

prof. nadzw. dr hab. Przemysław Drapała
Radca prawny

Andrzej Sokołowski
Radca prawny

dr Marcin Chomiuk
Radca prawny

Maciej Chrzan, LL.M.
Radca prawny

Wojciech Bazan
Adwokat

Adrian Andrychowski
Adwokat

Magdalena Bartnik
Adwokat

Krzysztof Bąk
Radca prawny

Małgorzata Borowiak
Radca Prawny

Marcin Chojnacki
Adwokat

Dorota Dąbrowska
Doradca podatkowy

Piotr Duma
Radca prawny

Iwo Franaszczyk
Adwokat

dr Łukasz Paweł Goniak
Adwokat

Konrad Gortad
Adwokat

Zbigniew Jara
Radca prawny / Rechtsanwalt

Barbara Kaczała
Radca prawny

Ludwina Klein, LL.M.
Adwokat

Artur Krępa
Radca prawny

dr hab. Bogusław Lackoroński
Radca Prawny

Marcin Lewiński
Adwokat

Jakub Majewski
Adwokat

Anna Matusiak-Wekiera
Radca prawny

Wojciech Merkwa
Radca prawny

Magdalena Nasiłowska
Radca prawny

Mariusz Nowakowski, MLE
Adwokat

dr Joanna Ostojka-Kołodziej
Adwokat

Daria Pawelec-Supłat
Radca prawny

Justyna Solarska
Adwokat

Michał Urbański
Adwokat

Adam Usiądek
Adwokat

Anna Wójcik
Adwokat

Magdalena Zasiewska
Doradca podatkowy

Warszawa, 10 listopada 2023 roku

Do:

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący:

B-ACT S.A.
ul. Paderewskiego 24
85-075 Bydgoszcz
KRS: 0001000390

reprezentowany przez:

r.pr. Wojciecha Merkwę
adw. Łukasza Goniaka
JDP DRAPAŁA & PARTNERS Sp. j.

adres do doręczeń:

ul. Bonifraterska 17
00-203 Warszawa
tel.: +48 (22) 246 00 30
e-mail: wojciech.merkwa@jdp-law.pl

Zamawiający:

Filharmonia Pomorska
im. Ignacego Jana Paderewskiego
ul. Andrzeja Szwalbego 6
85-080 Bydgoszcz
NIP: 554 02 40 549
tel.: 52 321 04 67
e-mail: sekretariat@filharmonia.bydgoszcz.pl

ODWOŁANIE

Działając w imieniu B-ACT S.A. z siedzibą w Bydgoszczy („**Odwołujący**”), w oparciu o udzielone pełnomocnictwo (odpis pełnomocnictwa wraz z informacją z Krajowego Rejestru Sądowego oraz dowodem uiszczenia opłaty skarbowej w załączeniu), ubiegającego się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, którego przedmiotem jest: „*Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu rozbudowy Filharmonii Pomorskiej w Bydgoszczy*” (nr postępowania: 5-PN-2023, „**Postępowanie**”, „**Zamówienie**”) prowadzonym przez zamawiającego: Filharmonię Pomorską im. Ignacego Jana Paderewskiego z siedzibą w Bydgoszczy („**Zamawiający**”), niniejszym na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych („**Pzp**”):

I. wnoszę odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia („**SWZ**”) w zakresie dotyczącym postanowienia z Rozdziału XV ust. 6 SWZ.

II. Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów Pzp:

- 1) **art. 117 ust. 1 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp oraz art. 112 ust. 1 Pzp** poprzez nieuzasadnione charakterem zamówienia i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia sformułowanie wymagania zawartego w Rozdziale XV ust. 6 SWZ, zgodnie z którym warunek udziału w Postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy w zakresie wymaganego doświadczenia (opisany w Rozdziale XV pkt 5.4.1. SWZ) składający się z trzech usług (lit. a-c), był, w przypadku konsorcjum, spełniony w taki sposób, aby to jeden z wykonawców (konsorcjantów) posiadał wymagane łącznie doświadczenie (w całości), podczas gdy wymóg ten jest nadmierny, nieuzasadniony i sprzeczny za praktyką rynkową, a za w pełni odpowiadające wymaganiom Zamawiającego uznać należałoby dopuszczenie sumowania wspomnianego potencjału przez konsorcjantów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia;

a w konsekwencji powyższego

- 2) **art. 16 pkt 1 - 3 Pzp** poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

III. Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) Pzp wnoszę o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a) **usunięcie (wykreślenie)** postanowienia z Rozdziału XV SWZ ust. 6 w całości:

~~6. Powyższe warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej określone w pkt. 5.4.1. w przypadku Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia lub w przypadku polegania na udostępnionych Wykonawcy zasobach podmiotu trzeciego, nie podlegają sumowaniu, tj. zdolność musi być odpowiednio w zakresie ilości, wielkości, wartości i jakości usług muszą być spełnione przez jeden podmiot."/;~~

ewentualnie

- b) **zmianę** postanowienia zawartego w Rozdziale XV ust. 6 i nadanie mu następującej treści:

*„6. Powyższe warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej określone w pkt. 5.4.1. w przypadku Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia lub w przypadku polegania na udostępnionych Wykonawcy zasobach podmiotu trzeciego **podlegają sumowaniu** w ten sposób, że warunki opisane w lit. a) - c) mogą być spełnione łącznie przez wykonawców (konsorcjantów) przy zachowaniu ilości, wielkości, wartości i jakości usług wskazanych w poszczególnym podpunkcie warunku udziału z pkt 5.4.1 SWZ.*

ewentualnie

- c) **zmianę** postanowienia zawartego w Rozdziale XV ust. 6 i nadanie mu następującej treści:

6. Powyższe warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej określone w pkt. 5.4.1. lit. b) oraz c) w przypadku Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia lub w przypadku polegania na udostępnionych

Wykonawcy zasobach podmiotu trzeciego, nie podlegają sumowaniu, tj. zdolność musi być odpowiednio w zakresie ilości, wielkości, wartości i jakości usług muszą być spełnione przez jeden podmiot. (nie wymogu z lit. a)";

- IV. Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;
- V. Na podstawie art. 573 Pzp wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie;

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Wymogi, które określił Zamawiający w dokumentach Postępowania mają charakter nadmierny i nieproporcjonalny, przez co stanowią nieuzasadnioną barierę w dostępie do zamówienia. Nadmierne wymogi w zakresie spełnienia warunku udziału czynią postanowienia SWZ niezgodnymi z powszechnie obowiązującymi przepisami i wykluczają udział wykonawcy w Postępowaniu. Odwołujący, jako podmiot zainteresowany złożeniem oferty i zawarciem umowy, posiada zatem interes we wniesieniu przedmiotowego odwołania.

Odwołujący legitymuje się więc interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Termin na wniesienie odwołania

Postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 Pzp (powyżej progów unijnych).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 października 2023 roku, co oznacza, że odwołanie zostało złożone w ustawowym terminie (10 dni).

Pozostałe wymogi formalne

Do odwołania załączono dowód wniesienia wpisu w wymaganej wysokości oraz potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 31 października 2023 roku pod numerem 00665675-2023, numer wydania Dz.U. S: 210/2023.

UZASADNIENIE

I. ISTOTNE DLA SPRAWY ELEMENTY STANU FAKTYCZNEGO

- 1. Zamawiający zamierza przystąpić do realizacji inwestycji polegającej na remoncie, przebudowie oraz rozbudowie budynku Filharmonii Pomorskiej w Bydgoszczy wraz ze zmianą sposobu użytkowania poddasza nieużytkowego na funkcję usługową oraz z garażem podziemnym, parkingiem naziemnym wraz z zagospodarowaniem terenu

oraz budową towarzyszącą infrastruktury technicznej i drogowej („**Inwestycja**”). Inwestycja będzie współfinansowana z budżetu Unii Europejskiej w ramach Programu Fundusze Europejskie na Infrastrukturę, Klimat, Środowisko.

2. Przedmiotem Postępowania jest pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla Inwestycji.
3. W dniu 31 października 2023 roku Zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu, udostępniając jednocześnie zainteresowanym wykonawcom dokumentację Postępowania na swojej stronie internetowej.
4. W rozdziale XV w ust. 5.4.1 SWZ dotyczącym warunków udziału w Postępowaniu Zamawiający postawił wymóg, aby przyszły wykonawca zamówienia dysponował m.in. odpowiednią zdolnością techniczną lub zawodową (doświadczeniem) polegającą na:

5.4. Zdolności technicznej lub zawodowej:

5.4.1. warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, iż należycie wykonał w okresie ostatnich 10 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usługi polegające na pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego lub Inżyniera Kontraktu, w tym **łącznie**:

- a. co najmniej jedną usługę obejmującą przygotowanie i udział w realizacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wybór wykonawcy robót budowlanych dla budowy obiektu użyteczności publicznej o wartości równej bądź przekraczającej progi unijne,
 - b. co najmniej jedną usługę obejmującą łącznie: nadzór nad robotami budowlanymi i kontrolę kosztów inwestycji dla budowy budynku użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych co najmniej 200 000 000,00 PLN brutto.
 - c. co najmniej jedną usługę obejmującą łącznie: nadzór nad robotami budowlanymi i kontrolę kosztów inwestycji dla budowy budynku instytucji kultury typu filharmonia, opera, teatr muzyczny, który posiadał co najmniej 3 sale koncertowe symfoniczne lub kameralne lub teatralne (nie dotyczy hal widowiskowo- sportowych, kinowych, domów kultury), która była lub jest wykonywana przez okres co najmniej 12 miesięcy,
5. W ustępie 6 rozdziału XV SWZ Zamawiający przewidział ograniczenie w postaci łączenia potencjału wykonawców w celu spełnienia powyższego warunku udziału:
 6. Powyższe warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej określone w pkt. 5.4.1. w przypadku Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia lub w przypadku polegania na udostępnionych Wykonawcy zasobach podmiotu trzeciego, nie podlegają sumowaniu, tj. zdolność musi być odpowiednio w zakresie ilości, wielkości, wartości i jakości usług muszą być spełnione przez jeden podmiot.

6. Powyższe zastrzeżenie stanowi rażące ograniczenie konkurencyjności w Postępowaniu i pozostaje nieproporcjonalne względem postawionego warunku udziału, jak i samego przedmiotu zamówienia.

II. UZASADNIENIE PRAWNE

II.1. WARUNEK UDZIAŁU WRAZ Z ZASTRZEŻENIEM OPISANYM W ROZDZIALE XV UST. 6 SWZ STANOWI OGRANICZENIE KONKURENCYJNOŚCI W POSTĘPOWANIU I PROWADZI DO DYSKRYMINACJI WYKONAWCÓW WSPÓLNIE UBIEGAJĄCYCH SIĘ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA

7. Zamawiający w treści SWZ przewidział, że w przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia (lub w przypadku polegania na udostępnionych Wykonawcy zasobach podmiotu trzeciego) warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej określone w pkt. 5.4.1. nie podlegają sumowaniu, tj. zdolności w zakresie ilości, wielkości, wartości i jakości usług muszą być spełnione przez jeden podmiot.
8. W ocenie Odwołującego kwestionowane zastrzeżenie stanowi rażące ograniczenie konkurencyjności w Postępowaniu, albowiem ogranicza krąg podmiotów zdolnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.
9. W pierwszej kolejności na uwagę zasługuje, że prawo do łączenia potencjałów w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego zaliczyć należy do kanonu zasad, którymi kierować się powinien zamawiający udzielając zamówienia. Nie ulega bowiem wątpliwości, że m.in. właśnie w tym celu (sprostanie wymaganiom stawianym przez zamawiającego) tworzone są konsorcja.
10. Odwołujący ma oczywiście świadomość, iż Zamawiający może – w świetle art. 117 ust. 1 Pzp - dokonać ograniczenia zasad łączenia zasobów przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne. Ograniczenie to musi jednak być podyktowane charakterem zamówienia i musi pozostawać proporcjonalne. Wynikające z przywołanego przepisu uprawnienie traktować należy jako wyjątek od reguły (którą jest prawo do sumowania potencjałów), a jako takie należy je traktować w sposób zawężający. Na konieczność stawiania tego wymagania w wyważony, poprzedzony szczegółową analizą, sposób zwraca uwagę Krajowa Izba Odwoławcza (przywołane orzeczenie odnosi się do poprzedniego stanu prawnego, pozostaje jednak w pełni aktualne): *„Analizując możliwości formułowania warunków wobec konsorcjów konieczne jest odniesienie się łącznie do artykułów 22 oraz 23 p.z.p. Rozważając możliwość postawienia specyficznych wymogów w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez konsorcja, każdy warunek i każdy opis sposobu jego spełnienia musi być analizowany przez pryzmat art. 22 ust. 4 i 5 p.z.p., a więc jego związania z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalności do tegoż, a także celu dla jakiego w ogóle został postawiony - weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Te czynniki winny zatem być punktem wyjścia dla analizy każdego przypadku”¹.*
11. Przechodząc do analizy postawionego przez Zamawiającego ograniczenia, w pierwszej kolejności zasadnym zdaje się zwrócenie uwagi na sam warunek udziału,

¹ Wyrok z dnia 18 września 2017 r., sygn. KIO 1854/17

który choć uregulowany został w ramach jednego punktu, to dzieli się na trzy odrębne podpunkty przedstawiające w istocie doświadczenie w realizacji usług o rozbieżnym charakterze. W ramach warunku udziału określonego w punkcie 5.4.1 SWZ Zamawiający stawia wymagania w stosunku wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia doświadczenia w trzech elementach warunku udziału:

- (1) polegającego na przygotowaniu i udziale w realizacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wybór wykonawcy robót budowlanych;
 - (2) polegającego na nadzorze nad robotami budowlanymi i kontroli kosztów inwestycji dla budowy budynku użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych min. 200 000 000,00 PLN brutto;
 - (3) polegającego na nadzorze nad robotami budowlanymi i kontroli kosztów inwestycji dla budowy budynku instytucji kultury typu filharmonia, opera, teatr muzyczny, który posiadał co najmniej 3 sale koncertowe symfoniczne lub kameralne lub teatralne (nie dotyczy hal widowiskowo- sportowych, kinowych, domów kultury), która była lub jest wykonywana przez okres co najmniej 12 miesięcy.
12. O ile możliwe jest dostrzeżenie podobieństwa w doświadczeniu w zrealizowaniu usług z punktów 2)-3) (w SWZ b)-c)), to trudno jednak nie zauważyć braku tak silnego powiązania tego doświadczenia z doświadczeniem wymaganym w punkcie 1) (lit. a) w SWZ). Doświadczenia wskazane w pkt 5.4.1. lit. a) SWZ nawiązuje do usługi polegającej na przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Usługa ta ma charakter ściśle formalny tj. polega na czynnościach formalnych – m.in. opracowaniu dokumentacji zamówienia, prowadzenia korespondencji z wykonawcami, udzielaniu odpowiedzi na pytania wykonawców, ocenie ofert. Odwołujący ma świadomość, iż postawiony wymóg nawiązuje do doświadczenia w pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego lub Inżyniera Kontraktu, jednak nie sposób nie dostrzec, iż zakres tej funkcji sprowadza się jednak do czynności o charakterze niepołączającym na sprawowaniu faktycznego nadzoru nad realizacją robót (lecz pełnieniu administracyjnych funkcji na etapie poprzedzającym zlecenie robót budowlanych).
13. Innymi słowy – usługa wskazana w lit. a) analizowanego warunku udziału sprowadza się w najszerszym ujęciu do przeprowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami Pzp. Usługę taką realizują najczęściej bezpośrednio zamawiający publiczni (ich wewnętrzne jednostki odpowiedzialne za zamówienia publiczne) bądź kancelarie prawne lub doradczycy specjalizujący się w doradztwie zamówieniowym (działające na zlecenie podmiotów publicznych).
14. Doświadczenie opisane zaś w lit. b) i c) SWZ odnosi się z kolei do doradztwa ściśle inwestycyjnego. Nadzór nad robotami budowlanymi sprowadza się bowiem do aktywnej kontroli procesu realizacyjnego robót budowlanych. Nadzór budowlany kontroluje zgodność wykonywanych prac z zatwierdzonym projektem, warunkami zdefiniowanymi w decyzji o pozwoleniu na budowę oraz z przepisami ustawy Prawo budowlane. Rolą wykonawcy realizującego usługę nadzoru nad robotami budowlanymi jest również ocena zgodności rozwiązań architektoniczno – budowlanych z obowiązującymi w branży przepisami i aktualną wiedzą techniczną. Innymi słowy – cechą zakresu usług opisanych w lit. b) i c) jest zapewnienie

- prawidłowej jakości wykonywanych robót budowlanych oraz zapewnienie, że inwestycja zostanie ukończona zgodnie z wymogami kontraktu.
15. Różnica w zakresie przedmiotowym usług z lit. a) oraz b) i c) zdaje się być więc wyraźna. Doświadczenie z lit. a) sprowadza się do formalnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tu w tym zakresie niezbędna jest znajomość przepisów Pzp). Samo też przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ingeruje bezpośrednio w proces budowlany. Doświadczenie to nie wymaga też kadry z tak specjalistycznym wykształceniem (budowlanym) oraz stosownymi uprawnieniami. Z kolei doświadczenie opisane w punkcie b) i c) koncentruje się na koordynacji procesu budowlanego. Aby zatem możliwe było prawidłowe wykonanie takiej usługi, kadra nadzorująca roboty budowlane musi składać się z wyspecjalizowanych, w rozumieniu Prawa budowlanego, uczestników, nierzadko posiadających odpowiednie uprawnienia budowlane.
 16. Przedstawione „podwarunki” z pkt. 5.4.1 SWZ wymagają zatem doświadczenia w zupełnie odmiennym zakresie. Dotyczy to zarówno ujęcia przedmiotowego (o czym powyżej), ale i podmiotowego. Aby bowiem móc zrealizować usługę w lit. a) koniecznym jest dysponowanie wyspecjalizowaną kadrą administracyjno-prawniczą, z kolei, aby zrealizować usługi z lit. b) i c) koniecznym jest dysponowanie wyspecjalizowaną kadrą budowlaną.
 17. Już z powyższych powodów domaganie się łącznego (wykazywanego kumulatywnie przez jeden podmiot) spełnienia powyższego warunku udziału jest niezasadne.
 18. O tym, że krąg inwestycji objętych warunkiem udziału jeszcze bardziej się zacieśnia świadczą cechy obiektów (inwestycji) na których realizowane miały być poszczególne usługi. Jest to (i) postępowanie, przedmiotem którego była budowa budynku użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych przekraczających progi unijne, (ii) nadzór na budowę budynku użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych nie mniejszych niż 200 000 000,00 PLN brutto, (iii) budowa budynku użyteczności publicznej – instytucji kultury typu filharmonia, opera, teatr muzyczny, który posiadał co najmniej 3 sale koncertowe symfoniczne lub kameralne lub teatralne (z wyłączeniem hal widowiskowo- sportowych, kinowych, domów kultury), przez okres co najmniej 12 miesięcy. Wszystkie trzy podwarunki same w sobie znacząco zawężają ilość inwestycji/obiektów, które mogłyby pozwolić spełnić warunek udziału określony w pkt 5.4.1. SWZ
 19. Trudno nie uciec od wrażenia, iż wymóg wykazania się doświadczeniem w wykonaniu wszystkich usług wskazanych w pkt 5.4.1 SWZ jawi się jako skrajnie dyskryminujący, nieproporcjonalny i ograniczający konkurencyjność. Rękojmię należytego wykonania zamówienia daje również konsorcjum składające się z wykonawców, spośród których jeden wykonał usługę inżyniera kontraktu lub inwestora zastępczego spełniającą łącznie wymagania z lit. b) i c) kwestionowanego warunku, natomiast drugi, także w ramach pełnienia funkcji inżyniera kontraktu lub inwestora zastępczego, wykonał usługę obejmującą przygotowanie i udział w realizacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tj. zgodnie z lit. a) kwestionowanego warunku). Podmiot, który przygotował i przeprowadził postępowanie na wybór wykonawcy robót budowlanych dla budowy obiektu użyteczności publicznej o wartości przekraczającej progi unijne posiada

kompetencje, które pozwolą mu przygotować i przeprowadzić postępowanie wchodzące w skład przedmiotu Zamówienia, zwłaszcza we współpracy z podmiotem, który nabył doświadczenie w nadzorze nad robotami budowlanymi określonymi w lit. b) i c) kwestionowanego warunku.

20. Odwołujący ma oczywiście świadomość, iż celem warunków udziału w postępowaniu jest weryfikacja zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. To warunki udziału stanowią pierwszy i najważniejszy etap oceny tego, czy dany podmiot ma jakiegokolwiek szansę nie tylko do zdobycie przedmiotu zamówienia, ale przede wszystkim – na sam udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Celem Odwołującego nie jest ograniczenie prawa Zamawiającego do formułowania warunków w sposób odpowiadający Jego uzasadnionym potrzebom. Dlatego też Odwołujący nie kwestionuje *meritum* wymogów, mając świadomość, że Zamawiający poszukuje wykonawcy, który będzie Go wspierał zarówno na etapie postępowania przetargowego, jak i w toku realizacji inwestycji. Zrozumiałe jest zatem stawianie wymogów korelujących z tym zakresem. Przedmiotem odwołania jest natomiast zakaz sumowania doświadczenia w tym zakresie. Odwołujący pozostaje bowiem na stanowisku, że swój cel Zamawiający może osiągnąć bez tego obostrzenia, a rezygnacja z tego pozwoli zachować konkurencyjność.
21. W ocenie Odwołującego, postawienie przez Zamawiającemu wymogu łącznego wykazania się doświadczeniem w realizacji wszystkich trzech usług, ale przede wszystkim – uniemożliwienie wykonawcom ubiegającym się w konsorcjum o przedmiot zamówienia o odpowiednie skumulowanie swojego doświadczenia, świadczy o rażącym wypaczeniu istoty prawa wykonawców do ubiegania się o zamówienie publiczne w ramach konsorcjum. Jak podkreśla się na tle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej ***„Istotą wspólnego ubiegania się o zamówienie jest łączenie potencjału kilku wykonawców, który sumowany łącznie pozwala wykazać fakt dysponowania odpowiednimi w stosunku do przedmiotu zamówienia kwalifikacjami. W ocenie 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.”²***
22. Art. 117 ust. 1 stanowi, że zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców, warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne. Oznacza to, że jedynie w przypadkach, gdy charakter zamówienia to uzasadnia dopuszczalny jest wymóg aby to jeden z wykonawców występujących wspólnie musiał wykazać się całością doświadczenia, a wymóg ten nie może naruszać zasad proporcjonalności. Innymi słowy, to zamawiającego obciąża ciężar wykazania, że łączne doświadczenie wykonawców tworzących konsorcjum nie zapewni takiego potencjału, który pozwoli prawidłowo wykonać zamówienie. Możliwe jest to więc co do zasady tylko przy takim charakterze zamówienia, który uniemożliwia sumowanie składników zamówienia zgodnie z posiadanym doświadczeniem własnym, a więc zamówień, których przedmiot jest niepodzielny lub co najmniej trudny do podzielenia w toku wykonawstwa.

²

Wyrok KIO z dnia 8 marca 2021 r., sygn. KIO 446/21.

23. Jak wskazano na wstępie możliwość ograniczenia sumowania potencjałów wykonawców w celu spełnienia konkretnego warunku udziału w postępowaniu stanowi więc wyjątek od zasady ogólnej, a zastosowanie tej wyjątkowej sytuacji nie może stanowić o wyłączeniu możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez konsorcjum. Idea tworzenia konsorcjum materializuje się poprzez możliwość sumowania potencjałów jego członków. Możliwość utworzenia konsorcjum ma również istotne znaczenie dla małych i średnich przedsiębiorców, którzy łącząc swój potencjał są w ten sposób zdolni do konkutowania z dużymi przedsiębiorcami. Dlatego też możliwości, jakie daje art. 117 ust. 1 Pzp nie można rozszerzać na przypadki nie mające silnego, obiektywnego uzasadnienia. Jak wskazano powyżej, dyspozycję art. 117 ust. 1 Pzp należy traktować jako wyjątek od ustawowej reguły ustanawiającej uprawnienie wykonawców do kumulowania zasobów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu **i jak każdy wyjątek nie może on być interpretowany rozszerzająco.**
24. Nie można uciec od wrażenia, że w Postępowaniu powstała sytuacja, w której konsorcjum jest dyskryminowane. Na tle analizowanego postanowienia SWZ Zamawiający nie tylko ogranicza konkurencyjność w Postępowaniu (albowiem na rynku nie istnieje wiele podmiotów mogących legitymować się doświadczeniem zarówno w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz doświadczeniem w sprawowaniu nadzoru budowlanego), ale w takiej sytuacji wyraźnie widać dysproporcję w zakresie traktowania wykonawców, którzy jako profesjonalni uczestnicy rynku mają prawo wybrać formę współpracy i decydują się na złożenie oferty jako konsorcjum.
25. Za prawem wykonawców do sumowania doświadczenia (potencjału) opowiedział się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Provincia di Fermo (wyrok z 10 października 2013 r. sygn. C-94/12), gdzie podkreślona została ogólna zasada łączenia potencjału konsorcjantów: **„Podobnie art. 4 ust. 2 tej dyrektywy zezwala grupom wykonawców na uczestniczenie w postępowaniach w sprawie udzielenia zamówień publicznych, nie przewidując przy tym ograniczenia co do łączenia kwalifikacji, tak jak art. 25 wskazanej dyrektywy umożliwia odwołanie się do podwykonawców, nie stanowiąc ograniczeń w tym zakresie. (...) 33. Należy zatem zauważyć, że dyrektywa 2004/18 umożliwia łączenie kwalifikacji wielu podmiotów gospodarczych w celu spełnienia minimalnych wymogów określonych przez instytucję zamawiającą, o ile zostanie wykazane tej instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent powołujący się na kwalifikacje jednego lub kilku innych podmiotów będzie w rzeczywistości mógł dysponować środkami tych podmiotów, które są niezbędne do wykonania zamówienia. 3.4 Taka interpretacja jest zgodna z celem w postaci otwarcia zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, założonym w dyrektywach z tej dziedziny w interesie nie tylko podmiotów gospodarczych, lecz również instytucji zamawiających (zob. podobnie wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-305/08 CoNISMa, Zb.Orz. s. I-12129, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo). Ponadto, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 33 i 37 opinii, sprzyja ona również ułatwianiu małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych, co zgodnie z jej motywem 12 jest również założeniem dyrektywy 2004/18.”.**

26. Powyższe stanowisko przyjęła również Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach np.: „Art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 p.z.p., w zakresie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 p.z.p., wskazuje, że **dopuszczalnym jest co do zasady wykazywanie ich spełnienia łącznie przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum tworzonego w celu wspólnej realizacji zamówienia, za którą wszyscy członkowie konsorcjum odpowiadają solidarnie** (art. 141 p.z.p.). Dlatego też i potencjały wykonawców występujących w postępowaniu wspólnie podlegają sumowaniu.”³. Podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lutego 2018 r.: „Istotą wspólnego ubiegania się o zamówienie jest łączenie potencjału kilku wykonawców, który sumowany łącznie pozwala wykazać fakt dysponowania odpowiednimi w stosunku do przedmiotu zamówienia kwalifikacjami. Jakkolwiek przepisy wynikające z art. 23 ust. 5 ustawy Pzp pozwalają w sposób szczególny ustalić sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie, to stanowią one wyjątek od reguły wynikającej z art. 23 ust. 1-3 ustawy Pzp ustanawiającej uprawnienie wykonawców do kumulowania zasobów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.”⁴.
27. W świetle powyższego dojść należy do przekonania, że konstrukcję zastrzeżenia do warunku udziału zawartego w rozdziale XV ust. 6 SWZ uznać należy za naruszającą uczciwą konkurencję, proporcjonalność i konkurencyjność, a jego rygoryzm (zastrzeżenia) umożliwia dostęp do zamówienia jedynie wybranym wykonawcom na rynku. Mając na względzie rozbieżność w zakresach poszczególnych wymogów przedmiotowych warunku udziału, zasadnym zdaje się w tym zakresie uznanie, iż analizowane postanowienie SWZ winne zostać zmienione poprzez umożliwienie sumowania potencjału konsorcjantów w celu spełnienia warunku udziału opisanego w pkt 5.4.1. SWZ.
28. Nawiązując do wniosków postawionych na wstępie odwołania Odwołujący wskazuje, że jako ewentualne rozwiązanie należy rozważyć pozostawienie obostrzenia w zakresie sumowania potencjałów jednak jedynie w odniesieniu do „podwarunków” z lit. b) i c) opisanych Rozdziale XV ust. 6 SWZ - w takiej sytuacji wykonawcy byłiby uprawnieni do sumowania potencjału poprzez wykazanie się inwestycją z lit. a) przez jednego wykonawcę oraz z lit. b)-c) przez drugiego.

* * *

Z powyższych względów odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wojciech Merkwa
radca prawny

³ Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2013 r., sygn. KIO 1559/13.
⁴ Sygn. KIO 207/18.

ZAŁĄCZNIKI

Załącznik 1	Pełnomocnictwo
Załącznik 2	Opłata skarbową od pełnomocnictwa
Załącznik 3	Odpis z Krajowego Rejestru Sądowego
Załącznik 4	Dowód uiszczenia wpisu
Załącznik 5	Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu