

Sygn. akt KIO 858/12

Sygn. akt KIO 861/12

WYROK
z dnia 15 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Emil Kuriata

Jolanta Markowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2012 r. przez wykonawców:

A. Thales Polska Sp. z o.o., ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań (adres do korespondencji: Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o., ul. Górnośląska 1/188), 00-443 Warszawa, w sprawie sygn. akt KIO 858/12,

B. Imtech Infra B.V., Hardwareweg 11, 3821 AMERSFOORT, Holandia (adres do korespondencji: Pod Sikornikiem 27A, 30-216 Kraków), w sprawie sygn. akt KIO 861/12,

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Bydgoszcz, Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej, ul. Toruńska 174a, 85-844 Bydgoszcz,**

przy udziale wykonawców:

A. zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego, sygn. akt KIO 858/12:

1) po stronie Odwołującego - **Imtech Infra B.V., Hardwareweg 11, 3821 AMERSFOORT, Holandia,**

2) po stronie Zamawiającego:

a) **Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa,**

b) **Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn,**

B. zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego, sygn. akt KIO 861/12:

po stronie Zamawiającego:

a) **ATREM S.A. z siedzibą w Złotnikach, PBG S.A. z siedzibą w Wysogotowie, ELTODO EG, a.s. z siedzibą w Pradze, (pełnomocnik: Marcin Idziorek, Kancelaria Radcy Prawnego Marcin Idziorek w Poznaniu, ul. Poznańska 62/21, 60-853 Poznań),**

- b) **Thales Polska Sp. z o.o., ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań,**
- c) **Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa,**
- d) **Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn,**

orzeka:

- 1. 1) uwzględnia odwołanie Thales Polska Sp. z o.o., ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań i nakazuje Miastu Bydgoszcz, Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej, ul. Toruńska 174a, 85-844 Bydgoszcz, powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym,**
- 2) oddala odwołanie Imtech Infra B.V., Hardwareweg 11, 3821 AMERSFOORT, Holandia.**

2. Kosztami postępowania obciąża:

1) Miasto Bydgoszcz, Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej, ul. Toruńska 174a, 85-844 Bydgoszcz, w sprawie sygn. akt KIO 858/12,

2) Imtech Infra B.V., Hardwareweg 11, 3821 AMERSFOORT, Holandia, w sprawie sygn. akt KIO 861/12

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez 1) Thales Polska Sp. z o.o., ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań, 2) Imtech Infra B.V., Hardwareweg 11, 3821 AMERSFOORT, Holandia, tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od Miasta Bydgoszcz, Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej, ul. Toruńska 174a, 85-844 Bydgoszcz na rzecz Thales Polska Sp. z o.o., ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Imtech Infra B.V., Hardwareweg 11, 3821 AMERSFOORT, Holandia kwoty **461 zł 25 gr** (słownie: czterysta sześćdziesiąt jeden złotych dwadzieścia pięć groszy) z tytułu zwrotu części wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 858/12

Sygn. akt KIO 861/12

U z a s a d n i e

Miasto Bydgoszcz, Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy-Zamawiający - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu ograniczonego na dostawę pod nazwą „Inteligentne Systemy Transportowe w Bydgoszczy”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 września 2011 r. nr 2011/S 173-283926, ze zmianą z dnia 1 października 2011 r.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2012 r. Zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 17 kwietnia 2012 r. informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Podał, że z 20 wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, Zamawiający wykluczył 8 wykonawców, wnioski pozostałych 12 wykonawców, którzy wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu ocenił i wyniki oceny przedstawił w kolejności uzyskania największej ilości punktów, pozycje 1-3 po 100 pkt, poz. 4-12 po 75 pkt. Kolejność wykonawców według uzyskanych punktów jest następująca:

- 1) konsorcjum: Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o., Indra Sistemas S.A.,
- 2) Sprint S.A., Sprint S.A. O/Bydgoszcz,
- 3) konsorcjum: ATREM S.A., ELTODO EG a.s., PBG S.A.,
- 4) Siemens Sp. z o.o.,
- 5) Betacom S.A.,
- 6) SIMPLE S.A.,
- 7) COMP S.A.,
- 8) Thales Polska Sp. z o.o.,
- 9) Imtech Infra B.V.,
- 10) BONAIR S.A.,
- 11) Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „KONCEPT” Sp. z o.o.,
- 12) konsorcjum: Revenga Ingenieros Polska Sp. z o.o. i ELECTRONIC TRAFIC S.A.

Zamawiający podał, że zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu ograniczył do 5 liczbę wykonawców, do których zostanie skierowane zaproszenie do składania ofert, określając, że „do składania ofert zaproszonych zostanie 5 niepodlegających wykluczeniu wykonawców z najwyższą ilością punktów”, tj.

- 1) konsorcjum: Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o., Indra Sistemas S.A.,
- 2) Sprint S.A., Sprint S.A. O/Bydgoszcz,
- 3) konsorcjum: ATREM S.A., ELTODO EG a.s., PBG S.A.,
- 4) Siemens Sp. z o.o.,
- 5) Betacom S.A.

W dniu 27 kwietnia 2012 r. wykonawcy - Thales Polska Sp. z o.o. i Imtech Infra B.V., zwani dalej „odwołującymi”, wnieśli odwołania.

A. Thales Polska Sp. z o.o. - sygn. akt KIO 858/12.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” oraz innych przepisów wskazanych niżej:

- 1) art. 51 ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 2b przez ustalenie, że najwyższe oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu otrzymują wykonawcy, którzy wykazali niższy poziom spełniania warunków (i zaproszenie ich do składania ofert) i jednocześnie nie zaproszenie do składania ofert wykonawców (wskutek wadliwej oceny wniosków), którzy powinni otrzymać najwyższe oceny spełniania warunków,
- 2) art. 7 ust. 1 przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji przejawiające się w zaproszeniu do składania ofert wykonawców, którzy powinni otrzymać niższe oceny wniosków i pominięcie tych, którzy powinni uzyskać takie oceny wyższe,
- 3) art. 14 ustawy w zw. z art. 58 § 1 i 3 Kc przez poddanie ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tej części, w której stanowią one nieważną czynność prawną sprzeczną z prawem i mającą na celu obejście prawa i tym samym nie mogącą wywołać skutków. Przepisy, z którymi czynność jest spreczna to art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 i 7 oraz ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1, art. 26 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 2b ustawy oraz § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, a także innych przepisów przywołanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, że został naruszony interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ zgodnie z zasadami określonymi w ogłoszeniu, Odwołujący powinien uzyskać ocenę spełniania warunków, która stanowi podstawę zaproszenia do składania ofert, jego ocena została zaniżona, a oceny pozostałych wykonawców zawyżone lub przeprowadzone mimo,

że wnioski nie powinny być poddane ocenie.

Odwołujący podniósł, że nie uzyska zaproszenia do składania ofert, tym samym straci szansę na uzyskanie zamówienia, a w konsekwencji poniesie szkodę wynikającą z niemożności realizacji zamówienia.

Podnosząc powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz czynności dokonanych w następstwie tej oceny,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny wniosków w sposób zgodny z ustawą, w szczególności z pominięciem oceny wniosków w części, w której stanowią one lub ich treść jest skutkiem czynu naruszającego konkurencję nieważnego z mocy prawa,
- 3) wykluczenia z postępowania wykonawców którzy nie wykazali, że spełniają warunki udziału w postępowaniu,
- 4) ustalenia listy wykonawców zapraszanych do składania ofert z uwzględnieniem wykonawców, którzy otrzymają najwyższe, ustalone zgodnie z przepisami, oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że wśród 12 ocenianych wniosków jego wniosek został sklasyfikowany na 8 miejscu, co nie odpowiada przepisom prawa i zasadom opisanym w ogłoszeniu o zamówieniu.

Odwołujący powołując się na ogłoszenie o zamówieniu, przedstawił fazy oceny wykonawców. Podał, że w wyniku oceny w poszczególnych fazach przyznano wykonawcom następującą liczbę punktów:

1. Alcatel Lucent Polska 100 + 100 + 0;
2. Sprint S.A. 100 + 66,67 + 100;
3. Atrem S.A. 100 + 100 + 81,82;
4. Siemens Sp. z o.o. 75 + 100 + 0;
5. Betacom S.A. 75 + 66,67 + 100.

Odwołujący wskazał, że po ocenie w fazie 1 zakwalifikowano do składania ofert Alcatel Lucent, Sprint oraz Atrem, w fazie 2 - Siemens, w fazie 3 - Betacom.

Przed Odwołującym sklasyfikowano jeszcze Simple oraz Comp. Odwołujący uznał, że punkty te przyznano z naruszeniem zasad.

Po pierwsze – podczas dokonywania oceny spełniania warunków na podstawie art. 51 ust. 2 zamawiający uwzględnił doświadczenie wykonawców, którym posługują się na podstawie zobowiązania podmiotu trzeciego. Art. 26 ust. 2b wskazuje, że doświadczenie to może być wykorzystywane wyłącznie dla potwierdzenia, że wykonawca dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Zasoby niezbędne, to te które powodują, że

wykonawca nie jest wykluczony z postępowania. Literalna wykładnia prawa nie pozostawia więc wątpliwości. Wyłącznie takie doświadczenie, które zamawiający ocenił jako potencjał niezbędny do realizacji zamówienia ustanawiając warunek udziału w postępowaniu służący eliminacji wykonawców niezdolnych do jego wykonania może pochodzić od podmiotów trzecich. W pozostałym zakresie doświadczenie (a także inny potencjał) nie będąc niezbędnym – nie mieści się w dyspozycji upoważniającej do powoływania się na normę art. 26 ust 2b. Przedstawioną wykładnię przepisu potwierdza orzecznictwo KIO, w tym orzecznictwo w sprawach, których podmioty poddawane obecnie ocenie były uczestnikami postępowania. Dla przykładu wyrok z dnia 5 marca 2012 r. sygn. akt 331/12 oraz 333/12.

W fazie 2 oceny wniosków – Betacom, Simple i Comp powinny więc otrzymać oceny za 3 (50 pkt), a nie 4 dostawy (66,67 pkt), a tym samym jedynie Thales S.A. uzyskiwałby w tej fazie ocenę za 4 dostawy (66,67 pkt) i zgodnie z zasadami ustalonymi przez zamawiającego, zajmowałby 5 lokatę w ocenie wniosków. Gdyby więc zamawiający niezgodnie z przepisem ustawy nie uwzględnił w zaliczanej do oceny liczbie dostaw, doświadczenia udostępnianego przez inne podmioty, to zmieniłoby wynik i wyższe miejsce po ocenie zajmowałby Thales S.A., który nie powołał się w żadnym przypadku na potencjał udostępniany.

Po drugie – przy ocenie doświadczenia wykonawców uwzględniono doświadczenie nabyte wcześniej niż 3 lata przed terminem składania wniosków, który upływał 27.10.2011 r. (zgodnie z pkt IV.3.4 ogłoszenia o zmianie ogłoszenia), a więc z naruszeniem postanowień III.2.3 ppkt 1 ogłoszenia w związku z postanowieniami o zasadach punktacji. A więc punkty z tytułu doświadczenia przyznawane przy ustalaniu listy wykonawców najlepiej spełniających warunek, będą odnosić się wyłącznie do doświadczeń spełniających wymogi ogłoszenia w zakresie warunków minimalnych. Muszą to być doświadczenia nie wykraczające poza okres 3 lat przed terminem składania wniosków. Przedstawione przez wykonawców doświadczenia są starsze. I tak – we wniosku Siemens, a także wnioskach Betacom oraz Simple i Comp, wykazano doświadczenie Siemens (udostępniane innym wymienionym wykonawcom), które zgodnie z treścią przedstawionej referencji pochodzącej od zamawiającego ZDM Warszawa jest wykonane do 2008 roku, jednak bez wskazania do jakiej daty. We wszystkich wspomnianych wnioskach wskazano, że jest to 20.11.2008 r. a więc, że wykonano do tego dnia prace. Faktu tego nie potwierdzają złożone dokumenty. Wynika z nich jedynie, że w 2008 r. wykonano niektóre z prac niezbędnych do spełnienia warunku, a daty nie określono w ogóle. Nie potwierdzono też należytości wykonania zobowiązań, a jedynie należytość techniczną, co nie pozwala przyjąć tej pozycji do oceny spełniania warunków. Należytość techniczna nie może być utożsamiana z należytych wykonaniem zamówienia, które powinno być potwierdzone składanymi dokumentami. Na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp, Zamawiający zobowiązany jest wymagać potwierdzenia należytego wykonania zamówienia, na które powołuje się wykonawca, kierując się pojęciem należytej

staranności z art. 355 Kc, która oznacza całokształt zachowań dłużnika, a nie tylko prawidłowe technicznie wykonanie czynności.

Zatem, wykonawcom, którzy posłużyli się wskazanym doświadczeniem nie powinny być przyznane punkty, powinni oni podlegać wykluczeniu ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podniósł, że uzupełnienie wykazu dostaw na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy nie może służyć do oceny spełniania tych warunków. Przepis ten stanowi w sposób jednoznaczny, że czynność uzupełniania dokumentów służy wyłącznie potwierdzeniu spełnienia warunku. W przypadku spełnienia warunku – wezwanie nie może mieć miejsca, gdyż nie jest możliwe wezwanie do uzupełnienia w celu poprawy oceny spełniania warunków.

Odwołujący wskazał, że dopuszczenie takiej sytuacji naruszałoby w rażący sposób art. 7 ust. 1 ustawy. Powołał się na wyrok SO w Świdnicy, sygn. akt VI Ga 57/07, w którym wskazano, że w przypadku braków innych niż te, które służą ocenie spełniania warunków, art. 26 ust. 3 ustawy nie może być podstawą czynności zamawiającego oraz wyrok SO w Katowicach, sygn. akt XIX Ga 229/07 (zakaz rozszerzającej interpretacji celu uzupełniania dokumentów). SO w Krakowie w wyroku z dnia 6 listopada 2009 r., sygn. akt XII Ga 317/09 orzekł, że *celem przetargu pozostaje wybór najkorzystniejszej oferty, spośród tych, które już na starcie będą spełniały podstawowe wymogi określone w SIWZ. Nie można zatem przyjąć, iż niezgodność, czy też nie spełnienie wymogów zamawiającego w tym to zakresie mogłaby być usunięta czy uzupełniana bądź to w drodze wzywania (art. 26 ust. 3 p.z.p.) oferenta do dostarczenia nowych charakterystyk środków.*

Z powyższych względów Odwołujący uznał, że przy prawidłowej ocenie wniosków zajęłby nie tylko pozycję wyższą niż Betacom, Simple i Comp, co pozwoliłoby uzyskać zaproszenie do składania ofert, ale również wyższą niż Siemens, gdyż doświadczenie wykazane przez tego wykonawcę zdobywane w ZDM Warszawa, także nie byłoby uwzględniane, jako nie spełniające wymogu należytego wykonania zadania, co w przypadku prekwalfikacji nie podlega uzupełnieniu.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że doświadczenie na które powołują się wykonawcy zakwalifikowani do składania ofert oraz poprzedzający na liście Odwołującego (tj. Siemens, Betacom, Simple oraz Comp), pochodzi w części w której wywarło wpływ na wynik postępowania od jednego podmiotu trzeciego – Siemens. Powołując się na art. 6 ust. 1 ustawy OKIK, Odwołujący podniósł, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na (...) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Odwołujący powołał się na opracowanie – Banasiński C., Piontek E., Ustawa o

ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2009, str. 194. Wskazał, że przedsiębiorcy (wykonawcy) Siemens oraz podmioty, którym udostępnił on własne doświadczenie oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia, uzgodniły (każdy z nich z Siemens) że ubiegając się o to samo zamówienie będą posługiwać się tym samym potencjałem. Odwołujący uznał, że takie porozumienie ma na celu lub jego skutkiem będzie ograniczenie konkurencji przez niedopuszczenie do składania ofert podmiotów nie objętych porozumieniem.

Odwołujący powołał się na stanowisko Prezesa UOKiK, który takie zachowania kwalifikuje jako dowód na wystąpienie zmowy przetargowej, na podstawie art. 231 Kpc (np. decyzja Prezesa UOKiK Nr RKT-22/2007 z dnia 16.07.2007 r.). *Ze względu na dyskrecjonalność czynności, o które opiera się zazwyczaj zмова przetargowa, w ocenie organu właściwego w sprawie, zasadne jest przyjęcie, że nawet brak bezpośrednich dowodów na udowodnienie praktyk ograniczających konkurencję czyni dopuszczalnym oparcie się na dowodach pośrednich, przez odwołanie się do przepisów Kpc dotyczących reguł odnoszących się do domniemań faktycznych. Stosownie do art. 231 Kpc, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów.* Odwołujący wskazał, że w decyzji z dnia 6 lipca 2007 r. Nr RLU Nr 28/2007, badając wystąpienie naruszającego prawo porozumienia, Prezes UOKiK uznał za naruszające konkurencję, porozumienie polegające na bezpłatnym udostępnieniu oprogramowania, gdyż eliminuje z rynku wykonawców, którzy mogą je sprzedać. Odwołujący wrócił też uwagę, że zgodnie z wyrokiem UOKiK naruszenie interesu publicznego ma miejsce przede wszystkim wówczas, gdy skutkami działań sprzecznych z przepisami prawa konkurencji dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, względnie, gdy działania te wywołują na rynku niekorzystne zjawiska (24 stycznia 1991 r., sygn. akt XV Amr 8/90).

Odwołujący wniósł o uznanie, że opisane zasady udostępniania doświadczenia rodzą skutek w postaci ograniczenia konkurencji, godzą w interes publiczny i tym samym jako zakazane porozumienia są nieważne z mocy prawa. Tym samym wnioski, w których wykazano doświadczenie pochodzące od Siemens powinny być poddane ocenie z pominięciem tego doświadczenia z zastosowaniem art. 58 § 1 w zw. z § 3 Kc oraz art. 6 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Pismem z dnia 4 maja 2012 r., Odwołujący, powołując się na wykładnię prawa opartą o przepisy dyrektywy 2004/18 cofnął odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy (wskazany wśród zarzutów wymienionych w czwartym tiret) odwołania, w sposób wskazany w uzasadnieniu (część uzasadnienia odwołania rozpoczynająca się od słów „po pierwsze...”, aż do kolejnego argumentu rozpoczynającego się od słów „po drugie...”). Przepis ten został naruszony jedynie w sposób wynikający z dalszej części uzasadnienia,

które zostanie uzupełnione podczas rozprawy przed Izba.

B. Imtech Infra B.V. - sygn. akt KIO 861/12.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na niezgodnej z prawem i ogłoszeniem o zamówieniu, ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w konsekwencji niezaprośzenie Odwołującego do składania ofert. Odwołujący wskazał, że legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, ponieważ złożył prawidłowy wniosek, który wskutek błędnej oceny pozostałych wniosków, został sklasyfikowany na pozycji 9, mimo że powinien być sklasyfikowany na pozycji 4 lub 5. Odwołujący stwierdził, że powinien zostać zaproszony do drugiego etapu postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 2b, art. 51 ust. 1, 1a i ust. 2 Pzp przez:

- 1) dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców będących w zмовie przetargowej,
- 2) nie dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców nie uczestniczących w tej zмовie, a także:
- 3) błędną ocenę wniosków polegającą na przyznaniu punktów wnioskodawcom, którzy wykazali spełnienie warunków udziału w postępowaniu za pomocą podmiotów trzecich oraz
- 4) błędne przyznanie punktów pozostałym wnioskodawcom.

Odwołujący wniósł o:

- 1) dopuszczenie do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców, którzy potwierdzili w swoich wnioskach spełnienie wymaganych przez Zamawiającego warunków, a także:
- 2) unieważnienie czynności polegającej na przyznaniu punktów,
- 3) dokonanie powtórnej czynności przyznania punktów i w konsekwencji zaproszenie Odwołującego do dalszego etapu postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, że w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający wskazał, iż zaprosi do dalszego udziału w postępowaniu wykonawców spełniających postawione warunki, którzy otrzymają najwyższą ocenę punktową spełniania warunków.

I. Odwołujący stwierdził, że z wyników oceny wniosków dowiedział się, iż 7 wnioskodawców na dowód swojego doświadczenia powołało się wyłącznie na zasoby podmiotów trzecich w odniesieniu do warunku wiedzy i doświadczenia. *Pięciu (5) z nich firmą, która udostępniła zasoby są firmy Siemens AG. i Siemens Sp. z o.o., która (...), jest również jednym z uczestników tego postępowania.* W ocenie Odwołującego, powyższe wskazuje na istnienie faktycznego powiązania pomiędzy tymi podmiotami.

Odwołujący uznał, że złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i

jednoczesne udostępnienie swojego potencjału innym wykonawcom, wskazuje na istnienie pomiędzy nimi współpracy w celu ograniczenia konkurencji i utrudnienia innym wykonawcom zakwalifikowania się na listę wykonawców zaproszonych do składania ofert. Odwołujący wskazał stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przedstawione w wynikach kontroli z dnia 20.03.2012 r. (UZP/DKUE/JW/10916/3809/12) dotyczącej postępowania prowadzonego przez Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, którego przedmiotem było Zaprojektowanie, realizacja i nadzór gwarancyjny systemów w ramach Projektu „Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania Zasobów Cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych”.

Odwołujący uznał, że w takiej sytuacji Zamawiający powinien co najmniej dopuścić do udziału w postępowaniu innych wnioskodawców, którzy spełnili warunki udziału w postępowaniu tak, aby planowana liczba pięciu (5) zaproszonych odzwierciedlała rzeczywistą konkurencję pomiędzy uczestnikami postępowania.

Odwołujący uznał, że w sytuacji, gdy kilka podmiotów powołuje się na to samo doświadczenie powinni oni być potraktowani jako nie gwarantujący konkurencji pomiędzy sobą, a zatem pozycja wszystkich tych wykonawców powinna być potraktowana tak, jak gdyby złożyli oni wspólny wniosek. Stwierdził, że w konsekwencji urzeczywistnienie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji wobec sytuacji, jaka ma miejsce w prowadzonym postępowaniu, powinno mieć ten wymiar, że Zamawiający winien dopuścić do dalszego etapu postępowania pozostałych spośród dwunastu (12) wykonawców, którzy złożyli wnioski udowadniając spełnienie postawionych warunków.

Odwołujący podkreślił, że opisana sytuacja nie jest jednostkowa, bowiem podobne miały i mają miejsce w przetargach organizowanych przez Zarząd Dróg Miejskich w Poznaniu i przez Urząd Miasta Rzeszowa, gdzie Zamawiający w ogłoszeniach o zamówieniach ograniczyli liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału do 5. Zamawiający zachowali się jednak odmiennie od obecnego Zamawiającego, gdyż wypełniając dyspozycję art. 7 ust. 1 Pzp, zgodnie z art. 51 ust. 1 Pzp, dopuścili, w ramach zmian warunków udziału w postępowaniu, do udziału nie pięciu (5) lecz dwudziestu (20) wnioskodawców (UM Rzeszów) oraz 10 (ZDM Poznań), rozumiejąc, że dyspozycja art. 51 ust. 1 Pzp, nakazuje zamawiającemu zachowanie konkurencji, która musi być rzeczywista, a nie pozorna.

Odwołujący podał, że zgodnie z informacją o wynikach oceny, do kolejnego etapu postępowania zostało zakwalifikowanych 12 wykonawców, w tym 5 wykonawców, którzy dla spełnienia warunków zamówienia polegali tylko i wyłącznie na zasobach w postaci referencji podmiotów trzecich, tj. firmy Siemens Sp. z o.o. oraz firmy Siemens AG. Odwołujący wskazał, że na etapie przed upływem terminu do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie mógł podnieść powyższego zarzutu, ze względu na fakt, że sytuacja naruszenia konkurencji ujawniła się po złożeniu wniosków i dokonaniu oceny tych

wniosków. Stąd uznał, że zarzut podnoszony wobec treści ogłoszenia byłby zarzutem przedwczesnym i jako taki nie podlegałby rozpatrzeniu.

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu wykorzystanie art. 26 ust. 2b Pzp prowadzi w konsekwencji do zmowy przetargowej, a tym samym do zachwiania mechanizmu konkurencji. Stworzenie sztucznej konkurencji na rynku zamówień publicznych nie sprzyja uczciwej konkurencji. Wykonawcy w rzeczywistości nie konkurują ze sobą, a mogą ustalić hierarchię, który z wykonawców, w jakiej kolejności ma wygrać przetarg.

II. Powołując się na treść pkt III.2.3. zdanie pod punktem 3 ogłoszenia o zamówieniu, Odwołujący wskazał, że wykonawca mógł powołać się *przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu na wiedzę i doświadczenie innych podmiotów, zgodnie z art. 26 ust. 2b UPZP*. W takiej sytuacji obowiązany był: *udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował 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*.

Odwołujący wywiódł, że z cytowanego fragmentu ogłoszenia wynika w sposób niebudzący wątpliwości możliwość powoływania się na zasoby podmiotów trzecich w ściśle określonym zakresie. Zakres ten wyznaczają opisane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Tym samym powołanie się przez wykonawcę na zasoby podmiotów trzecich możliwe jest jedynie dla udowodnienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Powyższa konstrukcja ogłoszenia, zdaniem Odwołującego, w pełni odpowiada normie art. 26 ust. 2b Pzp, który to ustęp zamieszczony jest wśród innych norm art. 26, w całości poświęconych kwestiom związanym z obowiązkiem spełnienia postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu.

Sposób spełniania postawionych warunków wskazuje norma art. 25 ust. 1 Pzp, do której odnosi się art. 26 ust. 4 Pzp. Odwołujący stwierdził, że żadna z norm art. 26 Pzp nie odwołuje się do art. 51 Pzp, co jest o tyle zrozumiałe, że ta pierwsza norma sytuuje się wśród norm Działu II - Postępowanie o udzielenie zamówienia, Rozdziału 1 zatytułowanego Odwołujący i wykonawcy, zaś ta druga odnosi się do czynności wykonywanych w trybie przetargu ograniczonego uregulowanych w Rozdziale 3 Oddziale 2. Na podstawie powyższego uzasadnienia, Odwołujący stwierdził, że nie jest możliwe stosowanie przepisu art. 26 ust. 2b Pzp dla dokonania punktowej oceny wniosków. Przepis ten ma jedynie zastosowanie dla dokonania oceny spełniania wymaganych warunków. Odwołujący wskazał zgodność przedstawionego poglądu z poglądem zaprezentowanym w opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (Informator UZP nr 11/2011 str. 23) przywołanej w wyroku z dnia 17 lutego 2012 r. (KIO 232/12 str. 6), jak również w wyroku KIO 243/12.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wskazał, że w przypadku oceny wnioskodawców sklasyfikowanych na pierwszych ośmiu pozycjach, Zamawiający, dokonując punktowej oceny

wniosków, popełnił zasadnicze błędy polegające na przyznawaniu punktów w zakresie doświadczenia wykazywanego na podstawie zasobów podmiotów trzecich.

Odwołujący przedstawił stanowisko w zakresie klasyfikacji wniosków następująco:

- 1) konsorcjum: Alcatel Lucent sp. z o.o., Indra Sistemas S.A. przedstawił referencje własne odnoszące się do dostawy ZSZ obejmującego największą (4) liczbę integrowanych systemów, za którą Zamawiający przyznał 100 pkt i tym samym sklasyfikował na pozycji nr 1, do czego Odwołujący nie wniósł zarzutów, wskazując jedynie ocenę tego wnioskodawcy jako właściwy punkt odniesienia dla pozostałych wniosków;
- 2) Sprint S.A. przedstawił jedynie 1 własną referencję odnoszącą się do oceny poziomu pierwszego, pozostałe referencje pochodzą od podmiotów trzecich, Odwołujący kwestionuje zasadność przyznania punktów za te spośród wykazanych dostaw, które poświadczone zostały referencjami pochodzącymi od podmiotów trzecich;
- 3) konsorcjum: Atrem S.A., ELTODO EG a.s. i PGB S.A. przedstawiło jedynie referencje pochodzące od podmiotów trzecich, w związku z czym nie powinno było otrzymać żadnych punktów. Zamawiający przyznał jednak odpowiednio wyliczone punkty, jak za udokumentowanie dostaw własnych;
- 4) Siemens Sp. z o.o. przedstawiło referencje własne odnoszące się do dostawy ZSZ obejmującej 3 integrowane systemy, 2 referencje własne dotyczące systemów ocenianych w poziomie drugim oraz inne referencje przedstawiane dla oceny poziomu trzeciego, wśród których znajdowały się zarówno referencje własne, jak pochodzące od podmiotów trzecich. Odwołujący zakwestionował zasadność przyznania punktów za te spośród wykazanych dostaw, które poświadczone zostały referencjami pochodzącymi od podmiotów trzecich;
- 5) Betacom S.A. przedstawił jedynie referencje pochodzące od podmiotów trzecich, w związku z czym nie powinien był w ogóle otrzymać żadnych punktów. Zamawiający przyznał mu jednak odpowiednio wyliczone punkty, jak za udokumentowanie dostaw własnych;
- 6) Simple S.A. przedstawił jedynie referencje pochodzące od podmiotów trzecich, w związku z czym nie powinien był w ogóle otrzymać żadnych punktów. Zamawiający przyznał mu jednak odpowiednio wyliczone punkty, jak za udokumentowanie dostaw własnych;
- 7) COMP S.A. przedstawił jedynie referencje pochodzące od podmiotów trzecich, w związku z czym nie powinien był w ogóle otrzymać żadnych punktów. Zamawiający przyznał mu jednak odpowiednio wyliczone punkty, jak za udokumentowanie dostaw własnych;
- 8) Thales Polska Sp. z o.o. przedstawił jedynie referencje pochodzące od podmiotów

trzecich, w związku z czym nie powinien być w ogóle otrzymać żadnych punktów. Zamawiający przyznał mu jednak odpowiednio wyliczone punkty, jak za udokumentowanie dostaw własnych;

- 9) Odwołujący Imtech Infra B.V. przedstawił własną referencję odnoszącą się do dostawy ZSZ obejmującego 2 integrowane systemy, za co powinien otrzymać odpowiednią liczbę punktów.

Reasumując, Odwołujący wskazał, że powinien znaleźć się w grupie 4 podmiotów złożonych z:

- 1) konsorcjum: Alcatel Lucent Sp. z o.o., Indra Sistemas S.A.,
- 2) Sprint S.A.,
- 3) Siemens Sp. z o.o.,
- 4) Imtech Infra B.V.,

którzy powinni otrzymać za posiadane doświadczenie odpowiednią liczbę punktów. Pozostali wykonawcy spośród wskazywanych w odwołaniu, nie powinni otrzymać punktów za wykazywane doświadczenie.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, że uplasowani na dalszych pozycjach wykonawcy, a mianowicie:

- 1) Bonair S.A., poz. 10,
- 2) Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „KONCEPT” Sp. z o.o., poz. 11
– przedstawili jedynie referencje pochodzące od podmiotów trzecich, w związku z czym nie powinni byli otrzymać żadnych punktów. Zamawiający przyznał im odpowiednio wyliczone punkty, jak za udokumentowanie dostaw własnych;
- 3) konsorcjum: Revenga Ingenieros Polska Sp. z o.o. i ELECTRONIC TRAFIC S.A. – przedstawiło referencje własne odnoszące się do dostawy ZSZ obejmującego 3 integrowane systemy oraz 1 referencję własną dotyczącą systemów ocenianych w poziomie drugim, za które powinno otrzymać odpowiednią liczbę punktów.

Konkludując, Odwołujący podał, że nawet biorąc pod uwagę konieczność przyznania punktów konsorcjum Revenga Ingenieros Polska Sp. z o.o. i ELECTRONIC TRAFIC S.A., Odwołujący winien być sklasyfikowany w grupie pierwszych pięciu podmiotów, którzy winni być zaproszeni do dalszego udziału w postępowaniu.

III. Odwołujący wskazał na jeszcze jeden aspekt prawny zagadnienia związanego z udostępnianiem zasobów trzecich i poddał pod rozwagę Zamawiającego zasadność i prawidłowość oceny spełniania warunków przez wykonawców, powołujących się na te same zasoby podmiotów trzecich. Podniósł, że zasadniczą kwestią w ocenie uprawnień wykonawcy związanych z udostępnianiem zasobów podmiotów trzecich jest prawidłowa transpozycja przepisu art. 47 ust. 2 oraz 48 ust. 3 Dyrektywy z dnia 31 marca 2004 r. Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE w sprawie koordynacji udzielania zamówień

publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dyrektywa klasyczna). Podkreślił, że art. 47 Dyrektywy klasycznej dotyczy wymogów odnoszących się do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, a art. 48 dotyczy wymaganych kwalifikacji technicznych lub zawodowych. W obydwu przypadkach Dyrektywa klasyczna przewiduje, że: *Wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. 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.*

Odwołujący wskazał, że w celu zrozumienia ustawodawcy unijnego należy uwzględnić, że wskazany przepis powstał w wyniku orzecznictwa ówczesnego Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości – orzeczenia: z dnia 14 kwietnia 1994. w sprawie C-389/92 „Ballast”, z dnia 18 grudnia 1997 r. w sprawie C-5/97 „Ballast”, z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 Holst Italia, a z dnia 18 marca 2004 r. w sprawie C-314/01 Siemens.

Zagadnienia rozpatrywane przez Trybunał w pierwszych trzech orzeczeniach dotyczyły możliwości powoływania się na zasoby grupy przez podmiot mający sytuację dominującą w tej grupie (orzeczenia Ballast), jak również przez podmiot należący do grupy, jednak nie posiadający w niej statusu podmiotu dominującego. Odwrotnie niż w przypadku podmiotu dominującego składającego ofertę, w którego przypadku możliwość powołania się na zasoby grupy jest oczywista, w tym drugim przypadku (orzeczenie Holst) sama przynależność podmiotu do grupy nie jest wystarczająca dla uznania możliwości powołania się na zasoby grupy. Taka możliwość będzie istniała pod warunkiem przeprowadzenia dowodu na okoliczność faktycznej możliwości skorzystania z konkretnego zasobu grupy.

Kolejne orzeczenie w sprawie Siemens pozwoliło wykonawcom wykazywać spełnienie wymaganych warunków w zakresie ich zdolności do wykonania zamówienia przy udziale proponowanych podwykonawców. Dopuszczalne będzie powołanie się na zasoby podmiotów trzecich (należących do grupy lub przyszłych podwykonawców) jedynie wtedy, gdy podmiot wykaże, że faktycznie może korzystać z jej zasobów. Ocena, czy taki wystarczający dowód został przeprowadzony, należy do sądu krajowego. Odwołujący zwrócił zatem uwagę, że możliwość powołania się na zasoby podmiotów trzecich zależy od spełnienia następujących przesłanek:

- 1) istnienie więzi prawnej pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasób,
- 2) przeprowadzenie dowodu, którego ocena należy do sądu krajowego, z którego niezbitcie ma wynikać, że wykonawca będzie miał do dyspozycji udostępniany zasób.

Odwołujący wskazał, że nie ma zatem możliwości powoływania się na zasoby doświadczenia podmiotu innego niż bezpośrednio zależny od składającego ofertę bez zobowiązania tego podmiotu do uczestnictwa w wykonywaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy.

Zobowiązanie to winno być następstwem wcześniejszego nawiązania więzi prawnej pomiędzy podmiotami. W sytuacji, która ma miejsce w przedmiotowym przetargu, Odwołujący zakwestionował możliwość powoływania się przez 6 wykonawców na te same zasoby podmiotów trzecich. Uznał, że skoro podmiot oferujący zasoby swego doświadczenia nawiązał więź prawną z jednym z takich wykonawców, zobowiązując się wobec niego do oddania mu do dyspozycji tych zasobów, to z kolejnym wykonawcą nie mógł nawiązać współpracy, bowiem jego zobowiązanie wobec tego pierwszego nie pozwala na to. Z przytoczonego wyżej orzecznictwa TS wynika, że powołujący się na zasoby musi udowodnić, że będzie faktycznie dysponował tymi zasobami. Z chwilą, gdy nie jest możliwe przeprowadzenie tego dowodu, Zamawiający winien uznać, że warunek wykazywany za pomocą zasobu podmiotu trzeciego nie został spełniony. Powyższe prowadzi do wniosku, że podwykonawca, na którego zasoby powołuje się wykonawca winien być, co do zasady, traktowany jako partner wykonawcy i jego możliwość uczestnictwa w postępowaniu winna być oceniana w sposób identyczny jak członek konsorcjum startującego w postępowaniu. W przypadku przyjęcia innej zasady, zastosowanie trybu przetargu ograniczonego, w którym zamawiający nie może zastosować żadnych sankcji za niezłożenie oferty przez zakwalifikowanych wykonawców, prowadzi do ograniczenia konkurencji.

Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - **Sprint S.A.**, zwany też „Przystępującym”, odniósł się w piśmie procesowym złożonym na rozprawie, m.in. do zarzutów przedstawionych w odwołaniach w świetle przepisów dyrektywy klasycznej, wskazując, co następuje:

I. W treści obu odwołań Odwołujący przedstawili, kwestionowaną przez uczestnika postępowania, wykładnię art. 26 ust. 2b Pzp, z której wynika, że podczas dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o której mowa w art. 51 ust. 2 Pzp, Zamawiający nie może uwzględniać potencjału udostępnionego wykonawcy przez inny podmiot na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp. Odwołujący uzasadniają argumentację o braku możliwości uwzględniania, przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 51 ust. 2 Pzp), potencjału innego podmiotu przez odwołanie się do użytego w treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp sformułowania „niezbędnymi zasobami”, tj. takimi które powodują, że wykonawca nie jest wykluczony z postępowania. W konsekwencji Odwołujący stwierdzają, że potencjał innego podmiotu może zostać udostępniony wykonawcy jedynie w celu wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a więc tych, których niespełnienie prowadzi do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

II. a) Z prezentowaną przez Odwołujących wykładnią art. 26 ust. 2b Pzp Przystępujący nie zgodził się, w szczególności nie uznał, że takie rozumienie art. 26 ust. 2b Pzp wynika z

wykładni literalnej przepisu. Przystępujący wskazał również, iż wbrew twierdzeniom Odwołujących, prezentowana przez nich wykładnia art. 26 ust. 2b Pzp nie znajduje potwierdzenia w orzecznictwie KIO, wskazał wyroki: z dnia 01.09.2011 r., sygn. akt KIO 1730/11, z dnia 13.10.2011 r., sygn. akt KIO 2103/11, z dnia 10.06.2011 r., sygn. akt KIO 1099/11 (skład 3 osobowy).

Przystępujący podniósł, że z treści art. 51 ust. 2 Pzp wynika, iż kryterium kwalifikacji na tzw. „krótką listę wykonawców” stanowi ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zatem warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Sposób oceny spełniania tych warunków określają z kolei przepisy art. 22 ust. 4 oraz art. 26 Pzp, który w ustępie 2b wskazuje, iż przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu należy uwzględniać nie tylko potencjał wykonawcy, ale również potencjał innego podmiotu, pod warunkiem, że wykonawca udowodni zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami tego podmiotu niezbędnymi do wykonania zamówienia. Skoro z art. 51 ust. 2 Pzp wynika, iż kryterium kwalifikacji na tzw. „krótką listę wykonawców” stanowi ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które stosownie do treści art. 26 ust. 2b Pzp, wykonawca może wykazać przez poleganie na potencjale innego podmiotu, to nie sposób przyjąć, że z treści art. 26 ust. 2b w związku z art. 51 ust. 2 Pzp wynika brak możliwości uwzględniania potencjału innego podmiotu przy sporządzaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. tworzeniu tzw. krótkiej listy wykonawców.

Przystępujący uznał, że w świetle wynikających z ogłoszenia o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu oraz określonych w nich kryteriów oceny spełniania warunków, odmowa przyznawania punktów za udostępniony wykonawcy potencjał innego podmiotu, stanowiłaby niedopuszczalną przepisami ustawy (art. 7 ust. 1), jak również przepisami prawa wspólnotowego dyskryminację wykonawców. W art. 44 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE, stanowiącym odpowiednik art. 51 ust. 2 Pzp, wskazano, że kryteria kwalifikacji na „krótką listę wykonawców” mają być obiektywne i niedyskryminacyjne. Skoro zatem, Zamawiający zdecydował, iż kryteria te będą oceniane poprzez pryzmat spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to pozbawione jest podstaw różnicowanie sytuacji wykonawców w zależności od tego czy wymaganym potencjałem wykonawcy dysponują, czy będą dysponować? W opinii Przystępującego, takie różnicowanie jest niedopuszczalne, gdyż wprost prowadziłoby do dyskryminacji małych i średnich przedsiębiorstw bazujących na potencjale innych podmiotów. Przystępujący odwołał się do komentarza, dotyczącego art. 44 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE, autorstwa Aleksandry Sołtyśńskiej (wyd. Zakamycze 2006), w którym stwierdzono: *Zamawiający powinien dokonać wyboru oferentów, opierając się na kryteriach takich samych dla wszystkich firm i niemających charakteru dyskryminującego. Odpowiednie zastosowanie jedynie kryteriów kwalifikacji stałoby w sprzeczności ze wspólnotową polityką wspierania rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw, dyskryminując je w stosunku do*

potentatów działających na danym rynku (S. Treumer, The Selection of Qualified Firms to be Invited to Tender under the EC Procurement Directives, PPLR 1998, nr 6, s. 152).

Przystępujący podkreślił, że skoro w świetle prawa wspólnotowego różnicowanie sytuacji wykonawców z punktu widzenia dysponowania własnym, czy też innego podmiotu potencjałem, stanowi niedopuszczalną dyskryminację, to nie można twierdzić, że takie różnicowanie przy kwalifikacji na krótką listę wykonawców jest dopuszczalne, gdy z art. 44 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE wynika w sposób jednoznaczny, iż kryteria kwalifikacji na tę listę mają być obiektywne i niedyskryminacyjne.

b) Przystępujący stwierdził, że zgadza się z Odwołującymi, iż możliwość polegania na potencjale innego podmiotu pojawia się jedynie w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia. Taki wniosek jest konieczny na gruncie praw wspólnotowej wykładni art. 26 ust. 2b Pzp, a zatem w świetle art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE. W szczególności nie ulega wątpliwości, iż korzystanie z art. 26 ust. 2b Pzp nie może być wykorzystywane przez wykonawców w sposób, który prowadziłby do ograniczenia konkurencji. Zagrożenie takie jest realne w przypadkach w których wykonawca samodzielnie spełniający warunki udziału w postępowaniu, w tym samym postępowaniu udostępnia swój potencjał innym wykonawcom, z którymi pozostaje w zmwowie, zwiększając tym samym swoje szanse uzyskania zamówienia.

Przystępujący w sposób jednoznaczny stwierdził, że ze wskazaną wyżej sytuacją stanowiącą niewątpliwie zagrożenie naruszenia uczciwej konkurencji, nie ma do czynienia w odniesieniu do złożonego przez niego wniosku. W szczególności, Przystępujący wskazał, że nie spełnia samodzielnie warunków udziału w postępowaniu, a tym samym poleganie przez niego na potencjale innych podmiotów, stwarza mu możliwość ubiegania się o zamówienie. Nie występuje sytuacja, w której poleganie na potencjale innych podmiotów, miałooby na celu jedynie zwiększenie szans Przystępującego na uzyskanie zamówienia.

Przystępujący wskazał, że podmioty na których potencjale bazuje, nie ubiegają się o to zamówienie, jak również nie udostępniły swojego potencjału innym wykonawcom ubiegającym się o zamówienie. Z podmiotami tymi Przystępujący pozostaje w stałych stosunkach gospodarczych i jest ich partnerem na polskim rynku. Ponadto, w treści zobowiązań tych firm załączonych do wniosku Przystępującego zawarte zostały jednoznaczne deklaracje co do realizacji zamówienia po stronie Przystępującego w formule podwykonawstwa z jednoczesnym wskazaniem, części zamówienia, której ono będzie dotyczyć.

Mając zatem na uwadze okoliczności takie jak: sytuacja Przystępującego (brak powiązania prawnego jak i faktycznego z jakimkolwiek z wykonawców ubiegających się o zamówienie), przedmiot zamówienia (możliwość wykonania go za pomocą podwykonawców) oraz szerokie wymagania w zakresie warunków udziału w postępowaniu, Przystępujący stwierdził, że ma

miejsce stosowna sytuacja, w rozumieniu art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE, uzasadniająca poleganie na potencjale innego podmiotu, a tym samym uzasadniająca przyznanie punktów w ramach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

c) Z ostrożności, Przystępujący również podkreślił, że w warunkach przedmiotowego postępowania wynikających z ogłoszenia o zamówieniu, brak jest jakichkolwiek opisów, które jako kryterium kwalifikacji na „krótką listę wykonawców” uczyniłyby posiadanie własnego potencjału. Powołał się na wyrok KIO z dnia 13.10.2011 r., sygn. akt KIO 2103/11, w którym wskazano: *Zamawiający może ustalić zasady punktacji spełniania warunków udziału w postępowaniu, a konkretnie legitymowania się określonym doświadczeniem ustalając, że dla niego większe znaczenie ma np. samodzielne spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w odróżnieniu od korzystania z „pożyczonego doświadczenia”. Określony warunek winien mieć przypisany sposób jego oceny. W takim przypadku wykonawca otrzymuje punkty nie za samo spełnianie poszczególnych warunków udziału w postępowaniu, ale za spełnianie danego warunku w większym lub lepszym stopniu.*

Przystępujący stwierdził, że składając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, działał zatem w zaufaniu do warunków postępowania określonych w ogłoszeniu o zamówieniu, a w jego treści nie było żadnych sformułowań, które wskazywałyby na uczynienie kryterium kwalifikacji na krótką listę wykonawców, posiadanie własnego doświadczenia.

W świetle wskazanych powyżej okoliczności, Przystępujący wniósł o oddalenie obu złożonych odwołań.

Przystępujący po stronie Zamawiającego **ATREM S.A., PBG S.A., ELTODO EG, a.s.** przedstawił w swoim przystąpieniu zasadność zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy do oceny warunków udziału w postępowaniu przy przyznawaniu punktów, odwołując się do przepisów ustawy i orzecznictwa Izby. Omówił zasady posługiwania się referencjami spółki córki.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględnieniu złożonych dowodów oraz wyjaśnieniu stron i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

I. Przepis art. 179 ust. 1 ustawy (przesłanka badana z urzędu według stanu na dzień wniesienia odwołań) stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Legitymacja czynna do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeśli spełnione są kumulatywne dwie przesłanki: odwołujący posiada lub

posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący spełniają przesłankę wynikającą z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy wnosząc odwołania, gdyż potwierdzenie zarzutów co do błędnej oceny wniosków i w następstwie tego zakwalifikowania wskazanych wykonawców na pozycje korzystniejsze od Odwołujących, może skutkować uzyskaniem przez Odwołujących zaproszenia do składania ofert.

Izba rozpoznając odwołania jest związana przedstawionymi zarzutami, natomiast o skuteczności wniesionych odwołań przesądza udowodnienie niezgodności czynności dokonanej przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

W ocenianym postępowaniu, Zamawiający opisał w niekwestionowanym przez wykonawców ogłoszeniu o zamówieniu, że do składania ofert zostanie zaproszonych 5 wykonawców, którzy zostaną wybrani na podstawie obiektywnych kryteriów wyboru ograniczonej liczby kandydatów, które to kryteria zostały opisane w pkt III.2.3 ogłoszenia - „zdolność techniczna” - odnośnie warunku wiedzy i doświadczenia, tj. warunku nr 2 oraz w pkt III.2.2. ogłoszenia - „zdolność ekonomiczna i finansowa”- odnośnie sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. warunku nr 1 udziału w postępowaniu (pkt IV.1.2). W pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu - „zdolność techniczna”, Zamawiający wymienił w ppkt I.1.2.3 żądane oświadczenia i dokumenty, jakie należy złożyć w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, podając w ppkt 3, że wymagane są dokumenty potwierdzające (np. referencja, protokół odbioru dostawy), że dostawy zostały wykonane należyście. Zamawiający wskazał, że wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu na wiedzę i doświadczenie innych podmiotów, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy, zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, że będzie dysponował 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 wykonywaniu zamówienia. Pisemne zobowiązanie innych podmiotów należało złożyć w oryginale. W dalszej części omawianego punktu, Zamawiający podał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą spełnianie warunków, określonych w art. 22 ust. 1 ustawy, dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia - warunek nr 2, podając przy opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Podał także, że do składania ofert zostanie zaproszonych 5 niepodlegających wykluczeniu wykonawców z najwyższą liczbą punktów oraz wskazał sposób przyznawania punktów. Z przedstawionej treści ogłoszenia o zamówieniu wynika, że Zamawiający opisał sposób dokonywania oceny spełniania warunku

posiadania wiedzy i doświadczenia, powołując się w całości na treść art. 26 ust. 2b ustawy (posłużył się cytatem) w zakresie „polegania na” wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów oraz, że ten sposób potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu przyjął do oceny wniosków w zakresie przyznania punktów niezbędnych do stworzenia listy wykonawców w liczbie 5, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert. Ustalenia wynikające z treści ogłoszenia o zamówieniu, co do zasady, nie były sporne oraz zostały w całości potwierdzone na rozprawie przez Zamawiającego, który przyznał, że spełnianie warunku udziału w postępowaniu oceniał w taki sam sposób w zakresie potwierdzenia przesądzającego o - możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz uzyskaniu oceny kwalifikującej wykonawcę do zaproszenia do składania ofert. Zamawiający wyjaśnił, że gdyby ograniczył stosowanie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy w zakresie oceny spełniania warunku (przyznania punktów), wówczas zamieściłby w ogłoszeniu o zamówieniu stosowny opis, którego treścią byłoby ostrzeżenie wykonawców przed powoływaniem się na zasób podmiotu trzeciego w zakresie przyznawania punktów z tytułu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

II. A. Thales Polska Sp. z o.o. - sygn. akt KIO 858/12

Po częściowym cofnięciu odwołania pismem z dnia 4 maja 2012 r., Odwołujący podtrzymał zarzuty wraz z uzasadnieniem w zakresie:

1) wskazania we wniosku Siemens Sp. z o.o. doświadczenia w postaci wykonania zadania na rzecz ZDM Warszawa z potwierdzeniem należytego wykonania i udostępnienia tego zasobu innym wykonawcom, tj. Betacom S.A., Simple S.A. i COMP S.A. Odwołujący zakwestionował należyte wykonanie zadania oraz wskazany okres jego realizacji; 2) zawarcia porozumienia przez Siemens Sp. z o.o., Betacom S.A., Simple S.A. oraz COMP S.A., naruszającego zasady konkurencji.

Odnosnie pierwszego zarzutu, Izba ustaliła, że we wniosku Siemens Sp. z o.o. - nr 8, podano w wykazie wykonanych dostaw, w poz. 2 na str. 30, wykonanie - data 20.11.2008 r. - Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem w Warszawie. Na potwierdzenie należytego wykonania dostaw załączono pismo Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie z dnia 29.10.2010 r. - potwierdzenie wykonania przedmiotu umowy DIZP/217/PN/162/05, str. 50-51 wniosku. Z pisma (referencji) wynika zakres jaki obejmowało zadanie, jego wartość oraz stwierdzenie, że prace zostały wykonane należycie pod względem technicznym.

Wykonawca Siemens Sp. z o.o. udostępnił ten zasób na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy (zadanie wraz z referencją) wykonawcom: Betacom S.A. - wniosek nr 18. W poz. 6 wykazu dostaw na str. 36 podano udostępnione zadanie oraz na str. 56-57 zamieszczono referencję; Simple S.A. - wniosek nr 19, dostawę wykazano w poz. 1 wykazu dostaw na str.

98 oraz referencję na str. 40 i 41; COMP S.A. - wniosek nr 2, w wykazie dostaw podano udostępnioną dostawę w poz. 1 na str. 36 oraz na str. 66 i 67 zamieszczono referencję. Wszystkim czterem wskazanym wykonawcom Zamawiający zaliczył po 3 dostawy i przyznał po 75 punktów.

Na rozprawie Odwołujący złożył, dopuszczone przez Izbę jako dowody w sprawie, dokumenty: pismo Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie z dnia 7 maja 2012 r. skierowane do Odwołującego oraz wystąpienie pokontrolne z dnia 19 czerwca 2009 r. Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy skierowane do dyrektora Zarządu Dróg Miejskich. Z dokumentów wynika, że prace wykonywane na podstawie umowy z dnia 9 czerwca 2006 r. Nr DIZP/217/PN/162/05 nie zostały zakończone (I obszar) w terminie wyznaczonym na dzień 31 października 2007 r. ani w dwóch dodatkowych terminach. Rzeczowe zakończenie projektu nastąpiło w dniu 23 grudnia 2008 r., a finansowe w dniu 30 grudnia 2008 r. Wykonawca został obciążony karami umownymi w granicach 18% wartości zadania.

Izba uznała stanowisko Odwołującego i przystępującego po stronie Odwołującego - Imtech Infra B.V., za zasadne w zakresie wskazanego zarzutu i podzieliła argumentację, że przez należyte wykonanie zamówienia należy rozumieć zgodnie z art. 355 § 1 Kc w zw. z art. 14 ustawy staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Należy więc uznać, że ocena należytej staranności powinna uwzględnić całokształt zachowań dłużnika, a nie tylko prawidłowe technicznie wykonanie czynności. Niedotrzymanie terminu wykonania prac, dwukrotne jego przedłużanie oraz obciążenie wykonawcy karami umownymi, nie może stanowić podstawy do uznania, że prace zostały wykonane należyście zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zamawiający przyznał, że wyłączenie tych prac, jako potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, spowoduje obniżenie oceny wykonawców, co doprowadzi do zmiany ich punktacji. W związku z udowodnieniem wskazanego zarzutu, Izba uwzględniła odwołanie.

W ocenie Izby, brak jest podstaw do uznania udowodnienia drugiego zarzutu wskazującego na zawarcie porozumienia przez wykonawców Siemens Sp. z o.o., Betacom S.A., Simple S.A. i COMP S.A. - art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Oceniając zarzut, Izba miała na uwadze, że przepis art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jest to przepis ogólny definiujący czyny nieuczciwej

konkurencji. Treścią przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów jest zakaz zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na (...) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu (...) warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Przez pojęcie „porozumienie”, zgodnie z definicją zawartą w słowniczku pojęć ustawowych (art. 4 pkt 5), należy rozumieć obok umów, uchwał i innych aktów zawieranych między przedsiębiorstwami, również uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców. Naruszenie zakazu zawierania porozumień skutkuje uznaniem wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji, jeżeli jego skutek znajduje odzwierciedlenie w którymś z przepisów definiujących czyny niedozwolone wskazane w części szczególnej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w art. 5-17 (stypizowane czyny nieuczciwej konkurencji).

Powołując się na stanowisko prezentowane przez Prezesa UOKiK, Odwołujący przyjął, że wobec braku bezpośrednich dowodów na udowodnienie praktyk ograniczających konkurencję, dopuszczalne jest oparcie się na dowodach pośrednich przez odwołanie się do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego dotyczących reguł odnoszących się do domniemań faktycznych. Wskazał, że na podstawie art. 231 Kpc, można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów.

Izba podnosi, że zgodnie z art. 185 ust. 7 Pzp do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Zatem, należy uznać, że wyłączone jest stosowanie przepisów dotyczących procesu. Postępowanie dowodowe przed Izbą zostało uregulowane w art. 190 Pzp. Przepis ust. 1 tego artykułu stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (...). W ust. 3 wskazano rodzaje dowodów. Zatem, rozstrzygnięcie Izby powinno być dokonane na podstawie przedstawionych dowodów, a nie na podstawie domniemania, czy chociażby uprawdopodobnienia.

W ślad za orzecznictwem sądowym i KIO, Izba przyjmuje pogląd, że *wyrażona w art. 6 Kc zasada nakłada ciężar udowodnienia faktu na osobę, która twierdzi i z tego twierdzenia wywodzi skutki prawne. Nawet uprawdopodobnienie zaistnienia okoliczności, które mogłyby ewentualnie potwierdzać zasadność zarzutu zmowy przetargowej nie może stanowić podstawy do uwzględnienia przez Izbę powyższego zarzutu - stosowne okoliczności muszą być dowiedzione w toku postępowania. (...) Izba opierając się na dokonanych ustaleniach uznała, że nie potwierdził się fakt zawarcia pomiędzy przedsiębiorcami porozumienia (...). Odwołujący nie przedstawił w toku postępowania dowodów potwierdzających niezbieżność fakt*

zawarcia porozumienia (...), którego treścią było ustalenie warunków składanych ofert co do oferowanej ceny, w celu pozbawienia możliwości uzyskania zamówienia przez odwołującego. W tym stanie rzeczy, Izba nie uwzględniła zarzutu w zakresie zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp (wyrok KIO z dnia 21 września 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 965/09, utrzymany w mocy przez Sąd Okręgowy w Warszawie – wyrok z dnia 9 lutego 2010 r., sygn. akt V Ca 2446/09, o treści w tej części: odnosząc się do zarzutu zmowy przetargowej należy tylko podzielić argumentację Krajowej Izby Odwoławczej, która uznała zarzut ten za nieudowodniony). W innym wyroku, z dnia z dnia 5 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2766/10, Izba stwierdziła, że skoro Odwołujący podnosi, iż w niniejszym postępowaniu dopuszczono się czynu nieuczciwej konkurencji w świetle art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), to powinien powyższe wykazać, wskazując w tym zakresie na konkretne dowody uzasadniające istnienie takiego porozumienia, tzw. zmowy przetargowej.

B. Imtech Infra B.V. - sygn. akt KIO 861/12.

Odwołujący sformułował zarzut - zawarcia zmowy przetargowej przez wykonawców i w związku z tym błędną ocenę wniosków dokonaną przez Zamawiającego. Uzasadnienie zarzutu wynika z przyjętego stanowiska, że zastosowanie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy do oceny wniosków, o której mowa w art. 51 ust. 2 ustawy (przyznanie punktów wnioskodawcom, którzy wykazali spełnienie warunków udziału w postępowaniu za pomocą zasobów podmiotów trzecich), jest nieuprawnione. Odwołujący jako niewłaściwe czynności Zamawiającego wskazał dokonanie oceny i przyznanie punktów za doświadczenie innego podmiotu, jak za własne doświadczenie wykonawcy.

Oceniając zarzut zmowy przetargowej Izba odwołuje się do uzasadnienia dotyczącego rozstrzygnięcia odwołania w sprawie sygn. akt KIO 858/12, którego argumentacja w pełni ma zastosowanie do uzasadnienia nieuwzględnienia zarzutu zmowy przetargowej przedstawionego w tym odwołaniu. Wskazuje dodatkowo wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 16 lutego 2012 r., sygn. akt X Ga 706/11, w którym Sąd stwierdził, że *odwołujący nie udowodnił, iż doszło do zmowy cenowej (w tej części podzielić należy stanowisko odwołującego, wielokrotnie już przytaczane w niniejszej sprawie, co do tego, że przedstawiony przez niego materiał analizować można co najwyżej w kategorii uprawdopodobnienia). Tymczasem w sprawie zastosowanie znajduje art. 6 Kc. W ocenie Sądu brak jest dowodu na zawarcie porozumienia wpływającego na ograniczenie konkurencji na rynku przez działania sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. (...). W przekonaniu Sądu Okręgowego również powiązania kapitałowe, osobowe i organizacyjne pomiędzy uczestnikami postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, a nawet podobieństwo graficzne części dokumentów nie dowodzą istnienia pomiędzy nimi porozumienia*

ograniczającego konkurencję. Ustawa nie limituje udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotów powiązanych kapitałowo, finansowo czy organizacyjnie (w tej kwestii podzielić należy pogląd zawarty w wyroku KIO z 10 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 163/11; KIO 164/11). W wyroku tym Sąd wskazał również istotną okoliczność, a mianowicie, że Izba opierając swoje rozstrzygnięcie w całości na domniemaniach w niniejszym postępowaniu przekroczyła granicę swobodnej oceny dowodów. Ocena Sądu potwierdza, że domniemania nie mogą stanowić podstawy rozstrzygnięcia Izby.

Odnośnie korzystania z zasobów podmiotów trzecich w zakresie oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia dla uzyskania punktów przesądzających o zaproszeniu wykonawcy do składania ofert, Izba uznała, że zgodnie z orzecznictwem sądowym kształtującym linię orzeczniczą Izby przez funkcję kontroli instancyjnej (skarga do sądu i skarga kasacyjna), istotne znaczenie dla oceny wskazanego zarzutu ma opis zawaty w ogłoszeniu o zamówieniu, dotyczący sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - art. 22 ust. 3 ustawy oraz ocena spełniania warunków - art. 51 ust. 2 ustawy.

W ogłoszeniu o zamówieniu, jak wskazano na początku uzasadnienia w części wspólnej dla obu odwołań, Zamawiający podał w pkt III.2.3, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą spełnianie warunków, określonych w art. 22 ust.1 ustawy, dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia - warunek nr 2, wskazując przy opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Podał także, że do składania ofert zostanie zaproszonych 5 niepodlegających wykluczeniu wykonawców z najwyższą ilością punktów oraz wskazał sposób przyznawania punktów. Zamawiający opisał sposób dokonywania oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, powołując się w całości na treść art. 26 ust. 2b ustawy w zakresie „polegania na” wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów oraz, że ten sposób potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, przyjął do oceny wniosków w zakresie przyznania punktów niezbędnych do stworzenia listy wykonawców w liczbie 5, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert. W wyroku z dnia 7 lutego 2011 r., sygn. akt V Ca 3036/10 Sąd Okręgowy w Warszawie orzekł, że *skarżący nie wykazał, że zamawiający dokonał oceny wniosków niezgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, a jedynie opierał się na własnym subiektywnym przekonaniu, że wybrani wykonawcy przygotowując swoje wnioski działali wspólnie w celu eliminacji z postępowania pozostałych oraz manipulowali wynikiem kwalifikacji wniosków. Na tę okoliczność poza omówioną wyżej kwestią oświadczenia złożonego w trybie art. 26 ust. 2b pzp nie przywołał żadnych dowodów.*

W tym samym wyroku Sąd powołując się na treść ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że *Podmiot, który udostępnia swój potencjał, nie jest związany stosunkiem prawnym z*

zamawiającym - nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu. Związek tego podmiotu z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi się on na wykorzystanie swoich zdolności przez wykonawcę w celu przedstawienia ich do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podstawą do udostępnienia potencjału jest stosunek prawny pomiędzy wykonawcą a tym podmiotem, przy czym ustawa nie stawia żadnych ograniczeń czy wymogów wobec tego stosunku. Podmiot taki może więc być podwykonawcą wykonawcy, mogą wiązać go stosunki korporacyjne (np. spółka matka udostępnia swój potencjał finansowy spółce córce) lub umowy cywilnoprawne (np. najmu sprzętu). Wykonawca może więc wykazać w procedurze oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, że dysponuje lub będzie dysponował zasobami innego podmiotu w zakresie m.in.: potencjału technicznego czy osób zdolnych do wykonania zamówienia - w zespole wykonawcy znajdują się osoby, które udostępnia mu inny podmiot.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że w toku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, tak jak w toku każdego etapu postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający zobowiązany jest stosować zasady oceny zgodnie z przyjętym opisem, nadanym znaczeniem warunków i kryteriami, w tym przypadku opisanymi w ogłoszeniu o zamówieniu.

Z ogłoszenia o zamówieniu jednoznacznie wynika sposób oceny doświadczenia i wiedzy, gdzie wskazano kilkakrotnie możliwość polegania na zasobach podmiotów trzecich. Ogłoszenie nie było kwestionowane w stosownym okresie. Na obecnym etapie postępowania Izba nie ma podstaw do nakazania Zamawiającemu dokonania zmiany sposobu kwalifikacji w celu ustalenia innej liczbowo listy wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert.

Izba dodatkowo podnosi, że w jej ocenie, przepis art. 26 ust. 2b ustawy ze względu na swoje usytuowanie w ustawie oraz treść pozostałych ustępów tego artykułu, a przede wszystkim ust. 1, dotyczy potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy. W związku z przepisem art. 51 ust. 1, 1a i 2 ustawy, brak jest podstaw w obowiązującym stanie prawnym, by uznać, że czynność zamawiającego zgodna z ogłoszeniem o zamówieniu, kwalifikuje się do uznania jej, jako naruszenie przepisu ustawy, o którym stanowi art. 180 ust. 1 (przesłanka zasadności odwołania).

Zatem Izba orzekła jak w sentencji - uwzględniła odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 858/12 i nakazała powtórzenie czynności, na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy oraz oddaliła odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 861/12 na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b, § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....