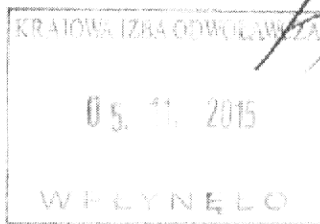


Warszawa, dnia 5 listopada 2015 r.

NWZP/OSP/027/122/15/SK
KW- 8284 /15



Sąd Okręgowy w Warszawie
ul. Czerniakowska 100, Warszawa

za pośrednictwem:

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02 – 676 Warszawa

Skarżący: Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
Urząd Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17A, 02 – 676 Warszawa

Strona przeciwna skargi: Zamawiający:

Skarb Państwa – [redacted]

reprezentowany przez pełnomocników:

radcę prawnego [redacted]

radcę prawnego [redacted]

[redacted]
(doreczenia na adres Zamawiającego)

Odwolujący:

[redacted]
reprezentowany przez pełnomocników:

[redacted]
ul. [redacted]

[REDACTED]

[REDACTED]

Przystępujący do postępowania odwoławczego
po stronie Zamawiającego:

1) [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

reprezentowany przez pełnomocników:

radcę prawnego [REDACTED]

radcę prawnego [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

(doreczenia na adres Przystępującego)

2) [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

reprezentowany przez pełnomocników:

radcę prawnego [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

sygn. akt KIO 2142/15

SKARGA PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 października 2015 r.
(sygn. akt: KIO 2142/15)

Na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 w zw. z art. 198a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” – oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp

zaskarżam wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 października 2015 r. wydany w sprawie oznaczonej sygnaturą akt: KIO 2142/15.

Wskazany wyżej wyrok zaskarżam w części, to jest w zakresie punktu 1 sentencji, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 w zw. z art. 51 ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne przyznanie wykonawcom: [REDAKTOWANE] punktów za dostawy wykazane na podstawie zobowiązań do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w stopniu wyższym niż tylko mającym na celu potwierdzenie spełniania warunków w postępowaniu i nakazał zamawiającemu unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu, powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz powtórzenia czynności przyznania ocen spełniania tych warunków.

Wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej w zaskarżonej części zarzucam naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji uznanie, że ww. przepis uprawnia wykonawcę do polegania na zasobach należących do podmiotu trzeciego wyłącznie w celu wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego, podczas, gdy prawidłowa interpretacja ww. przepisu prowadzi do wniosku, że dopuszczalne jest posłużenie się przez wykonawcę zasobami udostępnionymi przez podmioty trzecie w celu wykazania nie tylko minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale też w przypadku, gdy miałyby to skutkować uzyskaniem wyższej punktacji przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym zwiększeniu szans wykonawcy w uzyskaniu zaproszenia do złożenia oferty.
- 2) art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu przez Izbę, że charakter przedmiotu zamówienia może wykluczać możliwość uwzględnienia przy kwalifikacji wykonawców zasobów podmiotów trzecich w stopniu wyższym, niż potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, podczas, gdy brzmienie ww. przepisu nie pozwala na wyłączenie możliwości uwzględnienia przy kwalifikacji zasobów podmiotów trzecich w stopniu wyższym niż wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu zarówno co do zasady, jak i z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez ich błędną interpretację, polegającą na uznaniu przez Izbę, że działania Zamawiającego polegające na dopuszczeniu posłużenia się przez wykonawcę zasobami udostępnionymi przez podmioty trzecie w celu wykazania nie tylko minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale też w celu uzyskania wyższej punktacji przy ocenie spełniania

warunków udziału w postępowaniu naruszały zasady uczciwej konkurencji, podczas, gdy ww. działanie Zamawiającego było zgodne z przepisami ustawy Pzp i zapewniało konkurencję w postępowaniu w jak największym zakresie.

- 4) art. 192 ust. 2 ustawy Pzp poprzez uwzględnienie odwołania i błędne stwierdzenie przez Izbę, że Zamawiający naruszył przepisów ustawy, tj. art. 7 w zw. z art. 51 ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne przyznanie wykonawcom: ██████████, ██████████ punktów za dostawy wykazane na podstawie zobowiązań do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w stopniu wyższym niż tylko mającym na celu potwierdzenie spełniania warunków w postępowaniu, w sytuacji gdy do takiego naruszenia nie doszło;
- 5) art. 190 ust. 7 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, przejawiającą się uznaniem przez Izbę, wbrew jednoznacznym oświadczeniom podmiotu ██████████ i Zamawiającego odnośnie zakresu współdziałania podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, że ww. podmiot nie zamierza brać udziału w realizacji zamówienia, podczas, gdy ww. podmiot deklarował, że będzie brał bezpośredni udział w realizacji zamówienia. Powyższe błędne ustalenia miało taki wpływ na wynik postępowania, że Izba uznała, iż przyznawanie wykonawcy jakichkolwiek punktów za potencjał podmiotu trzeciego, który nie zamierza w ogóle brać udziału w realizacji części zamówienia, mija się z celem systemu prekwalfikacji.

Wskazując na powyższe na podstawie art. 198c w zw. z art. 198f ust. 2 zd. 2 oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp **wnoszę o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez oddalenie** odwołania wniesionego przez Odwołującego w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 w zw. z art. 51 ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne przyznanie wykonawcom: ██████████ punktów za dostawy wykazane na podstawie zobowiązań do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w stopniu wyższym niż tylko mającym na celu potwierdzenie spełniania warunków w postępowaniu.

Ponadto wnoszę o:

1. rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp,
2. nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego, zgodnie z art. 102 k.p.c.

UZASADNIENIE:

Uzasadniając postawione przeciwko zaskarżonej części wyroku zarzuty, Skarżący wskazuje, co następuje:

I.

Na wstępie zasadne jest krótkie wskazanie podstawowych elementów stanu faktycznego niniejszej sprawy, w celu wykazania zasadności podnoszonych zarzutów.

Zamawiający – Skarb Państwa – [REDAKTURA] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa, montaż, uruchomienie oraz przeprowadzenie szkolenia [REDAKTURA] [REDAKTURA]”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego.

W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający wskazał, że: „w celu wykazania spełnienia przez Wykonawców warunku, o którym mowa w art. 22 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. posiadania wiedzy i doświadczenia, Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykonał należycie, przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, minimum 1 (jedną) dostawę urządzeń typu Terminal satelitarny VSAT w technologii SATCOM BROADBAND, o wartości nie mniejszej niż 3 000 000 zł brutto (słownie: trzy miliony złotych). Na potwierdzenie spełnienia warunku należy złożyć: Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw (tj. jednej głównej dostawy urządzeń typu Terminal satelitarny VSAT w technologii SATCOM BROADBAND) w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu (nazwy zamówienia), dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz z załączeniem dowodów (dokumentów potwierdzających), że dostawa została wykonana lub jest wykonywana należycie, sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do ogłoszenia”. „Dowodami, o których mowa wyżej jest poświadczenie, z tym, że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw okresowych lub ciągłych, poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przypadku jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, stosowne oświadczenie wykonawcy. W przypadku, gdy zamawiający jest podmiotem na rzecz którego dostawy wykazane w ww. wykazie zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku składania dowodów”.

W dziale IV.1.2. Ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał na możliwość ograniczenia liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału.

W przypadku, gdy wymagane warunki spełni więcej niż 5 (pięciu) wykonawców, zamawiający zaprosi 5 (pięciu) wykonawców na podstawie dokonanej klasyfikacji wykonawców w oparciu o wykaz wykonanych dostaw. Ocenie punktowej podlegać będzie doświadczenie na podstawie złożonego wykazu dostaw i dołączonych do niego dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Wykonawcy, za każdą dodatkową dostawę spełniającą warunki, o których mowa w sekcji III.2.3. ust.1 zostaną przyznane odpowiednio punkty w sposób określony w Ogłoszeniu – od 1 do 5 punktów.

W przypadku uzyskania jednakowej liczby punktów, o kolejności będzie decydować sumaryczna wartość wykonanych dostaw brutto, spełniających warunki, o których mowa w sekcji III.2.3 ust. 1, wykazanych w załączonym przez wykonawcę wykazie. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie niższa niż 5 (pięć), zamawiający zaprosi do składania ofert wszystkich wykonawców spełniających te warunki.

W związku z tym, że określone przez Zamawiającego warunki spełniło więcej niż pięciu Wykonawców, Zamawiający sklasyfikował Wykonawców w oparciu o wykaz wykonanych dostaw, dokonując oceny punktowej doświadczenia na podstawie złożonego wykazu dostaw i dołączonych dokumentów. Wykonawcom przyznano za każdą spełniającą warunki dodatkową dostawę punkty, zgodnie z zasadami określonymi w Ogłoszeniu i zgodnie z przesłaną do Wykonawców informacją o wynikach.

Odwołujący wykazał się najmniejszą wartością i nie zaliczył się do grona Wykonawców, którym przesłane zostanie zaproszenie do składania ofert. W związku z powyższym, Odwołujący złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, zaskarżając czynność Zamawiającego polegającą na ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zarzucając, że Zamawiający bezpodstawnie przyznał Wykonawcom: [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] punktów za dostawy wykazane na podstawie zobowiązań do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w stopniu wyższym niż tylko mającym na celu potwierdzenie spełniania warunków w postępowaniu (naruszenie art. 7 w zw. Z art. 51 ust. 1 i 2 w zw. Z art. 26 ust.2b ustawy Pzp).

Izba uznała ww. zarzut za uzasadniony. Uzasadniając ww. rozstrzygnięcie Izba wskazała, że przyznawanie punktów za dostawy wykazane na podstawie zobowiązań do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w stopniu wyższym niż tylko mającym na celu potwierdzenie spełnienia minimalnych warunków w postępowaniu w kontekście specyfiki przedmiot zamówienia, co związane jest również z wybranym przez zamawiającego trybem udzielenia zamówienia publicznego, nie znajduje zastosowania w przedmiotowym postępowaniu. Należy bowiem zwrócić uwagę, że z treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wynika, że celem oceny punktowej jest doskonalenie badania, czy dany wykonawca może w ogóle zostać dopuszczony

do wzięcia udziału w postępowaniu. Natomiast celem oceny punktowej jest dokonanie klasyfikacji wniosków od „najlepszego” do „najgorszego” oraz wskazanie, którzy z wykonawców mogą zostać dopuszczeni do dalszego etapu postępowania. W ocenie Izby przyznawanie wykonawcy jakichkolwiek punktów za potencjał podmiotu trzeciego, który nie zamierza w ogóle brać udziału w realizacji części zamówienia, mija się z celem systemu prekwalifikacji (zaproszenie do złożenia oferty „najlepszych” wykonawców”. To bowiem podmiot trzeci, a nie sam wykonawca, będzie w tym przypadku podlegał weryfikacji i będzie faktycznie oceniany w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. W ocenie Izby, ocena prawna, a przede wszystkim, charakter przedmiotu zamówienia wyklucza możliwość uwzględniania przy kwalifikacji zasobów podmiotów trzecich w stopniu wyższym niż potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie sposób bowiem uznać, iż wykonawca, który w ogóle nie posiada własnego doświadczenia lub posiada go w stopniu niewystarczającym, daje lepszą rękojmię należytego wykonania zamówienia niż wykonawca posiadający doświadczenie własne.

II. Uzasadnienie zarzutu 1. skargi

Podstawowy zarzut niniejszej skargi sprowadza się do zakwestionowania przez Skarżącego prawidłowości dokonanej przez Izbę wykładni przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Jak wynika z treści uzasadnienia skarżonego wyroku, Izba odpowiedziała się za taką interpretacją art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, że wykonawca biorący udział w postępowaniu wieloetapowym, na etapie wstępnej selekcji wykonawców może polegać na potencjale podmiotów trzecich (w niniejszej sprawie dotyczy to wiedzy i doświadczenia) tylko w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w minimalnym zakresie wymaganym przez Zamawiającego, warunkującym niewykluczenie go z postępowania, ale nie w celu wzmocnienia swojej pozycji poprzez wykazywanie najwyższej oceny spełniania tych warunków.

Skarżący nie podziela powyższej wykładni przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i podnosi, że nie znajduje ona oparcia w obowiązujących przepisach ustawy Pzp, nadto jest niezgodna z wykładnią literalną i systemową ww. przepisu, a także stoi w sprzeczności ze stanowiskiem sądów okręgowych, orzekających w ramach kontroli instancyjnej w analogicznych sprawach. Za prawidłowością stanowiska Skarżącego przemawiają następujące argumenty:

1.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia,

w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Wykładnia literalna ww. przepisu prowadzi do wniosku, że wykonawca może polegać na potencjale podmiotów trzecich, które zobowiązały się do udostępnienia mu swojego potencjału na potrzeby danego postępowania. Celem powołania się na potencjał podmiotów trzecich jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z treści przytoczonego wyżej przepisu nie wynika jakiegokolwiek ograniczenie co do zakresu korzystania z ww. potencjału podmiotów trzecich. Z powyższego wynika zatem, że wykonawca może skorzystać z potencjału podmiotu trzeciego zarówno na potrzeby wykazania tzw. „minimalnych” warunków udziału w postępowaniu (warunków, które musi spełnić, aby nie zostać wykluczonym z postępowania), jak i w celu wzmocnienia swojej pozycji, jako wykonawcy spełniającego w najwyższym stopniu warunki udziału w postępowaniu.

Zawarte w zdaniu drugim ww. przepisu sformułowanie „zasoby niezbędne” nie uprawnia do uznania, że wchodzi przy tej konstrukcji o minimalne wymogi uczestnictwa w postępowaniu. Trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 13 września 2012 r. sygn. akt XIX Ga 461/12, że użyty w ww. przepisie przymiotnik „niezbędny” nie jest synonimem przymiotnika „minimalny”. Minimalny oznacza bowiem najmniejszą wartość czegoś. Słowo „niezbędny” oznacza natomiast nieodzowny, konieczny, potrzebny. Zatem znaczenie pojęciowe obu wyrazów jest różne. Wykładnia językowa zdania drugiego ww. przepisu prowadzi do wniosku, że nie chodzi o spełnienie minimalnego warunku udziału w postępowaniu, ale o udowodnienie, że wykonawca będzie dysponował potencjałem podmiotów trzecich do realizacji określonego zadania, a co za tym idzie, że jest w stanie rzetelnie i prawidłowo wykonać przedmiot zamówienia.

2.

W całym tekście ustawy Pzp ustawodawca posługuje się jednym pojęciem „warunki udziału w postępowaniu”. Ustawa nie rozróżnia warunków minimalnych i dalszych warunków punktowanych. Skoro nie wprowadzono do art. 26 ust. 2b ustawy Pzp żadnych ograniczeń co do zakresu powoływania się przez wykonawców na zasoby podmiotów trzecich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to nieuprawnione jest wprowadzanie ograniczeń niewskazanych w ww. przepisie.

3.

Wprowadzona na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp możliwość posługiwania się zasobami podmiotu trzeciego przy wykazywaniu się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu nie została wyłączona w przetargu ograniczonym.

4.

Kwestie kwalifikacji wykonawców, tj. kwestie oceny przez zamawiającego spełniania warunków udziału w postępowaniu prowadzonym w przetargu ograniczonym reguluje przepis art. 51 ustawy Pzp. Celem czynności wskazanych w ww. przepisie jest wyłonienie grupy wykonawców, do których zostanie wystosowane zaproszenie do składania ofert spośród wykonawców spełniających warunki.

Należy podkreślić, że ww. przepis nie rozgranicza warunków potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu na poziomie minimalnym od warunków punktowanych. Skoro brak takiego rozróżnienia w art. 51 ust. 1 - 4 ustawy Pzp, to nie można wyłączyć możliwości posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego do podwyższenia oceny i można posłużyć się potencjałem podmiotu trzeciego w celu uzyskania większej ilości punktów, bowiem dopiero odpowiednie miejsce w rankingu gwarantuje kwalifikację do drugiego etapu postępowania

Również żaden inny przepis ustawy Pzp nie rozgranicza warunków potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu na poziomie minimalnym od warunków punktowanych.

5.

Art. 51 ust.1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20. Z powyższego wynika zatem, że kwalifikacji zostaną poddani wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu, przy uwzględnieniu postanowień tego przepisu.

Art. 51 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje, że jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się za wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia.

Z przytoczonych wyżej regulacji wynika, że kwalifikacja wykonawców odbywa się w dwóch etapach - zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a następnie (o ile liczba wykonawców jest większa niż liczba wykonawców, którzy mają zostać zaproszeni do składania ofert) zamawiający zobowiązany jest do dokonania czynności polegającej na zhierarchizowaniu ocen spełniania warunków przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, wybierając tych wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków.

Przepisy art. 51 ust. 1 a oraz ust. 2 ustawy Pzp nie różnicują oceny spełniania warunków w rozróżeniu na potencjał własny wykonawcy i potencjał udostępniony przez inny podmiot. Wprowadzanie takiego rozróżnienia, bez uzasadnienia wynikającego z treści przepisu i wbrew woli Zamawiającego, stanowi naruszenie ww. norm i podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak zasada równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie reguł uczciwej konkurencji.

6.

W ustawie Pzp nie rozgraniczono warunków potwierdzających spełnienie warunków w postępowaniu na poziomie minimalnym od warunków punktowanych. Skoro brak jest w przepisie art. 51 ust. 1-4 ustawy Pzp takiego rozróżnienia, to nie można wyłączyć możliwości posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego do podwyższenia oceny w zakresie doświadczenia.

7.

Kwestie warunków, które powinien spełnić wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia reguluje art. 22 i art. 23 ustawy Pzp. Żaden z ww. przepisów nie zawiera pojęcia „warunki minimalne”. Wskazać również należy, że żaden przepis ustawy Pzp nie zakazuje wykonawcy wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w rozmiarze większym, niż jest to konieczne do konkretnego zamówienia.

8.

Ustalenie zasad oceny wniosków należy tylko i wyłącznie do zamawiającego, który między innymi w ten sposób realizuje swoje prawo do uzyskania pewności, że wykonawca, który zostanie wybrany w wyniku przetargu będzie zdolny do realizacji zamówienia i prawidłowo, sprawnie i rzetelnie ten przedmiot zamówienia wykona. To zamawiający, który jest dysponentem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego decyduje, w ramach obowiązującego prawa i przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu zamówienia, jakie wymagania powinien spełnić wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, a co za tym idzie, także jakie kryteria wyboru zostaną w danym postępowaniu zastosowane. W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający powinien podać zasady, na jakich dokona selekcji wykonawców zapraszanych do składania ofert. Ustalone warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków muszą być rozumienia ściśle i nie podlegają tylko wykładni literalnej.

W niniejszej sprawie Zamawiający jasno wskazał w treści ogłoszenia, że jego wola było dopuszczenie posilkowania się przez wykonawców zasobami podmiotu trzeciego, nie tylko w celu wykazania się spełnieniem minimalnych warunków udziału w postępowaniu, lecz także w celu uzyskania dodatkowej punktacji, która decydowała o wyłonieniu podmiotów zakwalifikowanych do dalszego postępowania. Treść ogłoszenia nie budzi wątpliwości w ww. zakresie. Zamawiający podnosił w toku postępowania przed Izba, że jeśli jego wola byłoby dopuszczenie powoływania

się przez wykonawców na doświadczenie podmiotu trzeciego tylko w tzw. minimalnym zakresie, jedynie na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to okoliczność ta znalazłaby wyraz w treści ogłoszenia.

Uznać zatem należy, że skoro Zamawiający zdecydował się na ww. rozwiązanie, to uznał, że wszystkie zasoby, niezależnie od źródła pochodzenia (własne wykonawcy czy zasoby podmiotu trzeciego) mają dla niego jednakowe znaczenie i podlegają uwzględnieniu nie tylko w celu spełnienia warunków minimalnych udziału w postępowaniu, ale także w celu uzyskania lepszej pozycji rankingowej. Jest to rozwiązanie dopuszczalne i prawidłowe w świetle przytoczonych wyżej przepisów ustawy Pzp, a także w świetle zaprezentowanych wywodów prawnych.

9.

Dokonując wykładni przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zwrócić należy również uwagę na usytuowanie tego przepisu w tekście ustawy Pzp. Znajduje się on w Dziale II ustawy „Postępowanie o udzielenie zamówienia”, w Rozdziale 1 „Zamawiający i wykonawcy”, uznać zatem należy, że przepis ten ma zastosowanie nie tylko do kwalifikacji podmiotowej polegającej na wykazaniu minimalnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale również przy wykazywaniu najwyższej oceny spełniania tych warunków.

10.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi implementację do porządku krajowego art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 2 Dyrektywy klasycznej, zgodnie z którymi, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca będzie mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takich podmiotów. Z treści Dyrektywy nie wynika, że wykazanie zdolności ekonomicznych bądź technicznych może nastąpić tylko i wyłącznie na potrzeby wykazania podstawowych warunków, od których uzależnione jest uczestnictwo w postępowaniu. W obu przepisach „zasoby niezbędne” to takie zasoby, które według oceny zamawiającego warunkują prawidłowe wykonanie przez wykonawcę przedmiotu zamówienia publicznego.

11.

Celem wprowadzenia do ustawy Pzp przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp było zwiększenie konkurencyjności postępowań. Jak wynika z motywów legislacyjnych, przepis ten wprowadzono w celu umożliwienia większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z ww. powodów, wykładnia przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie może prowadzić do wyeliminowania możliwości uzyskania zamówienia przez podmiot, który

dysponuje większym doświadczeniem, choć udostępnionym przez osobę trzecią, niż podmiot o mniejszym potencjale, ale własnym. Celem dokonywania oceny spełniania warunków udziału w przetargu ograniczonym jest wybór grupy najlepszych wykonawców, którzy spełniają badany warunek w najwyższym stopniu. Z tego powodu przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie może być interpretowany w taki sposób, żeby do drugiego etapu postępowania został zakwalifikowany wykonawca dysponujący mniejszym potencjałem (własnym), niż wykonawca polegający na zasobach podmiotu trzeciego.

12.

Sądy okręgowe, rozpoznając skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej przyjęły zasadność interpretacji przepisu art. 26 ust. 2B ustawy Pzp, za którą w niniejszej skardze opowiada się Skarżący. Skarżący wskazuje na następujące wyroki:

- **Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 kwietnia 2015 r. sygn. akt XII Ga 108/15**

W ww. wyroku Sąd Okręgowy wskazał: *„W ocenie Sądu Okręgowego nie ma potrzeby rozróżniania wykazania spełnienia warunków minimalnych udziału w postępowaniu pod rygorem wykluczenia wykonawcy z postępowania (w przypadku ich nie wykazania) od wykazanych robót i usług przyjmowanych do punktacji stopnia spełnienia warunków, bowiem prowadziłoby to do wyodrębnienia dwóch etapów oceniania zamiast jednego etapu z jedną oceną (...) Zdaniem Sądu Okręgowego błędne jest również twierdzenie KIO, że do punktacji nie mogły być liczone żadne wykonane roboty i usługi referencyjne udostępnione na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przed podmioty trzecie”.*

- **Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 31 maja 2012 r. sygn. akt II Ca 373/12**

Wyrok wydany został na skutek skargi od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2012 r. sygn. akt KIO 248/12, w którym Izba zaprezentowała następująca wykładnię art. 26 ust. 2b ustawy Pzp: *„Odnośnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy, poprzez jego zastosowanie niezgodne z jego literalnym brzmieniem oraz celem ((...)) KIO wskazała, że jest on niezasadny. W ocenie Izby na potrzeby wykazania się lepszym niż inni wykonawcy spełnianiem warunków udziału w postępowaniu w celu zakwalifikowania się do pierwszej piątki wykonawców zaproszonych do składania ofert, wykonawcy mogli się posłużyć potencjałem podmiotu trzeciego uzyskanym w trybie art. 26 ust. 2b Pzp. Izba wskazała, że przepis ten nie jest wyłączony w przetargu ograniczonym bowiem ustawodawca nie rozgraniczył w ustawie warunków potwierdzających spełnienie warunków w postępowaniu na poziomie minimalnym od warunków punktowanych. Skoro brak takiego rozróżnienia w art. 51 ust. 1-4 Pzp, nie można wyłączyć możliwości posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego do podwyższenia oceny doświadczenia. Brak również w ustawie zakazu posługiwania się tym samym podmiotem przez więcej niż jednego wykonawcę składającego wniosek. Na poparcie swego stanowiska w tym zakresie Izba*

odwołała się do rozstrzygnięć w wyrokach z dnia 13 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2816/10, KIO 14/11. W ocenie KIO, zarówno zasoby, którymi wykonawca dysponuje bezpośrednio, jak i zasoby innego podmiotu, powinny być jednakowo brane pod uwagę zarówno przy ocenie minimalnego spełniania warunków udziału w postępowaniu jak i przy najwyższej ocenie stopnia spełniania tych warunków. Dodatkowo odnosząc się do rozpoznawanej kwestii z uwzględnieniem przepisów dyrektywy 2004/18/WE P. E. i R. z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114-240; Polskie wydanie specjalne: Rozdział 06 Tom I 07 str. 132-262) zwanej dalej "dyrektywą klasyczną", Izba wskazała na zakres uregulowania omawianego zagadnienia tj. art. 47 i 48 dyrektywy. Izba uznała za niezasadne stanowisko (...) dotyczące naruszenia przez zamawiającego omawianych przepisów ustawy w świetle art. 47 i 48 dyrektywy klasycznej. Ponadto zwróciła uwagę, że implementowane przepisy dyrektywy ustawodawca krajowy umieścił w ustawie w Dziale II "Postępowanie o udzielenie zamówienia" w rozdziale 1 "Zamawiający i wykonawcy". Zatem należy uznać, że przepis art. 26 ust. 2b Pzp ma zastosowanie nie tylko wyłącznie w przypadku kwalifikacji podmiotowej polegającej na wykazaniu nie tylko minimalnego spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale również przy wykazywaniu najwyższej oceny spełniania tych warunków. Podsumowując, Izba uznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy, poprzez jego zastosowanie niezgodne z jego literalnym brzmieniem oraz celem, a w konsekwencji zarzut naruszenia art. 51 ust. 1-3 ustawy, za bezzasadny".

Skarga od ww. wyroku Izby, w którym kwestionowano między innymi prawidłowość dokonanej przez Izbę interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp została oddalona. Sad Okręgowy uznał zatem za prawidłowy ww. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej.

• **Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 września 2012 r. sygn. akt XIX Ga 461/12**

Sąd wskazał, że „posłużenie się zasobami osób trzecich w rozumieniu przepisu art. 26 ust. 2b p.z.p. może mieć miejsce nie tylko na potrzeby wykazania warunków brzegowych udziału w postępowaniu, których niespełnienie skutkuje wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykazanie tych zasobów może przekraczać również i tę bazową granicę udziału w postępowaniu celem zwiększenia atrakcyjności oferty, uatrakcyjnienia jej, czy też uzyskania wyższej pozycji w rankingu wykonawców”.

W ww. wyroku Sad Okręgowy w Katowicach przeprowadził wykładnię gramatyczną przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wskazując, że użyty w przepisie „przymiotnik „niezbędny” nie jest synonimem przymiotnika „minimalny”. To drugie oznacza najmniejszą wartość czegoś, a na gruncie analizowanego przepisu oznaczałoby spełnienie warunków uczestnictwa w postępowaniu według najniżej dopuszczalnych granic określonych przez wykonawcę, bez spełnienia których następuje skutek wynikający z art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. Słowo „niezbędny” oznacza natomiast

nieodzowny, konieczny, potrzebny. Znaczenie zatem pojęciowe obu wyrazów jest różne. Wykładnia językowa zdania drugiego daje podstawę do twierdzenia, że nie chodzi o spełnienie warunków granicznych, minimalnych, których przekroczenie *in minus* powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania przetargowego, ale o udowodnienie, że wykonawca będzie dysponował potencjałem podmiotów trzecich do realizacji określonego zadania - w razie, gdy zostanie wybrana przez zamawiającego jego oferta. W ramach postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający winien dokonać czynności sprawdzających, czy dzięki tym zasobom wykonawca zdoła wykonać zamówienie. Z tego powodu ustawodawca w tym zdaniu zawarł wymóg przedłożenia pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddalania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Błędnie zatem KIO przy wykładni tego przepisu oparło się jedynie na tym zdaniu formułując wniosek, że art. 26 ust. 2b p.z.p. formułuje zasadę, że posłużenie się zasobami osób trzecich jest dopuszczalne jedynie dla wykazania "minimalnych" warunków uczestnictwa w postępowaniu. Ustalenie znaczenia określonej normy prawnej, szczególnie złożonej, wielozdaniowej nie może polegać na wyrwaniu z kontekstu jednego zdania i dokonaniu jego interpretacji w oderwaniu od pozostałej części jej zawartości. To samo dotyczy pominięcia przy wykładni normy prawnej części jej tekstu. Tego rodzaju interpretacja przepisu naruszałaby zakaz wykładni *per non est*. Odczytując zatem całe brzmienie art. 26 ust. 2b p.z.p. można dojść do następujących rezultatów. Po pierwsze, przepis ten rozszerza granice wykazania spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, także o potencjał podmiotów trzecich - w granicach określonych hipotezą tego przepisu, co nie oznacza, że chodzi tutaj o warunki brzegowe, których przekroczenie *in minus* powoduje wykluczenie wykonawcy. Po drugie, jeśli wykonawca zamierza skorzystać z potencjału podmiotu trzeciego, to winien udowodnić zamawiającemu, że będzie nimi dysponował w taki sposób, aby ten ostatni mógł ocenić, czy istotnie wykonawca zdoła wykonać przedmiot zamówienia. Jednocześnie z całą stanowczością należy odrzucić koncepcję, że przepis ten dopuszcza jedynie skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego na spełnienie warunków "minimalnych" uczestnictwa w postępowaniu i nie daje możliwości wykazania tego potencjału w granicach przekraczających podstawowe warunki określone przez zamawiającego. Spoglądając zresztą na treść analizowanego przepisu z perspektywy jego umiejscowienia w p.z.p. - to art. 22 i 23 p.z.p. dotyczących warunków, które winien spełnić wykonawca o udzielenie zamówienia publicznego nie zawierają pojęcia "warunki minimalne". Tego rodzaju określenie jest wytworem doktryny i judykatury, która z tym z niespełnieniem wymogów uczestnictwa w postępowaniu wiąże skutek w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania. Żaden natomiast przepis nie zakazuje konkretnemu wykonawcy wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w rozmiarze większym, niż jest to adekwatne do konkretnego zamówienia. Dotyczy to także art. 26 ust. 2b p.z.p. Tego rodzaju wykładnia wskazanych przepisów znajduje uzasadnienie w argumentum *o maiori ad minus* "

- **Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 6 grudnia 2012 r. sygn. akt II Ca 757/12**

Sąd Okręgowy przychylił się do prezentowanego stanowiska tej linii orzecznictwa KIO oraz Sądu Okręgowego w Katowicach, wyrażonego w wyroku sygn. akt XIX Ga 461/12 wskazując, że: „z treści art. 26 ust. 2b P.z.p. wynika, że zarówno zasoby, którymi wykonawca dysponuje bezpośrednio, jak i zasoby osób trzecich udostępnione wykonawcy powinny być jednakowo brane pod uwagę zarówno na etapie spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i przy najwyższej ocenie spełniania tych warunków. (...) Zdaniem Sądu Okręgowego ustawodawca wprowadzając możliwość posługiwania się przez wykonawcę zasobami osoby trzeciej (...) przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie wprowadził w tym zakresie żadnego ograniczenia. Ustawodawca nie wskazał, że uprawnienie wykonawcy jest ograniczone jedynie na potrzeby wykazania tzw. „minimalnych” warunków udziału w postępowaniu i nie jest uprawniony do posługiwania się potencjałem osoby trzeciej w celu wykazania spełnienia dalszych „punktowanych” warunków, po spełnieniu których może dojść do następnego etapu postępowania. Trafnie zauważa autor skargi że ustawodawca w art. 26 ust. 2b P.z.p. nie odnosi się do możliwości polegania na zasobach podmiotu trzeciego tylko w zakresie warunków minimalnych udziału w postępowaniu. Tak istotne dla udziału w zamówieniach publicznych ograniczenie dopuszczalności posługiwania się zasobami podmiotów trzecich, gdyby było intencją ustawodawcy, znalazłoby odzwierciedlenie w treści tego przepisu, jak również w innych ustępach art. 26 oraz przepisów art. 22 i 57 P.z.p. Ustawa P.z.p. w żadnym zakresie nie posługuje się terminem „warunki minimalne”. Przy wykładni językowej należy brać pod uwagę całą treść aktu prawnego. W tym kontekście należy podnieść, że ustawodawca w całej ustawie posługuje się wyłącznie jednym pojęciem „warunki udziału w postępowaniu” bez rozróżnienia na warunki minimalne i dalsze warunki punktowane.

- **Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 grudnia 2012 r. sygn. akt V Ca 936/12**

W przedmiotowym wyroku Sąd Okręgowy wskazał: „Posłużenie się zasobami osób trzecich w rozumieniu przepisu art. 26 ust. 2b p.z.p. może mieć miejsce nie tylko na potrzeby wykazania warunków brzegowych udziału w postępowaniu, których niespełnienie skutkuje wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykazanie tych zasobów może przekraczać również i tę bazową granicę udziału w postępowaniu celem zwiększenia atrakcyjności oferty, uatrakcyjnienia jej, czy też uzyskania wyższej pozycji w rankingu wykonawców”.

Sąd Okręgowy dokonał wykładni gramatycznej przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i uznał, że „dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca może polegać na potencjale podmiotów trzecich - nie uczestniczących w postępowaniu przetargowym, które to podmioty na podstawie łączących go z wykonawcą stosunków prawnych tenże potencjał zobowiązały mu się udostępnić na potrzeby określonego zadania. Podkreślić należy, że w ocenie

Sądu Okręgowego z treści tego przepisu nie wynikają jakiegokolwiek ograniczenie, tj. że można skorzystać z potencjału podmiotu trzeciego jedynie na potrzeby wykazania tzw. "minimalnych" warunków udziału w postępowaniu. Nie można podzielić stanowiska KIO, że ograniczenie takie wynika z dalszej części brzmienia przepisu, który mówi o "zasobach niezbędnych", co sugeruje, że chodzi o minimalne wymogi uczestnictwa w postępowaniu przetargowym. W ocenie Sądu Okręgowego wykładnia językowa zdania drugiego oznacza, że wykonawca będzie dysponował potencjałem podmiotów trzecich do realizacji określonego zadania - w razie, gdy zostanie wybrana przez zamawiającego jego oferta. Zamawiający winien dokonać czynności sprawdzających, czy dzięki tym zasobom wykonawca zdoła wykonać zamówienie. Wykazaniem powyższego jest wymóg przedłożenia pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Podkreślić należy, że dokonując analizy powyższego przepisu z perspektywy jego umiejscowienia w p.z.p. - to art. 22 i 23 p.z.p. dotyczących warunków, które winien spełnić wykonawca o udzielenie zamówienia publicznego nie zawierają pojęcia "warunki minimalne". Tego rodzaju określenie jest używane przez doktrynę i judykaturę, która z tym z niespełnieniem wymogów uczestnictwa w postępowaniu wiąże skutek w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania".

III. Uzasadnienie zarzutu 2 skargi

W skarżonym wyrok Izba wskazała, że charakter przedmiotu zamówienia wyklucza możliwość uwzględniania przy kwalifikacji zasobów podmiotów trzecich w stopniu wyższym niż potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Skarżący z ww. twierdzeniem Izby się nie zgadza i podnosi, że ww. ograniczenie nie wynika z żadnego przepisu ustawy Pzp, w szczególności z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Skarżący stoi na stanowisku, że wykonawca może skorzystać z potencjału podmiotu trzeciego zarówno na potrzeby wykazania tzw. „minimalnych” warunków udziału w postępowaniu (warunków, które musi spełnić, aby nie zostać wykluczonym z postępowania), jak i w celu wzmocnienia swojej pozycji, jako wykonawcy spełniającego w najwyższym stopniu warunki udziału w postępowaniu. Powyższe uprawnienie w szczególności nie jest zależne od charakteru przedmiotu zamówienia i nie może podlegać ograniczeniom z powodu specyfiki przedmiotu zamówienia. Skarżący wskazuje, że z treści ogłoszenia wynikało, że aprobeje on zarówno zasoby własne wykonawców, jak i zasoby podmiotów trzecich, udostępnione wykonawcom na zasadzie art. 24 ust. 2b ustawy Pzp.

IV. Uzasadnienie zarzutu 3 skargi

Jak to już wskazano powyżej, celem wprowadzenia do ustawy Pzp przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp było zwiększenie konkurencyjności postępowań. Jak wynika z motywów legislacyjnych, przepis ten wprowadzono w celu umożliwienia większej liczbie wykonawców wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z ww. powodów, wykładnia przepisu

art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie może prowadzić do wyeliminowania możliwości uzyskania zamówienia przez podmiot, który dysponuje większym doświadczeniem, choć udostępnionym przez osobę trzecią, niż podmiot o mniejszym potencjale, ale własnym. Celem dokonywania oceny spełniania warunków udziału w przetargu ograniczonym jest wybór grupy najlepszych wykonawców, którzy spełniają badany warunek w najwyższym stopniu. Z tego powodu przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie może być interpretowany w taki sposób, żeby do drugiego etapu postępowania został zakwalifikowany wykonawca dysponujący mniejszym potencjałem (własnym), niż wykonawca polegający na zasobach podmiotu trzeciego.

Skoro Zamawiający zastosował się do ww. wykładni przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, to zarzut naruszenia przez niego zasad uczciwej konkurencji nie może się ostać.

V. Uzasadnienie zarzutu 4 skargi

Zgodnie z art. 192 ust. 2 Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Stan faktyczny niniejszej sprawy prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie naruszył przepisów postępowania o udzielenie zamówienia. Jak to wykazano powyżej, Zamawiający zastosował prawidłową wykładnię art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zamawiający działał w granicach prawa, prawidłowo wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu zasady punktowania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W ramach swoich kompetencji ustalił warunki ogłoszenia, które nie naruszają ustawy Pzp i powinny być respektowane. Zamawiający dokonał oceny wniosków zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu i na podstawie obowiązujących przepisów.

W związku z brakiem naruszenia przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przepisów Pzp, nie istniała podstawa do uwzględniania odwołania w zakresie objętym niniejszą skargą.

VI. Uzasadnienie zarzutu 3 skargi

Izba błędnie ustaliła, iż przyznanie jakichkolwiek punktów za potencjał podmiotu trzeciego, który nie zamierza w ogóle brać udziału w realizacji części zamówienia, mijają się z celem systemu prekwalfikacji, bowiem oceniając pisemne zobowiązanie firmy [REDAKTURA] [REDAKTURA] Izba bezsprzecznie i zgodnie ze stanem faktycznym ustaliła, iż spółka ta będzie brała udział w wykonaniu zamówienia poprzez użyczenie 15-letniego doświadczenia, udzielenia wsparcia technicznego przy instalacji, tetach i uruchomieniu terminali. Dodatkowo zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi na rozprawie firma [REDAKTURA] potwierdziła, iż będzie brała bezpośrednio udział w realizacji zamówienia na podstawie umowy cywilnoprawnej łączącej ją z

wykonawcą zatem, ustalenia stanu faktycznego poczynione przez samą Izbę stoją w sprzeczności z wyciągniętymi wnioskami, że podmiot trzeci w ogóle nie zamierza brać udziału w realizacji zamówienia.

VII. Rozbieżność w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej

W skarżonym wyroku Izba przywołała szereg wyroków, w których Izba zajęła analogiczne stanowisko odnośnie wykładni przepisu art. 26 ust.2b ustawy Pzp, jak Skład Orzekający Izby w niniejszej sprawie. Wskazać w tym miejscu należy, że jest to jedna z linii orzeczniczych wykształconych w praktyce orzeczniczej Izby. Skarżący zaprezentowanej w ww. wyrokach wykładni nie podziela. Wskazuje również, że w orzecznictwie sądów okręgowych wykształcił się jednolity kierunek wykładni ww. przepisu, w którym sądy dopuściły posługiwanie się potencjałem innego podmiotu na potrzeby prekwalfikacji. Orzeczenia te przywołane zostały powyżej. Skarżący w pełni aprobuje i popiera przedstawiony w ww. wyrokach kierunek wykładni przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Skarżący wskazuje dodatkowo, że część ze wskazanych w wyroku orzeczeń zapadło w zgoła odmiennym stanie faktycznym.

Z uwagi na powyższe rozbieżności interpretacyjne, w związku z art. 154 pkt 13 ustawy Pzp, zgodnie z którym Prezes Urzędu dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu min. stanowiska sądów dotyczących zamówień, wniesienie niniejszej skargi jest uzasadnione i konieczne również w kontekście ww. kompetencji Prezesa Urzędu.

Poddając zaistniały w niniejszej sprawie problem prawny pod rozstrzygnięcie tut. Sądu, Skarżący wskazuje na przykładowe orzeczenia, w których Izba zajęła stanowisko zbieżne ze stanowiskiem Skarżącego i przeciwne do stanowiska zaprezentowanego w skarżonym wyroku.

- **wyrok KIO z dnia 19 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1400/10, KIO 1401/10**

„ Izba nie podziela także stanowiska odwołującego, który wywodził na rozprawie, iż przepis art. 26 ust. 2b ustawy pozwala na skorzystanie z zasobów podmiotów trzecich tylko w celu wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, natomiast nie jest dozwolone powołanie się na doświadczenie innego podmiotu, jeżeli miałyby służyć wyłącznie otrzymaniu większej liczby punktów, a w konsekwencji wyższej pozycji w rankingu wykonawców. (...) Izba uwzględniając treść art. 26 ust. 2b ustawy stwierdziła, iż zastosowanie tego przepisu nie jest ograniczone do sytuacji, gdy wykonawca chce wykazać spełnienie minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Takie rozumienie przywołanego przepisu stałoby w sprzeczności z jego literalnym brzmieniem (...)

- **Wyrok KIO z 12 listopada 2012 r. sygn. akt KIO 2357/2012, KIO 2369/2012**

Przepis art. 26 ust. 2b dopuszcza również możliwość zaliczenia udzielonego przez osobę trzecią doświadczenia i wiedzy dla potrzeb związanych z prowadzoną przez zamawiającego punktacją podmiotów ubiegających się o zakwalifikowanie na listę uczestników przetargu

- **Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 2816/10, KIO 14/11**

„Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, o ile udowodni zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Jak wynika z przedstawionego unormowania brak jest podstaw do formułowania tezy, iż wykonawcom wolno korzystać z potencjału podmiotu trzeciego tylko dla wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a już nie- dla uzyskania punktów w wyniku oceny spełniania warunku, który jest ustalony jako graniczny. Stopień spełnienia warunków ma znaczenie dla uzyskania zaproszenia do składania ofert, które to jest celem wykonawcy składającego wniosek. Dyrektywy wykładni językowej prowadzą do wniosku, iż wykonawca może posłużyć się potencjałem podmiotu trzeciego (polegać na jego wiedzy, doświadczeniu itp.) nie tylko dla wykazania spełniania warunków minimalnych, ale i uzyskania lepszej pozycji w rankingu wniosków. Obowiązek udowodnienia dysponowania danym zasobem obejmuje bowiem co najmniej zakres niezbędny do realizacji zamówienia (warunki minimalne). Nie oznacza to jednak, iż z normy tej wynika zakaz posłużenia się potencjałem podmiotu trzeciego w celu uzyskania większej liczby punktów, w szczególności że dopiero odpowiednie miejsce w rankingu gwarantuje kwalifikację do drugiego etapu postępowania. Także wykładnia celowościowa wskazuje na interpretację powołanego przepisu zaprezentowaną przez Izbę”.

- **Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1099/11**

„Przepis art. 26 ust. 2b nie różnicuje pozycji wykonawców w postępowaniu ze względu na podstawę wykazywanego przez wykonawców doświadczenia. W szczególności nie wskazuje, że skorzystanie przez wykonawcę z zasobów należących do innego podmiotu nie jest możliwe w celu wykazania doświadczenia potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który jest dodatkowo punktowany w ramach oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Przeciwny pogląd prowadziłby de facto do dyskryminacji wykonawców, którzy dysponując potencjałem udostępnionym przez podmioty trzecie. Zgodnie z art. 26 ust. 2b w postępowaniu prowadzonym w trybie ograniczonym, w którym kwalifikacja wykonawców następuje na podstawie dodatkowych kryteriów, w istocie nie miałby oni realnej możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia. Pozycja takich wykonawców w postępowaniu stanowiłaby wyraz naruszenia wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp

zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż przepis art. 26 ust. 2b pzp umożliwia wykonawcy posłużenie się zasobami innych podmiotów w zakresie wiedzy i doświadczenia”.

• **wyrok KIO z dnia 6 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 133/12**

„ Nie znajdują normatywnego wsparcia poglądy (...), jakoby wynikało to z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, że doświadczenie udostępnione – wykonawca władny jest wykazywać wyłącznie w zakresie minimalnym dla udokumentowania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie dla podwyższenia swej pozycji w rankingu wniosków o czym miałby świadczyć między innymi zwrot użyty w art. 26 ust.2b ustawy Pzp „wykonawca zobowiązany jest udowodnić, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia”, a nie w szerszym zakresie, nawet jeżeli zamawiający ustanowił taki warunek udziału w postępowaniu kryterium oceny, dla ustalenia kolejności wykonawców zaproszonych do złożenia oferty. W przeświadczeniu Izby, przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 2b tej ustawy, statuuje równorzędny sposób wykazania warunku wiedzy i doświadczenia zarówno poprzez doświadczenie własne wykonawcy, jak i doświadczenie udostępnione przez podmiot trzeci. Zaś niezbędność, proporcjonalność, adekwatność – ogólnie dotyczy zakresu wymaganych dokumentów, jak również ich treści, także w odniesieniu do samego wykonawcy, o czym stanowi art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, jak i art. 25 ust. 1 tej ustawy. Przepisy art. 51 ust. 1a oraz ust. 2 ustawy Pzp, nie różnicują oceny spełniania warunków w oddzieleniu na potencjał własny wykonawcy i potencjał udostępniony. Zatem wprowadzanie takiego rozróżnienia, w dodatku na etapie badania wniosków – stanowi naruszenie wymienionych norm, jak i zasad postępowania, w szczególności równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie reguł uczciwej konkurencji.

• **Wyrok z dnia 5 marca 212 r. sygn. akt KIO 223/12, KIO 248/12, KIO 261/12**

Izba podzieliła pogląd wyrażony w wyroku KIO z 13 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 2816/10, KIO 14/11 wskazując dodatkowo, że „ W ocenie Izby, z powyższego wynika, że zarówno zasoby, którymi wykonawca dysponuje bezpośrednio, jak i zasoby innego podmiotu, powinny być jednakowo brane pod uwagę zarówno przy ocenie minimalnego spełniania warunków udziału w postępowaniu jak i przy najwyższej ocenie stopnia spełniania tych warunków”.

VIII. Uzasadnienie formalne skargi

Odnosnie podstaw formalnych do wniesienia niniejszej skargi wskazują, że podstawą prawną skargi jest przepis art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że w terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą skargę na orzeczenie Izby (art. 198a ust. 1 ustawy Pzp) może wnieść także Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Przywołany przepis

ustawy Pzp stanowi podstawę prawną legitymacji procesowej Prezesa Urzędu do występowania w niniejszej sprawie w charakterze skarżącego. Jednocześnie zgodnie z art. 154 pkt 6 i 13 ustawy Pzp Prezes Urzędu – jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 ustawy Pzp) – zapewnia funkcjonowanie systemu środków ochrony prawnej, a także dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż ustawa Pzp wyposażyła Prezesa Urzędu w szczególne kompetencje w zakresie weryfikacji zgodności z prawem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. W tym zakresie realizują się uprawnienia Prezesa Urzędu jako organu administracji publicznej czuwającego nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych.

Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. Tym samym Prezes Urzędu na skutek wniesienia skargi uzyskuje status strony postępowania sądowego, ale na wzór statusu prokuratora. Z powyższych względów do udziału Prezesa Urzędu w postępowaniu ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. Tym samym Prezes Urzędu wnosząc skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie jest związany z żadną ze stron sporu. Prezes Urzędu może składać oświadczenia i zgłaszać wnioski, jakie uzna za celowe, oraz przytaczać fakty, a także dowody na ich potwierdzenie.

W świetle powyższego należy stwierdzić, iż Prezes Urzędu wnosząc skargę nie działa w interesie żadnej ze stron sporu, ale w interesie publicznym związanym z prawidłowym funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych. Niniejsza skarga wniesiona została w interesie systemu zamówień publicznych, bowiem pozostawienie skarżonego postanowienia w obrocie prawnym może powodować niekorzystne skutki dla praktyki udzielania zamówień publicznych i systemu środków odwoławczych.

IX. Uzasadnienie odnośnie kosztów postępowania

1.

Prezes Urzędu jako centralny organ administracji publicznej (Skarb Państwa) jest zwolniony na podstawie art. 94 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 90, poz. 594, z późn. zm.) z obowiązku uiszczania opłat.

2.

Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17


listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. Po myśli natomiast art. 106 k.p.c. udział prokuratora w sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów na rzecz Skarbu Państwa ani od Skarbu Państwa. Tym samym wniesienie skargi w niniejszej sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów postępowania sądowego od Prezesa Urzędu na rzecz przeciwników skargi. Prezes Urzędu nie działa w postępowaniu skargowym ani na rzecz, ani w interesie żadnego z uczestników postępowania. Powyższe uzasadnia stanowisko, iż w sprawie wszczętej na skutek skargi Prezesa Urzędu wniesionej na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp zachodzi szczególny przypadek, o którym mowa w art. 102 k.p.c., uzasadniający nieobciążanie strony przygrywającej kosztami sądowymi w postępowaniu skargowym.

X.

Właściwość miejscowa tut. Sądu uzasadniona jest przepisem art. 198b ust. 1 ustawy Pzp.

XI.

Skarżący oświadcza, że stosownie do postanowienia art. 198b ust. 2 ustawy Pzp odpisy niniejszej skargi zostały przesłane przeciwnikom skargi oraz ich pełnomocnikom, na dowód czego przedłożone zostają przy niniejszej skardze dowody nadania przesyłek pocztowych.

p.o. 
Urzędu Zamówień Publicznych
Dariusz Piasta
Wiceprezes

Załączniki:

- 1) poświadczony notarialnie za zgodność z oryginałem akt powierzenia pełnienia obowiązków Prezesa UZP - p. Dariusz Piasta
- 2) poświadczony notarialnie za zgodność z oryginałem akt powołania na stanowisko Wiceprezesa UZP
- 3) potwierdzenia przesłania odpisów skargi.

MKP
05/11/2015