**Sygn. akt: KIO 2815/15**
**KIO 2871/15**

**WYROK**
**z dnia 20 stycznia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2016 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:
A. 28 grudnia 2015 r. przez **Torpol S.A. ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań,**
B. 31 grudnia 2015 r. przez **Strabag Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** ,
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego
**PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie o sygn. akt KIO 2815/15,**
2. **uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 2871/15 i nakazuje zamawiającemu zmianę punktu IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego zasad kwalifikacji wykonawców do etapu składania ofert w zakresie sposobu oceny doświadczenia własnego wykonawcy oraz doświadczenia podmiotu trzeciego, na które powołuje się wykonawca,**
3. **kosztami postępowania obciąża: w sprawie o sygn. akt KIO 2815/15 Torpol S.A., w sprawie o sygn. akt KIO 2871/15 PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. i:**



---

**3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Torpol S.A. tytułem wpisu od odwołania,**
**3.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Strabag Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**
**3.3. zasądza od Torpol S.A. na rzecz PKP Polskich Linii Kolejowych S.A. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,**
**3.4. zasądza od PKP Polskich Linii Kolejowych S.A. na rzecz Strabag Sp. z o.o. kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika**

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

**Przewodniczący: ……..…**



---

**Sygn. akt KIO 2815/15**
**KIO 2871/15**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie robót budowlanych na odcinku Sadowne-Czyżew

wraz z urządzeniami srk od km 71,800 do km 107,260 w ramach projektu CEF dla linii E75 obejmujący odcinek Sadowne-Czyżew" na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu ograniczonego.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 23 grudnia 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 248-450733. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania o sygn. akt KIO 2815/15
Odwołujący – Torpol S.A. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 48 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 22 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieadekwatne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia opisanie warunku udziału w postępowaniu oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców podczas dokonywania określenia warunku udziału w postępowaniu i dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, co przejawiło się w żądaniu wykazania się przez wykonawcę dysponowaniem wysokowydajną oczyszczarką tłucznia z wagonami taśmociągowymi, o wydajności nie niższej niż 800 m $^3$ /h, a w trybie płukania 300 m $^3$ /h, podczas gdy maszyna taka nie jest potrzebna do wykonania przedmiotowego zamówienia i nie będzie mogła być wykorzystana przy jego wykonywaniu z uwagi na wewnętrzne regulacje zamawiającego, maszyna ta nie jest powszechnie dostępna, zatem warunek ten nie jest związany z przedmiotem zamówienia, ani też nie jest do niego proporcjonalny.
Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wymogu dysponowania wysokowydajną oczyszczarką tłucznia z wagonami taśmociągowymi, o wydajności nie niższej niż 800 m $^3$ /h, a w trybie płukania 300 m $^3$ /h, poprzez jego usunięcie lub (wniosek ewentualny) zmiany ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wymogu dysponowania wysokowydajną oczyszczarką tłucznia z wagonami taśmociągowymi, o wydajności nie niższej niż 800 m $^3$ /h, a w trybie płukania 300 m $^3$ /h,



poprzez określenie tego warunku zgodnie z dyspozycją art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. związanego z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia.
W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia do zakresu prac będą należały: przebudowa stacji kolejowych; przebudowa nawierzchni i podtorza wraz z odwodnieniem na długości około 35 km linii kolejowej i dostosowanie do zakładanych szybkości; przebudowa urządzeń srk i dostosowanie do prowadzenia ruchu z prędkością 160 km/h (docelowo 200 km/h) dla ruchu pasażerskiego, 120 km/h dla ruchu towarowego oraz do współpracy z systemem ERTMS/ETCS; modernizacja przejazdów, likwidacja przejazdów w poziomie szyn; budowa przejść pod torami; przebudowa peronów wraz z małą architekturą na stacjach i przystankach itd.
Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, m.in. dostępności do wysokowydajnej oczyszczarki tłucznia z wagonami taśmociągowymi, o wydajności nie niższej niż 800 m $^3$ /h, a w trybie płukania 300 m $^3$ /h.
Zgodnie z art. 22 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, zobowiązany jest dokonać tego w taki sposób, aby w postępowaniu mogli uczestniczyć nie wszyscy wykonawcy, a jedynie tacy, którzy swoimi właściwościami gwarantują pewność co do rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia. Granice swobody zamawiającego w sporządzaniu opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków wyznacza art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, w tym warunków w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, czyli jego zakresu. Określając warunki należy więc brać pod uwagę nie interesy zamawiającego, lecz rodzaj zamówienia, jego

przedmiot, zakres, wartość i możliwy sposób wykonania zamówienia. Opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowania nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji, a taka sytuacja ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu.
Z opisu przedmiotu zamówienia wynika, iż celem zamawiającego będzie uzyskanie prędkości 160 km/h (docelowo 200 km/h), zatem na całej długości odcinka objętego postępowaniem wymagane będzie wzmocnienie torowiska. Technologia wykonania takiego



zakresu robót nakłada konieczność usunięcia całej warstwy podsypki tłuczniowej z torowiska, którą potem można poddać recyklingowi. W tym konkretnym przypadku niemożliwe jednak będzie użycie podsypki poddanej recyklingowi, bowiem zgodnie ze Standardami Technicznymi, sporządzonymi i obowiązującymi u zamawiającego nie można go zastosować do budowy torowisk dla prędkości powyżej 160 km/h (Standardy Techniczne, tom I Droga Szynowa, pkt 8.4). Standardy w przypadku linii o prędkościach 200 km/h nakazują użyć podsypki nowej, natomiast podsypkę z recyklingu można stosować przy założeniu prędkości 120-160 km/h jedynie w najniższej warstwie pryzmy. Oznacza to, że pomimo potencjalnej możliwości poddania recyklingowi tłucznia przez wysokowydajną oczyszczarkę tłucznia z segmentem płukania, taki poddany recyklingowi tłuczeń nie będzie mógł być wbudowany w ramach zamówienia. Wbudowanie tłucznia poddanego recyklingowi spowoduje wykonanie robót budowlanych niezgodnie z wytycznymi, a tym samym będzie uznane za nienależyte wykonania zamówienia. Wobec powyższego wymóg dysponowania maszyną z segmentem płukania jest nieadekwatny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż maszyna ta nie będzie wykorzystana podczas wykonania robót budowlanych w ramach niniejszego zamówienia. Poza tym maszyny o takich wygórowanych parametrach znajdą zastosowanie na max. 30% odcinku robót.
Cena zakupu wymaganej maszyny to ponad 11 mln euro.
Odwołujący dokonał rozeznania rynku, stwierdzając, że wymaganej przez zamawiającego wysokowydajnej oczyszczarki tłucznia posiadającej dopuszczenie do eksploatacji na terenie Polski nie posiada żaden z wykonawców mających siedzibę w Polsce. Jak wynika z oświadczenia producenta tego typu maszyny, firmy Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH Oddział w Polsce, maszyna o ww. parametrach i dopuszczona do eksploatacji przez Urząd Transportu Kolejowego jest w posiadaniu jednego wykonawcy, firmy MGW Gleis und Weichenbau Gmbh Co. KG. Wobec powyższego, warunek ten jest nie do spełnienia przez krąg zainteresowanych wykonawców, a fakt że maszyna taka jest w posiadaniu jednego wykonawcy wskazuje na określenie warunku udziału w postępowaniu jako naruszającego zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z uwagi na brak możliwości określenia terminu realizacji robót budowlanych na etapie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, firma użyczająca nie jest w stanie zagwarantować dyspozycyjność tej maszyny, a tym samym zamówienie będzie realizowane przy użyciu innych maszyn, o niższych parametrach, dostępnych na polskim rynku. Użycie tych maszyn spowoduje osiągnięcie celu, jaki przyświeca zamawiającemu.
Wykonawcy działający na terenie Polski, aby sprostać wymaganiom w zakresie realizacji torowych robót budowlanych zainwestowali w zakupy maszyn, tj. zakup wysokowydajnych oczyszczarek typu RM 80 o wydajności teoretycznej ok. 760 $m^3$/h. Maszyny te zapewniają



spełnienie wymagań w zakresie uzyskania prawidłowych parametrów podsypki przy prowadzeniu robót utrzymaniowych, rewitalizacji oraz mogą zostać z powodzeniem zastosowanie przy naprawach i modernizacjach do usunięcia podsypki z torowisk. Maszyny te współpracują z wagonami do transportu odsiewki. Dysponowanie maszyną wskazaną powyżej przez odwołującego mogłoby stanowić jeden z warunków udziału w postępowaniu, który nie naruszałby art. 48 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 22 ust. 4 i art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wybranie tłucznia przy zastosowaniu ww. maszyn zajmie jedynie 4,5 godziny więcej, podczas gdy zamówienie zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu ma być realizowane przez 27 miesięcy.

II Zarzuty i żądania odwołania o sygn. akt KIO 2871/15

Odwołujący – Strabag Sp. z o.o. wniósł odwołanie w zakresie punktu IV 1.2) – uwagi po podpunktach a-c ogłoszenia „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału” w zakresie opisu sposobu dokonania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu przekroczy ilość przewidzianą w ogłoszeniu o zamówieniu w części odnoszącej się do punktowania doświadczenia podmiotu trzeciego, na które powołuje się wykonawca w celu uzyskania zaproszenia do złożenia oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie:
1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 8a oraz art. 51 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszający uczciwą konkurencję, nieobiektywny i dyskryminujący opis sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu,
2. art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewłaściwą wykładnię, a w konsekwencji nieuprawnione uznanie, że poleganie na doświadczeniu podmiotu trzeciego ma na celu nie tylko wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale również uzyskanie punktów w rankingu wykonawców.
Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia w zakresie uwag do punktu IV 1.2. po podpunkcie a-c poprzez rezygnację z przyznawania punktów za doświadczenie podmiotu trzeciego, na które powołuje się wykonawca w celu wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert.
Zdaniem odwołującego wskazane wyżej niezgodne z prawem postanowienie ogłoszenia o zamówieniu powoduje, że może on zostać pozbawiony możliwości złożenia najkorzystniejszej oferty i tym samym utracić szansę na uzyskanie zamówienia. Niezgodność ta prowadzi do ograniczenia równości podmiotów uczestniczących w postępowaniu.



---

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zobowiązany jest dokonać opisu obiektywnego i niedyskryminującego sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu. Podobnie w art. 51 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, że jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców wyłonionych w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny.
Zgodnie z powyższymi regulacjami opis wyboru wykonawców powinien być dokonany przez zamawiającego w taki sposób, żeby wszyscy wykonawcy mogli na jednakowych zasadach uczestniczyć w postępowaniu. Zamawiający zobowiązany jest tak formułować warunki udziału w postępowaniu, aby z jednej strony zapewniały zachowanie uczciwej konkurencji, z drugiej zaś – aby zapewnić równe traktowanie wykonawców, tj. aby zachowane były obie zasady określone w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także by warunki były jasne i precyzyjne.
W uwagach zamieszonych po punkcie IV.1.2) ppkt a-c ogłoszenia wskazano, że „Zamawiający w ramach kwalifikacji oceniał będzie doświadczenie własne Wykonawcy (tj. zamówienia wykonane siłami własnymi Wykonawcy – jako Wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca) a także doświadczenia podmiotu trzeciego, na które powołuje się Wykonawca, z zastrzeżeniem że za każde zamówienie wykonane siłami własnymi wykonawcy, tj. jako wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca liczba punktów zostanie przyzna w pełnej wysokości, zgodnie ze wskazaniem w pkt a-c powyżej, natomiast za każde zamówienie wykonane przez podmiot trzeci wykonawca otrzyma liczbę punktów wskazaną w pkt a-c powyżej podzieloną przez pięć.”
W ocenie odwołującego umożliwienie korzystania przez wykonawców z „pożyczonego” doświadczenia godzi w zasadę uczciwej konkurencji, narusza cel przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym powoduje, że opis sposobu dokonywania oceny wykonawców ma nieobiektywny i dyskryminujący charakter, względem wykonawców, którzy posiadają doświadczenie własne.
W orzecznictwie KIO wyrażono pogląd, że system prekwalifikacji z natury rzeczy zmierza do ograniczenia liczby wykonawców, z którymi zamawiający będzie w dalszym ciągu

procedował, tak, aby efektywnie mógł on dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych powinien mieć przede wszystkim zastosowanie do celu, dla jakiego został wdrożony w oparciu o postanowienia dyrektyw zamówieniowych do polskiego porządku prawnego, tj. do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.



Z kolei art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że ustawodawca niezależnie od opisu warunków udziału w postępowaniu, przywołanego w punkcie 6. wskazanego przepisu, przewidział odrębną instytucję kwalifikacji podmiotowej wykonawców, zwanej potocznie „prekwalifikacją" (opis obiektywnego i niedyskryminacyjnego sposobu dokonywania wyboru wykonawców), do której obowiązujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują wprost zastosowania art. 26 ust. 2b.
Powyższy pogląd jest zgody z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, który również stoi na stanowisku, że powołanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego jest możliwe tylko i wyłącznie przez podmiot, który samodzielnie nie posiada wymaganych zasobów tj. sam nie spełnia minimalnych warunków udziału w postępowaniu (orzeczenie z 14 kwietnia 1994 r. C-389/92 „Ballast", z 2 grudnia 1999 r. C-176/98 „Holst Italia", z 18 marca 2004 r. C-314/01 „Siemens Telekom". Zgodnie z art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE prawo do polegania na zdolnościach innych podmiotów ograniczone jest do stosownych sytuacji oraz do przypadku konkretnego zamówienia. Zarówno w regulacji dyrektywy jak i w treści art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych jest mowa o konieczności udowodnienia przez wykonawcę, iż będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego w niezbędnym zakresie do realizacji zamówienia, a nie w zakresie niezbędnym do uzyskania zamówienia.
Mając na względzie wykładnię celowością, a także racjonalność ustawodawcy należy stwierdzić, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych nie został wprowadzony po to, by zamówienie wygrywał wykonawca, który nie wykonał samodzielnie wymaganego zamówienia, a wykazał się jedynie dużą operatywnością w pozyskiwaniu podmiotów, które takiego doświadczenia mu użyczają i to nie w celu niezbędnym do realizacji zamówienia. Nie można też zapomnieć o wyjątkowym charakterze przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych jako odstępstwie od zasady, iż zamówienie może być udzielone tylko wykonawcy, który samodzielnie posiada wymagane doświadczenie. Powyższą wykładnię art. 26 ust. 2b potwierdza nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z 2012 r. w zakresie art. 51 ust. 2 i art. 48 ust. 2 pkt 8a.
Zakres zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych w przetargu ograniczonym ogranicza się wyłącznie do etapu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie może być podstawą przyznawania punktów za doświadczenie podmiotów trzecich na etapie prekwalifikacji wykonawców. Ustawodawca wskazał wprost na możliwość powoływania się na zasoby podmiotów trzecich niezbędne do realizacji zamówienia, a nie na zasoby niezbędne do uzyskania zamówienia. Wykładnia przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych nie może być przeprowadzona w oderwaniu od wszystkich pozostałych przepisów odnoszących się do specyfiki przetargu ograniczonego, a w szczególności art. 51 ust. 1 i 2 oraz art. 48 ust. 2 pkt 6 i 8a ustawy



Prawo zamówień publicznych. Z przepisu art. 51 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika wprost, że zamawiający w pierwszej kolejności ocenia, czy wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Dopiero w sytuacji, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału przekracza ilość wskazaną w ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający dokonuje wyboru tych, którzy zostaną zaproszeni do złożenia oferty.
III Stanowisko zamawiającego w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2815/15
Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.
Zamawiający nie zgodził się z podniesionymi zarzutami, a w związku z poczynioną przez zamawiającego zmianą ogłoszenia również stało się ono bezprzedmiotowe.
Zamawiający nie zgodził się ze stwierdzeniem, jakoby określając warunki udziału w postępowaniu należy brać pod uwagę nie interesy zamawiającego, lecz rodzaj danego zamówienia, jego przedmiot, zakres, wartość i możliwy sposób wykonania. To w interesie zamawiającego jest wybór wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania

zamówienia. Zamawiający nie jest zobowiązany do określenia warunków udziału w postępowaniu, które są spełniane przez wszystkich wykonawców działających w określonej branży, ale ma na celu ograniczenie ich liczby i udzielenie zamówienia wykonawcy, który legitymuje się określonymi cechami, które w połączeniu pozwalają przyjąć, iż będzie w stanie w sposób należyty i terminowy wykonać zamówienie. Wybór takiego wykonawcy jest szczególnie istotny w kontekście tego, że przedmiotowe zamówienie będzie realizowane ze środków funduszy unijnych, w związku z czym wybór nierzetelnego wykonawcy może stanowić przyczynę problemów z właściwym rozliczeniem projektu, a tym samym uzyskanie dofinansowania w pełnej wysokości.
Odwołujący nie udowodnił, iż jakiekolwiek rozeznanie w zakresie posiadanych maszyn poczynił. Do odwołania zostało dołączone oświadczenie jednego producenta. Żaden inny wykonawca nie wniósł odwołania w zakresie analogicznym jak odwołujący.
Niemniej jednak zamawiający, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom wykonawców, dążąc do efektywnego zakończenia postępowania dokonał 8 stycznia 2016 r. modyfikacji ogłoszenia. Zmiana obejmowała również zakwestionowany przez odwołującego fragment, tj. rozdział III.2.3) Kwalifikacje techniczne Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów, pkt IV ppkt 2. Przed dokonaniem zmiany ww. pkt brzmiał: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę: 2. dostępności do niżej wymienionych narzędzi, maszyn i urządzeń technicznych w celu realizacji zamówienia, co najmniej po 1 jednostce: a) wysokowydajna oczyszczarka tłucznia z wagonami taśmociągowymi, o wydajności nie



niższej niż 800 m $^3$ /h, a w trybie płukania 300 m $^3$ /h.” Po modyfikacji nadano mu brzmienie: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę: 2. dostępności do niżej wymienionych narzędzi, maszyn i urządzeń technicznych w celu realizacji Zamówienia, co najmniej po 1 jednostce: a) Wysokowydajna oczyszczarka tłucznia z wagonami taśmociągowymi, o wydajności nie niższej niż 600 m $^3$ /h.”
Odwołujący nie sprecyzował swojego żądania w zakresie zmiany ogłoszenia ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że zmiana ma polegać na „określeniu tego warunku zgodnie z dyspozycją art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie zamawiającego zmiana ogłoszenia w brzmieniu zacytowanym powyżej czyni odwołanie bezprzedmiotowym. Zamawiający bowiem wskazuje, iż w treści odwołania zostało wskazane, że na polskim rynku działają podmioty, które dysponują ww. urządzeniem, które posiada wydajność teoretyczną ok. 760 m $^3$ /h w związku z tym postawienie warunku posiadania urządzenia o wydajności nie niższej niż 600 m $^3$ /h wydaje się spełniać żądanie odwołującego.

IV Stanowisko zamawiającego w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2871/15
Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.
Zamawiający nie zgodził się z podniesionymi przez odwołującego zarzutami. Wskazał, że zgodnie z punktem IV.1.2 ogłoszenia „Uwaga – Zamawiający w ramach kwalifikacji oceniał będzie doświadczenie własne Wykonawcy (tj. zamówienia wykonane siłami własnymi Wykonawcy – jako Wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca) a także doświadczenie podmiotu trzeciego, na które powołuje się Wykonawca, z zastrzeżeniem że za każde zamówienie wykonane siłami własnymi wykonawcy, tj. jako wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca liczba punktów zostanie przyzna w pełnej wysokości, zgodnie ze wskazaniem w pkt a)-c) powyżej, natomiast za każde zamówienie wykonane przez podmiot trzeci wykonawca otrzyma liczbę punktów wskazaną w pkt a)-c) powyżej, podzieloną przez pięć.”
Podnoszona w odwołaniu argumentacja sprowadza się do tego, że taki zapis prowadzi do dyskryminacji wykonawców legitymujących się własnym doświadczeniem, a dopuszczenie możliwości posłużenia się potencjałem podmiotów trzecich może prowadzić do spotykanej na rynku zamówień sytuacji „handlu referencjami”, tj. udzielenie zamówienia wykonawcy, który „wykazał się jedynie dużą operatywnością w pozyskiwaniu podmiotów, które takiego doświadczenia mu użyczają i to nie w celu niezbędnym do realizacji zamówienia”.

W doktrynie prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym „Wskazane dwie procedury weryfikacji podmiotowej wykonawców w trybach przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego mają inne cele i zostały przez ustawodawcę uregulowane odrębnie. Reguły związane z ich przeprowadzeniem zamawiający powinien określić w treści ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z art. 48 ust. 2. W przepisie tym mającym zastosowanie do trybów przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego, ustawodawca w pkt 6 określił obowiązek odrębnego opisania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, a także znaczenia tych warunków. Jednocześnie też ustawodawca w art. 48 ust. 2 pkt 8a określił obowiązek ustalenia obiektywnego i niedyskryminacyjnego sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu. Zgodnie z art. 26 ust. 2b wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia, zdolności finansowych lub ekonomicznych, które zostały przez zamawiającego opisane dla danego zamówienia, może powoływać się na potencjał podmiotu trzeciego. Przepis art. 26 ust. 2b ma charakter normy ius cogens, której obowiązywania zamawiający nie może wyłączyć poprzez zapisy treści ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia.” (A. Bazan, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2015).
Stosowanie systemu prekwalifikacji wykonawców z dopuszczeniem możliwości posługiwania się na potencjał podmiotów trzecich jest powszechnie stosowaną praktyką akceptowalną przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i sądy powszechne, np. wyrok Sądu Okręgowego w Piotrkowie Tryb. z 6 grudnia 2012 r., II Ca 757/12, KIO 2070/13; KIO 2074/13. Znaczna część orzeczeń zdaje się wskazywać stanowisko, że ograniczenie w ramach prekwalifikacji korzystania z potencjału podmiotów trzecich nie jest odgórnie narzucone przez jakiekolwiek przepisy prawa, ale stanowi każdorazowo stanowi samodzielną decyzję zamawiającego (por. np. KIO 548/15). Potwierdza to również uzasadnienie pierwszej wersji „Projektu założeń projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych”, z października 2010 r.: „Proponowania zmiana ma służyć zwiększeniu szans na zaproszenie do udziału w następnym etapie postępowania małych i średnich firmy oraz wyeliminowaniu wygrywania prekwalifikacji wyłącznie przez największe firmy, jak również handlu referencjami, którym sprzyja wymaganie od wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu w największym stopniu. Po ww. zmianie zamawiający będą mogli m.in. prekwalifikować wykonawców w oparciu o ich własne doświadczenie (bez możliwości posiłkowania się



referencjami podmiotów trzecich) albo stosować inne obiektywne kryteria wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu.'
Zgodnie z art. 51 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców wyłonionych w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia.
W ocenie zamawiającego dokonany opis spełniania warunków udziału został określony w sposób „obiektywny” i „niedyskryminacyjny”. Z treści odwołania wynika wniosek, iż odwołujący stoi na stanowisku, że dopuszczenie korzystania z potencjału podmiotów trzecich stawia w gorszej pozycji wykonawców, którzy legitymują się własnym doświadczeniem. Odwołujący zdaje się całkowicie pomijać fakt, iż zamawiający nie będzie przyznawał punktów w przypadku własnego doświadczenia, jak i doświadczenia „pożyczonego” na takich samych zasadach. Jak wynika z zacytowanego powyżej fragmentu ogłoszenia: „za każde zamówienie wykonane przez podmiot trzeci wykonawca otrzyma liczbę punktów wskazaną w pkt a)-c) powyżej, podzielona przez pięć.” W ocenie zamawiającego przyjęte przez niego rozwiązanie z jeden strony preferuje wykazywanie się własnym doświadczeniem, a z drugiej strony nie uniemożliwia zdobycia, choćby minimalnej, liczby punktów przez wykonawców, którzy mimo tego, iż są w stanie zrealizować zamówienie, nie legitymują się wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem. Określony przez

zamawiającego warunek doświadczenia spełnia jedynie niewielkie grono wykonawców, specjalizujących się w realizacji zamówień analogicznych do przedmiotowego. W związku z tym liczba podmiotów mogących udostępnić potencjał będzie również ograniczona, a więc wątpliwym wydaje się, że ww. fragment ogłoszenia miał być podstawą do powstania sytuacji „handlu referencjami".
Zamawiający zauważa, iż w ogłoszeniu zostało jasno i wyraźnie wskazane, iż doświadczenie własne wykonawcy „ma pierwszeństwo" przed doświadczeniem wykazywanym za pomocą instytucji określonej w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Świadczą o tym następujące zapisy pkt IV.1.2 ogłoszenia: „V. W przypadku, gdy po przyznaniu punktów i dokonaniu klasyfikacji Wykonawców nadal więcej niż jeden Wykonawca uzyska taką samą liczbę punktów (na pozycjach od 1 do 8), wówczas o tym, którzy Wykonawcy zostaną zaproszeni do składania ofert, decydować będzie liczba punktów uzyskanych w ramach oceny doświadczenia (zgodnie z pkt I ppkt 1 powyżej niniejszego Ogłoszenia) uwzględniając wyłącznie doświadczenie własne Wykonawcy (uzyskane jako Wykonawca, w tym członek konsorcjum i jako podwykonawca), bez uwzględnienia doświadczeń podmiotów trzecich, na które Wykonawca się powołuje na zasadach określonych w 26 ust 2b ustawy Prawo



zamówień publicznych. VI. Zamawiający dopuszcza możliwość przekroczenia przewidywanej w ogłoszeniu liczby Wykonawców, którzy mieli zostać zaproszeni do składania ofert (tj. 8) w sytuacji, gdy po przyznaniu punktów i dokonaniu klasyfikacji Wykonawców, więcej niż jeden Wykonawca ulokował się na tej samej pozycji (od pierwszej do ósmej). VII. Zamawiający informuje, że ze względu na fakt, iż przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie kwalifikacji Wykonawców do zaproszenia do składania ofert, w ramach kwalifikacji Wykonawców (w oparciu o zasady określone powyżej) nie będzie brał pod uwagę dokumentów uzupełnionych w trybie art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych."

V Ustalenia Izby
Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący mieli interes we wniesieniu odwołań.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (treść ogłoszenia o zamówieniu z 23 grudnia 2015 r. oraz dokonana 8 stycznia 2016 r. zmiana tego ogłoszenia) nie jest sporny między stronami.

W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2815/15 Izba stwierdziła, że przedmiotem zarzutu odwołania była treść warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu, odnosząca się do wymogu posiadania potencjału technicznego w postaci sprzętu, tj. wysokowydajnej oczyszczarki tłucznia z wagonami taśmociągowymi, o wydajności nie niższej niż 800 $m^3$/h, a w trybie płukania 300 $m^3$/h. Odwołujący zanegował wymóg urządzenia o takiej wydajności.
8 stycznia 2016 r., po wniesieniu odwołania, zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu zmieniając ww. wymóg na następujący: wysokowydajna oczyszczarka tłucznia z wagonami taśmociągowymi, o wydajności nie niższej niż 600 $m^3$/h. Zamawiający podkreślił, że zmiana ta jest zgodna z wnioskiem zawartym w odwołaniu, gdyż wydajność oczyszczarki została zmniejszona poniżej wskazanych przez odwołującego 760 $m^3$/h.
Jednocześnie zamawiający nie uwzględnił odwołania, lecz wniósł o jego oddalenie.
Odwołujący oświadczył, że dokonana zmiana ogłoszenia go satysfakcjonuje.
Również zdaniem Izby dokonana zmiana jest zgodna z żądaniami odwołania.

Biorąc pod uwagę, że zamawiający zmienił ogłoszenie w sposób zgodny z odwołaniem, co potwierdza oświadczenie odwołującego, Izba stwierdziła, że przedmiot sporu pomiędzy



stronami odpadł i brak jest czynności, której dokonanie Izba mogłaby zamawiającemu nakazać, skoro czynność ta (zmiana ogłoszenia o zamówieniu) została dokonana już przed wydaniem wyroku. Jeśli więc nawet początkowy wymóg zamawiającego był nadmierny

(czego roztrząsanie przez Izbę byłoby bezprzedmiotowe), to – wobec faktu, że zamawiający dobrowolnie go zmienił – obecnie nie ma to żadnego znaczenia, a tym samym nawet potencjalnego wpływu na wynik postępowania. Tym samym zachodzi samoistna przesłanka oddalenia odwołania wskazana w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zatem każdorazowo jeśli Izba nie stwierdzi, aby w danej sprawie zachodziło naruszenie przepisów mogące mieć wpływ na wynik postępowania (czyli wybór najkorzystniejszej oferty lub unieważnienie postępowania), odwołanie oddala.
Poza tym również dyspozycja art. 192 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stoi na przeszkodzie uwzględnieniu odwołania. W przepisie tym wskazano, jakie rozstrzygnięcia Izba może wydać w przypadku uwzględnienia odwołania: „Uwzględniając odwołanie, Izba może:
1) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta – nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego; albo
2) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1:
a) unieważnić umowę; albo
b) unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu; albo
c) nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa; albo
3) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie – stwierdzić naruszenie przepisów ustawy.”
Jako że umowa jeszcze nie została zawarta, zastosowanie miałby tu punkt 1, tj. Izba powinna nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. Tymczasem w okolicznościach niniejszej sprawy Izba nie ma żadnych poleceń dla zamawiającego, gdyż nie ma czynności, którą powinien powtórzyć, dokonać lub unieważnić.



Odwołujący wniósł o to, by Izba stwierdziła w sentencji wyroku naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednak jako czynność procesowa (wynik postępowania odwoławczego) jest to niecelowe, co Izba stwierdziła już powyżej. Samo stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy następuje, zgodnie z ww. art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jedynie, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie – z tego powodu, że w takim wypadku nie można już nakazać niczego (ani ukarać zamawiającego). Drugi taki przypadek nie jest opisany w ustawie, ale wynika z praktyki i odnosi się do sytuacji, gdy wyrok dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz jest wydawany po upływie terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Po nastąpieniu tych zdarzeń nie można bowiem już zmienić ogłoszenia ani specyfikacji istotnych warunków zamówienia i można co najwyżej stwierdzić naruszenie – chyba że naruszenie to jest tak poważne, że zachodzą podstawy do nakazania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
Z powyższych powodów Izba nie mogła przychylić się do wniosku odwołującego.
W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że dokonanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nawet jeśli pokrywa się z żądaniami odwołania, z formalnego punktu widzenia nie jest tym samym co uwzględnienie odwołania, o którym mowa w art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a które jest czynnością procesową w postępowaniu odwoławczym. Jednocześnie jednak zdarza się, że czynności dokonane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wywierają istotne skutki również w postępowaniu odwoławczym, m.in. właśnie w sferze wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym stan postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z okoliczności, które bierze się pod uwagę przy orzekaniu, a o których mowa w art.

191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (przepis ten stanowi, że wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania), orzeczenie nie może bowiem abstrahować od realiów danego postępowania i np. polecenie dokonania danych czynności musi mieć sens.

W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2871/15 Izba stwierdziła, że przedmiotem zarzutu odwołania była treść punktu IV.1.2 ogłoszenia o zamówieniu odnosząca się do sposobu ograniczenia liczby wykonawców zapraszanych do składania ofert w przypadku, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu okaże się wyższa niż maksymalna określona przez zamawiającego.

15

---

W punkcie tym zamawiający wskazał: „Uwaga – Zamawiający w ramach kwalifikacji oceniał będzie doświadczenie własne Wykonawcy (tj. zamówienia wykonane siłami własnymi Wykonawcy – jako Wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca) a także doświadczenie podmiotu trzeciego, na które powołuje się Wykonawca, z zastrzeżeniem że za każde zamówienie wykonane siłami własnymi wykonawcy, tj. jako wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca liczba punktów zostanie przyzna w pełnej wysokości, zgodnie ze wskazaniem w pkt a)-c) powyżej, natomiast za każde zamówienie wykonane przez podmiot trzeci wykonawca otrzyma liczbę punktów wskazaną w pkt a)-c) powyżej, podzieloną przez pięć.”
Cechą przetargu ograniczonego jest to, że w pierwszym etapie swój udział w postępowaniu mogą zadeklarować wszyscy zainteresowani wykonawcy. Następnie zamawiający dokonuje oceny spełniania przez nich bezwzględnych wymogów (warunków udziału w postępowaniu), a jeśli warunki te spełnia zbyt duża liczba wykonawców w stosunku do zakładanej, wybiera się spośród nich najlepszych. We wcześniejszej wersji przepisów (przed nowelizacją w roku 2012) wybór ten odnosił się do lepszej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (zamawiający stawiał dodatkowe warunki lub większe wymogi w stosunku do minimalnych) i kwestia ta nie budziła kontrowersji – do momentu wejścia w życie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Ze względu na ogromne nadużywanie tej instytucji i nagminne wykorzystywanie jej niezgodnie ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem, zwane potocznie „handlem referencjami”, ten sposób oceny wykonawców okazał się nieskuteczny i często wręcz krzywdzący dla najlepszych wykonawców. Ma tu rację odwołujący, że często wygrywali wykonawcy wykazujący się nie większym potencjałem do realizacji, ale większą operatywnością w przygotowywaniu wniosków. Dochodziło też do tego, że nawet wykonawcy posiadający własny duży potencjał czy duże doświadczenie, „pożyczali” je od znacznie mniejszych firm, aby przedstawić większą liczbę realizacji – albo nawet jeszcze większych absurdów.
Słusznie więc w obecnej treści przepisów dla ukrócenia takich praktyk odstąpiono od odniesienia do warunków udziału w postępowaniu na rzecz „obiektywnego i niedyskryminacyjnego sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert” (art. 51 ust. 2 i art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Prawo zamówień publicznych).
Przepis ten nie wskazuje na żaden konkretny sposób dokonywania tego wyboru, pozostawiając jego określenie zamawiającemu, pod tym jednak warunkiem, że ma on być „obiektywny i niedyskryminujący”, czyli – przechodząc na bardziej znaną nomenklaturę – zapewniać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

16

---

Aby osiągnąć ten stan uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz obiektywnego i niedyskryminacyjnego ich traktowania, należy ustalić metodę kwalifikacji wykonawców, która spełni założony w procedurze cel, czyli wybór najlepszych z tych, którzy się zgłosili. Tym samym metoda ta powinna wskazywać na jakieś wartości dodane, którymi odznacza się dany wykonawca w stosunku do wymogów minimalnych. Oczywiście wartości te muszą być realne, inaczej w żaden sposób nie będą obiektywne ani uczciwe – takie też było powszechne postrzeganie możliwości wykorzystywania potencjału „pożyczonego”, zwłaszcza w stosunku do cech, których nie da się „pożyczyć”, czyli właśnie doświadczenia. Tym samym co do zasady Izba zgadza się z argumentacją przedstawioną przez

odwołującego oraz w przywołanym przez niego wyroku Izby (zamawiający rzeczywiście powołał się na orzecznictwo dotyczące wcześniejszego stanu prawnego, który słusznie został przez ustawodawcę skorygowany). Zdaniem Izby zamawiający nie powinien w ramach opracowanej przez siebie metody kwalifikacji wykonawców dopuszczać powoływania się na potencjał podmiotów trzecich (w szczególności jeśli chodzi o wiedzę i doświadczenie), gdyż to nie wnosi żadnej wartości dodanej (nie wskazuje, że taki wykonawca jest lepszy od innych), a jedynie prowadzi właśnie do owego handlu referencjami i wynajdowania sposobów formalnego spełnienia warunków, bez ich przełożenia na jakąkolwiek rzeczywistą wartość. Jednak nie można wykluczyć, że w niektórych przypadkach taki potencjał innego podmiotu również może okazać się wartością dodaną. Miałoby to miejsce, gdyby generalny podwykonawca danego wykonawcy wykazywał się przymiotami większymi niż inni kandydaci (wykonawcy z własnym doświadczeniem).
Aby jednak stwierdzić to w wymagany obiektywny sposób, zamawiający musiałby bardzo dokładnie określić warunki, na jakich można by się było na taki potencjał powołać oraz sposób, w jaki należy to wykazać we wniosku.
Przede wszystkim musiałoby to być realne korzystanie z owego potencjału na etapie realizacji zamówienia i to nie tylko symboliczne, ale przy wszystkich tych pracach, przy których dane doświadczenie jest wymagane, do tego bez wątpliwości w charakterze bezpośredniego podwykonawcy, a nie jakiegoś doradcy o niedookreślonych obowiązkach i zobowiązaniach (zresztą wynika to już bezpośrednio z dyrektyw unijnych z 2014 r.). Do tego wykonawca nie mógłby się powoływać na nieokreśloną liczbę owych podmiotów i dowolnie dodawać sobie ich doświadczenia – nadmiar podmiotów mających wykonywać dane zadanie, nie jest wartością dodaną, wręcz przeciwnie. Nie może też prowadzić do stanu, w którym wykonawca zadeklaruje, że jedne szyny czy okablowanie będzie kładło kilka firm, aby uzyskać wielokrotność punktów. Pozostaje też kwestia ewentualnej rezygnacji owego podmiotu i zastąpienie go innym – co jest bardzo niepożądane w przypadku, gdy na danym podmiocie oparta jest kwalifikacja. Do tego należy zwrócić uwagę na brak na tym



etapie postępowania konkretnego opisu przedmiotu zamówienia a nawet konkretnych dat rozpoczęcia i zakończenia robót, co utrudnia a nawet wręcz uniemożliwia realne zaplanowanie udziału takiego podmiotu trzeciego lub podmiotów trzecich w realizacji zamówienia, a tym samym i prawidłowych deklaracji w tym zakresie na etapie kwalifikacji. Oczywiście również zobowiązania podmiotów trzecich muszą być tak sformułowane, by stanowiły rzeczywiste zobowiązania, a nie jedynie puste formułki *pro forma,* z którymi *de facto* nie będą się wiązały dla nich ani dla wykonawcy żadne konkretne obowiązki.
I jest to tylko kilka przykładowych kwestii, które zamawiający musi rozwiązać, aby dokonany przez niego opis metody kwalifikacji uznać za obiektywny i zgodny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jeśli zamawiający potrafi takiego opisu dokonać, to może pozostać przy ocenianiu również potencjału podmiotów trzecich, jeśli zaś nie, powinien wprowadzić inną metodę kwalifikacji.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie o sygn. akt KIO 2815/15 i uwzględniając odwołanie o sygn. akt KIO 2871/15.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 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: ……..…**