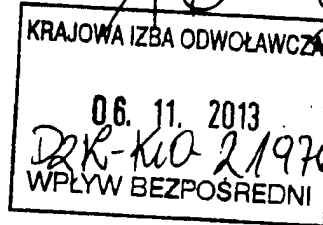




Warszawa, dnia 06.11.2013 r.

PREZES  
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH  
*Jacek Sadowy*

KW- 10023 113



**SĄD OKRĘGOWY W WARSZAWIE**

V Wydział Cywilny – Odwoławczy

Al. Solidarności 127, 00 – 898 Warszawa

z ostrożności procesowej:

**SĄD OKRĘGOWY W BIAŁYMSTOKU**

II Wydział Cywilny – Odwoławczy

ul. M. Skłodowskiej-Curie 1, 15 – 950 Białystok

za pośrednictwem:

**Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17A, 02 – 676 Warszawa

**Skarżący: Prezes Urzędu Zamówień Publicznych**

ul. Postępu 17A, 02 – 676 Warszawa

**Strona przeciwna skargi: 1. Zamawiający**

**Skarb Państwa -**

**Prowadzący postępowanie o udzielenie  
zamówienia publicznego:**

## 2. Odwołujący

Sygn. akt: KIO 2336/13

**SKARGA PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH  
na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 października 2013 r.  
(sygn. akt KIO 2336/13)**

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) – 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 16 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2336/13).

Wyrokowi Krajowej Izbie Odwoławczej z dnia 16 października 2013 r. zarzucam naruszenie:

1) przepisów prawa materialnego, tj. art. 22 ust. 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 2b w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że wskazane przepisy nie przewidują możliwości badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia podmiotów trzecich, na których potencjale polega wykonawca wykazujący spełnianie warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia, podczas gdy z wykładni gramatycznej art. 22 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 5 zd. 1 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz wykładni celowościowej i prounijnej ww. przepisów, dokonywanej w świetle art. 44 ust. 1 i 2 oraz art. 48 ust. 3 i 5 *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. U. U.E. seria z 2004 r. Nr 134, poz. 114 z późn. zm.) wynika, iż zamawiający posiada możliwość badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia także w odniesieniu do podmiotów trzecich, na potencjał których powołuje się wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;

2) przepisów prawa materialnego, tj. art. 22 ust. 5 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 2, § 1 ust. 4, § 1 ust. 6 oraz § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r., poz. 231) poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że przywołane przepisy rozporządzenia nie przewidują możliwości żądania dokumentów pozwalających na weryfikację podmiotów trzecich pod kątem rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia, podczas gdy z treści § 1 ust. 1 pkt 2, § 1 ust. 4, § 1 ust. 6 oraz § 3 ust. 4 ww. rozporządzenia, jak również wykładni celowościowej tych przepisów oraz ich wykładni prounijnej, dokonywanej w świetle art. 48 ust. 2 w zw. z art. 48 ust. 3 i 5 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. U. U.E. seria z 2004 r. Nr 134, poz. 114 z późn. zm.) wynika, iż brak jest przeszkód aby zamawiający mógł żądać od wykonawcy, który przy wykazywaniu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia polega na zasobach podmiotów trzecich, podania informacji w celu zweryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia tego podmiotu;

3) przepisów postępowania, tj. art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Pzp poprzez uwzględnienie odwołania w sytuacji błędnego stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 22 ust. 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 25 ust. 1 pkt 1 art. 26 ust. 2b, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, § 1 ust. 4, § 1 ust. 6 oraz § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r., poz. 231), które miało wpływ lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy w stanie faktycznym niniejszej sprawy zamawiający uprawniony był do zawarcia w punkcie 7.2.2) oraz 8.1.2 Rozdziału pierwszego Instrukcji dla wykonawców Tomu I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w punkcie III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu postanowień dotyczących możliwości weryfikacji podmiotów trzecich w zakresie rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia, do czego uprawniał go art. 22 ust. 5 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

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 zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez oddalenie odwołania w całości;

2) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 198f ust. 5 *in fine* ustawy Pzp;

3) nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

Ponadto wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt: KIO 2336/13 oraz w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie - na okoliczność ich treści, a także na okoliczności stanu faktycznego, podniesione w treści uzasadnienia niniejszej skargi.

## 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 wyposażyła 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 16 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2336/13), wydanym w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez

trybie przetargu nieograniczonego

pn.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie złożone przez wykonawcę i nakazała zamawiającemu –

– wykreślenie z postanowień pkt 7.2.2) oraz

8.1.2 Rozdziału pierwszego Instrukcji dla wykonawców Tomu I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia postanowień dotyczących możliwości weryfikacji podmiotów trzecich w sytuacji polegania na ich potencjale przez wykonawcę w zakresie badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia, w oparciu o art. 22 ust. 5 ustawy Pzp oraz usunięcia analogicznych zapisów zawartych w treści ogłoszeniu o zamówieniu.

W przedmiotowym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wykonawcy, gdyż uznała za zasadny jeden z trzech zarzutów odwołania dotyczącego treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ, a mianowicie zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 25 ust. 1 pkt 1 art. 26 ust. 2b, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, § 1 ust. 4, § 1 ust. 6 oraz § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane [(Dz.U. poz. 231), zwanego dalej: „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”], poprzez wprowadzenie postanowień, na podstawie których w ramach sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający jest uprawniony - w przypadku korzystania z potencjału podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia - do badania należytego wykonanie zadań (tj. pod kątem rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w ramach których wykonywana była:

1. budowa lub przebudowa dróg lub ulic klasy min. GP o wartości co najmniej 100.000.000 PLN brutto,

2. budowa lub przebudowa obiektu inżynierskiego (most, wiadukt, estakada) o dowolnej konstrukcji, obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła minimum 25 m

- przez podmioty udostępniające wykonawcy swój potencjał w postaci wiedzy i doświadczenia, i co się z tym wiąże obowiązek wykazania w wykazie Części B wszystkich zadań wykonanych (zakończonych), oraz niewykonanych lub wykonanych nienależycie przez te podmioty (pkt 7.2. ppkt 2) lit. b), oraz pkt 8.1.2. SIWZ, pkt III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu.

W uzasadnieniu wydanego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że w art. 22 ust. 5 ustawy Pzp ustawodawca odniósł możliwość badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia jedynie do wykonawcy (w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp), a więc podmiotu, który ubiega się o dane zamówienie, złożył ofertę w postępowaniu, który ma szansę je uzyskać i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Izby, przepis art. 22 ust. 5 ustawy Pzp nie przewiduje możliwości badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia podmiotów trzecich, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, czy wobec ewentualnych podwykonawców, o których mowa w art. 36 ust. 4 ustawy Pzp. Izba podniosła, iż również przepisy § 1 ust. 4, § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów nie odnoszą się do możliwości badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia podmiotu trzeciego. Izba podniosła, iż przepis § 1 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów, odwołujący się do dokumentu wykazu robót budowlanych, dostaw lub usług lub składanych w tym zakresie poświadczeń, dotyczy dokumentów składanych wyłącznie przez wykonawców. W ocenie Izby także wykazy wykonanych prac (robót budowlanych, usług, czy dostaw zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2) i 3) rozporządzenia w sprawie dokumentów) odnoszą się wyłącznie do wykonawców. W odniesieniu do regulacji § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów Izba zważyła, iż ww. przepis nie odnosi się w żaden sposób do możliwości badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia podmiotu trzeciego, gdyż odwołuje się on wprost do weryfikacji wykonawcy pod kątem spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a nie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 5 ustawy Pzp i to pod określonym kątem - weryfikacji rzeczywistego zagwarantowania przez wykonawcę dostępu do określonego potencjału podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Według Izby, przepis ten nie wskazuje na możliwość żądania dodatkowych dokumentów, które pozwalałyby na generalną weryfikację podmiotu trzeciego w zakresie jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. Z powyższych względów Izba stwierdziła zasadność zarzutu odwołania co do zapisów SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, wskazujących na możliwość przeprowadzenia badania i żądania w tym zakresie określonych dokumentów od wykonawcy co do podmiotu trzeciego w zakresie badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.

### **III. Uzasadnienie zarzutów skargi:**

1) Przechodząc do uzasadnienia zarzutów niniejszej skargi podnieść należy, iż Krajowa Izba Odwoławcza (zamiennie „Izba”) naruszyła art. 22 ust. 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 2b w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że wskazane przepisy nie przewidują możliwości badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia podmiotów trzecich, na których potencjale polega wykonawca wykazujący spełnianie warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia. Tymczasem, z treści art. 22 ust. 5 zd. 1 ustawy Pzp, jak również z wykładni celowościowej i prounijnej ww. przepisów, dokonywanej w świetle art. 44 ust. 1 i 2 oraz art. 48 ust. 3 i 5 *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. U. U.E. seria z 2004 r. Nr 134, poz. 114 z późn. zm.), zwanej dalej „dyrektywą klasyczną”], wynika, iż zamawiający posiada możliwość badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia także w odniesieniu do podmiotów trzecich, na potencjał których powołuje się wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu ww. zarzutu skargi w pierwszej kolejności należy wskazać, iż przepis art. 22 ust. 5 ustawy Pzp został wprowadzony do krajowego porządku prawnego ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2012 r., poz. 1271). Przepis ten został wprowadzony do ustawy Pzp w związku z poprawką senacką do uchwalonej przez Sejm na posiedzeniu w dniu 14 października 2012 r. ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi. W uzasadnieniu uchwały Senatu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 4 października 2012 r.<sup>1</sup> wskazano, że w przypadku wykonawcy, który poza robotami służącymi do potwierdzenia warunku przemilcza informacje o niewykonanych lub nienależycie wykonanych umowach, zamawiający powinien dysponować możliwością oceny wpływu tego rodzaju sytuacji na rzetelność i zdolność wykonawcy do prawidłowego wykonania udzielanego zamówienia.

Istota wprowadzenia przepisu art. 22 ust. 5 ustawy Pzp sprowadzała się do wyraźnego podkreślenia celu, jakiemu służyć mają warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełnienia, a mianowicie zapewnieniu wyboru wykonawcy gwarantującego należyłą realizację danego zamówienia publicznego. Ideą stojącą za zmianą treści art. 22 ustawy Pzp polegającą na dodaniu ustępu 5, dokonaną wskazaną nowelizacją ustawy Pzp, było stworzenie pewnego rodzaju remedium na występowanie sytuacji przeprowadzania przez zamawiających czysto formalnej weryfikacji wykonawców, polegającej na ocenie samego faktu złożenia dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z pominięciem badania rzeczywistej zdolności takich wykonawców

<sup>1</sup> <http://www.senat.gov.pl/prace/senat/posiedzenia/tematy,27,1.html>

do wykonania zobowiązania wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z jego treścią, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru prowadzonej przez wykonawców działalności gospodarczej. Nie ulega bowiem wątpliwości, że celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty, ale również wykonawcy, który jest w stanie dane zamówienie należycie wykonać<sup>2</sup>. Innymi słowy, wybór wykonawcy z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego i który zagwarantuje realizację umowy na warunkach określonych w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest równie ważny jak wybór oferty najkorzystniejszej. Powyższa interpretacja wynika jednoznacznie z definicji legalnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawartej w art. 2 pkt 7a) ustawy Pzp, zgodnie z którą przez postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć „*postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (...)*”.

W świetle powyższych wywodów, nie może budzić wątpliwości, iż celem regulacji prawnej wyrażonej w art. 22 ust. 5 ustawy Pzp jest umożliwienie zamawiającemu dokonania rzeczywistej weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jego zdolności do należytego wykonania zamówienia.

Rozwikłując znaczenie pojęciowe przepisu art. 22 ust. 5 ustawy Pzp w pierwszej kolejności należy sięgnąć do jego wykładni gramatycznej, mającej pierwszeństwo przed innymi metodami wykładni.

Przepis art. 22 ust. 5 zd. 1 ustawy Pzp zawiera literalne odesłanie do art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, określającego katalog warunków udziału w postępowaniu. Również przepis art. 26 ust. 2b zd. 1 ustawy Pzp, stanowiący, iż 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, odnosi się do regulacji art. 22 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy Pzp. Zestawienie powyższych przepisów prowadzi do wniosku, iż skoro przepis art. 26 ust. 2b zd. 1 ustawy Pzp odnosi się do warunków udziału w postępowaniu, które wykonawca może wykazać również za pomocą zasobów podmiotów trzecich, a spełnianie warunków udziału w postępowaniu może być oceniane przez pryzmat kryteriów z art. 22 ust. 5 zd. 2 ustawy Pzp, to zamawiający posiada możliwość dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w kontekście rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia także w odniesieniu do podmiotów trzecich, których zasobami posługuje się wykonawca. Przywołane przepisy ustawy Pzp powinny być bowiem interpretowane łącznie, w taki sposób, aby żaden z nich nie został bez ważnego powodu pozbawiony doniosłości prawnej.

---

<sup>2</sup> wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 16 maja 2013 r. (sygn. akt: II Ca 397/13)



Nadto, dokonując interpretacji art. 22 ust. 5 ustawy Pzp nie sposób również pominąć jego prounijnej wykładni w świetle art. 44 ust. 1 i 2 oraz art. 48 ust. 3 i 5 dyrektywy klasycznej.

W tym miejscu dostrzeżenia wymaga, iż dyrektywy po ich transpozycji do krajowego porządku prawnego nie mogą pozostawać bez znaczenia dla wykładni przepisów krajowych. Choć w relacjach pomiędzy zamawiającym a wykonawcami zastosowanie znajdują wprost krajowe przepisy wdrażające dyrektywy, tym niemniej postanowienia dyrektyw w dalszym ciągu na nie oddziałują, determinując ich wykładnię. Nakaz prounijnej wykładni prawa, czyli interpretacji dokonywanej w świetle treści i celu dyrektywy, aby osiągnąć rezultat w niej zamierzony, wynika wprost z art. 10 Traktatu o funkcjonowaniu Wspólnot Europejskich, jak również z orzecznictwa. W wyroku z dnia 28 stycznia 2003 r. (sygn. akt: K 2/02)<sup>3</sup> Trybunał Konstytucyjny uznał, że skoro „*prounijna wykładnia prawa jest uznanym instrumentem wdrażania prawa europejskiego do wewnętrznego porządku prawnego, to od organów stosujących prawo w państwach Unii Europejskiej oczekuje się interpretacji prawa wewnętrznego zgodnej z prawem europejskim (..)*”. W związku z powyższym należy dokonywać takiej wykładni prawa krajowego, która jest zgodna z treścią i celem danej dyrektywy i powinna być ona „*dokonywana tak dalece, jak to możliwe, aby osiągnąć rezultat określony w dyrektywie*”<sup>4</sup>.

Zgodnie z motywem 39 dyrektywy klasycznej, weryfikacja predyspozycji wykonawców i ich kwalifikacja powinna mieć charakter przejrzysty. W tym celu należy wskazać niedyskryminacyjne kryteria, które instytucje zamawiające mogą wykorzystywać podczas kwalifikacji wykonawców oraz środki, które wykonawcy mogą stosować w celu udowodnienia, iż spełnili wymagane kryteria. W celu zapewnienia przejrzystości postępowania, niezwłocznie po jego wszczęciu instytucja zamawiająca powinna wskazać kryteria kwalifikacji, które będzie stosowała i szczególny poziom kompetencji, jakiego może ona żądać w celu dopuszczenia wykonawców do udziału w procedurze udzielania zamówień.

Z kolei w świetle art. 44 ust. 1 dyrektywy klasycznej „*zamówień udziela się (...) po zweryfikowaniu przez instytucje zamawiające predyspozycji wykonawców na podstawie kryteriów dotyczących ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, wiedzy lub możliwości zawodowych i technicznych (...)*”. Na podstawie art. 44 ust. 2 dyrektywy klasycznej, instytucje zamawiające mogą żądać od wykonawców spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej, kwalifikacji technicznych i zawodowych, a więc wiedzy, potencjału technicznego i osób zdolnych do realizacji zamówienia w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Stosownie natomiast do art. 48 ust. 5 dyrektywy klasycznej, zdolność wykonawców może być oceniana w szczególności w odniesieniu do ich kwalifikacji, efektywności, doświadczenia i rzetelności. Regulacja ta umiejscowiona została w przepisie poświęconym kwalifikacjom

<sup>3</sup> Lex nr 74917

<sup>4</sup> wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 28 stycznia 2010 r. (sygn. akt: I SA/Wr 1637/09), wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 października 2011 r. (sygn. akt: I FSK 1628/10)

technicznym i zawodowym, a więc transponowany do przepisów ustawy Pzp art. 22 ust. 5 odnosi się co do zasady do art. 22 ust. 1 pkt 2 (warunku wiedzy i doświadczenia) i art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (warunku dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia).

Z przywołanych przepisów dyrektywy klasycznej, które stanowiły podstawę implementacji do krajowego porządku prawnego przepisu art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, nie wynika ograniczenie weryfikacji predyspozycji do wykonania zamówienia wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, podstawy do zawężenia stosowania dyspozycji art. 22 ust. 5 wyłącznie do wykonawcy posiadającego potencjał własny nie daje również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W orzeczeniu z dnia 2 grudnia 1999 r. (*Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari, sprawa C – 176/98*) Trybunał wskazał, iż wykonawca, który nie spełnia sam minimalnych warunków stawianych uczestnikom postępowania o zamówienie publiczne może się opierać, w stosunkach z podmiotem zamawiającym, na stanie (kondycji) podmiotów trzecich, z których zasobów proponuje korzystać w razie udzielenia mu zamówienia. W takiej sytuacji podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy wykonawca 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. W orzeczeniu z dnia 18 marca 2004 r. w sprawie C-314/01 (*Siemens AG Österreich i ARGE Telekom & Partner przeciwko Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger*), Trybunał dopuścił możliwość ograniczenia podwykonawstwa (powoływania się na zdolność podmiotów trzecich), jeżeli zamawiający nie był w stanie ocenić zdolności podwykonawców (podmiotów trzecich) na etapie selekcji wykonawców i wyboru oferty najkorzystniejszej. Takie ograniczenie ma na celu uniknięcie sytuacji, w której zamówienie byłoby udzielone wykonawcy, który nie daje rękojmi prawidłowej realizacji zamówienia (pkt 47). Innymi słowy, Trybunał przyznał, że zamawiający powinien mieć możliwość weryfikacji zdolności (w tym rzetelności, efektywności, kwalifikacji i doświadczenia) wykonawcy, a tym samym weryfikacji zdolności (w tym rzetelności, efektywności, kwalifikacji i doświadczenia) podwykonawców czy podmiotów trzecich, na których potencjał powołuje się wykonawca celem udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu, na etapie selekcji wykonawców i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Z przywołanego orzecznictwa wynika zatem, że badanie zdolności wykonawcy do prawidłowego wykonania zamówienia musi być realne i w tym kontekście winno obejmować również weryfikację wykonawcy korzystającego z zasobów podmiotu trzeciego.

W dalszej kolejności dokonując wykładni art. 22 ust. 5 ustawy Pzp należy również sięgnąć do regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, normującej zagadnienie polegania przez wykonawcę na zasobach podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi, że 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, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Wspomnieć należy, że celem wprowadzenia przepisu art. 26 ust. 2b do ustawy Pzp było zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego poprzez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu<sup>5</sup>. Wprowadzenie ww. przepisu realizuje podstawowy cel przepisów ustawy Pzp, a mianowicie zapewnienie wykonawcom dostępu do zamówień na zasadach niedyskryminacyjnych. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi transpozycję do prawa krajowego postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy klasycznej, stosownie do którego 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. Przywołane przepisy dyrektywy klasycznej, jak i stanowiący ich odzwierciedlenie na gruncie krajowego porządku prawnego przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dopuszczają możliwość posłużenia się podmiotami trzecimi w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pod warunkiem udowodnienia zamawiającemu dysponowania niezbędnymi zasobami przez podmiot trzeci.

Ponieważ w zabiegach interpretacyjnych w celu konfrontacji krajowej normy prawnej z normą prawa Unii Europejskiej powinny być dokonywane wszystkie przyjęte metody wykładni<sup>6</sup>, przy interpretacji art. 22 ust. 5 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, należy również oprzeć się na ich wykładni celowościowej. W orzecznictwie wskazuje się, że odstępstwo od jasnego i oczywistego sensu przepisu wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem mogą uzasadniać istotne i doniosłe racje prawne, społeczne lub ekonomiczne oraz, że w drodze wykładni celowościowej dopuszczalne jest korygowanie wyników, do jakich prowadzi wykładnia językowa. Jednocześnie, z orzecznictwa można wyprowadzić reguły pozwalające odstąpić od sensu językowego przepisu wtedy, gdy prowadzi on do rażącego konfliktu z najbardziej elementarnymi zasadami racjonalności, a więc na przykład wtedy gdyby literalne rozumienie przepisu mogło prowadzić do poważnych szkód lub też niweczyło *ratio legis* interpretowanego przepisu<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (nr druku: 2154)

<sup>6</sup> K. Piasecki „Zarys sądowego prawa procesowego Unii Europejskiej”, wyd. Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. 2009 r., str. 79

<sup>7</sup> uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2007 r. (sygn. akt: III CZP 50/2007); uchwała Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2007 r. (sygn. akt: III CZP 8/2007); postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2004 r. (sygn. akt: I KZP 18/04)

W świetle wykładni celowościowej przepisów art. 22 ust. 5 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie sposób uznać, iż weryfikacja wykonawcy w aspekcie kryteriów z art. 22 ust. 5 ustawy Pzp może być dokonywana w odniesieniu li tylko do wykonawcy, który przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie korzysta z potencjału podmiotów trzecich. Ustawodawca poprzez wprowadzenie przepisu art. 22 ust. 5 ustawy Pzp miał na celu zagwarantowanie zamawiającym dokonania rzeczywistego badania zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia publicznego, bez względu na to, czy jest on w stanie samodzielnie sprostać oczekiwaniom zamawiającego w zakresie wykazania spełnienia podmiotowych warunków udziału w postępowaniu czy też korzysta w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu z zasobów podmiotów trzecich.

W kontekście powyższych regulacji podkreślenia wymaga, iż adresatem normy art. 22 ust. 5 ustawy Pzp jest zamawiający, który będąc gospodarzem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz decydentem w zakresie istotnych postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, może dokonywać oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu oceny ich spełnienia przez pryzmat kryteriów rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. Poprzez skorzystanie z dyspozycji art. 22 ust. 5 ustawy Pzp zamawiający bada, czy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego jest wiarygodny i daje rękojmię sumiennego i rzetelnego wykonania zamówienia publicznego. Bez znaczenia w kontekście przywołanych powyżej norm prawa unijnego oraz celu przepisu art. 22 ust. 5 ustawy pozostaje kwestia czy wykonawca podlegający weryfikacji pod kątem kryteriów wskazanych w tym przepisie dysponuje własnym zasobem umożliwiającym wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czy też zasób ten jest mu udostępniany przez podmiot trzeci. Zarówno w jednym jak i drugim przypadku cel regulacji art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, a więc zapewnienie, że zamówienie publiczne zostanie udzielone wykonawcy gwarantującemu jego należyte wykonanie, zostanie osiągnięty jedynie w sytuacji gdy kryteria weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w postaci rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia będą w równy sposób odnoszone zarówno do wykonawców samodzielnie wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jak również do wykonawców polegających na zasobach innych podmiotów.

Tymczasem, wykładnia art. 22 ust. 5 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą w zaskarżanym wyroku, sprowadzająca się do uznania, iż przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia podmiotów trzecich, na których potencjale polega wykonawca wykazujący spełnienie warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia, przeczy wskazanemu celowi przepisu art. 22 ust. 5 ustawy Pzp. Podstawy do takiej interpretacji nie daje ani treść normy, ani odwołanie do reguł wykładni prounijnej, jak również do pomocniczej wykładni celowościowej. Zaaprobowanie poglądu wyrażonego przez Krajową Izbę Odwoławczą prowadziłoby bowiem do nieusprawiedliwionego zróżnicowania sytuacji podmiotowej wykonawców ubiegających się

o to samo zamówienie publiczne. Wykonawcy samodzielnie dysponujący wymaganymi przez zamawiającego zasobami zostaliby bowiem poddani weryfikacji w zakresie ich zdolności do należytego wykonania zamówienia, podczas gdy wykonawcy powołujący się na potencjał innych podmiotów z takiego badania zostaliby zwolnieni. Takie stanowisko Izby może prowadzić zatem do niepokojącego - z punktu widzenia systemowego - zjawiska nierównego traktowania wykonawców w zależności od tego na czyj potencjał się powołują, podczas gdy zarówno przepisy dyrektywy klasycznej, jak i ustawy Pzp nie dają podstawy do takiego różnicowania.

W związku z powyższym, stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej narusza także przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasady wskazane w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oznaczają, że zamawiający przygotowując i przeprowadzając postępowanie powinien dążyć do udzielenia zamówienia unikając działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do zamówienia. Główną ideą i podstawą ustanowienia prawa zamówień publicznych było bowiem zapewnienie wszystkim podmiotom przystępującym do postępowań równych szans na każdym etapie tego postępowania<sup>6</sup>. Obowiązek przestrzegania zasady równego traktowania oznacza, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego muszą być traktowani na równi, tak w chwili przygotowania ofert, jak i wówczas gdy ich zdolność do wykonania zamówienia jest oceniana przez zamawiającego. Tymczasem, różnicując sytuację wykonawców samodzielnie wykazujących spełnienia warunków udziału w postępowaniu wobec wykonawców korzystających z zasobów trzecich, Izba uczyniła nieuzasadniony wyłom od fundamentalnej zasady udzielenia zamówień publicznych. Nie sposób bowiem wskazać racjonalnego uzasadnienia dla przyjęcia stanowiska, że w przypadku potencjału udostępnianego przez podmiot trzeci weryfikacja realnego nim dysponowanie w sposób zapewniający staranną, rzetelną realizację zamówienia publicznego nie jest możliwa, natomiast w przypadku potencjału własnego takie uprawnienie istnieje. Co więcej, przyjęcie interpretacji przepisu art. 22 ust. 5 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą, ograniczającej uprawnienie zamawiającego do badania rzeczywistej kondycji wykonawcy w zależności od tego czy dysponuje on zasobami własnymi czy też zasobami podmiotu trzeciego, może prowadzić do sytuacji gdy podmiot trzeci użyczający wykonawcy swoje zasoby w przeszłości nie zrealizował lub zrealizował nienależycie szereg zamówień, a zamawiający, korzystając z uprawnienia z art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, nie będzie posiadał instrumentu umożliwiającego mu zweryfikowanie tych okoliczności. Taka sytuacja może wprost prowadzić obejścia przepisu art. 22 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 5 ustawy Pzp i do wyboru wykonawcy, który mimo że polega na wiedzy i doświadczeniu nierzetelnego podmiotu trzeciego uzyska zamówienie publiczne, z wszelkimi tego negatywnymi konsekwencjami dla zamawiającego – dysponenta środków publicznych.

Z powyższych względów, wykładnia art. 22 ust. 5 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu skarżonego wyroku, jako sprzeczna

---

<sup>6</sup> wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 sierpnia 2011 r., sygn. akt: XXIII Ga 380/11

z *ratio legis* tych unormowań, a także jako nieznaidująca oparcia w przepisach art. 22 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 5 zd. 1 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz art. 44 ust. 1 i 2, a także art. 48 ust. 3 i 5 dyrektywy klasycznej, nie może się ostać.

2. Nadto, w niniejszej sprawie Izba bezpodstawnie uznała, że na gruncie przepisów § 1 ust. 4, § 1 ust. 6 oraz § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów zamawiający nie może żądać dokumentów od wykonawcy odnoszących się do podmiotu trzeciego w celu przeprowadzenia badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia tego podmiotu.

Stosownie do treści § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W takim przypadku zamawiający może, w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny, określić roboty budowlane, których dotyczy obowiązek wskazania przez wykonawcę w wykazie lub złożenia poświadczeń, lub żądać wskazania w wykazie informacji o robotach budowlanych niewykonanych lub wykonanych nienależycie, w celu zweryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy (§ 1 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów). Celem wprowadzenia powyższej regulacji było pozyskanie przez zamawiającego pełnego spectrum informacji na temat działalności zawodowej wykonawcy oraz umożliwienie wszechstronnej weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Przepis § 1 ust. 4 umożliwił zamawiającemu również żądanie wskazania w wykazie informacji o robotach, dostawach lub usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie. Zgodnie z założeniami ustawodawcy, wskazany przepis umożliwił rozszerzenie m.in. wykazu o roboty budowlane o informacje, które do tej pory nie były ujawniane, w celu zweryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy, co pozwoliło na uzyskanie „pełnego obrazu” jego historii zawodowej i umożliwiło pełną weryfikację jego zdolności do należytego wykonania zamówienia<sup>9</sup>.

W tym miejscu należy wskazać, iż weryfikacja zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia nie jest możliwa w sytuacji gdy wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu polega on na zasobach podmiotu trzeciego, a zamawiający nie posiada instrumentu umożliwiającego sprawdzenie, czy podmiot trzeci udostępniający zasoby jest

<sup>9</sup> uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (nr druku: 455)

rzetelny i wiarygodny. W takich okolicznościach cel przepisów art. 22 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 5 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie zostaje zapewniony. Również rezultat określony w przepisach art. 48 ust. 2 w zw. z art. 48 ust. 3 i 5 dyrektywy klasycznej nie zostaje osiągnięty, skoro zamawiający nie dysponuje możliwością przeprowadzenia rzeczywistej weryfikacji kondycji podmiotowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, który polega na zasobach podmiotu trzeciego. Instrumentem gwarantującym zamawiającemu dokonanie pełnej oceny kondycji wykonawcy jest natomiast możliwość żądania od podmiotu trzeciego podania informacji o robotach budowlanych niewykonanych lub wykonanych nienależycie. Tylko taka interpretacja ww. przepisów prowadzi do realizacji celu wprowadzenia do przepisów ustawy Pzp art. 22 ust. 5 ustawy Pzp oraz przepisu § 1 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 1 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Nadto, należy wskazać, iż skoro na podstawie § 1 ust. 6 oraz § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów, zamawiający może żądać przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów odpowiednio dokumentów w celu udowodnienia rzeczywistej dostępności potencjału podmiotu trzeciego oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, to tym bardziej może żądać w odniesieniu do tych podmiotów podania informacji o robotach budowlanych, dostawach lub usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie.

W kontekście powyższego, nie znajduje uzasadnienia stanowisko Izby o braku możliwości żądania od wykonawcy dokumentów w odniesieniu do podmiotu trzeciego w celu przeprowadzenia badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia tego podmiotu.

3. W uzasadnieniu zarzutu 3 niniejszej skargi należy wskazać, iż zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle ustalonych okoliczności faktycznych, a w szczególności wobec zgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na wprowadzeniu do postanowień treści SIWZ oraz treści ogłoszenia o zapisów o możliwości weryfikacji podmiotów trzecich w sytuacji polegania na ich potencjale przez wykonawcę w zakresie badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia w oparciu o art. 22 ust. 5 ustawy Pzp brak było podstaw do uwzględnienia odwołania. W związku z brakiem naruszenia przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przepisów ustawy Pzp, nie istniała zatem podstawa do uwzględnienia odwołania.

IV. Podkreślenia przy tym wymaga, iż kwestia poddana pod rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego ma bardzo istotne znaczenie dla praktyki funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Wymaga bowiem wyraźnego przesądzenia, iż celem regulacji przewidzianej w art. 22 ust. 5 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie jest udostępnianie potencjału, który ma charakter fikcyjny, iluzoryczny. Celem przepisów ustawy Pzp jest dopuszczenie do realizacji zamówień publicznych wyłącznie gwarantujących należyte wykonanie zamówienia i dających rękojmię rzetelności realizacji zobowiązania wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższy cel nie zostanie osiągnięty bez możliwości weryfikacji rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia podmiotów trzecich, za pomocą których wykonawca wykazuje spełniania warunków udziału w postępowaniu.

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. W myśl 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. Zgodnie z treścią art. 198b ust. 1 ustawy Pzp skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej wnosi się do sądu okręgowego właściwego dla siedziby zamawiającego. Zamawiającym w niniejszej sprawie jest Skarb Państwa –

Zgodnie z art. 29 k.p.c. pozew przeciwko Skarbowi Państwa wytacza się według siedziby państwowej jednostki organizacyjnej z której działalnością wiąże się dochodzone roszczenie. W niniejszej sprawie jednostką organizacyjną, z której działalnością wiąże się dochodzone roszczenie jest

Stosownie do treści art. 17 ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa (Dz.U. z 2012 r., poz. 1224) kierownicy urzędów państwowych, w rozumieniu przepisów o pracownikach urzędów państwowych, w szczególności dyrektorzy generalni urzędów, reprezentują Skarb Państwa w odniesieniu do powierzonego im mienia i w zakresie zadań ich urzędów, określonych w odrębnych przepisach. Zgodnie natomiast z art. 18 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 260),

jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach dróg krajowych i kieruje w zakresie

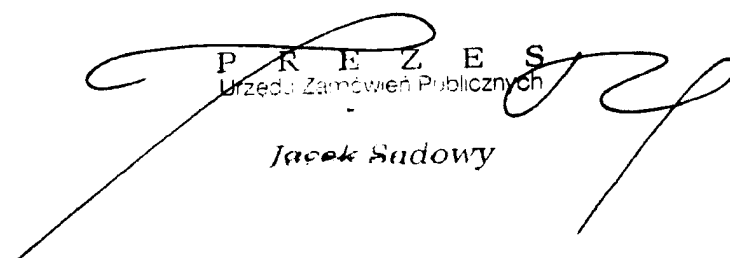


zadań związanych z zarządem drogami publicznymi. W świetle powyższego, właściwy do rozpoznania niniejszej skargi jest Sąd Okręgowy w Warszawie, jako właściwy dla siedziby zamawiającego –

Jednocześnie, z najdalej posuniętej ostrożności procesowej, w szczególności w związku z pouczeniem zawartym w zaskarżanym wyroku, przedmiotowa skarga zostaje również wniesiona do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

VIII. Ponadto 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.

  
PREZES  
Urzędu Zamówień Publicznych  
Jacka Sadowy

Spis załączników:

1. akt powołania pana Jacka Sadowego na stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych;
2. potwierdzenia przesłania odpisów skargi.