

Sygn. akt: KIO 1794/11

WYROK

z dnia 2 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Bank Zachodni WBK S.A. we Wrocławiu, Zespół Doradców Gospodarczych TOR Sp. z o.o. w Warszawie, prof. Marek Wierzbowski i Partnerzy – Adwokaci i Radcowie Prawni Sp. p. w Warszawie, Budoserwis Z.U.H. Sp. z o.o. w Chorzowie oraz HLB Sarnowski & Wiśniewski Sp. z o.o. w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Mazowieckie – Urząd Marszałkowski Województwa Mazowieckiego w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **F5 Konsulting Sp. z o.o. w Poznaniu oraz Salans, D. Oleszczuk Kancelaria Prawnicza sp. k. w Warszawie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Bank Zachodni WBK S.A. we Wrocławiu, Zespół Doradców Gospodarczych TOR Sp. z o.o. w Warszawie, prof. Marek Wierzbowski i Partnerzy – Adwokaci i Radcowie Prawni Sp. p. w Warszawie, Budoserwis**

Z.U.H. Sp. z o.o. w Chorzowie oraz HLB Sarnowski & Wiśniewski Sp. z o.o. w Poznaniu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Bank Zachodni WBK S.A. we Wrocławiu, Zespół Doradców Gospodarczych TOR Sp. z o.o. w Warszawie, prof. Marek Wierzbowski i Partnerzy – Adwokaci i Radcowie Prawni Sp. p. w Warszawie, Budoserwis Z.U.H. Sp. z o.o. w Chorzowie oraz HLB Sarnowski & Wiśniewski Sp. z o.o. w Poznaniu** 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 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Usługa sporządzenia analizy przedprywatyzacyjnej spółki Koleje Mazowieckie - KM Sp. z o.o.*” zostało wszczęte przez Województwo Mazowieckie – Urząd Marszałkowski Województwa Mazowieckiego w Warszawie, zwane dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2011/S 114-188798) w dniu 16 czerwca 2011 r.

W dniu 11 sierpnia 2011 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 19 sierpnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bank Zachodni WBK S.A. we Wrocławiu, Zespół Doradców Gospodarczych TOR Sp. z o.o. w Warszawie, prof. Marek Wierzbowski i Partnerzy – Adwokaci i Radcowie Prawni Sp. p. w Warszawie, Budoserwis Z.U.H. Sp. z o.o. w Chorzowie oraz HLB Sarnowski & Wiśniewski Sp. z o.o. w Poznaniu, zwanych dalej łącznie Odwołującym.

W dniu 25 sierpnia 2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: F5 Konsulting Sp. z o.o. w Poznaniu oraz Salans, D. Oleszczuk Kancelaria Prawnicza sp. k. w Warszawie, zwani dalej łącznie Przystępującym, doręczyli Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, a także oświadczenia i argumentację stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane na piśmie oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Stanowisko Odwołującego:

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia Przystępującego

oraz zaniechania uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą. Odwołujący podnosił, iż w jego ocenie Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Ponadto w przypadku dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełnienia drugiego z tych warunków złożył on Zamawiającemu nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Dokonanie przez Zamawiającego odmiennych ustaleń stanowiło, w ocenie Odwołującego, odpowiednio naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4), art. 24 ust. 2 pkt 3), art. 24 ust. 4 oraz art. 7 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3) i 4), art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia Przystępującego, uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą, dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej albo też unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przed Izbą.

Po zapoznaniu się z treścią odwołania postanowił on uwzględnić zarzuty postawione przez Odwołującego.

Stanowisko Przystępującego:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, na piśmie oraz na rozprawie przed Izbą.

Wniósł on sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W ocenie Odwołującego odwołanie powinno zostać oddalone jako niezasadne.

Przystępujący twierdził, iż należycie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie nie zawarł w dokumentach złożonych Zamawiającemu informacji nieprawdziwych mających wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Stąd też za niezasadne, w jego ocenie, należy uznać żądanie wykluczenia go z udziału w tym postępowaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie, dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego. Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego przedstawiony przez Odwołującego wraz z odwołaniem wydruk ze strony internetowej Przedsiębiorstwa Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. w Warszawie, zwanej dalej spółką PNI, oraz odpis z rejestru przedsiębiorców dotyczący spółki PNI. Ponadto zostały przeprowadzone wnioskowane przez Przystępującego dowody z dokumentów odnoszących się do spółki PNI – Izba zaliczyła zatem w poczet materiału dowodowego: oświadczenie członków zarządu PNI Sp. z o.o. z dnia 29 sierpnia 2011 r., oświadczenie pełnomocnika zarządu spółki PNI z dnia 29 sierpnia 2011 r., certyfikat bezpieczeństwa cz. A oraz cz. B wystawione na rzecz spółki PNI, licencję nr WPR/120/2005 wystawioną dla Zakładu Napraw Infrastruktury w Stargardzie Szczecińskim wraz z decyzją z dnia 20 listopada 2007 r. w zakresie zmiany nazwy podmiotu, na rzecz którego wystawiono licencje, tj. na rzecz spółki PNI, sprawozdanie sporządzone w dniu 28 lipca 2011 r. obejmujące wykaz przewozów wykonanych przez spółkę PNI odnoszący się do II kwartału 2011 r., zestawienie „Wskaźniki techniczno-eksploatacyjne taboru kolejowego” odnoszące się do II kwartału 2011 r., schemat organizacyjny spółki PNI, wyciąg z regulaminu organizacyjnego spółki PNI ze wskazaniem na § 25 oraz § 34 określający zakres działania wydziału przewozów kolejowych oraz odrębnie ustanowionego pełnomocnika zarządu ds. tych przewozów, a także wyciąg ze sprawozdania zarządu PNI Sp. z o.o. z działalności spółki ze wskazaniem na pkt 2.3.

Izba odmówiła przeprowadzenia wnioskowanych przez Odwołującego następujących dowodów:

- z opinii biegłego z zakresu wyceny i analizy przedsiębiorstw na okoliczność, że analiza stanu i perspektyw rozwoju spółki jest kluczowym elementem procesu analizy przedprywatyzacyjnej spółki, zaś inne analizy cząstkowe mają charakter uzupełniający wobec tej analizy – wobec ustalonego stanu prawnego odnoszącego się do analiz przedprywatyzacyjnych, Izba uznała, dowód ten powołany został jedynie dla zwłoki,
- z odpisów z rejestru przedsiębiorców oraz rejestru REGON dotyczących SALANS D. Oleszczuk Sp. k. oraz F5 Konsulting Sp. z o.o. – w uznaniu Izby treść powołanych odpisów nie może w żaden sposób potwierdzać zakresu prac wykonanych przez każdego z tych przedsiębiorców w przypadku każdej z dwóch usług wykazanych przez nich celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- z zeznań świadków członków rady nadzorczej spółki PNI, tj. Grzegorza B., Ryszarda S., Jerzego L., Agaty W., Tomasza S., na okoliczność, że spółka PIN nie działa w sektorze transportu, a w szczególności nie świadczy usług transportowych oraz z opinii biegłego z zakresu wyceny i analizy przedsiębiorstw na tę samą okoliczność – wobec przedstawionych przez Odwołującego dowodów (odpis z KRS spółki PNI oraz wydruk ze strony internetowej tej spółki) oraz dowodów przywołanych przez Przystępującego odnoszących się do spółki PNI, których prawdziwości i wiarygodności Odwołujący nie kwestionował, Izba uznała, iż dowody te zostały powołane jedynie dla zwłoki,
- z opinii biegłego z zakresu językoznawstwa na okoliczność rozumienia pojęcia „*działania w sektorze transportu*” – Izba uznała, iż dowód ten został powołany jedynie dla przedłużenia postępowania, gdyż znaczenie tego pojęcia ustalić można bez potrzeby odwoływania się do wiadomości specjalnych, w szczególności w gronie profesjonalnych Wykonawców, poprzez odwołanie się do semantyki oraz odniesienie do przedmiotu zamówienia,
- z opinii biegłego z zakresu wyceny i analizy przedsiębiorstw oraz z opinii biegłego z zakresu językoznawstwa – obie opinie przywołane zostały na okoliczność, że doradztwo prawne nie sposób uznać za „*doświadczenie w zakresie przygotowywania strategii prywatyzacji przedsiębiorstw działających w sektorze transportu*” – Izba uznała, iż dowód ten został powołany jedynie dla przedłużenia postępowania, gdyż znaczenie

tego pojęcia ustalić można bez potrzeby odwoływania się do wiadomości specjalnych, w szczególności w gronie profesjonalnych Wykonawców, poprzez odwołanie się do semantyki oraz odniesienie do przedmiotu zamówienia,

Izba odmówiła również przeprowadzenia wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z memorandum informacyjnego, analizy stanu i perspektyw rozwoju przedsiębiorstwa spółki oraz strategii prywatyzacji sporządzonych na zlecenie Polskich Kolei Państwowych S.A. z siedzibą w Warszawie w procesie prywatyzacji spółki PNI, które to dokumenty znajdują się w posiadaniu Polskich Kolei Państwowych S.A. w Warszawie. Zgodnie bowiem z § 24 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2011 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280) skład orzekający może zobowiązać jedynie strony oraz uczestników postępowania do przedstawienia dokumentów istotnych dla rozstrzygnięcia. Izba nie posiada natomiast kompetencji do wzywania podmiotów trzecich do składania Izbie jakichkolwiek dokumentów.

Izba odmówiła przeprowadzenia wnioskowanych przez Przystępującego dowodów z treści przedstawionych przez niego kopii ogłoszeń o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) odnoszących się do nich (ogłoszenie 2009/S 115-166 668, ogłoszenie nr 109 694-2009 oraz ogłoszenie nr 47698-2009). Wobec ustalonego stanu prawnego odnoszącego się do analiz przedprywatyzacyjnych, a także uwzględniając fakt, iż działania innych Zamawiających nie mogą służyć za punkt odniesienia dla oceny praworządności działań Zamawiającego w badanym zakresie, Izba uznała, dowód ten powołany został jedynie dla zwłoki.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w § 5 ust. 1 SIWZ wskazał, iż *„Warunkiem udziału w postępowaniu jest posiadanie przez Wykonawców wiedzy i doświadczenia koniecznych do wykonania zamówienia – Zamawiający uzna, że warunek ten został spełniony, jeżeli Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zrealizował co najmniej dwie analizy przedprywatyzacyjne przeprowadzone na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 17 lutego 2009 r. w sprawie analizy spółki, przeprowadzanej przed zaoferowaniem do zbycia akcji należących do Skarbu Państwa (Dz. U. z 2009 r. Nr 37, poz. 288 z późn. zm.) [zwanego dalej Rozporządzeniem w sprawie analizy spółki] podmiotów, których kapitały własne według stanu na datę sporządzenia analizy wynosiły co najmniej 400 000 000,00 PLN (słownie złotych: czterysta milionów) dla każdego z podmiotów.”* Ponadto w § 5 ust. 2 pkt 3) SIWZ poinformował on Wykonawców, iż *„2. Warunkiem udziału w postępowaniu jest dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający uzna*

warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca dysponuje lub będzie dysponował: (...) 3) co najmniej jedną osobą posiadającą doświadczenie w zakresie przygotowywania strategii prywatyzacji przedsiębiorstw działających w sektorze transportu”.

W celu wykazania spełniania powołanych warunków udziału w postępowaniu Zamawiający żądał w § 6 ust. 1 pkt 2) i 3) złożenia:

„2) wykazu wykonanych usług, w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości brutto, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługi te zostały wykonane należycie; w przypadku, gdy w wykazie usług Wykonawca poda wartości w innych walutach niż PLN, zamawiający dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przyjmie średni kurs NBP z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

3) wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami.”

W toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający w piśmie z dnia 14 lipca 2011 r. w odpowiedzi na pytanie jednego z Wykonawców:

„Czy, celem spełnienia warunku udziału w ww. postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia koniecznych do wykonania zamówienia, Zamawiający uzna, że warunek został spełniony, jeżeli Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert zrealizował w ramach analiz przedprywatyzacyjnych przeprowadzonych na podstawie rozporządzenia RM z dnia 17 lutego 2009 r. w sprawie analizy spółki, co najmniej dwa oszacowania wartości podmiotów, których kapitały własne wg stanu na datę sporządzenia wyceny wynosiły co najmniej 400 000 000 PLN?”

Czy celem spełnienia warunku udziału w ww. postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia koniecznych do wykonania zamówienia, Zamawiający wymaga legitymowania się przez Wykonawcę doświadczeniem w sporządzeniu wszystkich analiz, o których mowa w art. 32 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ppkt a i ppkt b ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji prywatyzacji, dla podmiotów, których kapitały własne wg stanu na datę sporządzenia analiz wynosiły co najmniej 400 000 000 PLN?”

udzielił następującej odpowiedzi:

„Warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu jest wykonanie należycie w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia - a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie - co najmniej dwóch analiz przedprywatyzacyjnych przeprowadzonych na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 17 lutego 2009 r. w sprawie analizy spółki, przeprowadzanej przed zaoferowaniem do zbycia akcji należących do Skarbu Państwa (Dz. U. z 2009 r. Nr 37, poz. 288 z późn. zm.) spółek, których kapitały własne według stanu na datę sporządzenia analizy wynosiły każdy co najmniej 400.000.000 zł. Powyższe odnosi się do sporządzenia kompletnych analiz przedprywatyzacyjnych dla co najmniej 2 spółek, których kapitały własne (każdej) według stanu na datę sporządzenia analizy wynosiły co najmniej 400.000.000 zł.”

Zamawiający opatrzył powołaną odpowiedź następującym komentarzem: *„Powyższe wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostaną doręczone niezwłocznie Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego www.zamowienia.mazovia.pl oraz dołączona do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i będą stanowić jej integralną część.”*

Wraz ze złożoną przez siebie ofertą Przystępujący przedstawił Zamawiającemu wykaz wykonanych usług oraz wykaz osób.

Powołany wykaz wykonanych usług obejmował wskazanie na dwie usługi. Pierwszą ze wskazanych usług było sporządzenie analizy spółki Międzynarodowe Targi Poznańskie Sp. o .o. w Poznaniu – usługę tę zrealizowało konsorcjum: F5 Konsulting Sp. z o.o. w Poznaniu oraz Domański Zakrzewski Palinka Sp. k. w Warszawie, drugą zaś – sporządzenie analizy spółki ENERGA S.A. w Gdańsku, którą zrealizowało konsorcjum Salans D. Oleszczuk Sp. k. w Warszawie, KPMG Adisory Sp. k. w Warszawie oraz KPMG Sp. z o.o. w Warszawie. Na potwierdzenie, że usługi te zostały wykonane należycie, Przystępujący złożył odpowiednie protokoły odbioru tych prac.

W wykazie osób Przystępujący jako osoby posiadające doświadczenie w zakresie przygotowania strategii prywatyzacji przedsiębiorstw działających w sektorze transportu wskazał w pozycji 8 – Małgorzatę K. (informując, iż sporządziła ona strategię prywatyzacji spółki PNI), pozycji 9 – Piotra D. (informując, iż jego doświadczenie obejmuje doradztwo przy strategii prywatyzacji spółki Dyrekcja Eksploatacji Cystern Sp. z o.o.) oraz pozycji 10 – Michała K.

Zamawiający w toku badania ofert uznał, iż Przystępujący wykazał w stopniu wystarczającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dokonał oceny złożonej oferty i uznał, iż jest ona najkorzystniejszą złożoną w postępowaniu.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący, podnosząc zarzuty odnoszące się do dokonanej przez Zamawiającego oceny faktu wykazania przez Przystępującego spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, opierał je na dokonanej przez siebie interpretacji treści odpowiedzi Zamawiającego zawartej w piśmie z dnia 14 lipca 2011 r. Wywodząc, iż odpowiedź tę należy interpretować w głównej mierze w kontekście pytania, twierdził, że Zamawiający udzielając wyjaśnień o takiej treści, zobowiązał Wykonawców w sposób jednoznaczny do wykazania się wykonaniem w ramach jednej pracy wykonaniem kompletnej analizy przedprywatyzacyjnej. W ocenie Odwołującego przez kompletną analizę przedprywatyzacyjną rozumieć należy takie opracowanie, które obejmuje wszystkie analizy opisane Rozporządzeniem w sprawie analizy spółki. Kierując się tym przekonaniem Odwołujący twierdził, iż praca ujęta w pozycji pierwszej wykazu nie obejmuje wykonania przygotowania kluczowego, w jego ocenie, z punktu widzenia procesu prywatyzacji dokumentu, tj. strategii prywatyzacji spółki, zlecanego na podstawie art. 32 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji (Dz. U. z 2002 r. Nr 171 poz. 1397 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą o komercjalizacji i prywatyzacji. Odwołujący podobnie w odniesieniu do drugiej wykazanej przez Przystępującego pracy stwierdził niekompletność ujętej tam analizy przedprywatyzacyjnej. W tym przypadku podnosił on, iż nie obejmowała ona wykonania analizy ustalenia stanu i perspektyw rozwoju przedsiębiorstwa spółki. Powołane braki w wykazywanym przez Przystępującego doświadczeniu Odwołujący ustalił w oparciu o załączone do wykazu wykonanych usług protokołów potwierdzających odbiór wykazywanych analiz. Wobec powyższego Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto wobec stwierdzonych przez siebie rozbieżności pomiędzy treścią wykazu wykonanych usług złożonego przez Przystępującego, a treścią załączonych do niego dokumentów złożonych

na potwierdzenie, iż wykazane w tym wykazie prace zostały wykonane należycie, Odwołujący zarzucał Zamawiającemu zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnienia powodu zaistnienia takich rozbieżności.

Odmiennej interpretacji wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 14 lipca 2011 r. dokonał Przystępujący. W jego ocenie błędne jest przekonanie, iż analiza przedprywatyzacyjna nie zawierająca elementów, wykonania których Minister Skarbu Państwa nie miał obowiązku zlecić, jest niekompletna. Twierdził on, iż niezbędnym elementem analizy przedprywatyzacyjnej, w świetle ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji, jest analiza mająca na celu ustalenie sytuacji prawnej majątku spółki oraz oszacowanie wartości przedsiębiorstwa. Pozostałe analizy opisane przepisami Rozporządzenia w sprawie analizy spółki mają charakter wspomagający, stąd też nie mogą zostać uznane za kluczowy jej element, którego brak przesądza o niekompletności analizy przedprywatyzacyjnej. Przystępujący twierdził ponadto, iż kompletność wykonanej analizy rozumieć należy jako wykonanie w pełnym zakresie opisanym przepisami rozporządzenia tych analiz, których wykonanie zostało zlecone przez Ministra Skarbu Państwa.

W ocenie Odwołującego powołane twierdzenia Przystępującego oparte zostały na obecnie obowiązujących przepisach, nie zaś tych, które były właściwe dla okresu wykonywania dokumentów, których wykonaniem mieli wykazać się Wykonawcy.

Izba stanęła na stanowisku, iż kompletność analizy przedprywatyzacyjnej oceniać należy w każdym przypadku indywidualnie, w świetle przepisów ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji, przepisów Rozporządzenia w sprawie analizy spółki oraz umowy na podstawie której Minister Skarbu Państwa zlecił wykonanie takiej analizy. Z uwagi na fakt, iż Zamawiający wymagał od Wykonawców wykazania się wykonaniem analiz przedprywatyzacyjnych przeprowadzonych na podstawie Rozporządzenia w sprawie analizy spółki wydanego w roku 2009, które w dniu rozpoznawania sprawy przez Izbę nie już obowiązuje, za właściwe Izba uznała, celem ustalenia pojęcia kompletności analizy przedprywatyzacyjnej, odwołanie się do przepisów ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji obowiązującej w czasie, w którym takie analizy mogły być wykonywane. A tym samym odwołanie się do przepisów powołanej ustawy, na podstawie których wydano rozporządzenie do którego odwołał się Zamawiający.

W ocenie Izby z odpowiedzi Zamawiającego zawartej w piśmie z dnia 14 lipca 2011 r. nie wynika bowiem w sposób wyraźny, iż wymagał on wykazania się wykonaniem analiz przedprywatyzacyjnych, które swym zakresem obejmowałyby wszystkie analizy opisane przepisami Rozporządzenia w sprawie analizy spółki. Brak w powołanym piśmie takich

postanowień. Wynika z niego jedynie to, że wykazywana analiza przedprywatyzacyjna przeprowadzona miała być na podstawie Rozporządzenia w sprawie analizy spółki. W ocenie Izby dokonana przez Odwołującego wykładnia powołanej odpowiedzi była nadinterpretacją nie opartą na literalnej treści tegoż pisma.

Izba ustaliła, iż Rozporządzenie w sprawie analizy spółki wydane w dniu 17 lutego 2009 r. zostało na podstawie art. 32 ust. 2 ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji. Treść art. 32 obowiązująca w dniu wydania tegoż rozporządzenia została ustalona ustawą z dnia 19 grudnia 2008 r. w sprawie zmiany ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji oraz ustawy o zasadach nabywania od Skarbu Państwa akcji w procesie konsolidacji spółek sektora elektroenergetycznego (Dz. U. 2009 r. Nr 13 poz. 70) i obowiązywała ona w tym kształcie od dnia 12 lutego 2009 r. do dnia 2 marca 2011 r. Co istotne zmiany dokonane z dniem 3 marca 2011 r. uznać należy za nie oddziałujące w sposób istotny na ocenę rozpoznawanej sprawy.

Zgodnie z art. 32 ust. 1 pkt 1) ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji, w kształcie obowiązującym od dnia 12 lutego 2009 r., Minister Skarbu Państwa przed zaoferowaniem do zbycia akcji Skarbu Państwa zleca dokonanie analizy mającej na celu ustalenie sytuacji prawnej majątku spółki oraz oszacowanie wartości przedsiębiorstwa. Użyte tu słowo „zleca” przesądza w ocenie Izby, iż Minister Skarbu Państwa był do takiego działania zobowiązany. Dalej, zgodnie z art. 32 ust. 1 pkt 2) ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji Minister Skarbu Państwa może zlecić dokonanie analiz w zakresie: „a) ustalenia stanu i perspektyw rozwoju przedsiębiorstwa spółki, b) oceny realizacji obowiązków wynikających z wymogów ochrony środowiska, c) innym, każdorazowo określonym, jeżeli wymaga tego ochrona interesu Skarbu Państwa”. Z przepisu tego wynika, iż decyzję o wykonaniu powołanych w nim analiz podejmował Minister Skarbu Państwa, nie był on bowiem do ich zlecenia zobowiązany, tak jak miało to miejsce w przypadku analiz ujętych w art. 32 ust. 1 pkt 1) ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji. Art. 32 ust. 2 ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji stanowiący podstawę do wydania Rozporządzenia w sprawie analizy spółki, stanowił, iż Rada Ministrów określi w drodze rozporządzenia zakres analizy, o której mowa w ust. 1. Przesądza on zatem, iż na kompletną analizę przedprywatyzacyjną składają się jej obligatoryjne elementy określone w art. 32 ust. 1 pkt 1) ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji, jak i elementy fakultatywne wskazane w art. 32 ust. 1 pkt 2) ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji, z zastrzeżeniem, iż ten drugi katalog nie jest katalogiem zamkniętym, o czym przesądza treść art. 32 ust. 1 pkt 2) lit. c) tejże ustawy. Co istotne dla oceny kompletności analizy przedprywatyzacyjnej § 8 Rozporządzenia w sprawie analizy spółki stanowi, iż „szczegółowe warunki, jakim powinna odpowiadać analiza

oraz jej opracowanie, określa się w umowie o jej dokonanie". Wobec powyższego kompletność analizy przedprywatyzacyjnej, na wykonanie której powołują się Wykonawcy, oceniać należy w kontekście umowy, na podstawie której została wykonana.

Zgodnie z § 15 Rozporządzenia w sprawie analizy spółki odbioru analiz dokonuje komisja powołana przez Ministra Skarbu Państwa.

Izba ustaliła, iż do złożonego przez Przystępującego wykazu wykonanych usług załączone zostały na potwierdzenie wykonania pracy ujętej w nim w pozycji 1 protokoły z posiedzenia Zespołu ds. odbioru zamówionych Dzieł związanych z prywatyzacją Spółki Międzynarodowe Targi Poznańskie Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu obradującego w dniu 3 marca 2010 r. oraz w dniu 28 marca 2010 r. Na potwierdzenie wykonania pracy ujętej w pozycji 2 powołanego wykazu Przystępujący przedstawił protokół z posiedzenia obradującego w dniu 11 sierpnia 2010 r. Zespołu ds. odbioru zamówionych Dzieł związanych z prywatyzacją Spółki ENERGA S.A. z siedzibą w Gdańsku. Każdy z powołanych protokołów zawiera wyraźne wskazanie, które z analiz opisanych Rozporządzeniem w sprawie analizy spółki zobowiązany był wykonać Wykonawca. W każdym protokole Komisja dokonująca odbioru stwierdza, iż ostatecznie zakres zrealizowanych prac stanowi wykonanie odpowiednich postanowień umowy oraz, że *„wykonane i odebrane dzieło spełnia wymagania w zakresie metodologicznej poprawności i kompletności w rozumieniu postanowień umowy”*. W każdym z tych protokołów znajduje się również stwierdzenie, iż odbierane *„dzieło może stanowić podstawę dalszych czynności prywatyzacyjnych”*. Uwzględniając takie ustalenia Komisje odbierające wykazane przez Przystępującego prace dokonywały odbioru tych prac i rekomendowały wypłacenie wynagrodzenia za ich wykonanie.

W kontekście powołanego warunku Odwołujący podnosił ponadto, że choć dopuszczalne jest sumowanie doświadczeń konsorcjantów, to jednak charakter procesu analizy przedprywatyzacyjnej, wymagający wysokospecjalistycznej wiedzy w wąskich dziedzinach sprawia, że nie można przyjąć, że doświadczenie w wykonaniu, w ramach konsorcjum, wąskiego wycinka danej analizy uprawnia do przypisywania sobie doświadczenia nabytego przez wszystkie podmioty tego konsorcjum. Kierując się tym przekonaniem twierdził on, iż z uwagi na przedmiot działalności ujawniony w dokumentach każdego z dwóch podmiotów, które wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia (Przystępujący, tj. F5 Konsulting Sp. z o.o. w Poznaniu oraz Salans, D. Oleszczuk Kancelaria Prawnicza sp. k. w Warszawie), wynika, iż nieprawdopodobnym jest, aby zrealizowały one pełen zakres analiz przedprywatyzacyjnych zleczanych do wykonania konsorcjum różnych Wykonawców, w którym uczestniczyła czy to F5 Konsulting Sp. z o.o. w Poznaniu (pozycja 1

wykazu wykonanych usług), czy to Salans, D. Oleszczuk Kancelaria Prawnicza sp. k. w Warszawie (pozycja 2 wykazu wykonanych usług).

Izba stanęła na stanowisku, iż argumentacja Odwołującego w tym zakresie nie może zostać uznana za właściwą. W ocenie składu orzekającego każdy uczestnik konsorcjum w przypadku wspólnego zrealizowania zamówienia, nabywa doświadczenie w wykonywaniu tego zamówienia. Realizując wspólnie zamówienie wykonawcy ponoszą solidarną odpowiedzialność za jego wykonanie. Wspólnie też uzyskują niezbędne doświadczenie w realizacji prac będących przedmiotem zamówienia. Każdy z nich zatem może w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego posługiwać się otrzymanymi dokumentami referencyjnymi potwierdzającymi należyte wykonanie wspólnie zrealizowanego przedmiotu zamówienia. Doświadczenia tego nie można, jak chciałby tego Odwołujący, ograniczać jedynie do czynności faktycznie wykonywanych przez poszczególnych konsorcjantów.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż każdy z konsorcjantów, tak F5 Konsulting Sp. z o.o. w Poznaniu, jak i Salans, D. Oleszczuk Kancelaria Prawnicza sp. k. w Warszawie uprawnieni byli celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia do posłużenia się dokumentami referencyjnymi potwierdzającymi, że wykonali oni należyte zamówienie wspólnie z innymi podmiotami.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż Zamawiający miał podstawy ku temu, aby uznać, że Przystępujący, w przywołanym powyżej zakresie, wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający nie miał również obowiązku do wzywania Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Izba uznała, iż zarzucana przez Odwołującego niezgodność między wykazem, a załączonymi do niego protokołami odbioru, nie zachodziła. Stąd też Zamawiający nie musiał jej wyjaśniać.

Odwołujący zarzucał ponadto Zamawiającemu, iż ten zaniechał wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia z uwagi na fakt, iż ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a przy tym złożył Zamawiającemu w celu wykazania spełniania tegoż warunku nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Wobec powyższego Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3) i 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Podnosząc powołane zarzuty Odwołujący kierował się przekonaniem, iż z treści § 5 ust. 2 pkt 3) SIWZ wynika, iż Zamawiający oczekiwał od Wykonawców wykazania dysponowania osobą która posiada doświadczenie w zakresie przygotowywania strategii prywatyzacji przedsiębiorstw działających w sektorze transportu. Wywodził przy tym, iż za przedsiębiorstwo działające w sektorze transportu nie można uznać takiego, które jedynie zadeklarowało prowadzenie takiej działalności w dokumentach rejestrowych. W toku rozprawy przed Izbą uzupełni tę argumentację, o stwierdzenie, iż nie może zostać za takie przedsiębiorstwo uznane również takie, dla którego działalność transportowa ma marginalne znaczenie. Aby uznać, że przedsiębiorstwo działa w sektorze transportu, wg rozszerzonego stanowiska Odwołującego, niezbędnym jest, aby działalność transportowa przynosiła mu co najmniej 5% ogółu jego przychodów.

Mając na uwadze powyższe twierdzenia, Odwołujący podnosił, iż spółka PNI, której strategię prywatyzacji sporządziła wskazana w pozycji 8 wykazu osób Małgorzata K., nie jest przedsiębiorstwem działającym w sektorze transportu. W odwołaniu twierdził, on, iż wpis w rejestrze przedsiębiorców o prowadzeniu takiej działalności, jak też informacje na stronie tejże spółki o tej samej treści, są jedynie pustymi zapisami. Spółka ta bowiem zajmuje się w głównej mierze działalnością budowlaną. Co istotne Odwołujący sam wniósł o przeprowadzenie dowodu z powołanego odpisu z KRS dotyczącego spółki PNI oraz wydruku z jej strony internetowej. Zgodnie z ich treścią spółka PNI prowadzi działalność transportową, m.in. z zakresu transportu kolejowego. W toku rozprawy, wobec przedstawienia przez Przystępującego szeregu pisemnych dowodów, na potwierdzenie faktu, iż spółka PNI prowadzi działalność transportową, Odwołujący nie kwestionując wiarygodności tych dowodów, ani też faktów, które one potwierdzały, zwracał jedynie uwagę na marginalne znaczenie tej działalności w strukturze przychodów spółki PNI.

Izba stanęła na stanowisku, iż z treści § 5 ust. 2 pkt 3) SIWZ nie sposób wywieść, że zamawiający oczekiwał, iż osoba, którą wskaże Wykonawca, będzie posiadała doświadczenie w zakresie przygotowywania strategii prywatyzacji przedsiębiorstwa, którego głównym lub co najmniej znaczącym źródłem przychodów jest prowadzona przez nie działalność transportowa. W ocenie Izby analiza powołanego zapisu SIWZ, pozwala jedynie stwierdzić, iż wystarczającym jest, aby przedsiębiorstwo to prowadziło jakąkolwiek działalność transportową, nawet o marginalnym dla niego znaczeniu. Pozwoli to bowiem stwierdzić, iż działa ono w sektorze transportu. Do takiej działalności, bez określenia jej zakresu, odnosił się bowiem badany warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, w oparciu o dowody przedstawione w tym zakresie przez Odwołującego i Przystępującego, iż spółka PNI prowadzi działalność transportową, a zatem działa w sektorze transportu. Tym samym Małgorzata K. legitymuje się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem.

Wobec przyznania przez Przystępującego, iż Michał K. został ujęty w wykazie na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w § 5 ust. 2 pkt 3) SIWZ przez pomyłkę, Izba uznała, iż przyznał on zasadność twierdzeń formułowanych przez Odwołującego, że osoba ta nie posiada odpowiedniego doświadczenia.

W odniesieniu do wykazanego doświadczenia Piotra D., Izba uznała, iż nie jest ono wystarczające dla uznania, że potwierdza ono warunek opisanego w § 5 ust. 2 pkt 3) SIWZ. Zgodnie bowiem z treścią wykazu osoba ta, nie ma doświadczenia w przygotowywaniu strategii prywatyzacji przedsiębiorstwa, a jedynie w doradzaniu osobom, które ją przygotowywały. W ocenie Izby nie jest to doświadczenie o wystarczającym zakresie, wymaganym przez Zamawiającego.

Biorąc jednak pod uwagę fakt, iż Wykonawcy zobowiązani byli wskazać co najmniej jedną osobę, która posiada doświadczenie skonkretyzowane w § 5 ust. 2 pkt 3) SIWZ, Izba uznała, iż Przystępujący wykazał spełnianie tegoż warunku. Wymaganym doświadczeniem legitymuje się bowiem Małgorzata K.

Uwzględniając poczynione ustalenia Izba uznała, iż Zamawiający nie miał podstawy ku temu, aby uznać, że Przystępujący w tym zakresie nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego dysponowania osobami o wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniu. Tym samym nie mógł również zarzucić Przystępującemu, jak chciałby tego Odwołujący, zawarcia w złożonych wraz z ofertą dokumentach nieprawdziwych informacji.

Dlatego też Izba uznała, iż Odwołujący nie udowodnił w powyższym zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe Izba uznała, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4), art. 24 ust. 2 pkt 3), art. 24 ust. 4 oraz art. 7 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3) i 4), art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3) lit. a) ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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: