

2/2

Warszawa, dnia 24 stycznia 2013 r

UZP/DP/O-OST/

SĄD OKRĘGOWY W WARSZAWIE
V Wydział Cywilny – Odwoławczy
Al. Solidarności 127, 00 – 898 Warszawa

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

Strona przeciwna skargi: 1. Zamawiający
Zakład Ubezpieczeń Społecznych III Oddział
w Warszawie
ul. Czerniakowska 16, 00-701 Warszawa

2. Odwołujący

Agencja Ochrony Kowalczyk Sp. z o.o.
ul. Tuwima 1, 05-300 Mińsk Mazowiecki

3. Uczestnik postępowania - przystępujący do odwołania po stronie zamawiającego

Konsorcjum wykonawców: Solid Sp. z o.o.
ul. Tyniecka 18, 30-323 Kraków, Solid Group
Sp. z o.o., Sp. k., ul. Postępu 17, 02 – 676 Warszawa

Sygn. akt: KIO 2793/12

SKARGA PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2013 r.
(sygn. akt: KIO 2793/12)

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 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. 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 w całości wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2793/12.

Krajowej Izbie Odwoławczej zarzucam naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że z zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia publicznego zasób wiedzy i doświadczenia nie musi wynikać zapewnienie bezpośredniego, rzeczywistego uczestnictwa tego podmiotu w realizacji całości lub części zamówienia, podczas gdy z treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wynika, iż dla skutecznego wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na realny udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia publicznego.

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:

- 1) zmianę zaskarzonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie odwołania;
- 2) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp i jednocześnie nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

UZASADNIENIE

I. Uzasadnienie formalne skargi:

W myśl postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp w terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (art. 198a ust. 1 ustawy Pzp) może wnieść także Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes Urzędu”). 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 13 ustawy Pzp Prezes Urzędu – jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 ustawy Pzp) – dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż ustawa Pzp wyposażyla Prezesa Urzędu w szczególne kompetencje w zakresie weryfikacji zgodności z prawem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. W tym zakresie realizują się uprawnienia władcze 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 i dowody na ich potwierdzenie.

W świetle powyższego należy stwierdzić, iż Prezes Urzędu wnosząc skargę nie działa w interesie żadnej ze stron sporu (zamawiającego, odwołującego czy uczestnika postępowania), ale w interesie publicznym związanym z prawidłowym funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych.

II. Wprowadzenie:

W wyroku z dnia z dnia 3 stycznia 2013 r. (sygn. akt: KIO 2793/12), wydanym w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych III Oddział w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Ochrona osób i mienia w I Oddziale, II Oddziale i III Oddziale ZUS w Warszawie*”, Krajowa Izba Odwoławcza (zamiennie: „Izba”) oddaliła odwołanie wykonawcy Agencja Ochrony Kowalczyk Sp. z o.o.

W uzasadnieniu wyroku Izba ustaliła, iż konsorcjum wykonawców: Solid Sp. z o.o., Solid Group Sp. z o.o., Sp. k. (zwane dalej: „konsorcjum Solid”) na potwierdzenie spełniania wymaganego warunku udziału w postępowaniu skorzystało z możliwości przewidzianej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i przedstawiło pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego - Solid Security Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego i osób na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W zobowiązaniu tym wystawca oświadczył, że nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, a z treści oferty (pkt 4 wypełnionego formularza ofertowego) wynika ponadto, że przystępujący nie będzie korzystał z podwykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że podmiot udostępniający zasoby - Solid Security Sp. z o.o. został wymieniony w wykazie wykonawców prowadzonym przez Prezesa UZP na podstawie art. 154 pkt 5a ustawy Pzp. Odnosząc się do zarzutu odwołania tj. zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu konsorcjum Solid na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 154 pkt 5a ustawy Pzp, Izba wskazała, iż umieszczenie danego wykonawcy w wykazie, o którym mowa w ma charakter informacyjny i jedynie potwierdza, że zachodzi w stosunku do wykonawcy podstawa wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co wynika z interpretacji wskazanej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Izba uznała, iż ze względu na to, że w postępowaniu nie wziął udziału wykonawca ujawniony w wykazie, a podmiotowi udostępniającemu zasoby nie można przypisać statusu wykonawcy, zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie jest zasadny.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego o obejściu prawa i zaniechaniu wykluczenia przystępującego z postępowania ze względu na wybór przez zamawiającego oferty wykonawcy, który posiłkuje się doświadczeniem posiadanym przez podmiot, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 154 pkt 5a ustawy Pzp. W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Solid nie można zarzucić naruszenia przepisów ustawy Pzp. Jednocześnie, Izba uznała, iż trudno kwestionować treść pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż w obrocie gospodarczym, w tym w zakresie wykonywania umów

w sprawach zamówień publicznych znana jest praktyka udostępniania zasobów bez bezpośredniego uczestnictwa podmiotu udostępniającego w realizacji całości lub części zamówienia.

III. Uzasadnienie zarzutów skargi:

W przedmiotowej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza naruszyła art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że z zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia publicznego zasób wiedzy i doświadczenia nie musi wynikać zapewnienie bezpośredniego, rzeczywistego uczestnictwa tego podmiotu w realizacji całości lub części zamówienia, podczas gdy z treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wynika, iż dla skutecznego wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na realny udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia publicznego.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż dokonując wykładni art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie można abstrahować od celu regulacji zawartej w art. 22 ustawy Pzp, tj. warunków udziału w postępowaniu i stosownego do oczekiwań zamawiającego opisu sposobu dokonywania oceny ich spełnienia. Z kolei dokonując wykładni art. 22 ust. 1 ustawy Pzp należy sięgnąć do przepisu art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004 r. ze zm.), zwanej dalej „dyrektywą klasyczną” oraz motywu 39 preambuły do tej dyrektywy, z którego wynika, iż instytucja zamawiająca może żądać od wykonawców „szczególnego poziomu kompetencji, jakiego może ona żądać od wykonawców w celu dopuszczenia ich do udziału w procedurze udzielania zamówień.” Z art. 48 ust. 3 dyrektywy klasycznej wynika, iż wykonawca, który sam nie ma odpowiednich predyspozycji lub kompetencji, może polegać na potencjale podmiotów trzecich. Zgodnie ze zdaniem drugim cytowanego przepisu dyrektywy „*musi on w takiej sytuacji dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów.*” Odzwierciedleniem przepisów dyrektywy na gruncie ustawy Pzp jest art. 26 ust. 2b ustawy, stanowiący wynik implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy klasycznej oraz art. 54 ust. 5 i 6 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134/1 z 30.04.2004 r. ze zm.).

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował określonymi zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Powyższe oznacza, iż wykonawca celem udowodnienia zamawiającemu dysponowania określonymi zasobami niezbędnymi do realizacji danego zamówienia, o ile korzysta z doświadczenia podmiotów trzecich, zobowiązany jest do przedłożenia stosownego oświadczenia w zakresie tych zasobów w formie pisemnego zobowiązania.

Dokonując wykładni ww. przepisów dyrektyw oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp należy wskazać, iż zasadniczym celem opisanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu jest ocena ich spełnienia pod kątem zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia publicznego.

Podkreślenia wymaga, iż zamawiający, który opisał sposób oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dokonując następnie oceny ich spełnienia przez pryzmat zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia nie może dopuszczać do realizacji zamówienia wykonawcy niezdolnego do jego wykonania, ale mogącego wykazać się dokumentami. Nie ulega wątpliwości, iż podmiot trzeci udostępniając swe zasoby obowiązany jest wskazać w jakim zakresie one będą dostępne wykonawcy. By zamawiający mógł dokonać oceny, czy zasoby są udostępniane w zakresie „niezbędnym” podmiot trzeci musi je uprzednio wskazać, co wynika z literalnego brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, który wprost wskazuje na konieczność udostępnienia przez podmiot trzeci „niezbędnych zasobów” jak i obowiązek „udowodnienia”, iż te zasoby będą udostępnione „na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”.

Rolą zamawiającego jest dokonanie oceny, czy udostępniane przez podmiot trzeci zasoby są udostępniane w zakresie „niezbędnym”, czyli w zakresie gwarantującym należyłą realizację zamówienia. Jeżeli zakres jest zbyt mały, tj. nie jest udostępniany w zakresie niezbędnym i nie gwarantuje właściwego wykonania zamówienia, zamawiający ma prawo żądać uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz ewentualnie wykluczyć wykonawcę z postępowania, szczególnie, gdy nie jest w stanie ustalić jakie zasoby podmiotu trzeciego będą wykonawcy dostępne. W toku dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiający jest zobowiązany do zbadania i oceny dostępności zasobów podmiotów trzecich, a więc także ustalenia czy dany stosunek gwarantuje tę dostępność oraz czy udostępniane zasoby są udostępniane w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia. Wprawdzie zamawiający nie może z góry wskazywać rodzaju stosunków jaki ma łączyć wykonawcę z podmiotem trzecim, niemniej jednak, nie oznacza to, iż zamawiający nie ma prawa ocenić, czy dany stosunek łączący wykonawcę z podmiotem trzecim gwarantuje dostępność wykonawcy do zasobów podmiotu trzeciego deklarowanych do udostępnienia wykonawcy przez ten podmiot trzeci. Inaczej mówiąc, zamawiający jest uprawniony do badania, czy stosunek łączący wykonawcę z podmiotem trzecim gwarantuje dostęp do zasobów w zakresie niezbędnym dla właściwego wykonania zamówienia.

Z kolei w przypadku zaistnienia sporu na tle udostępniania wykonawcy zasobów przez podmioty trzecie, rolą Krajowej Izby Odwoławczej jest badanie i ocena, czy zasoby podmiotu trzeciego są dostępne i czy zakres udostępnienia jest odpowiedni dla uznania, iż gwarantuje to realizację zamówienia w sposób należyty, a więc zgodny z wymaganiami podmiotowymi i przedmiotowymi zamawiającego.

Tymczasem, na gruncie przedmiotowej sprawy pomimo, iż z treści zobowiązania Solid Security Sp. z o.o. z dnia 29 listopada 2012 r. wynikało, iż udostępniający nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, Krajowa Izba Odwoławcza powołując się na praktykę udostępniania zasobów bez bezpośredniego uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, uznała, iż treść tego oświadczenia nie może zostać zakwestionowana. Uzasadnienia dla przyjęcia powyższego stanowiska przez Izbę nie może stanowić w szczególności wyrażone w uzasadnieniu skarżonego wyroku twierdzenie, iż w obrocie gospodarczym, w tym w zakresie wykonywania umów w sprawach zamówień publicznych znana jest praktyka udostępniania zasobów bez bezpośredniego uczestnictwa podmiotu udostępniającego w realizacji całości lub części zamówienia.

Stanowisko Izby, w świetle którego przy wykazywaniu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia dopuszczalne jest powoływanie się na potencjał podmiotu trzeciego bez wykazania przez wykonawcę, iż zapewniona jest możliwość realnego udziału tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, dalece abstrahuje jednak od unormowania zawartego w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz funkcji tego przepisu w aspekcie zdolności badania wykonawcy do realizacji zamówienia.

W tym kontekście należy wskazać, iż w orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w zakresie możliwości powoływania się na doświadczenie podmiotów trzecich wynika, że powołanie się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty. Innymi słowy, zamawiający musi upewnić się, że wykonawca faktycznie ma do swojej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia. *„Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia.”.* *„Przepisy dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia.”* (orzeczenie Trybunału z dnia 2 grudnia 1999 roku w sprawie C-176/98 *Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari*). Trybunał w orzeczeniu tym wskazywał ponadto, że ciężar wykazania, że wykonawca faktycznie może korzystać przy wykonywaniu zamówienia z udostępnionych mu zasobów obciąża wykonawcę, który na takie udostępnienie się powołuje: *„Jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia.”.*

W świetle przywołanego art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dopuszczalne jest powoływanie się przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego na potencjał, doświadczenie i sytuację innego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a sprecyzowanych przez zamawiającego w opisie sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 4 ustawy Pzp). Dlatego też wykonawca, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, może odwołać się do zasobów innego podmiotu w celu uzyskania danego zamówienia, jednak odwołanie się do zasobów innego podmiotu jest dopuszczalne pod warunkiem, że wykonawca będzie dysponował tymi zasobami przy realizacji zamówienia (arg. z art. 26 ust. 2b zd. 2 ustawy Pzp). W tym zakresie na wykonawcy powołującym się na zasoby podmiotu trzeciego spoczywa obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował konkretnymi zasobami pozostającymi w dyspozycji podmiotu trzeciego, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego co do sposobu oddania mu do dyspozycji konkretnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe podkreślenia wymaga, iż odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że zasoby te będą rzeczywiście

wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia. Powyższe wynika z jednoznacznego brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a także z celu regulacji art. 26 ust. 2b ustawy, którym jest zapewnienie realizacji zamówienia przez podmiot gwarantujący prawidłowe, rzetelne wykonanie zobowiązania wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W zakresie dopuszczalności powoływania się na doświadczenie (referencje) podmiotów trzecich należy wskazać, iż powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje jest dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia. Należy mieć bowiem na uwadze, iż doświadczenie nie stanowi dobra materialnego, czy też niematerialnego, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi bowiem składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (arg. z art. 551 i art. 552 k.c.). Wiedza i doświadczenie stanowią ze swej istoty potencjał nieprzenaszalny, niepodlegający odłączeniu od podmiotu udostępniającego, gdyż nie można zupełnie oddzielić nabytego na przestrzeni lat wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego od niego samego. Wprawdzie doświadczenie podmiotu trzeciego można przy wykonywaniu zamówienia wykorzystać, jednak jedynie wówczas gdy udostępniający będzie brał realny udział w wykonaniu danego zamówienia. Co do zasady nie jest jednak możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Z tych też względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia niezbędne jest, co do zasady, powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Podkreślenia wymaga zatem, iż nie jest dopuszczalne posługiwanie się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia referencjami podmiotu trzeciego, jeżeli podmiot ten nie będzie w określony sposób brał udziału w wykonaniu zamówienia.

Z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wynika, iż dokumentem służącym potwierdzeniu dysponowania (oddania do dyspozycji) wiedzy i doświadczenia może być każdy dokument lub zbiór dokumentów, z których wynika jednoznacznie zobowiązanie się podmiotu trzeciego do udostępnienia określonego zasobu (np. pisemne oświadczenie podmiotu trzeciego, umowa przedwstępna, umowa generalna o współpracy itd.). Istotne jest aby z dokumentu służącego potwierdzeniu okoliczności wskazanych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jednoznacznie i wyraźnie wynikało zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy konkretnego zasobu, poprzez wskazywanie jego rodzaju, czasu udzielenia, a także innych istotnych okoliczności, w tym, wynikających ze specyfiki tego zasobu. W przypadku udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia niezbędnym elementem zobowiązania będzie zatem zapewnienie realnego uczestnictwa podmiotu trzeciego na etapie realizacji zamówienia publicznego.

W realiach faktycznych niniejszej sprawy Krajowa Izba Odwoławcza ogólnikowo powołując się praktykę obrotu gospodarczego, bez dokonania pogłębionej analizy merytorycznej i wskazania uzasadnienia prawnego zajętego stanowiska uznała, iż treść zobowiązania Solid Security Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia jest prawidłowa. Krajowa Izba Odwoławcza oddalając odwołanie usankcjonowała zatem brak weryfikacji przez zamawiającego realnej oceny czy konsorcjum Solid jest zdolne do należytego, zgodnego z oczekiwaniami zamawiającego wykonania zamówienia publicznego wyrażonymi w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziału VI pkt 6.1 SIWZ. Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza zaaprobowала sytuację, w której do realizacji zamówienia publicznego został wybrany wykonawca, nieposiadający własnego zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia niezbędnego

do realizacji zamówienia, gdyż podmiot trzeci udostępniający zasoby wprost oświadczył, iż nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia.

W świetle przedstawionej powyżej wykładni art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp nie można uznać, iż konsorcjum Solid jako wykonawca potwierdziło wymagany przez zamawiającego warunek wiedzy i doświadczenia, skoro udostępniający temu wykonawcy swoje zasoby w celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia zadeklarował, iż nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. W sytuacji bowiem gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci musi zostać wykazane przez wykonawcę, gdyż nie można przekazać, ani zobowiązać się do udzielenia wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia. W przeciwnym bowiem wypadku, zamawiający winien był uznać, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, przedkładający tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu z wyraźną deklaracją o braku uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem.

Mając na uwadze powyższe, w świetle zaprezentowanej wykładni art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie sposób zaakceptować stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonego w zaskarżonym wyroku w zakresie interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, iż z zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia publicznego zasób wiedzy i doświadczenia nie musi wynikać zapewnienie bezpośredniego, rzeczywistego uczestnictwa tego podmiotu w realizacji całości lub części zamówienia. Jedynie ogólna deklaracja podmiotu trzeciego co do udostępnienia zasobów nie może bowiem prowadzić do uznania przez zamawiającego, że wykonawca wykazał się zdolnością realizacji zamówienia w tym zakresie.

IV. Niezależnie od powyższych zarzutów, należy wskazać, iż w kwestii interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w kontekście rzeczywistego uczestnictwa podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie w realizacji zamówienia w praktyce orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej zarysowała się istotna rozbieżność.

Pogląd zgodny z wyrażonym w zaskarżonym wyroku został przyjęty przez Krajową Izbę Odwoławczą m.in. wyroku z dnia 2 listopada 2011 r. (sygn. akt: KIO 2141/11, KIO 2185/11, KIO 2189/11, KIO 2190/11, KIO 2191/11, KIO 2196/11, KIO 2198/11), w wyroku z dnia z dnia 15 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2407/12), a także w wyroku z dnia 19 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2427/12). W tym zakresie zaskarżony wyrok jest zgodny z linią orzeczniczą wyznaczoną przez ww. orzeczenia.

Pogląd przeciwny do prezentowanego w zaskarżonym wyroku został natomiast wyrażony w następujących wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 13 lipca 2010 r. (sygn. akt: KIO 1288/10), z dnia 23 sierpnia 2010 r. (sygn. akt: KIO 1741/10), z dnia 3 września 2010 r. (sygn. akt: KIO 1801/10), z dnia 20 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2445/12).

Stan istotnej rozbieżności orzeczniczej na tle wykładni art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wymaga dokonania kontroli merytorycznej zaskarżonego wyroku przez Sąd Okręgowy.

IV. Podkreślenia przy tym wymaga, iż przedmiotowa kwestia ma niezwykle istotne znaczenie dla praktyki funkcjonowania systemu zamówień publicznych.

Wymaga bowiem wyraźnego przesądzenia, iż celem regulacji przewidzianej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie jest udostępnianie potencjału, który ma charakter fikcyjny, iluzoryczny. Funkcją art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest umożliwienie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom, którzy wykazą, że faktycznie będą wykorzystywać udostępniony potencjał wiedzy i doświadczenia w toku realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nie wykonawcom, którzy jedynie formalnie zadeklarują dysponowanie takim zasobem. Dopuszczenie w ustawie możliwości posługiwania się przez wykonawców potencjałem podmiotów trzecich ma bowiem na celu zwiększenie konkurencyjności oraz ograniczenie barier w dostępie do zamówień małym i średnim przedsiębiorcom i nie może być interpretowane w sposób umożliwiający obejście przepisów prawa.

Zaakceptowanie interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zawartej w zaskarżonym wyroku może doprowadzić również do wzmocnienia negatywnego zjawiska tzw. „handlu referencjami”, związanego z aprobowaniem zobowiązań do udostępniania zasobów bez weryfikowania udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, a także do udzielania zamówień wykonawcom, którzy nie posiadają odpowiedniej wiedzy i doświadczenia do realizacji danego zamówienia, a więc nie dającym rękojmi należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przyjęcie stanowiska wyrażonego w zaskarżonym wyroku może również doprowadzić do usankcjonowania praktyki udostępniania zasobów przez nierzetelnych wykonawców, którzy podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i sami nie mogą ubiegać się o realizację zamówienia.

Kwestia ta ma zatem fundamentalne znaczenie dla realizacji celów systemu zamówień publicznych wynikających m.in. z dyrektyw unijnych zapewniających niedyskryminacyjny dostęp wykonawców do zamówień publicznych (por. teza 2 preambuły dyrektywy klasycznej).

V. 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.

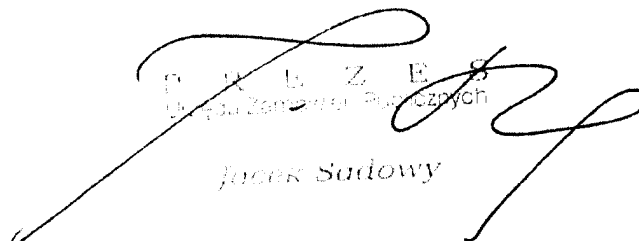
VI. Prezes Urzędu wnosząc skargę w niniejszej sprawie korzysta ze szczególnej kompetencji wynikającej z przepisów prawa. W tym zakresie Prezes Urzędu nie działa ani na rzecz, ani w interesie żadnego z uczestników postępowania. Prezes Urzędu działa bowiem w ramach przysługujących mu kompetencji władczych (imperium). Powyższe w ocenie Prezesa Urzędu 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 przegrywającej kosztami sądowymi w postępowaniu skargowym.

Przy czym z uwagi na fakt, iż rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą (art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp) jest uzależnione od wyniku sprawy (uwzględnienia, bądź oddalenia odwołania) uzasadnionym jest jednak rozstrzygnięcie przez Sąd o poniesionych przez strony kosztach postępowania odwoławczego.

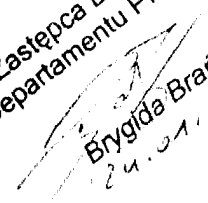
VII. Właściwość miejscowa sądu jest usprawiedliwiona na podstawie art. 198b ust. 1 ustawy Pzp.

VIII. Jednocześnie skarżący wyjaśnia, iż stosownie do postanowienia art. 198b ust. 2 ustawy Pzp odpisy niniejszej skargi zostały przesłane przeciwnikom skargi oraz ich pełnomocnikom.

W świetle powyższego niniejsza skarga jest konieczna i w pełni uzasadniona.


JACEK SADOWSKI
Zastępca Zespołu Pracowniczych
Jacek Sadowski

Zastępca Dyrektora
Departamentu Prawnego


Brygida Brańko
24.01.13

Spis załączników:

potwierdzenia przesłania odpisów skargi.