

Sygn. akt: **KIO/UZP 1301/08**

**KIO/UZP 1311/08**

**WYROK**

**z dnia 27 listopada 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Członkowie: Emil Kuriata  
Luiza Łamejko**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu/rozprawie~~<sup>\*</sup> w dniu/~~dniach~~<sup>\*</sup> **27.11.2008** r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **17.11.2008** r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

**A. GEOMAR S.A., 70-467 Szczecin, ul. Monte Cassino 18A (sygn. akt. KIO/UZP 1301/08).**

**B. Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „PRYZMAT” Sp. z o.o., 03-152 Warszawa, ul. Modlińska 310/312 (sygn. akt KIO/UZP 1311/08).**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samorząd Województwa Mazowieckiego, 03-719 Warszawa, ul. Jagiellońska 26** protestów:

**A. GEOMAR S.A., 70-467 Szczecin, ul. Monte Cassino 18A z dnia 20.10.2008 r.**

**B. Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „PRYZMAT” Sp. z o.o., 03-152 Warszawa, ul. Modlińska 310/312 z dnia 24.10.2008 r.**

przy udziale wykonawcy **Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „PRYZMAT” Sp. z o.o., 03-152 Warszawa, ul. Modlińska 310/312** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1301/08.

orzeka:

**1. Uwzględnia odwołania i nakazuje dokonanie zmiany treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Samorząd Województwa Mazowieckiego, 03-719 Warszawa, ul. Jagiellońska 26**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
  - A** koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **GEOMAR S.A., 70-467 Szczecin, ul. Monte Cassino 18A**
  - B** koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „PRYZMAT” Sp. z o.o., 03-152 Warszawa, ul. Modlińska 310/312,**
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty 11 428 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy czterysta dwadzieścia osiem złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
  - A** kwoty 5796 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy siedemset dziewięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) przez **Samorząd Województwa Mazowieckiego, 03-719 Warszawa, ul. Jagiellońska 26** na rzecz **GEOMAR S.A., 70-467 Szczecin, ul. Monte Cassino 18A** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu, kosztów dojazdu oraz kosztów zastępstwa prawnego.
  - B** kwoty 5632 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Samorząd Województwa Mazowieckiego, 03-719 Warszawa, ul. Jagiellońska 26** na rzecz **Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „PRYZMAT” Sp. z o.o., 03-152 Warszawa, ul. Modlińska**

**310/312** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu oraz kosztów zastępstwa prawnego,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
  - B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- 4) dokonać zwrotu kwoty 30 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 17968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **GEOMAR S.A., 70-467 Szczecin, ul. Monte Cassino 18A,**
  - B** kwoty 12968 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „PRYZMAT” Sp. z o.o., 03-152 Warszawa, ul. Modlińska 310/312.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Samorząd Województwa Mazowieckiego, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest „zebranie i zorganizowanie w odpowiednie struktury danych dla potrzeb bazy danych topograficznych (TBD) Województwa Mazowieckiego, zgodnie z „Wytycznymi technicznymi TBD Głównego Geodety Kraju”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w dniu 17 października 2008 r., pod nr 2008/S 202-268201.

W dniu 20 października 2008 r. Odwołujący się GEOMAR S.A. wniósł protest wobec treści Ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), w szczególności § 5 ust. 1 pkt 2 i ust. 4, § 6 ust. 3 pkt 5, ust. 4 pkt 1 i 2, bowiem w ocenie Odwołującego się wymagania postawione wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia, utrudniają uczciwą konkurencję i stanowią ograniczanie dostępu do rynku, co zgodnie z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 1993 r., Nr 47, poz. 211), dalej z.n.k., kwalifikowane jest jako czyn nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym, Odwołujący się wniósł o usunięcie z treści Ogłoszenia oraz SIWZ tych punktów.

Odwołujący się podnosi, iż konsorcjum zawiązywane jest w celu łącznego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy samodzielnie nie są w stanie wypełnić warunków postawionych przez zamawiającego. Postawienie przez Zamawiającego w stosunku do wykonawców ubiegających się o zamówienie w formie konsorcjum, warunku, iż każdy z jego uczestników musi samodzielnie wypełniać postawione warunki, niewątpliwie utrudnia dostęp do zamówienia, czym godzi w zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2007r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), dalej ustawa Pzp. Stwierdzić więc należy, że takie cechy/warunki jak: doświadczenie, osoby wykonujące zamówienie, a także świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego - podlegają zsumowaniu w ramach konsorcjum, co stanowi o sensie i celu jego zawarcia. Co do zasady należy więc przyjmować, że w odniesieniu do konsorcjum warunki udziału, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, powinny zostać spełnione łącznie przez członków tego konsorcjum.

W dniu 24 października 2008 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „PRYZMAT” Sp. z o.o. i Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Sp. z o.o., wnosząc o uwzględnienie protestu.

Pismem z dnia 3 listopada 2008 r. Zamawiający protest oddalił. W uzasadnieniu Zamawiający wskazuje, że ma prawo określić warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby zapewnić realizację zamówienia przez wykonawców, posiadających doświadczenie w wykonywaniu usług o podobnym stopniu złożoności.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się i w dniu 7 listopada 2008 r. wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty (z wyjątkiem naruszenia przepisów ustawy z.n.k.) i żądania zgłoszone w proteście, z wyjątkiem żądania wykreślenia § 6 ust. 3 pkt 5. Zdaniem Odwołującego się, Zamawiający w treści SIWZ określił warunki uczestnictwa w przetargu w sposób sprzeczny z ideą wspólnego udziału wykonawców w postępowaniu, wyrażającą się w łączeniu potencjałów takich wykonawców. Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 SIWZ, przy zamówieniach wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami kwota 1.000.000 zł (łączna kwota zamówień podobnych, wykonanych w okresie ostatnich trzech lat) odnosi się do wartości części zamówień realizowanych przez poszczególnego wykonawcę. Zamawiający postanowił także (w § 5 ust. 4), że warunki udziału w wykonaniu zamówienia, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 2, a dotyczące wiedzy, doświadczenia i potencjału technicznego, musi spełniać każdy z Wykonawców występujących wspólnie. Zgodnie zaś z treścią § 6 ust. 4 pkt 1 i 2 SIWZ, zarówno wykaz osób, które uczestniczyć będą w wykonaniu

zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, jak i wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat usług odpowiadających rodzajem przedmiotowi zamówienia, w przypadku podmiotów występujących wspólnie, składa każdy z tych podmiotów.

Tymczasem, jak wynika z treści przepisu art. 23 ustawy Pzp, wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, przy czym stosuje się do nich przepisy dotyczące wykonawców. Konstrukcja przedmiotowego przepisu służy zatem umożliwieniu uzyskania zamówienia wykonawcom, którzy sami nie byłoby mu w stanie sprostać. Norma ta tworzy niezależnie od woli Zamawiającego uprawnienia wykonawców działających wspólnie, polegające na możliwości łączenia wiedzy, doświadczenia i potencjału ekonomicznego takich wykonawców oraz na umożliwieniu im wewnętrznej regulacji wzajemnych relacji oraz obowiązków w zakresie wykonania zamówienia. O udzielenie zamówienia mogą zatem ubiegać się wykonawcy, w tym też tacy, którzy ubiegają się o to wspólnie, spełniający warunki określone w art. 22 ustawy Pzp, skonkretyzowane przez Zamawiającego w SIWZ. Zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny w zakresie interpretacji normy art. 22 ustawy Pzp, każdy uczestnik wspólnej oferty z osobna musi wykazać, iż posiada uprawnienie do dokonywania określonej działalności lub czynności i nie podlega wykluczeniu z postępowania, natomiast przy ocenie spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 należy brać pod uwagę łączny potencjał techniczny i kadrowy wykonawców, ich łączne kwalifikacje i doświadczenie oraz łączną sytuację finansową. Tylko taki bowiem sens mogą mieć przepisy o wspólnym ubieganiu się o zamówienie, i tylko taki sens może mieć tworzenie wspólnych przedsięwzięć (w tym konsorcjów) na potrzeby uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Stawianie dodatkowych warunków dla wykonawców występujących wspólnie (tj. w zakresie, w którym należy traktować ich łącznie jako jednego wykonawcę) należy uznać za naruszenie nakazu zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zasadniczym celem regulacji przeciwdziałających naruszeniom uczciwej konkurencji oraz nierówności w traktowaniu wykonawców jest doprowadzenie do tego, by do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca zdolny do wykonania zamówienia (w ramach ochrony interesu publicznego), w tym też podmioty występujące wspólnie, a traktowane przez prawo jako jeden wykonawca, w związku z czym nie jest zgodne z takim celem, ani z interesem publicznym, dowolne określenie przez Zamawiającego kryteriów udziału w postępowaniu.

Zamawiający sugeruje, że uwzględnienie protestu mogłoby prowadzić do takiego sumowania doświadczeń wykonawców, które w istocie sprzeczne byłoby z doświadczeniem każdego z nich z osobna, jako doświadczeniem zbyt ubogim. Odwołujący się nie kwestionuje poglądu wyrażonego w cytowanym przez Zamawiającego wyroku o niedopuszczalności sumowania niewystarczających z punktu widzenia SIWZ doświadczeń zawodowych w

sytuacji, gdy żadne z nich nie odpowiada wymogom Zamawiającego. Należy jednak zwrócić uwagę, że możliwe jest zapisanie w SIWZ takiego postanowienia, zgodnie z którym conajmniej jeden z wykonawców winien spełniać konkretny wymóg określony przez Zamawiającego w całości, nie zaś każdy z nich z osobna, jak tego chce Zamawiający.

W dniu 24 października 2008 r. Odwołujący się Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „PRYZMAT” Sp. z o.o. (dalej PRYZMAT), wniósł protest wobec treści ogłoszenia o zamówieniu (pkt III.2.3) oraz SIWZ (§ 5 ust. 1 pkt 2, § 5 ust. 4), zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 23 ust. 3, art. 41 i wnosząc o skreślenie kwestionowanych postanowień.

W pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w § 5 ust. 1 pkt 2 SIWZ Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu: w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali co najmniej trzy usługi o podobnym charakterze do przedmiotu niniejszego zamówienia za łączną kwotę nie mniejszą niż 1 000 000 PLN (z VAT), z tym, że przy zamówieniach wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami kwota ta odnosi się do wartości części zamówień realizowanych przez Wykonawcę. W opinii Odwołującego się tak sformułowany warunek narusza przepis art. 7 ust. 1 oraz art. 23 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (i wspólnie je realizujących). Należy nadto podnieść, że tacy wykonawcy zgodnie z art. 141 ustawy Pzp, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy. Oznacza to jednocześnie, że bez jakiegokolwiek znaczenia pozostają postanowienia regulujące współpracę podmiotów w ramach konsorcjum, czy też określające podział zadań w ramach konsorcjum. Będąc solidarnie odpowiedzialnym za wykonanie umowy, wykonawca może wykazywać zrealizowanie określonych prac w ramach konsorcjum w pełnym zakresie. Przyjęcie odmiennego poglądu, że można posługiwać się jedynie doświadczeniem zdobytym samodzielnie prowadziłoby do absurdu. Zgodnie z takim poglądem wykonawca nie mógłby wykazać prac zrealizowanych za pomocą podwykonawcy, pomimo tego, że zgodnie z art. 474 k.c. jest odpowiedzialny jak za własne działanie lub zaniechanie, za działania lub zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonuje, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza.

Wobec powyższego zasadne jest żądanie usunięcia zapisu ogłoszenia, jak również SIWZ w części mówiącej o możliwości wykazania się jedynie tą częścią usługi, która była zrealizowana samodzielnie przez wykonawcę w ramach zawiązanego konsorcjum.

Ponadto Odwołujący się wskazuje, iż warunek zawarty w postanowieniu § 5 ust. 4 SIWZ, zgodnie z którym warunki udziału, o których mowa w ust. 1 pkt 2, musi spełnić każdy z wykonawców występujących wspólnie" nie został zawarty w treści Ogłoszenia o

zamówieniu, co stanowi naruszenie art. 41 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu jest tym dokumentem w postępowaniu, po analizie którego wykonawca podejmuje decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu. Nie wskazanie w treści ogłoszenia sposobu spełnienia postawionego warunku, a zamieszczenie tej informacji dopiero w SIWZ, stanowi poważne naruszenie obowiązujących w tym zakresie przepisów. Warunki wskazane w Ogłoszeniu powinny być tożsame z wskazanymi w SIWZ, bowiem w przeciwnym razie możliwa jest sytuacja kiedy dwóch wykonawców zostałoby ocenionych w różny sposób. Ponadto sama konstrukcja warunku narusza art. 7, art. 22 ust. 2 oraz art. 23 ust. 3 ustawy Pzp. Wymóg, by w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z nich: dysponował co najmniej 1 osobą z uprawnieniami zawodowymi w zakresie fotogrametrii i teledetekcji oraz co najmniej jedną osobą z uprawnieniami w zakresie redakcji map oraz wykonał co najmniej trzy usługi o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia za łączną kwotę nie mniejszą niż 1000 000 zł, stanowi o zaprzeczeniu idei tworzenia konsorcjum, którą jest ułatwienie uzyskiwania zamówień wykonawcom niebędącym w stanie ich uzyskać samodzielnie. Wykonawcy po to zawiązują konsorcjum, by rozłożyć ciężar obowiązków na nich nałożonych. Skoro art. 23 ust.3 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu traktować wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (konsorcjum) tak jak samodzielnego wykonawcę, niedopuszczalnym jest różnicowanie ich sytuacji ze względu na formę jaką przyjęli w celu uzyskania zamówienia, w szczególności poprzez stawianie dodatkowych warunków. Niewątpliwie w niniejszej sprawie mamy do czynienia z postawieniem dodatkowego warunku w odniesieniu do konsorcjum, bowiem takie konsorcjum (dla przykładu składające się z dwóch podmiotów) musi się wykazać dwukrotnie większym doświadczeniem i dwukrotnie liczniejszym zespołem, przy pomocy którego będzie realizowało zamówienie. Taka konkluzja wynika z literalnej interpretacji warunku określonego w § 5 ust.4. W świetle orzecznictwa nie ulega wątpliwości, że każdy z członków konsorcjum musi spełnić warunek niepodlegania wykluczeniu z postępowania, o których mowa w art. 24 ust.1 pkt 1-9 ustawy Pzp. Łącznie natomiast powinny być spełniane warunki, o których mowa w art.22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. dysponowanie potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadanie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia. Kumulacji podlegać również powinien potencjał ekonomiczny i finansowy.

Dnia 3 listopada 2008 r. Zamawiający protest oddalił. W uzasadnieniu Zamawiający stwierdził, że wykazanie się doświadczeniem konsorcjanta nie daje gwarancji prawidłowej realizacji tak skomplikowanego zamówienia, jakim jest realizacja przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący się nie zgodził się z decyzją Zamawiającego i wniósł dnia 10 listopada 2008 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście, ponadto podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący się podnosi, że Zamawiający nie przywołał żadnych argumentów merytorycznych, które przemawiałyby za prawidłowością prezentowanego stanowiska.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza ustosunkowała się do podniesionych zarzutów łącznie, z uwagi na ich zbieżność.

Zamawiający w § 5 ust. 1 pkt 2 SIWZ (odpowiednio pkt III.2 Ogłoszenia o zamówieniu) postanowił m.in., że „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym, a także dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a w szczególności co najmniej: a) 1 osobą z uprawnieniami zawodowymi w zakresie fotogrametrii i teledetekcji, o których mowa w art. 43 pkt 7 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. – Prawo geodezyjne i kartograficzne (...), b) 1 osobą – z uprawnieniami w zakresie redakcji map (...) oraz w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali co najmniej trzy usługi o podobnym charakterze do przedmiotu niniejszego zamówienia za łączną kwotą nie mniejszą niż 1 000 000 PLN (z VAT), z tym że przy zamówieniach wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami kwota ta odnosi się do wartości części zamówień realizowanych przez Wykonawcę”. Dodatkowo Zamawiający postanowił, że warunki udziału, o których mowa w ust. 1 pkt 2 musi spełniać każdy z Wykonawców występujących wspólnie, działający na podstawie art. 11 p.g.ik. (§ 5 ust. 4 SIWZ).

Na tle tak sformułowanych postanowień SIWZ wyłaniają się dwa problemy. Po pierwsze, czy Zamawiający może ograniczyć doświadczenie wykonawcy, który realizował zamówienie w ramach konsorcjum, uznając jedynie doświadczenie, które wynika ze zrealizowanej osobiście przez tego wykonawcę części zamówienia. Po drugie: czy dopuszczalne jest żądanie, żeby każdy z członków konsorcjum spełniał warunek udziału w postępowaniu.

Uprawnienie do wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przysługuje wykonawcom z mocy prawa (art. 23 ust. 1 ustawy Pzp). Ustawodawca w ten sposób stworzył wykonawcom możliwość ubiegania się o zamówienie w sytuacji, gdy



wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Z treści art. 23 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, w świetle przytoczonych przepisów należy przyjąć, że warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, spełnią ci z wykonawców ubiegających się wspólnie, którzy wykażą, że chociażby jeden z nich spełnia warunek udziału w postępowaniu. Zatem, zastrzeżenie w niniejszym postępowaniu, iż warunek musi spełniać każdy z wykonawców, należy uznać za nieprawidłowe. Godzi to bowiem w zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz stanowi naruszenie przepisu art. 23 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający dokonując przedmiotowego obostrzenia zdaje się zapominać, że istotą wspólnego ubiegania się wykonawców o zamówienie jest właśnie łączenie potencjałów, w tym również w zakresie doświadczenia. Przyznanie racji Zamawiającemu pozostawałoby w sprzeczności z przytoczonymi regulacjami, ale pozbawiałoby również sensu tworzenia jakichkolwiek wspólnych inicjatyw w celu pozyskania zamówienia. Dochodziłoby bowiem do sytuacji, w której ubieganie się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum skutkowałoby koniecznością wykazania się w istocie większym potencjałem (każdy z uczestników spełniałby warunek udziału w postępowaniu) niż samodzielny wykonawca. Paradoksalnie więc stworzenie konsorcjum, nie otwierałoby szerszego dostępu do zamówień, ale powodowałoby podwyższenie wymagań. Nie trudno sobie bowiem wyobrazić, że w takiej sytuacji, łatwiej ubiegać się o zamówienie samodzielnie, spełniając wymagania Zamawiającego, niż dobrać taką grupę wykonawców, z których każdy musiałby spełniać przedmiotowe warunki (pomijając bezcelowość takiego działania).

Argumentacja Zamawiającego, iż konsorcjum najczęściej tworzą małe firmy i zachodzi obawa, że nie będą one w stanie zrealizować poszczególnych partii zamówienia, ze względu właśnie na brak potencjału kadrowego oraz z uwagi na fakt, że konsorcjum tworzą najczęściej firmy z różnych stron Polski, nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający nie może bowiem stawiać w uprzywilejowanej sytuacji wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia samodzielnie. Jeśli zaś Zamawiający ma uzasadnione obawy, że z powołanych względów i przy minimalnych warunkach dotyczących potencjału kadrowego i doświadczenia, istnieje realne zagrożenie nie wykonania zamówienia, to nic nie stoi na przeszkodzie, żeby ten potencjał zwiększyć w taki sposób, który zabezpieczy interesy Zamawiającego. Obostrzenie jednakże warunków udziału w postępowaniu może nastąpić w stosunku do wszystkich potencjalnych wykonawców, a nie jedynie w odniesieniu do konsorcjum. Fakt, iż takie działanie Zamawiającego może również spowodować skorzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, celem kwestionowania zmienionych warunków, pozostaje bez znaczenia dla oceny stanu faktycznego. Zgodnie bowiem z przepisem art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, każda czynność

Zamawiającego, jak też i jego zaniechanie może być przedmiotem protestu. Istotne jest, aby Zamawiający interesy obu stron wziął pod uwagę.

Ponadto, skoro w stosunku do wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy, to brak podstaw do twierdzenia, że doświadczenie zdobyte przy realizacji konkretnego zamówienia w ramach konsorcjum, nie jest doświadczeniem każdego z jego uczestników. Powyższe stanowisko potwierdza również przepis art. 141 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie należytego wykonania umowy. Oznacza to, że zamawiający może żądać całości lub części realizacji umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania zobowiązania w całości lub w części od wszystkich wykonawców łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie zamawiającego przez któregokolwiek z wykonawców, zwalnia pozostałych. Ponadto, aż do zupełnego zaspokojenia zamawiającego w zakresie obowiązków wynikających z umowy wszyscy wykonawcy pozostają zobowiązani (art. 366 k.c. w zw. z art. 14 i 141 ustawy Pzp). W świetle powyższego, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, nie jest dopuszczalne ograniczenie możliwości wykazania się doświadczeniem przez uczestnika konsorcjum, tylko do zakresu faktycznie realizowanych czynności w ramach danego zamówienia.

W konsekwencji należy uznać, że postanowienia § 6 ust. 4 pkt 1 i 2 SIWZ w brzmieniu: „w przypadku podmiotów występujących wspólnie, wykaz składa każdy podmiot działający na podstawie art. 11 p.g.ik.”, są wadliwe, o czym była mowa wyżej, a w związku z powyższym również treść Załącznika nr 6 do SIWZ podlega zmianie, w zakresie kolumny Wartość zamówienia.

Odwołujący się PRYZMAT podnosi również, iż z Ogłoszenia o zamówieniu nie wynika, że warunki udziału, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 2 SIWZ, musi spełniać każdy z wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie. W tych okolicznościach przyznać należy rację Odwołującemu się, iż zgodnie z art. 41 pkt 7 ustawy Pzp, ogłoszenie o zamówieniu zawiera co najmniej opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. W niniejszym postępowaniu, w Ogłoszeniu o zamówieniu zawarto co prawda przedmiotowe postanowienia, ale w ograniczonym zakresie. Powyższa sytuacja jest niedopuszczalna, treść Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ nie może pozostawać w tym zakresie rozbieżna. Brak uzasadnienia dla powyższego. Co więcej należy zwrócić uwagę, że decyzję o ubieganiu się o udzielenie zamówienia wykonawcy mogą podejmować na podstawie właśnie przedmiotowego Ogłoszenia bądź SIWZ (tym bardziej biorąc pod uwagę jednoczesną dostępność tych dokumentów), zatem nie ulega wątpliwości, że oba dokumenty w swej treści muszą być tożsame, w przeciwnym bowiem razie, mogłoby

dojść do podjęcia przez wykonawców wadliwych decyzji, co skutkowałoby naruszeniem zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy należy uznać, że zarzuty dotyczące naruszenia przepisów: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 23 ust. 3, art. 41 pkt 7 ustawy Pzp, znalazły potwierdzenie.

Zarzut naruszenia przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza pozostawiła bez rozpoznania, gdyż zgodnie z przepisem art. 191 ust. 3 ustawy Pzp (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Podstawę do zmiany ogłoszenia i treści SIWZ, we wnioskowanym przez Odwołujących się zakresie, stanowi przepis art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz.1058).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego się GEOMAR S.A. i koszty dojazdu w kwocie 3764,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego się PRYZMAT w kwocie 3 600,00 zł

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*