

Sygn. akt: KIO 123/14

WYROK
z dnia 6 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 lutego 2014 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2014 r. przez **Odwołującego – Aldea Nowa Energia Sp. z o.o., ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Towarzystwo Finansowo Kapitałowe KLIN Spółka Jawna, ul. Mickiewicza 26, 98-355 Działoszyn**

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - Aldea Nowa Energia Sp. z o.o. z Warszawy**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Aldea Nowa Energia Sp. z o.o. z Warszawy**, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Sieradzu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Towarzystwo Finansowo - Kapitałowe „KLIN” Spółka Jawna ul. Mickiewicza 26, 98-355 Działoszyn, zwane dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Budowa dwóch wolnostojących elektrowni wiatrowych o łącznej mocy 4 MW w miejscowości Działoszyn w województwie łódzkim”. Znak postępowania: Prz-01/14

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14.01.2014 roku pod numerem 2014/S 009-010672. W tym też dniu zamawiający opublikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

W dniu 24 stycznia 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o. ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa, zwanego dalej „odwołującym” który wniósł odwołanie od treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, polegającej na:

1. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności sporządzenia przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia;
2. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności sporządzenia opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej.

Wskazując na powyższe zarzucił zamawiającemu :

1. naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
2. naruszenie art. 30 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie sposobu badania równoważności w sposób, który wyklucza możliwość złożenia oferty równoważnej,
3. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób uchybiający zasadom zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
4. naruszenie art. 26 ust. 2b w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 47 ust. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. poprzez niedopuszczenie możliwości polegania na potencjale podmiotu trzeciego w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) zmianę zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez doprowadzenie do ich zgodności z art. 29 ust. 2 oraz art. 30 ust. 4 ustawy Pzp, tj. w szczególności:
 - dopuszczenie możliwości zaoferowania elektrowni wiatrowej o wysokości wieży i

średnicy wirnika, które są zgodne z parametrami określonymi w dokumentacji technicznej załączonej do SIWZ w postępowaniu, (alternatywnie uwzględnienie powyższego w zapisach o ofercie równoważnej) oraz

- wykreślenie wymagań dotyczących krzywej mocy (alternatywnie - oznaczenie parametrów krzywej mocy na poziomie dopuszczającym inne dostępne na rynku produkty, które są zgodne z parametrami określonymi w dokumentacji technicznej załączonej do SIWZ w postępowaniu, w tym produkt oferowany przez odwołującego),

2) zmianę zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (oraz odpowiednich postanowień ogłoszenia o zamówieniu) poprzez dopuszczenie możliwości powoływania się przez wykonawców na potencjał podmiotu trzeciego w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 29 ust.2 ustawy Pzp podniósł iż wymagane przez zamawiającego parametry dotyczące wysokości wieży oraz średnicy wirnika, jak również parametry krzywej mocy zostały określone w sposób naruszający uczciwą konkurencję, a postawione wymagania nie wynikają z uwarunkowań technicznych lub administracyjnych, jak też nie mają uzasadnienia w potrzebach zamawiającego dotyczących produktywności elektrowni tj. zdolności do wyprodukowania określonej wielkości energii elektrycznej przez rok.

Wskazał, że na rynku jest wiele turbin, które mogą być zastosowane w miejscu przewidzianego posadowienia elektrowni wiatrowej w Działoszynie zgodnie z ustalonymi warunkami zagospodarowania i uwarunkowaniami środowiskowymi. Szereg z nich posiada zdolność do wyprodukowania takiej wartości energii elektrycznej na rok jaka jest wymagana przez Zamawiającego (zgodnie z pkt 2.3 ppkt 1) lit b) opisu przedmiotu zamówienia -wymagana Produktywność to min 9.168,00 MWh/rok). Turbiny te nadają się zatem do zastosowania w Działoszynie, a jednocześnie spełniają założenia Zamawiającego, co do uzyskania określonej wartości energii w roku.

Jednakże, jego zdaniem zamawiający dokonany opisem ograniczył konkurencję pomiędzy wykonawcami. Ograniczenie to polegało przede wszystkim na określeniu wysokości wieży i średnicy wirnika, że dokonany opis wskazywał na preferowanie turbiny firmy Enercon.

Wskazał, że według SIWZ Zamawiający ustalił, iż wysokość wieży wynosić musi ok. 108 m, a średnica wirnika ok. 82 m. Jednocześnie jednak Zamawiający ustalił, że dopuszczalne odchylenie od parametrów wysokości wieży (108m) i średnicy wirnika (82 m) nie może przekraczać 2%. Maksymalne odchylenie o +/- 2% od parametrów określonych dla wieży i wirnika oznacza możliwość zaoferowania wyłącznie takiej turbiny, która jednocześnie: posadowiona jest na wieży o wysokości pomiędzy 105,84 a 110,16 m, oraz posiada wirnik o średnicy pomiędzy 80,36 a 83,64 m. Każda inna turbina, nie mieszcząca się w tych

dokładnie określonych wymiarach, nie będzie spełnić wymagań SIWZ.. Nadmieniał, że takie ustalenie warunku nie wynikało z dokumentacji technicznej załączonej do SIWZ jak i uwarunkowań administracyjnych zawartych w decyzjach administracyjnych - w tym pozwolenia na budowę.

W tym zakresie odwołujący dopiero na rozprawie precyzując żądanie odwołania stwierdził iż jego zdaniem zamawiający winien był postawić tylko jedno ograniczenie, aby łączna wysokość wieży wraz z wirnikiem nie była wyższa niż 150 metrów.

W zakresie parametru dotyczącego tzw. krzywej mocy tj. parametru wskazującego na możliwą wielkość produkowanej energii elektrycznej w zależności od prędkości wiatru, odwołujący wskazał, że wymagane przez zamawiającego parametry krzywej mocy nie wynikają z żadnych dokumentów technicznych, projektowych, czy decyzji administracyjnych załączonych przez zamawiającego do dokumentacji postępowania.

Wymagane parametry krzywej mocy nie są również powiązane z potrzebami Zamawiającego dotyczącymi produktywności elektrowni na poziomie minimum 9.168,00 MWh/rok. Taki (albo wyższy) poziom produktywności może bowiem osiągać również turbina o innej krzywej mocy niż wynikająca z pkt 2.3. ppkt 1) SIWZ.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenie tego parametru z treści SIWZ.

W zakresie naruszenia art. 30 ust.4 ustawy Pzp odwołujący stwierdził, że tak przedstawione wymiary wieży i turbiny wraz z parametrem krzywej mocy powodują iż dopuszczenie zaoferowania przez wykonawcę rozwiązań równoważnych jest możliwością tylko teoretyczną, gdyż takie parametry może spełnić tylko produkt firmy Enercon.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp odwołujący podał, że dokonany opis przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Ponadto dokonał analizy poprzedniego postępowania zamawiającego w zakresie tego zamówienia, które zostało unieważnione, jak twierdzi odwołujący tylko z tego powodu iż kierowała nim niechęć do wyboru turbiny innej firmy niż Enercon. Z tego też powodu zamawiający wprowadził w nowym postępowaniu nowe wymagania, które uniemożliwiają zaoferowanie rozwiązania innego, niż „wybrane” przez zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust.2b odwołujący podniósł, że zamawiający w pkt. 4.3 SIWZ nie wymienił możliwości, że wykonawca może polegać na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie potencjału ekonomicznego, co do którego zamawiający w pkt 4.2 ppkt 5 SIWZ wymagał wykazania się, posiadaniem opłaconej polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia minimum 10.000.000,00 milionów złotych. Wobec takiej sytuacji odwołujący podał, że takie postanowienie zamawiającego stanowi naruszenie przepisu art. 47 ust. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu oraz przepisów art. 26 ust. 2b w

zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie wniósł o nieuwzględnienie podniesionych zarzutów i odrzucenie odwołania, które to żądanie na etapie rozprawy zostało zmienione na wniosek o oddalenie odwołania z powodu braku interesu po stronie odwołującego w wniesieniu przedmiotowego odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie zostaje oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba odniosła się do wniosku zamawiającego wskazanego w odpowiedzi na odwołanie, że odwołanie winno zostać odrzucone z powodu nie wykazania interesu prawnego w złożeniu odwołania. Żądanie to na etapie rozprawy zostało przez zamawiającego zmodyfikowane w ten sposób, że wniósł o oddalenie odwołania z powodu braku interesu po stronie odwołującego w złożeniu przedmiotowego odwołania. Podniósł, że odwołujący nie wykazał, że tak dokonany opis przedmiotu zamówienia w SIWZ uniemożliwia mu złożenie oferty w tym postępowaniu.

Izba postanowiła nie uwzględnić wniosku o oddalenie odwołania z powodu braku interesu w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. W tym zakresie za wyrokiem SO w Łodzi sygn. akt XIII Ga 379/12 stwierdzić należy, że Krajowa Izba Odwoławcza w każdym rozpatrywanym odwołaniu zobowiązana jest z urzędu do badania przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 PZP, tj. interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Są to przesłanki materialno--prawne, co oznacza, iż odwołanie w przypadku ich braku lub nieudowodnienia podlega oddaleniu, z uwagi na brak legitymacji do jego wniesienia, niezależnie od zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów

W odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty- zgodnie z art. 29 ust 2 Pzp wystarczające jest tylko uprawdopodobnienie tego faktu. Tym samym krąg

podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 29 ust.2 ustawy Pzp oraz art. 30 ust 4 ustawy dotyczącego parametrów wysokości wieży oraz średnicy wirnika, jak również parametru krzywej mocy, które według odwołującego zostały określone w sposób naruszający uczciwą konkurencję, Izba stwierdza, że zarzuty te nie znalazły potwierdzenia w przedstawionych przez odwołującego na rozprawie dowodach.

Odwołujący wykazywał, że ustalone parametry ww. elementów elektrowni wiatrowej zostały przez zamawiającego sporządzone w ten sposób iż możliwe jest realnie zaoferowanie tylko turbiny firmy Enercon o symbolu E82, a więc urządzenia jednego producenta. Dla wykazania tego faktu przedłożył w formie opracowanego przez siebie wykazu - zestawienie turbin dostępnych na rynku. Z zestawienia tego wynika, że tylko ww. turbina spełnia wymagania SIWZ, a pozostałe 18 z wykazu, wymagań SIWZ nie spełnia. Inne turbiny wskazane w zestawieniu nie spełniają wymagań co do wymaganej wysokości wieży, średnicy wirnika, bądź wymogu rozpoczęcia produkcji elektrowni przy prędkości niższej niż 3 m/s., również inne turbiny niż ww. nie są w stanie sprostać wymaganiom co do krzywej mocy.

Równocześnie odwołujący podnosił, że dopuszczenie możliwości złożenia oferty równoważnej na inne turbiny jest iluzoryczne gdyż dopuszczalny zakres tolerancji +- 2% jest tak niewielki, że dalej możliwe jest tylko zaoferowanie ww. turbiny firmy Enercon.

W odpowiedzi na ten zarzut zamawiający podniósł, że wiarygodność złożonych w tym zakresie dokumentów jest żądana, gdyż zostały one opracowane i podpisane przez pełnomocnika odwołującego, bez jakiegokolwiek wskazania źródeł z których dane informacje zostały zaczerpnięte, ponadto wskazane w dokumencie nr 2 tzw. „surowe dane wiatrowe „ są inne niż ustalone dla terenu na którym mają być zbudowane elektrownie wiatrowe. Ponadto wyliczony poziom produkcji energii przy prędkości wiatru poniżej 3 metrów na sekundę jest niewiarygodny, gdyż niewiadomo czy wyliczenie to odnosi się do siły wiatru około 3 m/s czy też słabszego (bliższego ciszy wiatrowej). Ponadto złożone dwa pozostałe dokumenty stanowią wydruk ze stron internetowych, złożony w wersji obcojęzycznej, bez tłumaczenia na język polski.

Równocześnie zamawiający na pytanie Izby oświadczył, że przed sporządzeniem

SIWZ dokonał analizy rynku turbin i ustalił, że na rynku istnieje co najmniej 4 producentów turbin którzy mogą zaoferować produkt wymagany przez SIWZ ponadto zaznaczył, że nawet wśród wykazu złożonego przez odwołującego znajduje się turbina która przy założeniu dopuszczalnej tolerancji wymiarów, związanych z dopuszczeniem równoważności (turbina Kenersys K 82) może spełnić wymagania zamawiającego. Wykazał również, że jest w posiadaniu na rozprawie ofert wstępnych pięciu wykonawców którzy zamierzają wystartować w przetargu i złożyć swoje oferty. Nadto zaznaczył, że żaden z potencjalnych wykonawców nie zaskarżył SIWZ oprócz odwołującego, gdyż to tylko ten wykonawca chce dopasować wymagania do parametrów posiadanych przez niego turbin wiatrowych.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia w tym co do wiarygodności i mocy dowodowej złożonych na rozprawie pism Izba stwierdza, że zarzut ten nie może zostać uwzględniony. Zdaniem Izby zamawiający wykazał, że na rynku istnieje więcej niż jeden- jak w odwołaniu twierdzi odwołujący, producent turbin których parametry pozwalają na złożenie ważnych ofert. Wskazać należy iż odwołujący w stanowisku końcowym podniósł, że nawet gdyby na rynku występowało również dwóch producentów turbin mogących zaoferować swoje wyroby spełniające wymagania zamawiającego to i tak jego zdaniem przy ilości producentów turbin, postanowienia SIWZ ograniczają konkurencje wykonawców. Tym samym nie zaprzeczył, że takich producentów elektrowni wiatrowych jest więcej niż jeden i tym samym zarzut, że tylko istnieje możliwość zaoferowania urządzenia firmy Enerco nie potwierdził się.

Wskazać również należy, że prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określony potrzeby społeczne, pod warunkiem jednak, że opis ten nie naruszy- ograniczy uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, co w następstwie zapewnia racjonalność wydatkowania środków publicznych.

Ponadto Izba zwraca uwagę na fakt, że w przypadku odwołania na SIWZ, na możliwość jego uwzględnienia ma wpływ oprócz zasadności zarzutów, także potrzeba jasnego sprecyzowania przez odwołującego żądania, tzn. wskazania, która treść postanowienia SIWZ dotyczące tego zarzutu winna być zmieniona i na jaką. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą istotny wpływ na uwzględnienie odwołania dotyczącego treści SIWZ ma również sformułowane przez odwołującego żądanie. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest przez pryzmat precyzyjnie wskazanego żądania co do nowej treści, konkretnego postanowienia SIWZ. To odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie formułuje postanowienia SIWZ, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp, a równocześnie nie powodują naruszania zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami /por. wyroki KIO: z dnia 12 marca 2011 r. sygn. 402/11; z dnia 16 kwietnia 2012 r. sygn. 657/12. Obowiązkiem

odwołującego, a nie rolą Izby jest sprecyzowanie żądania i wykazanie podstaw go uzasadniających. Izba nie może za odwołującego formułować treści oczekiwanej zmiany, postanowień SIWZ, a tylko dokonuje zasadność wnioskowanych zmian.

To precyzyjne sformułowanie żądania winno już nastąpić na etapie składania odwołania, gdyż zamawiający winien mieć możliwość przygotowania obrony swojego stanowiska wobec zarzutów i żądań odwołującego, a także winien mieć możliwość uwzględnienia danego zarzutu czy całego odwołania przed rozpoczęciem posiedzenia Izby.

Sama okoliczność, że sformułowanie postanowień opisu przedmiotu zamówienia utrudnia udział odwołującemu w postępowaniu o zamówienie publiczne, nie stanowi jeszcze przesłanki do stwierdzenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Niezasadne zdaniem Izby, jest formułowanie przez odwołującego na rozprawie żądania, aby jedynym ograniczeniem w zakresie ww. parametrów były tylko ograniczenia wynikające z decyzji administracyjnych wydanych w tej sprawie. Decyzje administracyjne, zdaniem Izby stanowią tylko pewnego rodzaju ramy w których winien mieścić się opis wymagań. Jednakże w ramach tych uwarunkowań zamawiający ma prawo do takiego opisu przedmiotu zamówienia który w sposób najpełniejszy spełni uzasadnione jego potrzeby.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego niezasadnego ustalania w wymaganiach SIWZ parametru tzw. krzywej mocy, wskazującego na poziom produktywności energii elektrycznej przez turbinę przy określonej prędkości wiatru, wskazać należy, że odwołujący wnosił o jego wykreślenie. Wobec tak postawionego żądania, a także braku merytorycznej zasadności żądania wykreślenia z SIWZ tego parametru, Izba uznała, że zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w ten sposób, że przy określonej sile wiatru elektrownia wiatrowa będzie produkować odpowiednią ilość energii. Wykreślenie tego wymogu mogłoby doprowadzić do sytuacji, że wykonawcy mogliby zaoferować turbiny które będą produkowały energie tylko przy dużej sile wiatru, co nie jest trwałym zjawiskiem pogodowym w naszej strefie klimatycznej. Mogłoby to pozbawić zamawiającego możliwości uzyskiwania dochodów z przedmiotowego przedsięwzięcia również w okresach kiedy siła wiatru nie jest zbyt duża.

Odnosząc się do przedstawionych przez odwołującego dowodów w zakresie omówionych zarzutów Izba stwierdza, że biorąc pod uwagę treść art. 190 ust. 1 Pzp, jak i zasadę ciężaru dowodu (art. 6 k.c.) ciężar udowodnienia podniesionych zarzutów w przedmiotowym postępowaniu spoczywał na odwołującym, który z danych okoliczności wywodził określone skutki prawne - *ten przeprowadza dowód, kto twierdzi, nie ten kto przeczy*. Stwierdzić należy, że odwołujący nie przedstawił dowodu niweczącego twierdzenia zamawiającego iż szereg turbin kilku producentów występujących na rynku spełnia wymagania SIWZ. W zakresie oceny przedstawionych dowodów Izba uznaje za zasadne zaprezentowane powyżej stanowisko zamawiającego, stwierdzając, że twierdzenia odwołującego, pozostały bez wskazanego na ich potwierdzenie dowodu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Izba stwierdza, iż brak potwierdzenia się zasadności podniesionych zarzutów nie potwierdził naruszenia zasady Pzp wyrażonej w art. 7 ust.1 Pzp. Ponadto na marginesie rozważań w tej kwestii wskazać należy iż odwołujący dla wykazania naruszenia przepisu art. 7 ust 1 skupił się przede wszystkim na ocenie zasadności czynności zamawiającego w oparciu o którą poprzednio trwające w tej sprawie postępowanie zostało umorzone. Izba stwierdza, że na etapie tego postępowania brak jest jakichkolwiek podstaw do oceny zasadności umorzenia poprzedniego postępowania. Jeśli zasadność tej czynności zamawiającego odwołujący kwestionował, to mógł we właściwym czasie skorzystać ze środków ochrony prawnej.

Odnośnie naruszenia przepisu art. 26 ust.2b poprzez niewymienienie w SIWZ wśród możliwości skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego, możliwości polegania na zdolności ekonomicznej innego podmiotu Izba uznała, że zamawiający przepisując do SIWZ treść ww. artykułu nie naruszył ustawy Pzp, gdyż nie zawarł zakazu korzystania z tego potencjału. Zdaniem Izby inaczej należy oceniać sam fakt niewpisania do SIWZ możliwości skorzystania z zasobu podmiotu trzeciego w zakresie zdolności ekonomicznej, od ewentualnej zasadności wykluczenia w każdym przypadku z postępowania wykonawcy, który na taki zasób ewentualnie się powoła.

W tym zakresie wskazać należy, że w cyt. powyżej dyrektywie możliwość korzystania z potencjału podmiotów trzecich dotyczy każdego spektrum warunków udziału w postępowaniu. Jednakże polski ustawodawca zawęził w art. 26 ust. 2b Pzp ten zakres, wykluczając z niego dwie sfery cudzego potencjału tj. uprawnień do wykonywania określonej działalności oraz sytuacji ekonomicznej (pozwalając jednak na korzystanie z cudzych zdolności finansowych). Jednakże dyrektywa umożliwia dysponowania zasobami osób trzecich tylko „w stosownych sytuacjach”. Tymczasem Pzp żadnego takiego ograniczenia nie zawiera.

Z stosowną sytuacją, o której mowa w dyrektywie opierając się np. na wyroku ETS (C-5/97, Ballast Nedam Groep przeciwko Belgii) będziemy mieć do czynienia np. w przypadku oceny zdolności spółki matki holdingu, gdy można uwzględnić również zasoby i zdolności jej spółek córek. W takich sytuacjach można dość zdecydowanie powiedzieć, że choć np. spółka matka startująca w przetargu będzie wykazywać się zdolnościami spółki córki, to – sprawując nad nią kontrolę i będąc jej właścicielką – zobowiązanie do użyczenia zasobów nie będzie udostępnieniem tylko teoretycznym. Warunkiem prawidłowego udostępnienia potencjału jest wykazanie się, iż w danym momencie zasoby tego drugiego podmiotu pozostają do jego dyspozycji w takim zakresie, w jakim są niezbędne dla prawidłowej realizacji zamówienia. Wskazać należy także na zapisy preambuły do dyrektywy, z których wynika prawo zamawiającego do wymagania w takiej sytuacji, aby

użyczający zasobu finansowego, a tym bardziej jeszcze ekonomicznego brał na siebie solidarnie z wykonawcą odpowiedzialność za realizację zamówienia.

Tym samym w razie powołania się wykonawcy na zasoby ekonomiczne podmiotu trzeciego, opierając się na przepisie dyrektywy to zamawiający będzie mógł nie uwzględnić tej możliwości tylko wtedy, jeśli z oceny danej sytuacji będzie wynikało, że brak jest zaistnienia „stosownej sytuacji”, a także zachodzi brak udowodnienia przez wykonawcę realności takiego udostępnienia.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsce w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238). Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania dla dwóch pełnomocników w kwotach po 7 200,00 zł, łącznie 14 400,00 zł, gdyż nie został złożony stosowny rachunek. Nadto Izba podaje iż nawet w przypadku złożenia takiego rachunku to zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 b) ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów, zasądzona łączna kwota wynagrodzenia pełnomocników strony nie może być wyższa niż 3 600,00 zł

Przewodniczący

Członkowie:

.....

