

**Sygn. akt: KIO 2357/2012**  
**KIO 2369/2012**

**WYROK**  
**z dnia 12 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Robert Skrzyszewski  
**Członkowie:** Małgorzata Rakowska  
Ewa Sikorska

**Protokolant:** Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2012 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2012 r. przez:

- A. wykonawcę **Apator Rector sp. z o.o., 65-079 Zielona Góra, ul. Dąbrowskiego 69 (sygn. akt: KIO 2357/12),**
- B. wykonawcę **it Works S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 41 C (sygn. akt: KIO 2369/12),**

w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Świętokrzyskie - Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego, 25-516 Kielce, al. IX Wieków Kielc 3,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: DahliaMatic Sp. z o.o., SHH Sp. z o.o., 00-120 Warszawa, ul. Złota 59** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 2357/12 oraz KIO 2369/12 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1.uwzględnia oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,**

**2.kosztami postępowania obciąża Województwo Świętokrzyskie - Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego, 25-516 Kielce, al. IX Wieków Kielc 3,**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Apator Rector sp. z o.o., 65-079 Zielona Góra, ul. Dąbrowskiego 69 (sygn. akt: KIO 2357/12)** oraz wykonawcę **it Works S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 41 C (sygn. akt: KIO 2369/12)** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Województwa Świętokrzyskiego - Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego, 25-516 Kielce, al. IX Wieków Kielc 3** na rzecz wykonawcy **Apator Rector sp. z o.o., 65-079 Zielona Góra, ul. Dąbrowskiego 69 (sygn. akt: KIO 2357/12)** i wykonawcy **it Works S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 41 C (sygn. akt: KIO 2369/12)** kwotę **37 548 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy pięćset czterdzieści osiem złotych zero groszy), w tym:

A. kwotę **18 948 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset czterdzieści osiem złotych zero groszy) od **Województwa Świętokrzyskiego - Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego, 25-516 Kielce, al. IX Wieków Kielc 3** na rzecz wykonawcy **Apator Rector sp. z o.o., 65-079 Zielona Góra, ul. Dąbrowskiego 69 (sygn. akt: KIO 2357/12)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz dojazdu na rozprawę,

B. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od **Województwa Świętokrzyskiego - Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego, 25-516 Kielce, al. IX Wieków Kielc 3** na rzecz wykonawcy **it Works S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 41 C (sygn. akt: KIO 2369/12)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 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 **w Kielcach**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 2357/12**

**KIO 2369/12**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający: Województwo Świętokrzyskie - Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego, al. IX Wieków Kielc 3, 25-516 Kielce wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na „Budowę i wdrożenie Systemu Informacji Przestrzennej Województwa Świętokrzyskiego (SIPWŚ)”, nr postępowania DO A. III.272.1.84.2011.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 10 września 2011r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2011/S 174-285715.

Do przedmiotowego ogłoszenia dołączono wzór wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazał w ogłoszeniu, jakim doświadczeniem musi legitymować się wykonawca, który chce zostać dopuszczony do udziału w postępowaniu, zaś dodatkiem nr 2 do wniosku była tabela z podziałem na kategorie określone przez Zamawiającego, którą należało wypełnić stosownie do jej treści, przedstawiając doświadczenie potwierdzające żądania Zamawiającego.

Nadto w tabeli tej umieszczono w poszczególnych miejscach tytuły, pod którymi należało wpisać zamówienia spełniające przewidziane przez Zamawiającego warunki.

Zamawiający określił w ogłoszeniu, że jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki będzie większa niż 5, zaprosi do składania ofert Wykonawców, którzy otrzymają największą łączną liczbę punktów wynikających z oceny spełniania warunków udziału według poniższej zasady i zastosuje kwalifikację w postaci przyznania każdemu z Wykonawców punktów w sposób opisany w zamówieniu, ustalając, co do zasady regułę, że za każde zamówienie przyznany zostanie 1 punktów, przy czym ogólna liczba punktów uzyskania w jednej kategorii nie może być większa niż 5.

## KIO 2357/12

Odwołujący: Apator Rector sp. z o.o. - ul. Dąbrowskiego 69, 65 - 079 Zielona Góra  
wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co którego otrzymał od Zamawiającego  
wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień  
publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, o  
uzupełnienie dokumentów.

Jednocześnie po otrzymaniu pisma Odwołujący wyjaśnił w trybie art. 87 ust. 1 ustawy  
Pzp, że wszystkie wskazane przez niego w tabeli zamówienia spełniają wymogi określone  
przez Zamawiającego w ogłoszeniu.

Odwołujący nie powoływał żadnych nowych zamówień, ani też nie składał  
dodatkowych referencji.

Następnie Zamawiający skierował do odwołującego pismo w trybie art. 26 ust 4  
ustawy Pzp o złożenie wyjaśnień w zakresie I warunku poz.1, 2, 3, 4, 5 i Odwołujący  
wyjaśnienia złożył.

W dniu 19 października 2012 r. Zamawiający dokonał oceny spełnienia warunków  
udziału w postępowaniu, w której to ocenie pominął zamówienia przedstawione przez  
Odwołującego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu (warunki I, II,  
III), jednocześnie wskazując, iż każde z zamówień potwierdza spełnianie warunku udziału w  
postępowaniu.

Zamawiający wskazał, iż nie wziął pod uwagę zamówień przy punktacji z uwagi na:

- przy warunku I: „dokumenty dotyczące tych zamówień zostały uzupełnione na  
wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Dyspozycja w/w/ przepisu  
pozwala na uzupełnienie dokumentów tylko w celu wykazania spełniania warunków udziału  
w postępowaniu, a więc w stopniu minimalnym, nie zaś na składanie dokumentów dla  
uzyskania lepszej pozycji w rankingu”

- przy warunkach nr II i III: „dokumenty dotyczące tych zamówień zostały uzupełnione  
na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Dyspozycja w/w/ przepisu  
pozwala na uzupełnienie dokumentów tylko w celu wykazania spełniania warunków udziału  
w postępowaniu, a więc w stopniu minimalnym, nie zaś na składanie dokumentów dla  
uzyskania lepszej pozycji w rankingu. Ponadto składając dokumenty dotyczące powyższych  
zamówień Wykonawca polega na zasobach podmiotu trzeciego, co zgodnie z treścią art. 26  
ust. 2 b ustawy może mieć miejsce jedynie w celu wykazania spełniania przez Wykonawcę

warunków udziału w postępowaniu”.

Odwołujący nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego wniósł w dniu 29 października 2012r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wskazał, że przedmiotowe odwołanie zostało wniesione od:

1. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na nieuznaniu w przyznawanej punktacji zamówień przedstawionych przez Odwołującego, które potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu w warunku I, II i III, pomimo że Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego, z których wynikało, że przedstawione przez niego zamówienia potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu i powinny być brane pod uwagę w punktacji;

2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany, tj. zaniechania zaproszenia Odwołującego do składania ofert, pomimo że Odwołujący spełnił warunki stawiane przez Zamawiającego i Zamawiający winien uwzględnić w punktacji przedstawione przez Odwołującego zamówienia;

3. niezgodnego z prawem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

a) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

b) naruszenie przepisu art. 51 ustawy Pzp - poprzez bezprawne i bezzasadne uznanie, że Odwołujący nie zakwalifikował się do udziału w przedmiotowym postępowaniu na skutek dokonania przez Zamawiającego oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków oraz w konsekwencji niezaproszenie Odwołującego do złożenia oferty;

c) naruszenie przepisu art. 26 ust. 4 Pzp poprzez brak skorzystania z informacji złożonych przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie o złożenie wyjaśnień.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i przyznania Odwołującemu punktów za przedstawione zamówienia zgodnie z zasadami określonymi przez Zamawiającego w ogłoszeniu (tj. 1 pkt za każde za

zamówienie, nie więcej niż 5 punktów w jednej kategorii);

a) nakazanie Zamawiającemu prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

b) zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa prawnego według spisu kosztów przedstawionego na rozprawie.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Odwołujący zażądał od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie z wskazanymi powyżej żądaniami odwołania.

Odwołujący stwierdził, że wypełnił stosownie do zobowiązania Zamawiającego tabelę, umieszczając w niej na potwierdzenie możliwości udziału w postępowaniu zamówienia przez siebie zrealizowane.

Wskazał, że Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie, czy przedstawione zamówienia spełniają oczekiwane przez Zamawiającego kryteria, a Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia.

Poza tym zdaniem Odwołującego - już z samej treści wypełnionego załącznika wynikało, że wszystkie przewidziane przez Zamawiającego kryteria zamówienia spełniają, bowiem w sporządzonej przez Zamawiającego tabeli wyznaczono miejsca do wpisywania poszczególnych zamówień, a opis tych miejsc nie pozostawiał wątpliwości, co do danych, które miałyby być zawarte.

Zarzucił, że Zamawiający w sporządzonych przez siebie i dołączonych do ogłoszenia dokumentach nie wskazał, iż oczekuje jakiegoś specjalnego sposobu uzupełnienia tych dokumentów.

Według Odwołującego skoro sposób taki nie został przez Zamawiającego przewidziany, to Odwołujący wypełnił tabelę zgodnie z jej treścią, przedstawiając zamówienia spełniające oczekiwania Zamawiającego w zakresie stawianych przez niego kryteriów.

Zauważył, że po zwróceniu się do Odwołującego o wyjaśnienia ten niezwłocznie, w określonym przez Zamawiającego terminie wskazał, iż wszystkie zamówienia przez niego przedstawione spełniają kryteria przewidziane przez Zamawiającego.

Zwrócił uwagę na fakt, iż Odwołujący nie dokonał uzupełnienia zamówień ani ich

zmiany w żadnym zakresie, potwierdził jedynie w trybie wyjaśnienia, że złożył wniosek w oparciu o kryteria przedstawione przez Zamawiającego.

Z tego względu – w ocenie Odwołującego - nie jest uprawnione stanowisko Zamawiającego, że w związku z uzupełnieniem dokumentów (do którego nie doszło) pominął on w ocenie punktowej zamówienia przedstawione przez Odwołującego.

Podniósł, że Zamawiający pomimo zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienia i otrzymania ich treści pominął zupełnie treść tych wyjaśnień i nie przyznał Odwołującemu punktów za zamówienia stanowiące potwierdzenie spełniania kryteriów określonych przez Zamawiającego.

Z tego powodu – według Odwołującego - Zamawiający naruszył treść art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez pominięcie uzyskanych w tym trybie wyjaśnień przy ocenie wniosku Odwołującego, podczas gdy winien był przyznać Odwołującemu 5 punktów (po jednym za każde zamówienie), zgodnie z przyjętym i przedstawionym przez siebie w ogłoszeniu sposobem oceny - tym bardziej, iż w wynikach oceny spełnienia warunków w postępowaniu Zamawiający uznał, że zamówienia potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zaznaczył, że Zamawiający jest związany postanowieniami ogłoszenia, a wykonawca ubiegający się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w dalszym etapie - o możliwość złożenia oferty, musi mieć pewność, że Zamawiający będzie prowadził postępowanie w sposób przejrzysty, a jego czynności będą przewidywalne, i że istnieją niewzruszalne podstawy do ich weryfikacji - zatem możliwość weryfikacji kryteriów oceny wygasa z chwilą ogłoszenia, a już najpóźniej z chwilą upływu terminu do złożenia wniosków.

Argumentował, że przepisy art. 51 ust. 1a oraz ust. 2 ustawy Pzp, nie różnicują oceny spełnienia warunków w oddzieleniu na potencjał własny wykonawcy i potencjał udostępniony, zatem wprowadzanie takiego rozróżnienia, w dodatku na etapie badania wniosków - stanowi naruszenie wymienionych norm, jak i zasad postępowania, w szczególności równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie reguł uczciwej konkurencji.

Powołał się na orzecznictwo KIO – sprawy o sygn. akt KIO 1099/11 i KIO 133/12.

W dniu 31 października 2012r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca: Daliamatic sp. z o.o.



## KIO 2369/12

Informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania to jest informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Odwołujący it Works S.A.(poprzednia nazwa: Web Inn S.A.), Al. Jana Pawła II 41C 31-864 Kraków otrzymał drogą elektroniczną w dniu 19 października 2012r.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 29 października 2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1.art. 51 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż zasoby udostępnione przez podmiot trzeci nie mogą być wykazywane w celu uzyskania jak najwyższej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;

2.art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień złożonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia prawidłowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu;

3. oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego Odwołania.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

2.dokonania ponownej czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

3.przyznanie Odwołującemu prawidłowej liczby punktów w oparciu o zasoby udostępnione, ewentualnie wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień;

4.zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty.

W pierwszej kolejności wskazał, że Zamawiający oceniając wniosek Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie przyznał punktów za wykazanie się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu, gdyż Odwołujący „składając dokumenty dotyczące powyższych zamówień polega na zasobach podmiotu trzeciego, co zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp może mieć miejsce w celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Nadto podważał tezę Zamawiającego wyrażoną w rozstrzygnięciu oceny, że dopuszczona przez ustawodawcę możliwość powoływania się na potencjał innych podmiotów nie może mieć zastosowania na potrzeby dokonywanej przez Zamawiającego punktacji i do uzyskania przez Wykonawców wyższej pozycji w rankingu.

Odwołujący nie podzielając powyższej argumentacji Zamawiającego, zwrócił uwagę, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie stanowi wyjątku od art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a jedynie doprecyzowanie sposobu, w jaki wykonawca może wykazywać spełnianie warunku udziału w postępowaniu - w sposób bezpośredni lub pośredni (poprzez posłużenie się zasobami podmiotu trzeciego).

Dalej wywodził, że wykonawca wykazując się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu może to robić zarówno poprzez wskazanie swoich zasobów, jak i poprzez wskazanie zasobów podmiotów trzecich, zaś stosownie do art. 51 ust. 1 i 2 ustawy Pzp „Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu (...). Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków” (...).

Oznacza to – według Odwołującego, iż kryterium kwalifikacji do dalszego etapu postępowania jest takie samo, niezależnie od tego ilu wykonawców złożyło wnioski - kryterium tym są warunki udziału w postępowaniu.

Jednocześnie wskazał, że ani przepis art. 51 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, ani art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie odróżniają sytuacji wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu na potrzeby minimalnych warunków od tych wykazywanych dla uzyskania większej liczby punktów.

Argumentował, że żadne ze sformułowań, jakim się posługuje art. 51 ust. 2 ustawy Pzp nie wskazuje, iż celem ustawodawcy było zróżnicowanie tych dwóch sytuacji.

Zauważył, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dotyczy zarówno wiedzy i doświadczenia jak i potencjału technicznego oraz osobowego, co oznacza – według Odwołującego, iż można polegać także na urządzeniach, maszynach czy pracownikach podmiotu trzeciego, które na potrzeby danego zamówienia byłyby udostępniane wykonawcy.

Zwrócił uwagę, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mają

charakter konkurencyjny, a ich celem jest zawarcie umowy z Zamawiającym, a tym samym stanowią one element gry wolnorynkowej, w której Przedsiębiorcy zamiast ponosić koszty związane z utrzymaniem dużego zaplecza sprzętowego i osobowego mogą (w celu zmniejszenia kosztów) mieć pozawierane umowy z innymi podmiotami na ich udostępnienie.

Przekonywał, że prawo nie rozróżnia sytuacji udostępnienia zasobów technicznych od udostępnienia wiedzy i doświadczenia, a to oznacza, iż także wykładnia celowościowa i funkcjonalna art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przemawia za tym, aby powoływanie się na zasoby podmiotu trzeciego było możliwe nie tylko dla wykazania niezbędnego minimum, ale także w celu uzyskania możliwości zakwalifikowania do dalszego etapu postępowania.

Także ze zdania drugiego art. 26 ust. 2b ustawy Pzp – zdaniem Odwołującego - nie można wysnuć wniosku, iż Wykonawca może polegać jedynie na zasobach podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w minimalnym zakresie.

Natomiast wskazywał, że zdanie pierwsze przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp statuuje możliwość powoływania się na zasoby podmiotów trzecich (bez zawężania zakresu w jakikolwiek sposób), zaś zdanie 2 i 3 tego przepisu określa, co wykonawca musi zrobić, żeby polegać na tych zasobach.

W ocenie Odwołującego posłużenie się przez ustawodawcę sformułowaniem „niezbędne zasoby” nie miało na celu ograniczenia możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego, a miało jedynie za zadanie podkreślić, w jaki sposób i co wykonawca ma udowodnić.

Dodatkowo zauważył, że umiejscowienie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w przepisach ogólnych dotyczących warunków udziału w postępowaniu oznacza, iż ma on zastosowanie nie tylko w przypadku kwalifikacji podmiotowej polegającej na wykazaniu minimalnego spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale również przy wykazywaniu najwyższej oceny spełniania tych warunków. Powołał się przy tym na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (por. wyrok KIO z dnia 5 marca 2012r. sygn. akt KIO 223/12, KIO 248/12, KIO 261/12).

Poza tym zaznaczył, że Zamawiający powinien precyzyjnie określić jakimi kryteriami będzie kierował się przy kwalifikacji do następnego etapu. Skoro Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu nie przewidział, iż punkty będzie przyznawał jedynie za doświadczenie własne to wykonawcy biorący udział w postępowaniu mieli prawo sądzić, iż Zamawiający będzie

punktował także doświadczenie udostępnione.

Nadto zwrócił uwagę, że wykonawcy przygotowując wniosek muszą mieć możliwość samodzielnego zweryfikowania czy dopełnili wszystkich obowiązków nałożonych przez Zamawiającego i policzenia ile punktów mogą uzyskać.

Dla potwierdzenia własnego stanowiska powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 września 2012r. (sygn. akt XIX Ga 461/12), wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2011r., sygn. akt KIO 1099/11, wyrok KIO z dnia 6 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 133/12 oraz judykaturę KIO w sprawach: sygn. akt: KIO 2816/10, KIO 14/11 wyrok z dnia 13 stycznia 2011 r., wyrok KIO z dnia 5 marca 2012r. sygn. akt KIO 223/12, KIO 248/12, KIO 261/12.

Ostatecznie Odwołujący stanął na stanowisku, iż:

1) Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp pozwala na posługiwanie się podczas ubiegania się o zamówienie publiczne i w toku realizacji zamówienia zasobami udostępnionymi przez inne podmioty - przepis nie zawiera ograniczenia co do warunku, kryterium lub realizacji;

2) Przepis art. 51 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje, iż jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków - ustawodawca nie wprowadza tu dodatkowego elementu, jakim jest kryterium, warunek minimalny etc. i cały czas jest to warunek udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

3) Jeżeli warunki zostały wykazane przy pomocy zasobów udostępnionych przez podmioty trzecie na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, to ocena tych samych zasobów jest oceną spełniania warunków, o której mowa w art. 51 ust. 2 ustawy Pzp.

4) W konsekwencji: Ustawodawca nie nakazał dokonywać oceny spełniania warunków, o której mowa w art. 51 ust. 2 ustawy Pzp, z zawężeniem do zasobów własnych wykonawcy. Oceny tej, należy dokonywać z uwzględnieniem zasobów udostępnionych przez inne podmioty w sposób określony w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp o ile wykonawca wykazał, że będzie nimi dysponował.

Podkreślił, że interpretacja ustawy Pzp nie może być dokonywana w oderwaniu od podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, zaś w szczególności zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Podniósł, że interpretacja zgodnie, z którą art. 26 ust. 2b Pzp ma zastosowanie tylko

w przypadku wykazywania minimalnego spełniania warunków udziału w postępowaniu prowadzi do rażącego naruszenia wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Argumentował, że stosowanie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jedynie do wykazywania warunków udziału w postępowaniu na poziomie minimalnym prowadzi do nieuzasadnionego, odmiennego traktowania wykonawców powołujących się na zasoby własne oraz wykonawców dysponujących zasobami udostępnionym przez podmioty trzecie pomimo, że żaden przepis ustawy takiego rozróżnienia nie wprowadza.

Zwrócił uwagę, że zarówno przepis art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp jak i przepis art. 51 ust. 2 ustawy Pzp posługują się sformułowaniem „spełnianie warunków udziału w postępowaniu” tym samym wprowadzenie w ramach interpretacji tego przepisu pojęcia „kryterium” należy uznać za niedopuszczalne uproszczenie prowadzące do wypaczenia rozumienia instytucji uregulowanej w przepisie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp.

Według Odwołującego za niezgodne z przepisami ustawy jest także zaniechanie wezwania do wyjaśnień i uzupełnień w zakresie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem z informacji o wynikach oceny spełniania warunków wynika, iż przynajmniej w części Zamawiający miał wątpliwości związane z wykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego i złożonych dokumentów.

Zarzucił, że Zamawiający zaniechał czynności, o których mowa w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż dokumenty dotyczą podmiotu trzeciego.

Odnosząc się do zarzutów Zamawiającego wskazał, iż:

1. poz. 4 wykazu wykonanych zamówień w zakresie warunku nr I - wątpliwości Zamawiającego mogłyby rozwiązać wyjaśnienia złożone w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp;

2. poz. 1 wykazu wykonanych zamówień w zakresie warunku nr II - wbrew temu co twierdzi Zamawiający dokument potwierdza w sposób wystarczający należyte wykonanie powyższego zamówienia, ale wszelkie wątpliwości można było wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp;

3. poz. 3 wykazu wykonanych zamówień w zakresie warunku nr II - wątpliwości Zamawiającego mogłyby rozwiązać wyjaśnienia złożone w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp;

4. poz. 1 i 2 wykazu wykonanych zamówień w zakresie warunku nr III - wątpliwości Zamawiającego mogłyby rozwiązać wyjaśnienia złożone w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp;

5. poz. 1 i 3 wykazu wykonanych zamówień w zakresie warunku nr IV - wątpliwości Zamawiającego mogłyby rozwiązać wyjaśnienia złożone w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W dniu 31 października 2012r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca: Daliamatic sp. z o.o.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

**Sygn. akt KIO 2357/12**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia, wniosku Odwołującego, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z dnia 31 października 2012r., wezwania Zamawiającego z dnia 11 stycznia 2012r., pisma Odwołującego z dnia 17 stycznia 2012r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1, art.26 ust.2b, art.26 ust.4, art.51 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była przede wszystkim kwestia czy Zamawiający miał podstawę prawną do nieprzyznania punktacji kwalifikacyjnej Odwołującemu w przetargu ograniczonym.

Wymaga wskazania, że Zamawiający w wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z dnia 19 października 2012r. w zakresie warunku I poz.1, 2, 3, 4, 5, warunku II poz.1, 2, 3 i warunku III poz.1, 2, 3, 5 wykazu wykonanych zamówień (dostaw) stwierdził, że zamówienia z tego wykazu potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Pomimo takiego stwierdzenia Zamawiający nie znalazł podstawy prawnej do przyznania Odwołującemu punktów kwalifikacyjnych w ramach prowadzonej oceny zdolności do udziału w przedmiotowym przetargu.

Zamawiający motywował swoją decyzję o nie przyznaniu punktacji Odwołującemu twierdząc, że wykazane zamówienia nie zostały wzięte pod uwagę przy punktacji, gdyż dokumenty dotyczące tych zamówień zostały uzupełnione na wezwanie Zamawiającego na podstawie art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Według ustaleń Izby Odwołujący, w następstwie powyższego wezwania, dokonał jedynie wyjaśnienia treści swojej oferty w trybie art.87 ust.1 ustawy Pzp uznając, że treść złożonego przy wniosku wykazu jest zgodna z żądaniem wynikającym z ogłoszenia i nie ma potrzeby wykazywania innych zamówień.

W tym stanie rzeczy należy stwierdzić, że nie doszło do uzupełnienia dokumentów przez Odwołującego, jak wywodzi Zamawiający, lecz wystąpiły okoliczności wyjaśnienia wykazu i uznania przez Zamawiającego złożonego wykazu, jako potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zatem w ocenie Izby nie można przyjąć, że doszło do ponownego uzupełnienia dokumentów, jak wskazuje Zamawiający w swoim uzasadnieniu do zaskarżonej czynności.

W dalszej kolejności wymaga zaznaczenia, że Zamawiający w postanowieniach sekcji IV 1.2 ogłoszenia, które regulowało zasady ograniczenia liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału nie wprowadził on zakazu posługiwania się doświadczeniem i wiedzą osób trzecich dla uzyskania punktacji w ramach postępowania kwalifikacyjnego do przetargu.

W powyższych postanowieniach Zamawiający poinformował wykonawców, że zaprosi do składania ofert wykonawców, którzy otrzymają największą łączną liczbę punktów wynikających z oceny spełniania warunków udziału według poniższej zasady i zastosuje kwalifikację w postaci przyznania każdemu wykonawcy punktów w sposób ustalony w ogłoszeniu.

Powyższe unormowanie ogłoszenia wprowadza regułę, z której wynika, że skoro ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu jest pozytywna, to również ocena punktowa w tym zakresie powinna dawać możliwość uzyskania punktów, z uwzględnieniem szczegółowych zasad dotyczących ograniczenia liczby wykonawców.

Omawiane postanowienia ogłoszenia nie wprowadzają również wyłączeń w zakresie możliwości powołania się w wykazie na wiedzę i doświadczenie osób trzecich.

Formułując treść ogłoszenia Zamawiający zdając sobie sprawę, że liczba wykonawców składających wnioski jest przeważnie większa, powinien wyraźnie skonkretyzować, które warunki udziału w postępowaniu mają dla niego większe znaczenie, a związku z tym powinien on dokonać stosownej gradacji tych warunków determinującej ilość przyznanych punktów kwalifikacyjnych.

Poza tym kluczowa na tle rozpoznawanej sprawy istota sporu sprowadza się do konieczności udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy posłużenie się zasobami osób trzecich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosownie do przepisu art.26 ust.2 b ustawy Pzp może być prawnie dopuszczalne jedynie dla wykazania spełniania warunków „minimalnych” udziału w postępowaniu, czy też możliwe jest przyznanie punktacji również w razie wylegitymowania się przez Odwołującego wykonanymi przez podmiot trzeci zamówieniami dla polepszenia swojej pozycji na liście rankinowej.

Interpretacja przepisu art.26 ust.2b ustawy Pzp skłania do konieczności przyjęcia zapatrywania, że przepis ten dopuszcza również możliwość zaliczenia udzielonego przez osobę trzecią doświadczenia i wiedzy dla potrzeb związanych z prowadzoną przez Zamawiającego punktacją podmiotów ubiegających się o zakwalifikowanie na listę uczestników przetargu.

W celu dokonania powyższego zabiegu interpretacyjnego należy odwołać się do pierwszorzędnej metody wykładni gramatycznej, która może zostać pominięta jedynie, jeżeli wnioski z niej płynące są absurdalne z punktu widzenia porządku społecznego czy zasad logiki, a następstwem jej zastosowania byłoby naruszenie innej normy prawnej i zasady sprawiedliwości społecznej.

Należy zauważyć, że przepis art.26 ust.2b zd.1 ustawy Pzp stanowi, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków.

W ocenie Izby z treści tego przepisu, nie sposób wywieść, że ustawodawca uczynił ograniczenie wobec wykonawców polegające na niedopuszczalności skorzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego dla celów uzyskania stosownej punktacji umożliwiającej dalsze zakwalifikowanie się do przetargu.

Sformułowanie w tym przepisie „...może polegać...” oznacza, że wykonawca może liczyć na wsparcie innego podmiotu gwarantujące jego udział w przetargu, ale również



powodujące wzmocnienie jego pozycji w tym postępowaniu, w tym także przejawiające się w możliwości uzyskania wyżej punktacji kwalifikacyjnej.

Jednocześnie - w ocenie Izby – zdanie drugie przepisu art.26 ust.2b ustawy Pzp dotyczy sytuacji obowiązku wykonawcy udowodnienia, że będzie on dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia i nie przesądza w żaden sposób o zakazie polegania na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów w okolicznościach złożenia wniosków o udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z treści powyższych przepisów wynika, że posłużenie się zasobami osób trzecich w myśl komentowanego przepisu, może wystąpić nie tylko dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale również w celu wykazania lepszej pozycji w postępowaniu kwalifikacyjnym w przetargu ograniczonym.

Powyższej wykładni nie sprzeciwiają się również względy wykładni systemowej umiejscawiając powyższy przepis w hierarchii tych norm prawnych decydujących o udziale wykonawcy w przetargu.

Omawiany przepis nie stoi również w kolizji z przepisami art.47 – 51 ustawy Pzp.

Za takim rozumieniem powyższego przepisu przemawiają również względy celowościowe.

Jeżeli ustawodawca dopuścił dosyć szeroko możliwość realizacji zamówień publicznych również przy zastosowaniu potencjału osób trzecich, to nie można czynić ograniczenia konkurencji poprzez zawężenie znaczenia przepisu art.26 ust.2b ustawy Pzp.

Zdaniem Izby dopiero wyraźna jednoznaczna norma zakazująca możliwość posługiwania się doświadczeniem osób trzecich dla zwiększenia punktacji rankingowej w przetargu ograniczonym oznaczałaby wolę ustawodawcy zaliczania jedynie własnego doświadczenia i wiedzy w tym zakresie.

Reasumując Izba wyraża pogląd na tle rozpoznawanej sprawy, że wykonawca może korzystać z doświadczenia i wiedzy osób trzecich dla polepszenia własnej sytuacji punktowej w przetargu ograniczonym, na co pozwala mu przepis art.26 ust.2 b zd.1 ustawy Pzp.

Powyższe zapatrywanie Izby pozostaje w zgodzie z kształtującą się linią orzecznictwa Sądów Okręgowych: wyrok z dnia 13 września 2012r. Sądu Okręgowego w

Katowicach, sygn. akt XIX Ga 461/12, wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku w wyroku z dnia 31 maja 2012r., sygn. akt II Ca 373/12 oraz dotychczasową judykaturą części Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2011r., sygn. akt KIO 2816/10, KIO 14/11, wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2011r., sygn. akt KIO 1099/11, wyrok KIO z dnia 6 lutego 2012r., sygn. akt KIO 133/12, wyrok z dnia 5 marca 2012r., sygn. akt KIO 223/12, KIO 248/12, KIO 261/12.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

### **Sygn. akt KIO 2369/12**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia, wniosku Odwołującego, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z dnia 31 października 2012r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1, art.26 ust.2b, ust.3 i ust.4, art.51 ust.1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była przede wszystkim kwestia czy Zamawiający miał podstawę prawną do nieprzyznania punktacji kwalifikacyjnej Odwołującemu oraz przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego

dotyczącego złożonych dokumentów w trybie przepisu art.26 ust.4 ustawy Pzp .

Wymaga wskazania, że Zamawiający w wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z dnia 19 października 2012r. w zakresie warunku I poz.1, 2, 3 warunku II poz.2 i warunku III poz.1, 2 wykazu wykonanych zamówień (dostaw) stwierdził, że zamówienia z tego wykazu potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Zakwestionował on jedynie poz.4 z warunku I oraz poz.1, 3 z warunku II.

Zamawiający motywował swoją decyzję pozbawiającą punktacji Odwołującego twierdząc, że zamówienia nie zostały wzięte pod uwagę przy punktacji, gdyż wykonawca składając dokumenty dotyczące powyższych zamówień polega na zasobach podmiotu trzeciego, co zgodnie z treścią art.26 ust.2b ustawy Pzp może mieć miejsce jedynie w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Zaznaczył przy tym, że dopuszczona przez ustawodawcę możliwość powoływania się na potencjał innych podmiotów nie może mieć zastosowania na potrzeby dokonywanej przez Zamawiającego punktacji i do uzyskania przez wykonawców wyższej pozycji w rankingu(KIO 331/12, 333/12).

Według ustaleń Izby Zamawiający pomimo uznania braku potwierdzenia spełniania warunków udziału w poz.4 z warunku I oraz w poz.1, 3 z warunku II w postępowaniu nie wzywał do uzupełnienia wadliwych dokumentów w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp, ani nie żądał ich wyjaśnienia zgodnie z przepisem art.26 ust.4 ustawy Pzp, chociaż z treści wyników oceny należy wnosić, że wątpliwości, co do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający posiadał.

W dalszej kolejności wymaga zaznaczenia, że Zamawiający w postanowieniach sekcji IV 1.2 ogłoszenia, które regulowało zasady ograniczenia liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału nie wprowadził zakazu posługiwania się doświadczeniem i wiedzą osób trzecich dla uzyskania punktacji w ramach postępowania kwalifikacyjnego do przetargu.

W powyższych postanowieniach Zamawiający poinformował wykonawców, że zaprosi do składania ofert wykonawców, którzy otrzymają największą łączną liczbę punktów wynikających z oceny spełniania warunków udziału według poniższej zasady i zastosuje kwalifikację w postaci przyznania każdemu wykonawcy punktów w sposób ustalony w ogłoszeniu.

Powyższe unormowanie ogłoszenia wprowadza regułę, z której wynika, że skoro ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu jest pozytywna, to również ocena punktowa w tym zakresie powinna dawać możliwość uzyskania punktów, z uwzględnieniem szczegółowych zasad dotyczących ograniczenia liczby wykonawców.

Omawiane postanowienia ogłoszenia nie wprowadzają również wyłączeń w zakresie możliwości powołania się w wykazie na wiedzę i doświadczenie osób trzecich.

Formułując treść ogłoszenia Zamawiający zdając sobie sprawę, że liczba wykonawców składających wnioski jest przeważnie większa, powinien wyraźnie skonkretyzować, które warunki udziału w postępowaniu mają dla niego większe znaczenie, a związku z tym powinien on dokonać stosownej gradacji tych warunków determinującej ilość przyznanych punktów kwalifikacyjnych.

Poza tym kluczowa na tle rozpoznawanej sprawy istota sporu sprowadza się do konieczności udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy posłużenie się zasobami osób trzecich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosownie do przepisu art.26 ust.2 b ustawy Pzp może być prawnie dopuszczalne jedynie dla wykazania spełniania warunków „minimalnych” udziału w postępowaniu, czy też możliwe jest przyznanie punktacji również w razie wylegitymowania się przez Odwołującego wykonanymi przez podmiot trzeci zamówieniami dla polepszenia swojej pozycji na liście rankinowej.

Interpretacja przepisu art.26 ust.2b ustawy Pzp skłania do konieczności przyjęcia zapatrywania, że przepis ten dopuszcza również możliwość zaliczenia udzielonego przez osobę trzecią doświadczenia i wiedzy dla potrzeb związanych z prowadzoną przez Zamawiającego punktacją podmiotów ubiegających się o zakwalifikowanie na listę uczestników przetargu.

W celu dokonania powyższego zabiegu interpretacyjnego należy odwołać się do pierwszorzędnej metody wykładni gramatycznej, która może zostać pominięta jedynie, jeżeli wnioski z niej płynące są absurdalne z punktu widzenia porządku społecznego czy zasad logiki, a następstwem jej zastosowania byłoby naruszenie innej normy prawnej i zasady sprawiedliwości społecznej.

Należy zauważyć, że przepis art.26 ust.2b zd.1 ustawy Pzp stanowi, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od

charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków.

W ocenie Izby z treści tego przepisu, nie sposób wywieść, że ustawodawca uczynił ograniczenie wobec wykonawców polegające na niedopuszczalności skorzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego dla celów uzyskania stosownej punktacji umożliwiającej dalsze zakwalifikowanie się do przetargu.

Sformułowanie w tym przepisie „...może polegać...” oznacza, że wykonawca może liczyć na wsparcie innego podmiotu gwarantujące jego udział w przetargu, ale również powodujące wzmocnienie jego pozycji w tym postępowaniu, w tym także przejawiające się w możliwości uzyskania wyżej punktacji kwalifikacyjnej.

Jednocześnie - w ocenie Izby – zdanie drugie przepisu art.26 ust.2b ustawy Pzp dotyczy sytuacji obowiązku wykonawcy udowodnienia, że będzie on dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia i nie przesądza w żaden sposób o zakazie polegania na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów w okolicznościach złożenia wniosków o udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z treści powyższych przepisów wynika, że posłużenie się zasobami osób trzecich w myśl komentowanego przepisu, może wystąpić nie tylko dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale również w celu wykazania lepszej pozycji w postępowaniu kwalifikacyjnym w przetargu ograniczonym.

Powyższej wykładni nie sprzeciwiają się również względy wykładni systemowej umiejscawiając powyższy przepis w hierarchii tych norm prawnych decydujących o udziale wykonawcy w przetargu.

Omawiany przepis nie stoi również w kolizji z przepisami art.47 – 51 ustawy Pzp.

Za takim rozumieniem powyższego przepisu przemawiają również względy celowościowe.

Jeżeli ustawodawca dopuścił dosyć szeroko możliwość realizacji zamówień publicznych również przy zastosowaniu potencjału osób trzecich, to nie można czynić ograniczenia konkurencji poprzez zawężenie znaczenia przepisu art.26 ust.2b ustawy Pzp.

Zdaniem Izby dopiero wyraźna jednoznaczna norma zakazująca możliwość posługiwania się doświadczeniem osób trzecich dla zwiększenia punktacji rankingowej w

przetargu ograniczonym oznaczałaby wolę ustawodawcy zaliczania jedynie własnego doświadczenia i wiedzy w tym zakresie.

Reasumując Izba wyraża pogląd na tle rozpoznawanej sprawy, że wykonawca może korzystać z doświadczenia i wiedzy osób trzecich dla polepszenia własnej sytuacji punktowej w przetargu ograniczonym, na co pozwala mu przepis art.26 ust.2 b zd.1 ustawy Pzp.

Powyższe zapatrywanie Izby pozostaje w zgodzie z kształtującą się linią orzecznictwa Sądów Okręgowych: wyrok z dnia 13 września 2012r. Sądu Okręgowego w Katowicach, sygn. akt XIX Ga 461/12, wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku w wyroku z dnia 31 maja 2012r., sygn. akt II Ca 373/12 oraz dotychczasową judykaturą części Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2011r., sygn. akt KIO 2816/10, KIO 14/11, wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2011r., sygn. akt KIO 1099/11, wyrok KIO z dnia 6 lutego 2012r., sygn. akt KIO 133/12, wyrok z dnia 5 marca 2012r., sygn. akt KIO 223/12, KIO 248/12, KIO 261/12.

W pozostałym zakresie zgłoszonych zarzutów odwołania, w związku z powyższym rozstrzygnięciem zagadnień spornych przez Izbę, Zamawiający powinien przeprowadzić postępowanie uzupełniające w stosunku do wskazanych w zaskarżonej czynności dokumentów w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp, a także przeprowadzić w tym zakresie postępowanie wyjaśniające w trybie przepisu art. 26 ust.4 ustawy Pzp.

W szczególności Zamawiający będzie zobowiązany do wyjaśnienia poz.4 w zakresie warunku I, poz.1 i poz.3 w zakresie warunku II, poz. 1 i 2 w zakresie warunku III oraz poz.1 i 3 w zakresie warunku IV.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:** .....

.....

.....