

## Zestaw pytań nr 5

1. Niniejszym składam wniosek o wyjaśnienie treści SWZ. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający postawił w rozdziale II podrozdziale 7 ust. 4 lit. a warunek zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia – wykonania dwóch usług. Jednocześnie Zamawiający przewidział następujące postanowienie: „W przypadku, gdy ofertę składają Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia należy wykazać pełne spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykonania usług (to jest wykonanie obu usług) przez co najmniej jednego z uczestników konsorcjum (nie stosuje się sumowania potencjałów) albo, w sytuacji gdy Wykonawca, który nie ma wymaganego doświadczenia (nie wykonał wymaganych usług) polega na zasobach innego podmiotu – podmiot udostępniający zasoby musi wykazać zrealizowanie obu wymaganych usług samodzielnie (nie stosuje się sumowania potencjałów)”.

2. Takie uregulowanie jest rażąco niesprawiedliwe i przeczy istocie konsorcjum, która polega na łączeniu potencjałów wykonawców. Jak wskazuje się w doktrynie: „Przepis oznacza nie tylko to, że łącznie występujący wykonawcy powinni być traktowani jak wykonawca, lecz także to, że każdy z takich wykonawców z osobna też powinien być traktowany jak wykonawca. Taka konstrukcja przepisu i jego cel, którym jest ułatwienie uzyskiwania zamówień wykonawcom niebędącym w stanie ich uzyskać samodzielnie, sprawiają, że szczególnie dokładnie należy rozważyć, jakie prawa i obowiązki wykonawców przysługują konsorcjum tylko wtedy, gdy działa wspólnie, a jakie są przypisane każdemu z jego członków. W świetle orzecznictwa nie ulega wątpliwości, że odrębnie każdy z członków konsorcjum nie może podlegać wykluczeniu. Łącznie natomiast powinny być spełniane warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 116 p.z.p., dotyczące zdolności technicznej i zawodowej”.

3. Takie zapatrywanie na cel konsorcjum i sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu podzielane jest przez Krajową Izbę Odwoławczą. Tytułem przykładu wskazuję:  
1) *Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2019 r. KIO 269/19: „W odniesieniu do tego należy wskazać, iż przepisy ustawy Pzp umożliwiają wykonawcom wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia poprzez stworzenie tzw. konsorcjum. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby uprawnienie do ubiegania się o zamówienie w formie konsorcjum sprowadza się między innymi do możliwości łączenia posiadanych potencjałów w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, iż w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia co do zasady wystarczające jest wykazanie łącznego spełniania warunków udziału w postępowaniu (a nie przez każdego z członków konsorcjum lub w inny sposób, np. przynajmniej przez jednego z członków konsorcjum)”.*

2) *Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2017 r. KIO 940/17: „Mając jednak na uwadze zakres oraz charakter warunku zdolności technicznej lub zawodowej, Izba uwzględniła żądanie odwołującego wyeliminowania wyłączenia możliwości łącznego spełniania warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wykonawców polegających na zdolnościach innych podmiotów oraz łączenia (sumowania) doświadczenia różnych podmiotów zaangażowanych w realizację zamówienia, które zostało zamieszczone w ppkt 2.3 ”*

4. Na marginesie wskazuje, że postawiony warunek jest i tak na tyle restrykcyjny, że połączenie potencjału dwóch wykonawców dysponujących takim doświadczeniem zagwarantuje z całą pewnością wykonanie zamówienia przez podmiot zdolny i kompetentny do jego realizacji.

5. Wprowadzone przez Zamawiającego ograniczenie nie tylko jest sprzeczne z naturą konsorcjum przewidzianą przez ustawę Pzp jak również narusza naczelne zasady prawa zamówień publicznych tj. zasadę proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców.

6. Mając na uwadze powyższe, wnosimy o reasumpcję podjętej decyzji i wykreślenie z rozdziału II podrozdziału 7 ust. 4 lit. a fragmentu: „W przypadku, gdy ofertę składają Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia należy wykazać pełne spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykonania usług (to jest wykonanie obu usług) przez co najmniej jednego z uczestników konsorcjum (nie stosuje się sumowania potencjałów”.

#### **Odp. 1-6.**

Wyjaśnienie treści SWZ w rozdziale II podrozdziale 7 ust. 4 lit. a dot. warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia.

Zamawiający wymaga aby w przypadku składania wspólnej oferty lub polegania na potencjale podmiotu trzeciego, Wykonawcy wykazali spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykonania usług (to jest wykonanie obu usług) przez co najmniej jednego z uczestników konsorcjum (nie stosuje się sumowania potencjałów) albo, w sytuacji gdy Wykonawca, który nie ma wymaganego doświadczenia (nie wykonał wymaganych usług) polega na zasobach innego podmiotu – podmiot udostępniający zasoby musi wykazać zrealizowanie obu wymaganych usług samodzielnie (nie stosuje się sumowania potencjałów).

Powyższy wymóg aby co najmniej jeden podmiot wykazał się wymaganym doświadczeniem, znajduje pełne uzasadnienie w specyfice zamówienia. Z uwagi na wysoki stopień zaawansowania technologicznego zamawianych robót budowlanych połączony z dostawą i montażem specjalistycznej techniki scenicznej (urządzeń), niezbędne jest, aby wymagane doświadczenie i odpowiednia wartość usług polegających na pełnieniu wielobranżowego nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi obejmującymi budowę o nieprzeciętnej architekturze i złożoności, posiadał co najmniej jeden wykonawca (w przypadku wspólnej oferty) lub podmiot użyczający swój potencjał. Nie gwarantuje prawidłowego wykonania zamówienia wykonawca, który legitymowałby się sumą kilku usług nadzoru robót (kontraktów) obejmujących nadzór nad budowami rozumiana jako suma wartości umów, z tytułu nadzoru, kilku podmiotów oddzielnie. Wymóg posiadania doświadczenia i odpowiedniej wartości usług przez co najmniej jeden podmiot jest w pełni uzasadniony merytorycznie, odpowiada potrzebom zamawiającego i pozwala na wyłonienie wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a tym samym ograniczenie możliwości powstania sytuacji, w której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia lub wykonać zamówienie z należytą starannością.

W ocenie zamawiającego „łączenie” zdolności zawodowej rozumianej jako doświadczenie nie należy utożsamiać z matematycznym sumowaniem potencjałów konsorcjantów. Zasadniczo, jak wskazuje art. 117 ust. 1 Pzp. *Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.* I taki sposób zamawiający określił w rozdziale II podrozdziale 7 ust. 4 lit. a dot. warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia mając na uwadze zdobyte doświadczenie w nadzorowaniu wznoszonych budynków o określonej wartości jako „nośnika” zdobytej wiedzy i doświadczenia. Potencjał konsorcjum zatem 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.

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

W ocenie zamawiającego doświadczenie to zasób umiejętności praktyczny, warunkujących zdolność do należytego wykonania określonych czynności (niezawodność). W odróżnieniu od wiedzy, która może być czysto teoretyczna, doświadczenie wynika zawsze z praktyki. Jeśli więc zamawiający bada, czy wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie, bada w praktyce to, czy ów wykonawca wykonał określoną czynność już w przeszłości tyle razy, by mieć pewność, że to doświadczenie już się u tego wykonawcy wykształciło.

Zdaniem zamawiającego, niepełnego doświadczenia wykonawcy w żadnym razie nie wolno poczytywać za jakiegokolwiek doświadczenie, które można by sumować z takim samym ze strony innego wykonawcy. Jeśli zatem dwaj współwykonawcy z osobna nie są w pełni doświadczeni w wymaganym zakresie – to łącznie także nie są doświadczeni. Co innego, gdy doświadczenie jest podzielne i rozpatruje się w dwu lub więcej profesjach na podstawie opisanego warunku, wówczas zróżnicowane doświadczenie, mogą zapewnić współwykonawcy w ten sposób, że każdy z nich „gwarantuje” doświadczenie w odrębnej branży robót, usług lub dostaw. Specyfika usługi nadzoru Inżyniera Kontraktu, jako usługi starannego działania, wymusza holistyczne podejście zarówno do koordynowania zespołem inspektorów złożonego z wielu branż jak i współdziałanie w procesie kontroli i zarządzania inwestycją w imieniu Inwestora.

Wykazanie się przez poszczególnych członków konsorcjum wykonaniem po jednej robocie opisanej przez zamawiającego w warunku, lub sumowanie większej ilości usług nadzoru w jedną określoną przez zamawiającego, nie gwarantowałyby należytego wykonania zamówienia i stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji przez uprzywilejowanie wykonawców tworzących konsorcjum. Uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców wcale bowiem nie oznacza, że konsorcjum albo wykonawcy 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

Możliwość łącznego wykazania spełniania warunków przez członków konsorcjum nie może polegać na prostym sumowaniu potencjałów, a powinno być badane indywidualnie w zależności od przedmiotu zamówienia i jego swoistego charakteru. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że wymóg wykazania spełniania warunku osiągnięcia obrotu rocznego czy posiadania wiedzy i doświadczenia przez jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia czy przez podmiot trzeci jest związany z przedmiotem zamówienia, proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie stanowi naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W żaden sposób nie przeczy też istocie powołania konsorcjum. Ponadto zgodnie z art. 44 dyrektywy 2004/18

w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że **nie dopuszcza on, by wykonawca polegał na zdolnościach innego podmiotu w rozumieniu art. 48 ust. 3 omawianej dyrektywy poprzez sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które samodzielnie nie mają wymaganej zdolności do realizacji określonego zamówienia**, w przypadku gdy instytucja zamawiająca uzna, że dane zamówienie jest niepodzielne oraz że takie wykluczenie możliwości polegania na doświadczeniu większej liczby wykonawców jest związane z przedmiotem zamówienia, które musi zatem zostać zrealizowane przez jednego wykonawcę, oraz proporcjonalne do niego.

**Zamawiający nie zmienia warunku w powyższym.**

Opracowano na podstawie:

Uchwała z dnia 23 lipca 2014 r., KIO/KU 62/14

Uchwała z dnia 5 września 2014 r., KIO/KU 74/14

Wyrok z dnia 6 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 126/20

Wyrok z dnia 2016- 11-29, KIO 2169/16

Wyrok Trybunału (piąta izba) z dnia 4 maja 2017 r. Odesłanie prejudycjalne Dyrektywa 2004/18/WE w sprawie C-387/14

Prawo Zamówień Publicznych - Komentarz UZP W-wa 2021