie: „budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny”. Użycie w treści warunku tylko określenia „budynek” byłoby nieprecyzyjne i zbyt szerokie. Stopień trudności wykonania instalacji klimatyzacyjnej w budynku użyteczności publicznej, w którym zwykle występuje konieczność zapewnienia ciągłości użytkowania pomieszczeń, jest zupełnie inny niż w budynkach innego rodzaju.

Kategoria budynku użyteczności publicznej jest szersza niż budynku administracji w oczyszczalni ścieków, w związku z tym trudno zgodzić się, że użycie szerszej kategorii może zawężać krąg wykonawców. Przeznaczenie budynków do użyteczności publicznej determinuje inne rozwiązania stosowane w budynkach użyteczności publicznej, choćby w zakresie bezpieczeństwa.

Istotą warunku jest uprawdopodobnienie poprawnej realizacji danego zamówienia, czemu ma służyć doświadczenie wykonawcy. W praktyce zamówień publicznych, za wyjątkiem prostych zamówień, prawie nigdy nie jest możliwe określenie znaczenia warunków udziału w postępowaniu czy to opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwi części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych postawi w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszenia konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwienia z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Nie oznacza to jednak, iż zamówienie musi być w równym stopniu dostępne wszystkim wykonawcom i dostosowane do ich możliwości i rodzaju czy przebiegu działalności. Wystarczy, że grupa zdolnych wykonać je wykonawców jest wystarczająco liczna oraz formalnie „niezamknięta”.

Zdaniem zamawiającego wymaganie wykonania robót budowlanych, polegających na wykonaniu instalacji klimatyzacji wraz z dostawą i uruchomieniem urządzeń w obiektach użyteczności publicznej jest adekwatne do stopnia skomplikowania robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia. Doświadczenie wykonawcy zdobyte przy realizacji większych i bardziej skomplikowanych obiektów, jakimi są budynki użyteczności publicznej, uprawdopodobni, że zamówienie zostanie zrealizowane w sposób należyty i nie zakłóci ciągłości pracy oczyszczalni ścieków „Hajdów”.

Żaden z wykonawców nie zadał pytania sugerującego zmianę warunku, a ofertę złożyło 9 wykonawców. Tak duża ilość złożonych ofert jednoznacznie świadczy o tym, iż warunki te nie utrudniły potencjalnym wykonawcom ubiegania się o zamówienie.

Powyższa argumentacja nie przekonała Prezesa UZP, który, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Po zapoznaniu się ze stanem faktycznym wynikającym z przekazanej jej dokumentacji kontroli oraz z uzasadnieniem stanowisk Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i zamawiającego, Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zasługują na uwzględnienie.

Po zapoznaniu się z argumentacją Prezesa UZP oraz zamawiającego Izba stwierdziła, że stanowiska obu stron generalnie, w zakresie kwestii teoretycznych i prawnych dotyczących formułowania warunków udziału w postępowaniu, w tym w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i korzystających z potencjału innych podmiotów, są zbieżne.

Zatem bezsporne jest to, że zawarte w art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wymogi oznaczają, iż warunki udziału w postępowaniu mają być „związane z przedmiotem zamówienia” oznacza, że opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiego ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, a „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” oznacza, że opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Rozbieżność poglądów odnosi się do sposobu zastosowania w praktyce i dopuszczalności konkretnego brzmienia warunków udziału w postępowaniu w konkretnym postępowaniu. Zadaniem Prezesa UZP postawione przez zamawiającego warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału ekonomicznego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz korzystających z zasobów innych podmiotów, a także wskazania na budynki użyteczności publicznej, nie są związane z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalne przez co zbyt ograniczają wykonawcom dostęp do zamówienia. Według zamawiającego są one jak najbardziej z tym przedmiotem związane i do niego adekwatne (proporcjonalne) oraz uzasadnione.

Nie budzi wątpliwości, że z jednej strony warunki udziału w postępowaniu nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji, jednak z drugiej

strony ich celem jest przede wszystkim weryfikacja, czy też próba weryfikacji, którzy właściwie wykonawcy są do wykonania tego zamówienia zdolni. Zatem zawsze powstaje pytanie – jak zweryfikować *a priori*, które podmioty są do realizacji zamówienia przygotowane, a nie wyłącznie potencjalnie chętne, a jednocześnie nie ustanowić granicy zbyt wysoko lub zbyt nisko. Odpowiedź bowiem uzyskuje się dopiero podczas realizacji zamówienia i – sądząc po sprawach na „dokończenie” robót po wykonawcy, który ogłosił upadłość, które obecnie trafiają do Izby – niestety chyba znacznie częściej niż jeszcze kilka lat temu są to odpowiedzi negatywne.

Dlatego nie można zgodzić się z argumentem Prezesa UZP, że negatywne doświadczenia zamawiającego z wykonawcami tego samego lub innego zamówienia (a nawet innych zamawiających) nie mogą stanowić uzasadnienia dla bardziej restrykcyjnego postawienia warunków, w tym ukierunkowania sposobu spełnienia tych warunków dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia bądź korzystających z potencjału podmiotów trzecich w kolejnych postępowaniach. To praktyka bowiem weryfikuje, czy warunki zostały postawione prawidłowo – także w tym znaczeniu, czy nie były też nadto liberalne, by służyć weryfikacji wykonawców.

Niestety, w dokumentacji kontroli nie ma wystarczająco szczegółowego opisu dotychczas zaistniałej sytuacji, m.in. jakie było brzmienie warunków w spornym zakresie w poprzednich postępowaniach, a które to warunki nie były wystarczające do zapewnienia wyboru wykonawcy zdolnego prawidłowo zrealizować umowę. Natomiast jeśli zamawiający rzeczywiście miał takie doświadczenia, że wybrany do realizacji zamówienia wykonawca ogłosił upadłość i opuścił teren budowy, to należy to uznać za empiryczne potwierdzenie, że inaczej postawione warunki wcale nie gwarantowały wyboru wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, a wręcz przeciwnie, okazało się, że są zbyt niskie, by taką realizację zapewnić. Nic też dziwnego, że zamawiający staje się bardziej ostrożny przy wyborze kolejnego wykonawcy.

Ma bowiem rację zamawiający, że warunki nie mogą być postrzegane wyłącznie jako formalność, lecz przede wszystkim jako narzędzie oceny zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością. Zamawiający podkreślił tu zdolność wykonawcy do poniesienia kosztów finansowych realizacji zamówienia. W kontekście serii upadłości wykonawców robót budowlanych, która ma miejsce w ostatnich latach, oraz podkreślanych jego własnych doświadczeń, trudno zarzucać zamawiającemu zbyt dużą dbałość w tym zakresie.

Zamawiający wskazał, że wymaganie osiągnięcia wymaganego obrotu rocznego daje mu podstawę do oceny stałości sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy oraz jego potencjału. Z argumentacji zamawiającego jasno wynika, iż nawet w grupie wykonawców oczekuje przynajmniej jednego podmiotu, który będzie w stanie w znacznej części

udźwignąć realizację zamówienia, co ma – jego zdaniem – zminimalizować wskazane powyżej ryzyko, że kolejny wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia lub wykonać go z należytą starannością.

Co do podkreślanej przez Prezesa UZP solidarnej odpowiedzialności wykonawców za wykonanie zamówienia należy zwrócić uwagę, że owszem, taka odpowiedzialność w ustawie Prawo zamówień publicznych została ustanowiona, jednak jest to okoliczność prawna, a nie faktyczna i w przypadku rozpadu konsorcjum (np. upadłości jednego z wykonawców) może okazać się, że pozostali wykonawcy w praktyce nie mają i nie są w stanie zdobyć odpowiedniego potencjału, by zamówienie dokończyć. Zdaniem zamawiającego wymóg finansowy może założone konsorcjum ustabilizować.

Zdaniem Izby z jednej strony rzeczywiście można mieć wątpliwości, czy, być może, samo proste zsumowanie potencjałów ekonomicznych nie byłoby wystarczające – choć nie ma na to dowodów, z drugiej jednak nie można zamawiającemu odmówić słuszności jego rozumowania, a to jednak zamawiający najlepiej orientuje się w sytuacji, z którą ma do czynienia i postawione przez siebie warunki przemyślał.

W każdym razie, niezależnie od zasad, które można formułować generalnie, w odniesieniu do kontrolowanego postępowania, Izba nie stwierdziła naruszenia art. 22 ust. 4 czy art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez postawienie kwestionowanego warunku dotyczącego potencjału ekonomicznego. Jak bowiem Izba już wcześniej wskazywała w swoich opiniach i jak też wskazał zamawiający, każdy warunek w stosunku do każdego postępowania musi być badany indywidualnie i nawet warunek o identycznym brzmieniu w jednym przypadku może być uznany za prawidłowy, a w innym nie.

Zatem o ile można się zgodzić, że w większości wypadków wystarczy, by dodać do siebie przychody wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, to jednak mogą zdarzać się wyjątki od tej reguły, a zamawiający na taką szczególną sytuację się powołał.

Co do postawionego przez zamawiającego wymogu, aby w przypadku warunku dotyczącego wykonania co najmniej 2 robót budowlanych polegających na wykonaniu ocieplenia budynku oraz co najmniej 2 robót budowlanych polegających na wykonaniu instalacji klimatyzacji wraz z dostawą i uruchomieniem urządzeń wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia oraz wykonawca polegający na zasobach podmiotu trzeciego wykazali doświadczenie w taki sposób, iż jeden wykonawca/podmiot trzeci musi wykazać się pełnym doświadczeniem dotyczącym ocieplenia (czyli wykonaniem owych 2 robót), a jeden wykonawca/podmiot trzeci (ten sam lub inny) musi wykazać się pełnym doświadczeniem

dotyczącym wykonania klimatyzacji, Izba również nie stwierdziła naruszenia powołanych przez Prezesa UZP przepisów.

Przede wszystkim zamawiający nie wymaga posiadania całego doświadczenia przez jednego wykonawcę/podmiot trzeci, tylko wskazuje, że taki przedsiębiorca ma mieć wymagane doświadczenie w danej dziedzinie – jeden ocieplenia, a drugi klimatyzacji (oczywiście może to być jeden podmiot, który ma doświadczenie i w wykonaniu klimatyzacji, i ocieplenia). Zatem jak najbardziej występuje tu łączenie potencjału różnych wykonawców.

Większość zamawiających nie stawia takich wymogów (słusznie czy nie, to już inna kwestia), dlatego wykonawcy sumują swoje doświadczenie w sposób dowolny. Jednak nie oznacza to, że takie postawienie warunku przez zamawiającego jest nieprawidłowe.

Art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio. A zatem niektóre przepisy będą mogły być stosowane wprost, inne z modyfikacjami, a niektóre w ogóle nie będą nadawały się do zastosowania.

Jeśli więc odpowiednio odnieść doświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub korzystających z potencjału podmiotu trzeciego do doświadczenia wykonawcy indywidualnego mającego własne doświadczenie, łatwo można zauważyć, że w przypadku wykonania zamówienia przez takiego pojedynczego wykonawcę, ocieplenie budynku wykonywałby wykonawca mający doświadczenie przy wykonaniu dwóch robót polegających na ociepleniu budynku, a klimatyzację także wykonywałby wykonawca mający doświadczenie przy wykonaniu dwóch instalacji klimatyzacji.

Tym samym również doświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub wykonawcy powołującego się na potencjał podmiotu trzeciego powinno być odbiciem takiego doświadczenia.

Uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców wcale bowiem nie oznacza, że konsorcjum albo wykonawca nie mający doświadczenia mogą być traktowani lepiej niż wykonawca indywidualnie ubiegający się o zamówienie i korzystający wyłącznie z własnego potencjału ani też, że zamawiający ma się zadowolić „gorszym” wykonawcą, który nie nabył doświadczenia przy realizacji dwóch ociepleń budynku i dwóch instalacji klimatyzacji.

Nie ulega wątpliwości, że warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku konsorcjum i powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego, co do zasady, mogą być spełnione łącznie. Rzeczywiście istotą tworzenia konsorcjum jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, z których żaden samodzielnie nie mógłby spełnić warunków udziału w postępowaniu, aby mogli połączyć swój potencjał. Podobnie powoływanie się na zdolności innych podmiotów. Pytanie tylko, jak to sumowanie potencjałów powinno wyglądać.

Ani dyrektywy unijne, ani ustawa Prawo zamówień publicznych w żaden sposób nie odnosi się do tego zagadnienia pozostawiając to interpretacjom i praktyce, a te mogą iść w różnych kierunkach.

Zdaniem Prezesa UZP warunki dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie powinny ograniczać swobody tworzenia konsorcjum. Jednak nie do końca jest prawdą, że konsorcja mogą być tworzone zupełnie dowolnie, gdyż przede wszystkim muszą być one zdolne do wykonania zamówienia oraz nie mogą być w sposób nieuzasadniony faworyzowane w stosunku do wykonawców indywidualnych, bo to także narusza uczciwą konkurencję między wykonawcami.

Kwestia ta od lat budzi wątpliwości, a praktyka, która się ukształtowała na rynku polskim, jest często kwestionowana jako nieprawidłowa w stosunku do założeń dyrektyw. Dlatego też Izba zwróciła się ze stosownymi zapytaniami do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (sprawy C-324/14 i C-387/14). W pytaniach tych Izba również wyrażała podobne wątpliwości jak zamawiający co do sposobu łączenia doświadczenia przez wykonawców.

Co do warunku posiadania doświadczenia w wykonaniu 2 robót budowlanych, z których każda polegała na wykonaniu instalacji klimatyzacji wraz z dostawą i uruchomieniem urządzeń w obiektach użyteczności publicznej – w części dotyczącej obiektów użyteczności publicznej, Izba również stwierdziła, że warunek taki jest akceptowalny.

Oczywiście, każdy warunek zawsze można sformułować inaczej. Jeśli kierować się wyjaśnieniami zamawiającego (według których zamawiający wskazał na tego rodzaju obiekty, gdyż stopień trudności wykonania instalacji klimatyzacyjnej w budynku użyteczności publicznej, w którym zwykle występuje konieczność zapewnienia ciągłości użytkowania pomieszczeń jest zupełnie inny niż w budynkach innego rodzaju), to być może jego cel zostałby lepiej osiągnięty, gdyby odniósł się nie do rodzaju budynku, lecz do jego kubatury oraz wymogu, by klimatyzacja posiadała wskazane parametry i była zakładana w budynku użytkowanym, a nie np. nowobudowanym lub opuszczonym na czas remontu. Taki warunek prawdopodobnie nie budziłby wątpliwości jako proporcjonalny i związany z przedmiotem zamówienia, ale jednocześnie trudniejszy do weryfikacji oraz prawdopodobnie znacznie trudniejszy do spełnienia.

Z drugiej strony § 3 ust. 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, na które powołał się zamawiający, wskazuje na definicję budynku użyteczności publicznej jako budynku przeznaczonego dla: administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, opieki zdrowotnej, opieki społecznej i socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym lub wodnym, poczty lub

telekomunikacji oraz innego ogólnodostępnego budynku przeznaczonego do wykonywania podobnych funkcji, a także budynku biurowego i socjalnego.

Zatem spektrum tych budynków jest niezwykle szerokie. W zasadzie nie obejmuje głównie budynków mieszkalnych jednorodzinnych (które są zbyt małe kubaturowo, by proporcjonalnie odpowiadać budynkowi zamawiającego) oraz wielorodzinnych, w których raczej nie instaluje się klimatyzacji obejmującej całego budynku (co najwyżej w pojedynczych mieszkaniach). Tym samym prawdopodobnie i tak nie kwalifikowałyby się one do spełnienia postawionego warunku.

Sam zamawiający wskazał, iż użył kategorii „obiektów użyteczności publicznej” w celu rozszerzenia rodzaju budynków ponad budynki administracyjne (w oczyszczalniach), które przecież też byłyby „adekwatne” do przedmiotu zamówienia.

Tym samym, chociaż zamawiający mógłby lepiej sformułować warunek udziału w postępowaniu niż przez użycie odniesienia do obiektu użyteczności publicznej, trudno stwierdzić, by w praktyce ograniczyło to wykonawcom dostęp do zamówienia.

Izba wzięła też pod uwagę, jako istotny, argument zamawiającego, że w niniejszym postępowaniu wykonawcy nie kwestionowali postawionych warunków udziału w postępowaniu, za to złożyli dość pokaźną liczbę ofert – 9. Żaden z wykonawców nie został też wykluczony z postępowania za niespełnienie tych warunków (co prawda dwóch wykonawców zostało wykluczonych, ale z przyczyn formalnych: brak opinii biegłego rewidenta, nieprawidłowe poświadczenie dokumentów, brak dokumentów dla podmiotu trzeciego).

Tym samym niezależnie od teoretycznych wskazań Prezesa UZP, które częściowo są słuszne i które w innych sytuacjach mogłyby być uzasadnione, w przypadku tego konkretnego postępowania Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że wymagania zamawiającego w rzeczywistości w sposób nieuzasadniony ograniczyły konkurencję między wykonawcami i naruszyły wskazane w informacji o wyniku kontroli przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....