Sygn. akt KIO 2359/10

WYROK
z dnia 9 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez: Strabag spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie,
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Politechnikę Lubelską w Lublinie w trybie przetargu ograniczonego na *„Budowę* Kompleksu dydaktyczno - naukowego Wschodnie Innowacyjne Centrum Architektury Politechniki Lubelskiej"

przy udziale przystępującego do postępowania odwoławczego wykonawcy: Erbud SA w Warszawie – po stronie Odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Strabag spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie i nakazuje:
   1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20.000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Strabag spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie,
   2) dokonać wpłaty kwoty 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) przez Odwołującego Strabag spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: 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 w **Lublinie.**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na *„Budowę* Kompleksu dydaktyczno - naukowego Wschodnie Innowacyjne Centrum Architektury Politechniki Lubelskiej" z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, gdy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane przekracza 4.845.000 EURO.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 148-228520 w dniu 3 sierpnia 2010 r.

Odwołujący w dniu 19 października 2010r. otrzymał pocztą elektroniczną informację, że jego wniosek został sklasyfikowany na 8 pozycji oraz o uznaniu za wykluczonego z postępowania.

W dniu 29 października 2010r. Odwołujący Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie wniósł odwołanie w zakresie przyznanej punktacji za spełnianie warunku udziału w postępowaniu a w konsekwencji – uznania za wykluczonego z postępowania.

Odwołujący - Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie w złożonym odwołaniu podniósł zarzuty naruszenia:

1) art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji;
2) art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie, iż przepis ten dopuszcza posłużenie się zasobami udostępnionymi wykonawcy przez podmioty trzecie, na zasadach w nim określonych wyłącznie w celu wykazania spełniania

minimalnych warunków udziału w postępowaniu, natomiast posłużenie się zasobami udostępnionymi przez podmioty trzecie wyłączone jest w przypadku oceny najwyżej spełnionych warunków udziału, która ma na celu ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składnia ofert w postępowaniu;

3) art. 51 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nie zakwalifikowanie Odwołującego do grona wykonawców z najwyższą oceną spełniania warunków udziału, którzy otrzymają zaproszenie do składania ofert. Zamawiający przeprowadził

---

niezgodną z prawem, a co za tym idzie błędną ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego, w ramach której nie uwzględnił przerobu wynikającego z dokumentów potwierdzających wiedzę i doświadczenie przekazane przez podmioty trzecie Odwołującemu zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podał, że w wyniku nieprawidłowej oceny spełniania warunków udziału Zamawiający uznał, iż Odwołujący wykazał się przerobem na kwotę równą: 1.898.633.934,00 PLN, zamiast 7.596.997.635,00 PLN i w związku z tym jego wniosek zajął pozycję nr 8 w rankingu najwyższych ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ponieważ Zamawiający przewidział zaproszenie do składania ofert tylko 5 wykonawców z najwyższą oceną spełniania warunków udziału w postępowaniu, zatem Odwołujący został uznany za wykluczonego.

Zamawiający naruszył przepis art. 51 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych także poprzez uznanie, iż kwalifikacja wykonawców do zaproszenia do składania ofert odbywa się w oparciu o inne warunki udziału, niż te wskazane w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności uznając, iż „przerób brutto przy realizacji robót budowlanych (budynków)" nie jest warunkiem dotyczącym wiedzy i doświadczenia, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania;
2) nakazanie unieważnienia czynności oceny wniosku Odwołującego, a zarazem unieważnienia uznania go za wykluczonego z postępowania;
3) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu ze wskazaniem, iż ponowna ocena winna być przeprowadzona z uwzględnieniem przerobu wynikającego z dokumentów przedstawionych przez podmioty trzecie, które w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych oddały swoją wiedzę i doświadczenie Odwołującemu na czas korzystania z nich przy realizacji zamówienia, tak aby wniosek Odwołującego zajął pozycję nr 2, właściwą dla przerobu o wartości odpowiadającej kwocie 7.596.997.635,00 PLN.

Odwołujący podał, że Zamawiający w dniu 19 października 2010r. zawiadomił Odwołującego pocztą elektroniczną, iż otrzymał w dniu 4 października 2010r. pismo od wykonawcy Erbud S.A., w którym zarzucono mu między innymi wadliwe dokonanie oceny spełniania warunków udziału

---

w postępowaniu w stosunku do Strabag Sp. z o.o. (Odwołującego), poprzez bezpodstawne uwzględnienie w punktacji robót, które nie zostały wykonane przez Strabag Sp. z o.o. Na skutek pisma spółki Erbud S.A., Zamawiający stwierdził: iż *„Po podliczeniu i ocenie przerobu wszystkich zakończonych robot budowlanych wykonanych wostatnich 5 latach Państwa wniosek został sklasyfikowany na pozycji 8 - nie jest dopuszczalne posłużenie się przerobem innych Wykonawcówzgodnie z art. 26 ust 2b Ustawy PZP, gdyż przerób o którym mowa wogłoszeniu nie jest warunkiem o którym mowa wArt. 22 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP lecz okolicznością wymaganą przez zamawiającego wsytuacji gdy wnioski o dopuszczenie do udziału wpostępowaniu złoży więcej niż 5 Wykonawców"* W dalszej części pisma Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania: „(...) *wzwiązku z tym że zaproszenie do składania ofert Zamawiający wyśle do maksymalnie 5 uczestnikówpostępowania spełniających wymagane warunki udziału, którzy wykażą się największym przerobem brutto przy realizacji robót budowlanych (budynków) Zamawiający był zobowiązany na podstawie Art. 51. Ust 2 Ustawy PZP wykluczyć Państwa firmę z postępowania."*

Odwołujący wskazuje, iż „przerób" o którym mowa w Ogłoszeniu, nie może być

oceniany w oderwaniu od warunków wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2) Ustawy. Przepis art. 51 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie 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."* Odwołujący podnosi, że wskazany w sekcji IV. 1.2) ogłoszenia warunek „przerobu" brutto przy realizacji robót budowlanych (budynków) należy rozumieć jako wartość robót budowlanych, przedstawionych zamawiającemu celem wykazania spełniania warunków udziału określonych w sekcji III.2.3) Ogłoszenia.

Zamawiający nie sprecyzował co rozumie pod pojęciem „przerobu", w szczególności nie wskazał, iż do „przerobu brutto przy realizacji robót budowlanych (budynków)" nie zalicza się wartości brutto wykonanych robót budowlanych, o których mowa w sekcji III.2.3) ogłoszenia. W ogłoszeniu o zamówieniu brak jest zapisów wskazujących na konieczność wykazania jakichkolwiek innych robót budowlanych, niż te wskazane w sekcji III.2.3) ogłoszenia, celem uzyskania zaproszenia do składania ofert. W ocenie Odwołującego w dniu 19 października 2010 roku Zamawiający dokonując interpretacji zapisów ogłoszenia o zamówieniu faktycznie zmienił ich znaczenie oraz treść warunków udziału w postępowaniu. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 grudnia 2009 roku stwierdziła: *„Nadawanie dopiero na etapie oceny wnioskówo dopuszczenie do udziału innego brzmienia określonemu przez siebie warunkowi udziału w postępowaniu jest niedopuszczalne"* (KIO/UZP 1604/09).

Odwołujący argumentuje, że za nietrafne należy uznać twierdzenie Zamawiającego, iż „(...)nie *jest dopuszczalne posłużenie się przerobem innych Wykonawcówzgodnie z art. 26 ust 2b Ustawy PZP (...).* Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, 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; nie można zgodzić się z Zamawiającym, iż korzystanie z zasobów wiedzy i doświadczenia udostępnionych przez podmioty trzecie na zasadzie wskazanej w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych jest ograniczone wyłącznie do wykazania spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Ograniczenie takie w żaden sposób nie wynika z treści ogłoszenia o zamówieniu, jak również nie można takiego ograniczenia wyinterpretować z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Podał Odwołujący, że Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach jednoznacznie stoi na stanowisku, iż kwalifikacja wykonawców pod kątem najwyższej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu odbywa się również w oparciu o zasoby udostępnione wykonawcom na zasadzie wskazanej w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych przez podmioty trzecie: W wyroku z dnia 19 lipca 2010 roku sygn. akt KIO/1410/10 Krajowa Izba odwoławcza stwierdziła: *„Izba nie podziela także stanowiska odwołującego Incom, który wywodził na rozprawie, iż przepis art. 26 ust. 2 b ustawy pozwala na skorzystanie z zasobówpodmiotówtrzecich tylko wcelu wykazania spełniania minimalnych warunkówudziału wpostępowaniu, natomiast nie jest dozwolone powołanie się na doświadczenie innego podmiotu, jeżeli miałoby służyć wyłącznie otrzymaniu większej liczby punktów, a w konsekwencji wyższej pozycji wrankingu wykonawców."* Dalej w orzeczeniu: „Podkreślić *trzeba, iż proponowanemu przez odwołującego Incom rozumieniu omawianego przepisu sprzeciwia się także brzmienie art.*
51 ust. 2 Pzp ustawy, który wprost wskazuje, że do składania ofert zamawiający zaprasza wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków, zatem kwalifikacja odbywa się także na podstawie analizy spełniania przez wykonawcę warunkówudziału wpostępowaniu. Nie muszą to być te same warunki, które służą weryfikacji minimalnej zdolności do realizacji zamówienia, jednak ustawodawca nie rozróżnia tych sytuacji traktując je na gruncie m. in. art. 26 ust. 2 b jednakowo. Tym samym zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 wzw. z art. 26 ust. 2 b ustawy oraz art. 82 ust. 1 nie znalazł potwierdzenia wświetle zebranego w sprawie materiału dowodowego. Zamawiający był nie tylko uprawniony, ale także zobowiązany dokonując oceny spełniania przez wykonawcówwarunkówudziału wpostępowaniu do uwzględnienia doświadczenia udostępnionego mu przez spółkę NTT System na podstawie art. 26 ust. 2 b Pzp. Izba nie stwierdziła podstawy do wykluczenia wykonawcówz postępowania z tego tytułu, że powołali się we wnioskach na doświadczenie tego samego podmiotu trzeciego."

Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie i został dopuszczony wykonawca

Erbud SA w Warszawie – po stronie Odwołującego, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego wyrażający się tym, iż w wyniku błędnie dokonanej przez Zamawiającego oceny spełniania warunków interes Odwołującego został naruszony a Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, przy czym wniosek Przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został oceniony przez Zamawiającego identycznie jak wniosek Odwołującego - tj. w obu przypadkach Zamawiający przy dokonywaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie uwzględnił w punktacji zarówno Odwołującemu jak i Przystępującemu przerobu udostępnionego przez inne podmioty na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Ustawy. Zatem ewentualne uwzględnienie odwołania Strabag spowoduje, iż Zamawiający kierując się określoną w art. 7 ust. 1 Ustawy zasadą równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania z zachowania uczciwej konkurencji, będzie musiał przy ponownej ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu uwzględnić wszystkim wykonawcom przerób udostępniony przez inne podmioty, co spowoduje, że zarówno Odwołujący jak i Przystępujący uplasują się w rankingu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na miejscach gwarantujących zaproszenie do złożenia oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w ogłoszeniu postawił warunki udziału w postępowaniu, z których wynika, że wykonawcy ubiegający się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu muszą spełnić następujące warunki:

1. Uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
   O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia.
2. Wiedza i doświadczenie:
   O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia.

---

3. Osoby zdolne do wykonania zamówienia:
   Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacja na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami.
4. Sytuacja ekonomiczna i finansowa:
   O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia.

W celu wykazania spełniania wymagania w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy zobowiązani byli złożyć Wykaz robót budowlanych wykonanych w zakresie niżej opisanym, przy czym wymagane było łączne spełnianie warunków:
a) Wykaz robót budowlanych wzakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych wokresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wnioskówo dopuszczenie do udziału wpostępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - wtym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.
Wymagane jest wykonanie minimum 2 takich budynkówużyteczności publicznej o wartości 30.000.000zł brutto każdy.
b) Wykaz robót budowlanych (gdzie wykonawca zrealizował je wdrodze montażu konstrukcji stalowych i żelbetowych lub mieszanych) wzakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych wokresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wnioskówo dopuszczenie do udziału wpostępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - wtym okresie, z podaniem ich

rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone
Wymagane jest wykonanie minimum 2 takich robót o wartości 1.000.000zł brutto każda.

Zamawiający zastrzegł, że *„w przypadku składania oferty przez podmioty występujące wspólnie warunek postawiony przez Zamawiającego w punkcie a i b podmioty te mogą spełniać wspólnie, a na poparcie spełnienia warunku formularz „Doświadczenie zawodowe" może być złożony wspólnie. Przy czym Zamawiający uzna warunek za spełniony przez podmioty występujące wspólnie jeśli co najmniej dwóch spośród nich wybudowało*
po jednym budynku użyteczności publicznej o wymaganej wartości lub co najmniej jeden spośród nich wybudował

---

dwa budynki spełniające warunki opisane wyżej to samo dotyczy robót wymienionych w pkt. b. Wykonawcy występujący wspólnie nie mogą łączyć wartości i kubatury budynków na poparcie spełnienia warunków winny niż opisany przez Zamawiającego sposób".

W treści pkt. III.2.1.4. ogłoszenia, w którym Zamawiający postanowił, że jeżeli *„Wykonawca wykazuje spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia (…) na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b p.z.p. polega na zasobach innych podmiotów, Zamawiający wymaga złożenia pisemnego oświadczenia tych podmiotów, do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania*
z nich przy wykonywaniu zamówienia".

Tak postawione warunki spełniło trzynastu wykonawców (Druk ZP-12).

Zamawiający ustalił w ogłoszeniu (sekcja IV. 1.2) ogłoszenia) następujące zasady wyłonienia pięciu wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do złożenia ofert w postępowaniu: *„Zaproszenie do składania ofert zostanie wysłane do maksymalnie 5 uczestników postępowania spełniających wymagane warunki udziału i którzy wykażą się największym przerobem brutto przy realizacji robót budowlanych (budynków)."*

Na podstawie tak ustalonych zasad ustalania listy wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, Zamawiający przyznał Odwołującemu drugą pozycję uznając przerób brutto przy realizacji robót budowlanych (budynków) w wysokości 7.596.997.635,00 zł z uwzględnieniem także robót wykazanych na zasadach wynikających z brzmienia art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych (druk ZP -16 z dnia 22 września 2010r.). Zamawiający uwzględnił własny przerób Odwołującego na kwotę 1.898.633.934,00 zł oraz przerób wykazany na podstawie zobowiązań innych podmiotów (zobowiązania trzech wykonawców). Odwołujący do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączył trzy zobowiązania tytułowane *„Zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia"* podmiotów: Strabag AG w Spittal an der Drau, Strabag AG w Kolonii oraz Ed.Züblin AG o identycznym brzmieniu: *« (…) w celu i na okres realizacji przez Strabag Sp. z o.o. zamówienia pod nazwą „Budowę Kompleksu dydaktyczno - naukowego Wschodnie Innowacyjne Centrum Architektury Politechniki Lubelskiej" zobowiązujemy się oddać do dyspozycji nasze zasoby*
wiedzy i doświadczenia, które są wystarczające do realizacji ww. zamówienia. Jednocześnie oświadczamy, iż zrealizowaliśmy w wymaganym zakresie obiekty budowlane spełniające następujące wymagania: Wykonanie zamówienia polegającego na budowie budynków użyteczności publicznej».

W odniesieniu do innych wykonawców, w tym Przystępującego, Zamawiający uwzględnił wartość przerobu brutto przy realizacji robót budowlanych (budynków), za który uznał wykazywane dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu roboty budowlane, na podstawie

---

własnego doświadczenia wykonawcy, nie uznając w tym zakresie robót wykazanych na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych.

W wyniku pisma Przystępującego z dnia 4 października 2010r., wskazującego na bezpodstawne nieuznanie temu wykonawcy doświadczenia przerobu brutto przy realizacji robót budowlanych (budynków) wykazanego na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający dokonał ponownego sklasyfikowania wykonawców, w wyniku czego Odwołujący znalazł się na ósmej pozycji. Zamawiający nie uznał doświadczenia wykazanego za pomocą posiłkowania się potencjałem innych podmiotów na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, przyjmując w odniesieniu do Strabag spółki z o.o. w Pruszkowie

przerób w wysokości 1.898.633.934,00 zł (druk ZP-16 z dnia 19 października 2010r.).

Na tle tak ustalonego stanu faktycznego, uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, wnioski złożone przez wykonawców jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż uwzględnienie odwołania w sposób postulowany przez Odwołującego może spowodować zmianę przyznanej mu pozycji w zakresie pozwalającym znaleźć się wśród pięciu wykonawców zaproszonych do złożenia oferty a w konsekwencji dalsze ubieganie się o zamówienie.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Oceniając stan faktyczny sprawy oraz kwestionowane w odwołaniu i w granicach tego odwołania (zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych) czynności Zamawiającego należało uznać, że odwołanie podlega oddaleniu.

Spór niniejszej sprawy osadzony jest w brzmieniu art. 26 ust. 2 b oraz art. 51 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Kwestionowane w odwołaniu czynności Zamawiającego przyznania wykonawcom odpowiedniej, w tym Odwołującemu ósmej pozycji w „liście rankingowej" podmiotów, których Zamawiający zaprosi do składania ofert a w konsekwencji uznanie wykonawcy za wykluczonego zostały dokonane na podstawie art. 51 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – taką podstawę wskazał Zamawiający w informacji skierowanej do Odwołującego z dnia 19 października 2010r. o pozycji Odwołującego.

Przepis ten stanowi, 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. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Do składania ofert zamawiający zaprasza więc wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków, zatem kwalifikacja odbywa się na podstawie analizy spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Z przepisu tego wynika, że przyznanie wykonawcom ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu odbywa się już po przesądzeniu katalogu wykonawców, którzy spełniają te warunki.

Rozważenia zatem na gruncie analizowanej sprawy wymagało, czy dla ustalenia listy wykonawców w najwyższym stopniu spełniających dany, wymagany dla tej oceny warunek, należy uwzględniać jedynie własną sytuację wykonawcy (spełnienie warunku wyłącznie przez tego wykonawcę) czy też także uznane za dowodzące spełniania warunku udziału w postępowaniu odpowiednie zasoby należące do podmiotu trzeciego, przekazane wykonawcy z zastosowaniem regulacji zawartej w art. 26 ust. 2 b ustawy prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych *„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 nim stosunków.*
Wykonawca wtakiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami

niezbędnymi do realizacji zamówienia, wszczególności przedstawiając wtym celu pisemne zobowiązanie tych

*podmiotówdo oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobówna okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia."*Celem uchwalenia powyższego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które to postanowienia dopuszczają poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Taki cel przepisu, wprowadzonego nowelizacją ustawy (ustawa *z dnia 5 listopada 2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych wsprawach cywilnych, Dz.U. z 2009 Nr 206 poz. 1591)* , wynika nadto z uzasadnienia wskazanej nowelizacji

Ponadto, wskazany przepis art. 26 ust. 2 b ustawy, wyraźnie wiąże możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 zasobów należących do innego podmiotu z istnieniem rzeczywistej potrzeby wykazania tego zasobu w związku z jego niezbędnością dla realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Wynika to wprost z brzmienia tego przepisu, zdanie drugie – przepis w tej części aż dwukrotnie akcentuje posłużenie się niezbędnymi zasobami należącymi do podmiotu trzeciego (udostępniającego ich), wskazując zarazem że zasoby te mają być niezbędne do realizacji zamówienia.

Dostrzeżenia także wymaga, że przepis ten jest nieodłącznie związany z obowiązkiem wykazania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu, stanowi niejako rozwinięcie przepisu ogólnego dotyczącego tych warunków, to jest art. 22 ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 i 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; posiadania wiedzy i doświadczenia; dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Przytoczony przepis służy zatem zabezpieczeniu interesów Zamawiającego, któremu wykonawcy muszą wykazać, że posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, niezbędną wiedzę i doświadczenie, dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. To podstawowe wymogi ekonomiczno – techniczne, które

mają zapewnić (albo przynajmniej uprawdopodobnić) realizację zamówienia w sposób co najmniej poprawny.

Dostrzec trzeba dalej, że to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe wynika wprost z brzmienia przepisu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (lub może żądać jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż wskazane kwoty. Zgodnie z natomiast z brzmieniem przepisu art. 26 ust. 2 a powołanej ustawy, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy.

Przepis art. 26 ust. 2 b stanowi lex specialis od wyrażonej w art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ogólnej zasady, że to wykonawca samodzielnie (względnie działając w ramach konsorcjum – art. 23 ustawy) spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2 b ustawy prawo zamówień publicznych, wykonawca może polegać na wymienionych w nim zasobach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, przy czym w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji

zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W sytuacji korzystania przez wykonawcę z możliwości posiłkowania się zasobami innego podmiotu, obowiązek wykazania przez wykonawcę spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ustawy (na gruncie analizowanej sprawy – warunku w zakresie posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia) został więc wzmocniony – ustawodawca bowiem wyraźnie zastrzegł w tym wypadku obowiązek udowodnienia.

Dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi zatem zostać udowodnione przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie budzący wątpliwości co do tego, czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu, jak również że podmiot udzielający

---

odpowiedniego zasobu (na gruncie analizowanej sprawy wiedzy i doświadczenia) rzeczywiście go posiada w wymaganym przez zamawiającego zakresie. Co do obowiązku i zakresu tego udowodnienia podzielono poglądy wyrażone przykładowo w wyroku KIO z dnia 17 maja 2010r., KIO 790/10, KIO 1439/10 jak i publikacji *Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów,* Aleksandra Sołtysińska, Grzegorz Wicik, kwartalnik Prawo zamówień publicznych nr 4/2009, str. 10-34, wskazujące na relatywnie szeroki zakres obowiązku w zakresie udowodnienia korzystania z potencjału innego podmiotu na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy.

Owo udowodnienie, o którym mowa w analizowanym przepisie powinno obejmować wykazanie zarówno, że podmiot udostępniający dany zasób rzeczywiście go posiada, że zasób ten odpowiada swym zakresem warunkowi postawionemu przez zamawiającego, że nastąpi jego bezwarunkowe oddanie wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie na czas i w celu realizacji tego zamówienia. Zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobu (lub inny, alternatywny dowód na tę okoliczność) powinno także uwzględniać charakter udostępnianego zasobu, w taki sposób by możliwe było uznanie, że udostępnienie rzeczywiście nastąpiło.

Nie ulega wątpliwości, że dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu rzeczywiście nim dysponuje a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu. Stwierdzenie tego dysponowania przez wykonawcę winno być bowiem konsekwencją dokonania przez zamawiającego pozytywnej oceny dowodu, jakim jest zobowiązanie podmiotu trzeciego. Analizowany przepis wymaga udowodnienia przez wykonawcę zamierzającego skorzystać z zasobów należących do innego podmiotu, że będzie nimi dysponował, wskazując jako przykładowy sposób tego udowodnienia przedłożenie pisemnego zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji tych zasobów. Udowodnienie dysponowania wymienionymi w art. 22 ust. 1 pkt 2) – 4) ustawy Prawo zamówień publicznych zasobami może mieć różną postać oraz treść – stosownie do rodzaju tego zasobu a także stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udzielającym zasobu jak i charakteru i zakresu porozumienia pomiędzy tymi podmiotami.

Ponadto, zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych (bądź inne, odpowiednie oświadczenie w tym zakresie) winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu – wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia a także inne istotne okoliczności, w tym, wynikające ze specyfiki tego zasobu. Jeżeli zatem przedmiotem

---

udostępnienia na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych są zasoby takie jak wiedza i doświadczenie wymagane dla realizacji zamówienia, to wskazane zobowiązanie powinno uwzględniać taki właśnie charakter tego zasobu, w tym okoliczność, że nie jest możliwe przeniesienie czy udostępnienie wiedzy lub doświadczenia bez osobistego uczestnictwa podmiotu w realizacji przyszłego zamówienia. W sytuacji, kiedy przedmiot oddania stanowią zasoby nierozerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, taki dokument powinien dodatkowo zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci (jako podwykonawca, doradca bądź na innej jeszcze podstawie) musi jednak zostać wykazane

przez wykonawcę, bowiem nie można oddać, ani zobowiązać się do oddania wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału podmiotu udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia. W przeciwnym wypadku zamawiający będzie uprawniony do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wskazania uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem.

Fakt uczestnictwa przez podmiot trzeci w wykonaniu zamówienia co do zasady implikuje wykorzystanie wiedzy i doświadczenia podmiotu udzielającego tego zasobu, choć tylko w zakresie wynikającym z tego uczestnictwa - nie sposób uznać, by taka sama sytuacja zachodziła, gdy podmiot trzeci składa deklarację udzielenia wiedzy i doświadczenia a jednocześnie nie jest wykazane jego uczestnictwo w realizacji zamówienia, czy to jako podwykonawca czy na innej podstawie. Można sobie wyobrazić sytuację, gdy podmiot trzeci udzielając wiedzy i doświadczenia w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2) oraz art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, co znajdzie wyraz w przekazaniu referencji (lub innego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostaw, usług lub robót) z prawem do posłużenia się nimi w postępowaniu o zamówienie, w ogóle nie będzie uczestniczył w wykonaniu tego zamówienia albo jego uczestnictwo będzie obejmować zakres całkowicie odmienny i niezwiązany zupełnie z przedmiotem oddanego zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia. Taki stan będzie stanowił niewątpliwie użyczenie jedynie dokumentu w postaci referencji (lub innego tego rodzaju dokumentu) tylko dla formalnego wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, czemu sprzeciwia się zarówno cel wprowadzenia przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy jak i jego brzmienie (wyrażona w tym przepisie niezbędność do realizacji zamówienia oddanego przez podmiot trzeci zasobu).

W warunkach przetargu ograniczonego, powyższe reguły związane z charakterem, a przede wszystkim zakresem udowodnienia dysponowania odpowiednimi zasobami nie doznają modyfikacji i ograniczenia. Istotnie, w tym wypadku wykazywanie odpowiedniego warunku następuje na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, kiedy wykonawcom nie jest jeszcze znana treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem szczegółowy zakres obowiązków wykonawcy w postępowaniu nie jest w pełni zakomunikowany zainteresowanym postępowaniem podmiotom, nie zmienia to jednak faktu, że wykonawcy składając wnioski znają postawione warunki udziału w postępowaniu, potrafią ocenić własną sytuację w ich kontekście i stwierdzić, w jakim zakresie samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu, w jakim zaś muszą ewentualnie polegać na zasobach należących do podmiotu trzeciego. Nie ulega także wątpliwości, że skoro postawienie każdego warunku udziału w postępowaniu jest związane z potrzebą posiadania odpowiedniego, wymienionego w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasobu dla realizacji zamówienia, że skoro wskazuje się, że warunki powinny być adekwatne i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia (co wynika z art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych), że skoro każdy warunek musi być istotny i niezbędny dla realizacji zamówienia, to powyższe zasady dotyczą także spełniania warunku w oparciu o zasoby należące do innego aniżeli wykonawca podmiotu, na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym, dowód składany przez wykonawcę w postępowaniu o zamówienie publiczne, mający służyć przekonaniu zamawiającego, że wykonawca ten dysponuje wymaganym do realizacji zamówienia zasobem, którym to dowodem może być między innymi, wymienione jako przykładowe w treści art. 26 ust. 2 b ustawy pisemne zobowiązanie innego podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnego zasobu na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, powinien wskazywać wszelkie informacje, które pozwolą na przyjęcie (pozwolą zamawiającemu uznać za udowodnione), że w konkretnej sytuacji wykonawca ubiegający się o zamówienie, jakkolwiek samodzielnie nie spełnia danego warunku, to w momencie realizacji zamówienia będzie dysponować wymaganym zasobem jak własnym. Na moment składania oferty bądź wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w przetargu ograniczonym, wykonawca powinien – dla uznania spełniania warunku udziału w postępowaniu – udowodnić, że na podstawie odpowiedniego, stosownego do charakteru udostępnianego zasobu stosunku prawnego, zasób ten w momencie rozpoczęcia wykonywania zamówienia będzie posiadał. Inaczej bowiem będzie skonstruowany ten stosunek prawny, gdy przedmiotem oddania do dyspozycji będzie zasób w postaci pracowników, inaczej – gdy będzie on dotyczył potencjału technicznego stanowiącego „zwykłe” maszyny, jeszcze inaczej

---

– gdy tym potencjałem technicznym będzie podlegający wpisowi do odpowiedniego rejestru statek czy urządzenia, których używanie podlega reglamentacji z uwagi na obowiązujące przepisy, jeszcze inaczej – gdy przedmiotem udostępnienia będą zasoby, nierozerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, takie jak wiedza i doświadczenie.

Zgodzić się należy z poglądami, że w warunkach, gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, a z taką też sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego stanowiącego wiedzę i doświadczenie wymaga uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia w roli podwykonawcy. Wynika to z charakteru umowy o roboty budowlane nadanego przez przepisy kodeksu cywilnego, gdzie poszczególnym uczestnikom procesu budowlanego ustawodawca przypisał wyraźne role (inwestor, wykonawca, kierownik budowy i kierownicy robót, inspektorzy nadzoru, podwykonawca), przewidując jednocześnie obligatoryjne formy pisemne dla odpowiednich czynności prawnych pod rygorem nieważności. Podzielono zatem w powyższym zakresie poglądy wyrażone w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2010r. w spr. 790/10, z dnia 23 lipca 2010r. w spr. o sygn. 1439/10 z dnia 3 sierpnia 2010r. w spr. o sygn. 1536/10; z dnia 5 sierpnia 2010r. w spr. o sygn. 1588/10; z dnia 23 sierpnia 2010r. w spr. o sygn. KIO 1741/10.

Powyższe wynika z brzmienia przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, który stawia ogólny obowiązek udowodnienia oddania wykonawcy odpowiedniego zasobu, wymienia enumeratywnie kategorie zasobów, które mogą być na jego podstawie udostępniane, i w sposób względnie ogólny podaje zakres tego udowodnienia. Istotnie, przepis nie wymaga wprost nawiązania w treści zobowiązania (lub innego dokumentu) do uczestnictwa podmiotu oddającego zasób w postaci wiedzy i doświadczenia w realizacji zamówienia, niemniej jednak nie sposób nie zauważyć, że przepis zakłada pewną uniwersalność regulacji dotyczącej możliwości polegania na zasobach należących do innego podmiotu, obejmuje swym zakresem różne rodzaje zasobów, co do których sposób udowodnienia oddania do dyspozycji jest uzależniony od rodzaju tego zasobu a także jego indywidualnych cech w konkretnej sytuacji. Uszczegółowienie odnoszące się do udostępnianego zasobu nastąpi każdorazowo w ramach omawianego udowodnienia, bowiem poprzez to udowodnienie (nie: zadeklarowanie, wyrażenie intencji, czy w inny niezobowiązujący sposób) następuje takie opisanie zasobu, jego konkretyzacja, ustalenie warunków i zasad oddania zasobu przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy, okresu tego udostępnienia, że można będzie uznać, że nastąpiło udowodnienie oddania przez ten podmiot zasobu. Kategoria pojęciowa „udowodnienie" ma szczególny, otwarty

charakter, odnosząc się do istniejących w danych warunkach okoliczności i jako taka z definicji nie może być tak precyzyjnie opisana w ustawie, że obejmie swym zakresem wszelkie możliwe sytuacje.

Trudno stawiać postulat w odniesieniu do wskazanego przepisu, by był on na tyle kazuistyczny, że miałby obejmować szczegółowo wszystkie możliwe sytuacje dotyczące poszczególnych, wymienionych w nim kategorii zasobów i uwzględniać specyfikę zobowiązania wynikającą z charakteru oddania w każdym wypadku do dyspozycji konkretnego zasobu, skoro już w ramach samych kategorii zasobów wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2)-4) ustawy, mogą w odniesieniu do tych zasobów wystąpić sytuacje, gdy wskazane zobowiązanie do oddania zasobów będzie musiało obejmować szczególne warunki. Powyższe nie jest możliwe, pozostawałoby przy tym w sprzeczności z regułami dotyczącymi stanowienia przepisów prawa (Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002r. w sprawie zasad techniki prawodawczej, Dz.U. nr 100, poz. 908, § 5: Przepisy ustawy redaguje się zwięźle i syntetycznie, unikając nadmiernej szczegółowości, a zarazem w sposób, w jaki opisuje się typowe sytuacje występujące w dziedzinie spraw regulowanych tą ustawą; § 145 ust. 1 i 2: Jeżeli norma ma znajdować zastosowanie we wszystkich okolicznościach, w przepisie prawnym nie określa się okoliczności jej zastosowania. Jeżeli norma ma znajdować zastosowanie tylko w określonych okolicznościach, okoliczności te jednoznacznie i wyczerpująco wskazuje się w przepisie prawnym przez rodzajowe ich określenie: § 155 ust. 1: Jeżeli zachodzi potrzeba zapewnienia elastyczności tekstu aktu normatywnego, można posłużyć się określeniami nieostrymi, klauzulami generalnymi albo wyznaczyć nieprzekraczalne dolne lub górne granice swobody rozstrzygnięcia.).

Nie wydaje się trafnym rozumowanie, że wiedzę i doświadczenie można uzyskać od innego podmiotu na podstawie zobowiązania bądź na innej podstawie bez uczestnictwa takiego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Wiedza i doświadczenie, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2) oraz art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych to kategoria traktowana łącznie,

rozumiana jako ogół wiedzy teoretycznej i umiejętności praktycznych wynikających z wcześniejszych realizacji analogicznych lub zbliżonych dostaw, usług czy robót, które wyraz znajdują w treści udzielonych referencji (lub innych dokumentów – zgodnie z *rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane).* O ile można – choćby w trybie procesu szkoleniowego – przekazać wiedzę a nawet pewne, wybrane elementy praktyki, to jednak pojęcie „doświadczenia" jest znacząco szerszą kategorią pojęciową: obejmuje nie tylko sferę znajomości praktycznej danego zagadnienia, ale także wynikającą z niej umiejętność reakcji

w warunkach zmieniających się okoliczności, której nie da się uzyskać w sposób inny aniżeli wcześniej osobiście uczestnicząc w podobnych przedsięwzięciach; to zbiór niewyuczonych reakcji wynikających z już nabytych doświadczeń. Tym samym, wiedza i doświadczenie, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2) oraz art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych to sfera zasobów integralnie związanych z podmiotem je posiadającym, niezdatnych do przekazania, udostępnienia bez osobistego uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. O ile, gdy wskazane wiedza i doświadczenie w przypadku dostaw nie wyrażają się bezpośrednio posiadaniem szczególnych informacji i umiejętności innych aniżeli znajomość procesu handlowego oraz w niezbędnym zakresie ogólnej znajomości przedmiotu dostawy, to inaczej jest gdy dotyczy to usług czy robót budowlanych. Tu za wykazywanym zasobem idą rzeczywiste umiejętności, które wykonawca powinien posiadać, by móc prawidłowo wykonać zamówienie.
Powyższemu nie stoi na przeszkodzie okoliczność, że w momencie składania oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, jeszcze zasób ten nie jest potrzebny (w przetargu ograniczonym nie zawsze jest możliwe jego całkowicie precyzyjne opisanie, to bowiem nastąpić może po zapoznaniu się przez wykonawcę z brzmieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Jest przecież możliwym i w praktyce gospodarczej w szerokim zakresie wykorzystywanym takie ukształtowanie stosunku prawnego, że na moment jego zawarcia następuje zobowiązanie się stron do odpowiednich świadczeń, zaś moment tych świadczeń następuje w czasie późniejszym. To samo dotyczy zobowiązania się do oddania wskazanego zasobu: zobowiązanie następuje przed złożeniem oferty (wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym) zaś samo oddanie opisanego w zobowiązaniu zasobu nastąpi w trakcie wykonywania zamówienia. Przepis art. 26 ust. 2 b ustawy nie wymaga na moment składania oferty (wniosku w przetargu ograniczonym) posiadania przez wykonawcę oddanego mu przez podmiot trzeci zasobu, ale istnienia zobowiązania (bądź innego dokumentu) na podstawie którego strony postanowiły o oddaniu tego zasobu, które to oddanie może już być oddalone w czasie.

Przecież wykonawcy, nie dysponując na tym etapie specyfikacją istotnych warunków zamówienia są zdolni złożyć wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym także wykazać spełnianie postawionych przez zamawiającego w konkretnych okolicznościach warunków udziału w postępowaniu. To samo dotyczy zatem wykazania tych warunków z wykorzystaniem zasobów należących do podmiotu trzeciego: warunki udziału w postępowaniu znane na podstawie ogłoszenia są z istoty powiązane z potrzebą posiadania odpowiednich zasobów dla celów zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia. Wynika to z istoty warunku

udziału w postępowaniu, jako z natury istotnego z punktu widzenia wykonania zamówienia, warunkującego pewne i niezakłócone wykonanie zamówienia przez wykonawcę (zasada proporcjonalności i adekwatności postawionych warunków w odniesieniu do przedmiotu zamówienia).

Zatem każdorazowo, wykonawca zamierzający polegać na zasobach należących do innego podmiotu, który zobowiązał się do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, będzie obowiązany w celu przekonania, że spełnia postawiony warunek udowodnić, że odpowiedni zasób został mu udzielony. Wymienione w brzmieniu art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych jako przykładowy sposób tego udowodnienia, zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji zasobów każdorazowo powinno zatem zawierać podstawowe informacje o udostępnianym zasobie – w stopniu pozwalającym ocenić, czy udostępniany zasób jest zgodny z wymaganym przez zamawiającego; informacje dotyczące okresu tego udostępnienia, powinno wreszcie zawierać złożone w sposób wiążący i bezwarunkowy zobowiązanie się podmiotu trzeciego do oddania zasobu do dyspozycji

wykonawcy. Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga forma użyta w przepisie art. 26 ust. 2 b, zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie ustawodawca wyznaczył w pewnym stopniu zakres zobowiązania: jego przedmiotem ma być oddanie do dyspozycji odpowiedniego zasobu na okres korzystania przy wykonywaniu zamówienia, co wskazuje na definitywne udostępnienie zasobu, a nie jedynie alternatywne czy warunkowe oświadczenie o umożliwieniu korzystania z posiadanego zasobu, uzależnione od rzeczywistej potrzeby jego uruchomienia, które w toku wykonywania zamówienia może się zaktualizować bądź nie. Jeśli postawiony warunek udziału w postępowaniu jest proporcjonalny i adekwatny do przedmiotu zamówienia – potrzeba wykorzystania odpowiedniego zasobu, który jest przedmiotem tego warunku musi się w pewnym momencie wykonywania zamówienia zaktualizować, w przeciwnym wypadku postawiony warunek należałoby uznać za nadmierny lub zbędny do wykonywania zamówienia.

W oparciu o powyższe należało uznać, że zamawiający jest nie tylko uprawniony ale zobowiązany do oceny, czy na podstawie złożonych przez wykonawców zobowiązań (lub innych odpowiednich dokumentów) nastąpiło udowodnienie dysponowania wymienionym w tym dokumencie zasobem.

Tak argumentując uznano, że regulacja art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych służy wyłącznie wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wynika to z brzmienia art. 22, art. 25 i 26 ustawy Prawo zamówień publicznych, które jednoznacznie wskazują, że postawione przez zamawiającego warunki są związane z posiadaniem odpowiednich

---

walorów i zasobów dla celu zagwarantowania prawidłowej realizacji zamówienia. Przepis art. 26 ust. 2 b ustawy wprowadzono jako szczególną regulację umożliwiającą wykonawcy, który samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu – i z tą sytuacją samodzielnego niespełnienia warunku powiązaną - ubieganie się o zamówienie, jeśli w sposób opisany w tym przepisie udowodni, że odpowiednimi zasobami w momencie realizacji zamówienia będzie dysponował jak własnymi. W sytuacji jednak, gdy wykonawca na podstawie własnej sytuacji, samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu, nie tylko zbędne ale niedopuszczalne jest posługiwanie się zasobami należącymi do podmiotu trzeciego z wykorzystaniem regulacji zawartej w art. 26 ust. 2 b ustawy tylko po to, by uzyskać korzystniejszą pozycję w ramach oceny stopnia spełniania warunku udziału w postępowaniu dla celów zakwalifikowania się do grona wykonawców, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert na podstawie art. 51 ust. 2 ustawy. Sam wskazany przepis art. 52 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych także wskazuje na wyselekcjonowanie wykonawców, których zamawiający zaprosi do złożenia oferty już po ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wyraźnie rozdzielając kwestię oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu od sfery wyłonienia grupy wykonawców do których zostanie wystosowane zaproszenie do składania ofert spośród wykonawców spełniających warunki.
O słuszności powyższego rozumowania przekonuje także brzmienie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, zobowiązujące zamawiającego do wzywania wykonawców do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów, w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu - zakres zastosowania wskazanych przepisów nie został rozciągnięty na sytuacje mające na celu uzupełnienie lub wyjaśnienie dokumentów przez wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, w celu podniesienia uzyskanej przez nich punktacji dla celów zakwalifikowania do postępowania w procedurze ograniczonej. Odmienne pojmowanie regulacji zawartej w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych zdaje się przeczyć celowi tej regulacji jak i wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców: stawiałoby w uprzywilejowanej sytuacji tych wykonawców, którzy samodzielnie spełniając warunki udziału w postępowaniu wykazali się swego rodzaju kreatywnością, przedkładając dodatkowo liczne zobowiązania do oddania im odpowiedniego zasobu w celu tylko podniesienia punktacji.
W analizowanej sprawie wszyscy wykonawcy spełniali postawiony warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia, znacząco i wielokrotnie przekraczając postawione minimum wartości robót (wniosek wykonawcy, sklasyfikowanego na pozycji 13, który wskazywał najniższą wartość robót spośród wykazanych w postępowaniu opiewał na 200.615.183,00 zł) Nie bez znaczenia jest – że wobec niewątpliwie ustalonej na podstawie własnego doświadczenia każdego z wykonawców

---

samodzielnej zdolności tych podmiotów do wykonania zamówienia, nie jest potrzebne korzystanie z zasobów należących do innych podmiotów w celu realizacji zamówienia (podczas gdy – jak wynika z brzmienia art. 26 ust. 2 b ustawy – oddane zasoby mają być nie tyle potrzebne,

czy przydatne ale niezbędne dla realizacji zamówienia). Odwołujący nie tylko samodzielnie spełnia postawiony warunek, ale także z treści jego wniosku nie wynika, by w realizacji zamówienia miały uczestniczyć podmioty oddające swoje zasoby. Załączone do oferty Odwołującego zobowiązania podmiotów trzecich potwierdzają trafność powyższej konkluzji – z ich treści nie wynika zamiar ich wystawców do uczestnictwa w realizacji zamówienia, a przeciwnie: ich treścią jest oddanie do dyspozycji zasobów wiedzy i doświadczenia, wystarczających do realizacji zamówienia, oraz oświadczenie, że wystawcy zrealizowali w wymaganym zakresie obiekty budowlane spełniające wymagania polegające na budowie budynków użyteczności publicznej. Udzielenie ochrony takiemu działaniu stanowić mogłoby naruszenie wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznej zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Analizując dalej wzajemną relację przepisów art. 26 ust. 2 b oraz art. 51 ust. 2 ustawy, dostrzec należało ich odmienny zakres zastosowania oraz odmienny charakter i cel:
- o ile pierwszy dotyczy wyraźnie tylko i wyłącznie wykonawcy, który ma udowodnić spełnianie warunku udziału w postępowaniu poprzez korzystanie z wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2)-4) ustawy zasobów należących do innego podmiotu, i po którego to stronie wykonawcy leży inicjatywa w zakresie tego udowodnienia, o tyle adresatem drugiego jest zamawiający;
- pierwszy przepis dotyczy spełniania warunku udziału w postępowaniu, rozumianego jako wyczerpanie przez wykonawcę pewnej sytuacji opisanej przez zamawiającego, w celu zagwarantowania poprawnego wykonania zamówienia, zapewnienia że wykonawca posiada zdolność wykonania go w sposób niezakłócony i prawidłowy. Drugi przepis służy zawężeniu kręgu wykonawców, z których każdy posiada przesądzoną już zdolność wykonania zamówienia, w stosunku do których ustalono już spełnienie warunków udziału w postępowaniu w celu prowadzenia postępowania o zamówienie w ramach procedury ograniczonej;
- oba wskazane przepisy posiadają odmienny zakres przedmiotowy: przepis art. 26 ust. 2 b dotyczy możliwości dysponowania wymienionymi w art. 22 ust. 1 pkt 2) – 4) ustawy Prawo zamówień publicznych zasobami należącymi do podmiotu trzeciego, na które składają się wiedza, doświadczenie, potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia lub zdolności finansowe, podczas gdy przepis art. 51 ust. 2 ustawy nie wprowadza już wskazanego ograniczenia,

---

odnosi się do możliwości uwzględnienia przy wyznaczeniu kręgu wykonawców zaproszonych do składania ofert na podstawie wszystkich wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy zasobów, a zatem w tym znaczeniu posiada szerszy zakres, obejmując dodatkowo, poza wiedzą, doświadczeniem, potencjałem technicznym, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub zdolnościami finansowymi, także niewymienione w treści art. 26 ust. 2 b ustawy zasoby stanowiące uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, czy sytuację ekonomiczną.

Powyższe okoliczności przemawiają za uznaniem, iż nieuprawnione jest proste wnioskowanie, że skoro przepis art. 51 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych pozwala skonstruować listę rankingową wykonawców zaproszonych do składania ofert na podstawie stopnia spełniania warunków udziału w postępowaniu, to należy uwzględniać spełnienie odpowiedniego warunku, w pełnym zakresie, zarówno wykazanego samodzielnie przez wykonawcę jak i uzyskanego w wyniku udzielenia odpowiedniego zasobu przez podmiot trzeci z wykorzystaniem możliwości wynikającej z treści art. 26 ust. 2 b ustawy.

Jak wskazano wyżej, z samej konstrukcji art. 51 ust. 2 ustawy wynika, że przepis ten nie jest swego rodzaju dopełnieniem czy kontynuacją regulacji związanej ze sposobem spełnienia warunku udziału w postępowaniu. O ile normy wynikające z treści art. 22 ust. 1 , art. 26 ust. 1, 26 ust. 2, 26 ust. 2b czy art. 26 ust. 2 c ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią regulacje związane ze spełnieniem warunków udziału w postępowaniu, to już takiego znaczenia nie sposób przypisać przepisowi art. 51 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych. O ile bowiem przepisy dotyczące warunków udziału w postepowaniu (art. 22, art. 26 ustawy) wiążą się nieodłącznie z kwestią zdolności do realizacji zamówienia, rękojmią dla zamawiającego że zamówienie wykonane zostanie przez danego wykonawcę w sposób należyty, niezakłócony i terminowy, to innemu celowi służy regulacja zawarta w art. 51 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niewątpliwie jest inny cel tego przepisu aniżeli sfera spełnienia warunku udziału w postepowaniu. Przepis ten pozwala bowiem dokonać oceny – w celu dopuszczalnego, przewidzianego treścią ogłoszenia zawężenia listy wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu na podstawie pewnego kryterium, którym będzie jeden lub więcej warunków udziału w postępowaniu. W tym

tylko zakresie są zatem wskazane przepisy ze sobą sprzężone. Wzajemny związek wskazanych przepisów sprowadza się zatem do tego, że Zamawiający – jako adresat normy wyrażonej w art. 51 ust. 2 ustawy - na etapie konstruowania ogłoszenia o zamówieniu zobowiązany jest w razie wyboru trybu przetargu ograniczonego do podania liczby wykonawców, których zaprosi do składania ofert (w granicach od 5 do 20) oraz podania kryterium na podstawie którego dokona

---

wyselekcjonowania ustalonej przez siebie liczby wykonawców, przy czym wskazane kryterium (lub kryteria) może być ustalone wyłącznie w ramach tych podstaw, które zarazem stanowią warunki udziału w postępowaniu.

Ustawodawca pozostawił zamawiającemu względną swobodę w zakresie doboru tych warunków udziału w postępowaniu, które uzna za reprezentatywne dla ustalenia kręgu wykonawców, których zaprosi do złożenia ofert. Warunki te z jednej strony mogą wykraczać poza te, co do których ustawodawca dopuścił udostępnianie przez podmioty trzecie na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy, obejmując dodatkowo sytuację ekonomiczną; uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; niektóre z nich z natury mogą nie nadawać się do spełnienia funkcji dla których wprowadzono art. 51 ust. 2 ustawy. W doktrynie wskazuje się, że te warunki, których ocena spełniania będzie podlegała wartościowaniu, powinny być wskazane już w ogłoszeniu o zamówieniu, co zapewnia przejrzystość postępowania i zachowanie uczciwej konkurencji, co oznacza że dopuszcza się przyjęcie wskazanych kryteriów ustalenia kręgu wykonawców, do których wystosowane zostanie zaproszenie do składania ofert na podstawie wybranej (wybranych) kategorii warunku udziału w postępowaniu.

Korzystanie z zasobów innego podmiotu jako służących wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu będzie zatem dopuszczalne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca zmuszony był do skorzystania z regulacji szczególnej art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem samodzielnie nie spełniał tych warunków.

Rozpatrywanie kryterium, według którego zamawiający w konkretnej sprawie będzie dokonywał oceny stopnia spełniania odpowiedniego warunku udziału w postępowaniu musi każdorazowo odbywać się na tle brzmienia odpowiedniego postanowienia ogłoszenia.

I tak, w analizowanym postępowaniu Zamawiający ustalił w ogłoszeniu że *„Zaproszenie do składania ofert zostanie wysłane do maksymalnie 5 uczestnikówpostępowania spełniających wymagane warunki udziału i którzy wykażą się największym przerobem brutto przy realizacji robót budowlanych (budynków).”*

Przytoczone postanowienie ogłoszenia powstał w wyniku modyfikacji z inicjatywy jednego z wykonawców – wykreślono z jego treści wskazanie, że do wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu należy dołączyć wykaz wszystkich zakończonych robót budowlanych (oprócz wymaganych do spełnienia warunków udziału w postępowaniu) wykonanych w ostatnich 5 latach z podaniem ich wartości oraz dokumentami potwierdzającymi, że zostały one wykonane należycie.

Trafnie dostrzegł Przystępujący, że wskazane w tym postanowieniu ogłoszenia kryterium kwalifikowania do kręgu 5 wykonawców, których Zamawiający zaprosi w tym postępowaniu do składania ofert (przerób brutto przy realizacji robót budowlanych - budynków) nie odpowiada wprost żadnemu z warunków udziału w postępowaniu, niemniej ani wykonawcy uczestniczący w postępowaniu (tak Odwołujący jak i Przystępujący) nie sygnalizowali, by wskazany zapis był dla nich niezrozumiały, nie składali odwołania w związku z jego brzmieniem.

Zamawiający w odpowiedzi na zadane w związku z brzmieniem ogłoszenia pytanie udzielił wyjaśnień z dnia 16 sierpnia 2010r. (piso BZP/663/2010), zgodnie z którą *Do wniosku o dopuszczenie do udziału należy dodatkowo, oprócz robót wymaganych do spełniania warunkówudziału wpostępowaniu, dołączyć wykaz wszystkich zakończonych robót budowlanych, wzakresie budynków wykonanych wokresie ostatnich 5 lat, z podaniem ich wartości oraz dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Przerób brutto dotyczy wszystkich budynków, jakie były wznoszone przez Wykonawcę wokresie ostatnich 5 lat, bez względu na ich wartość.*

Złożone przez jednego z wykonawców zastrzeżenia w zakresie brzmienia tego zapisu, w związku z odpowiedzią Zamawiającego na zadane pytanie dotyczyły wymagania złożenia dwóch wykazów (wykazu robót w zakresie wymaganym dla potwierdzenia spełnienia warunku

udziału w postępowaniu, oraz wykazu robót dotyczących wszystkich budynków wzniesionych w ciągu pięciu lat niezależnie od ich wartości), nie odnosiły się natomiast co do samego kryterium wyłonienia pięciu wykonawców, których Zamawiający zaprosi do złożenia oferty (wskazanego wyżej przerobu brutto przy realizacji robót budowlanych (budynków). Zamawiający wykreślił z treści ogłoszenia zapis, zgodnie z którym do wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu należy dołączyć wykaz wszystkich zakończonych robót budowlanych (oprócz wymaganych do spełnienia warunków udziału w postępowaniu) wykonanych w ostatnich 5 latach z podaniem ich wartości oraz dokumentami potwierdzającymi, że zostały one wykonane należycie, nie zmieniając jednocześnie dalszego zapisu, że przy ustalaniu listy rankingowej będzie brany pod uwagę największy przerób brutto przy realizacji robót budowlanych (budynków). Zmienione brzmienie ogłoszenia nie było później kwestionowane: nie składano co do niego zastrzeżeń ani odwołań.

Dodatkowo należy mieć na uwadze, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem zmierzającym do osiągnięcia skutku rozpatrywanego na gruncie prawa cywilnego, to jest wyłonienia wykonawcy i zawarcia z nim umowy. Ewentualne niedoskonałości tego postępowania oraz niezgodności ze schematem ukształtowanym w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych oraz pozostałymi przepisami dotyczącymi tego postępowania, uwzględniane są na zarzut zainteresowanego podniesiony w trybie środków

---

ochrony prawnej w odpowiednim terminie. Kształt postępowania o zamówienie publiczne nadany przez ustawodawcę zakłada, że na czynności i zaniechania zamawiającego, a także na brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu przysługuje odwołanie, w rezultacie którego dopuszczalna jest korekta niezgodnych z przepisami prawa postanowień ogłoszenia. Zgodnie bowiem z treścią art. 182 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8; lub 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 powołanej ustawy. Odwołujący jak również inni wykonawcy nie kwestionowali opisanego wyżej brzmienia ogłoszenia, nie składali odwołań co do jego treści. Termin na wniesienie odwołań w tym zakresie (dziesięciodniowy od dnia ogłoszenia) także już upłynął, nie sposób zatem aktualnie, na obecnym etapie postępowania skutecznie kwestionować brzmienia ogłoszenia. Zasady i warunki postępowania uregulowane treścią ogłoszenia o zamówieniu publicznym zostały zatem ostatecznie ukształtowane. Ogłoszenie o zamówieniu zostało podane do wiadomości w dniu 3 sierpnia 2010r. i nie podlegało w tym zakresie odwołaniu. Z tego też względu należy uznać, że ogłoszenie stało się dla wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia jak i zamawiającego wiążące.

Niezależnie od tego, treść tego postanowienia ogłoszenia, mimo innego dosłownego brzmienia warunku udziału w postępowaniu postawionego w pkt III.2.3 ogłoszenia nawiązuje do warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Wykonawcy co do tego również nie mieli wątpliwości, że to z kategorią doświadczenia w zakresie wykonanych robót należy wiązać wspomniane kryterium wyłonienia pięciu wykonawców, których Zamawiający zaprosi do składania ofert. Również Zamawiający dokonywał oceny stopnia spełniania warunku dla celu wyłonienia pięciu wykonawców, których zaprosi do składania ofert na podstawie warunku udziału w postępowaniu: przerób brutto przy realizacji robót budowlanych (budynków), o którym mowa w sekcji IV pkt 1.2 ogłoszenia Zamawiający utożsamił z wymaganiem stanowiącym warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia, to jest obowiązkiem wykazania się robotami w zakresie opisanym w ogłoszeniu w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu a następnie w oparciu o art. 51 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – klasyfikując wykonawców w celu oceny stopnia spełniania postawionego warunku dokonał tego na podstawie warunku udziału w postępowaniu, a nie w oparciu o inne kryteria. Nieuwzględnienie doświadczenia w robotach w zakresie stanowiącym ten warunek (przerób brutto przy realizacji robót

budowlanych - budynków) wykazanych na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy znajdowało swoją podstawę w brzmieniu wskazanego przepisu z przyczyn wyżej wskazanych, a nie w kształcie postawionego w sekcji IV pkt 1.2 ogłoszenia kryterium wyłonienia pięciu wykonawców, których Zamawiający zaprosi do złożenia oferty. Z tego względu nie podzielono argumentacji zaprezentowanej w odwołaniu, iż Zamawiający nie sprecyzował co rozumie pod pojęciem „przerobu", w szczególności nie wskazał, iż do „przerobu brutto przy realizacji robót budowlanych (budynków)" nie zalicza się wartości brutto wykonanych robót budowlanych, o których mowa w sekcji III.2.3) ogłoszenia, co zdaniem odwołującego stanowi nieuprawnioną interpretację zapisów ogłoszenia o zamówieniu i faktyczną zmianę ich znaczenia oraz treści warunków udziału w postępowaniu.

Powyższe okoliczności przemawiały za uznaniem, że dla celów ustalenia kręgu wykonawców, których Zamawiający zaprosi w przetargu ograniczonym do złożenia oferty nie znajduje zastosowania warunek udziału w postępowaniu, którego spełnienie zostało wykazane z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie w jakim wykonawcy samodzielnie spełniają ten warunek. Nie podlegają także uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, jeśli pozytywne spełnienie tego warunku jest już stwierdzone (wykracza poza potrzebę wynikającą z niezbędności wykazania się tym warunkiem dla celu spełniania warunku udziału w postępowaniu), a miałoby ono jedynie służyć podwyższeniu punktacji dla celów ustalenia pozycji w liście rankingowej wykonawców dla celów zaproszenia do składania ofert na podstawie art. 51 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. *Wykonawca ma gwarantowaną prawem możliwość uzupełnienia dokumentów, w zakresie, w jakim potwierdzają one spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Na skutek wezwania może więc, nie wpływając na przyszłą ocenę punktową wniosku (tj. nie wykazując większej liczby zamówień podlegających punktacji), potwierdzić, że zamówienia wykazane w pierwotnym wykazie spełniają wymagania Zamawiającego.* (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2010r. w spr. o sygn. KIO 1819/10).
KIO 2359/10 26

Zamawiający na rozprawie wykazywał, że złożone we wniosku Strabag Sp. z o.o. zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia potencjału nie wskazują na uczestnictwo tych podmiotów w wykonaniu zamówienia, zatem nawet w razie przyjęcia zasady, że przy ustaleniu rankingu 5 podmiotów, które zostaną zaproszone do złożenia ofert, będzie uwzględniany przerób udostępniony z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, doświadczenie osób trzecich opisane we wniosku Odwołującego nie mogłoby być uwzględnione z uwagi na treść załączonych tam zobowiązań, które nie wskazują na uczestnictwo podmiotów udostępniających wiedzę i doświadczenie w realizacji tego zamówienia. Dotyczy to zobowiązań zawartych na kartach 17, 146 i 124 oferty Odwołującego. Podzielono w pełni założenia, które legły u podstaw zaprezentowanej argumentacji Zamawiającego dostrzegając zarazem, że decyzja Zamawiającego w brzmieniu wyrażonym w piśmie z dnia 19 października 2010r. skierowanym do Odwołującego (co potwierdza nadto treść dokumentacji postępowania, w tym opinii radcy prawnego Zamawiającego) zdawała się mieć inne podłoże, aniżeli zaprezentowane na rozprawie. Zamawiający nie poddawał bowiem analizie treści wskazanych zobowiązań, uznając, że zobowiązania podmiotów trzecich do oddania odpowiednich zasobów w ogóle nie mają w analizowanej sytuacji zastosowania i tę ocenę Zamawiającego uznano za trafną. Gdyby bowiem ta ocena zasadzała się na analizie treści zobowiązań i uznaniu, że nie zawierają one odpowiednich postanowień na temat uczestnictwa ich wystawców w realizacji zamówienia, winno to znaleźć w treści informacji skierowanej do Odwołującego.

Niezależnie od tego, wskazanej argumentacji nie sposób odmówić słuszności: załączone do wniosku Odwołującego identycznie brzmiące trzy zobowiązania podmiotów trzecich (Ed.Züblin AG, Strabag AG w Kolonii, Strabag AG W Spittal an der Drau) zawierają deklarację o oddaniu zasobów wiedzy i doświadczenia, które są wystarczające do realizacji zamówienia oraz oświadczenia że każdy z tych podmiotów zrealizował w wymaganym zakresie obiekty budowlane spełniające następujące wymagania: wykonanie zamówienia polegającego na budowie budynków użyteczności publicznej. Z zobowiązań tych nie wynika zamiar uczestnictwa ich wystawców w realizacji zamówienia. Podkreślenia wymaga, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, zatem wskazane uczestnictwo, w myśl obowiązujących przepisów prawa cywilnego może przybrać jedynie określone przez przepisy formy, w tym wymagane pod rygorem

nieważności, za zgodą inwestora, w formie pisemnej podwykonawstwo (art. 647¹Kc). Załączone zobowiązania nie czynią zadość tym wymaganiom, stanowią niejako blankietowe deklaracje

udzielenia wiedzy i doświadczenia przez ich wystawców. Powyższe okoliczności, niezależnie od wskazanych wcześniej przyczyn, które stanowiły o nieuznaniu zobowiązań podmiotów trzecich jako złożonych nie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu a jedynie dla podniesienia punktacji, w tej konkretnej sytuacji mogły zasadnie przemawiać za nieuwzględnieniem doświadczenia w zakresie realizacji robót budowlanych (budynków) - przerobu brutto, wykazanego przy pomocy zobowiązań podmiotów trzecich.

Mając na uwadze zaprezentowane wyżej argumenty, oddalając odwołanie, uwzględniono:

- fakt, że Odwołujący samodzielnie spełniał postawiony warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia (przekraczał kilkukrotnie wartość wymaganych robót), nie było w jego sytuacji koniecznym ani potrzebnym dla celu wykazania spełniania tego warunku korzystanie z zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia z wykorzystaniem możliwości przewidzianej w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych. Własne doświadczenie Odwołującego kilkakrotnie przewyższało postawiony przez Zamawiającego warunek dotyczący wartości robót budowlanych w wymaganym zakresie, wyczerpywało zatem potrzebę wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Złożone zobowiązania trzech podmiotów do udostępnienia w tym zakresie potencjału należało uznać za złożone ponad potrzebę wykazania warunku udziału w postępowaniu (wykraczające poza niezbędność, dla której dopuszczono posiłkowanie się zasobami podmiotu trzeciego). W tym warunkach zasadnym jest uznanie, że złożenie przez Odwołującego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia miało na celu nie wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu ale uzyskanie punktacji spełnienia tego warunku, która pozwoli mu zakwalifikować się do grona pięciu podmiotów, które Zamawiający zaprosi do składania ofert. Powyższe można uznać za nadużycie przewidzianej w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych regulacji, które nie powinno korzystać z ochrony. Uznanie wykazanych w oparciu o wskazane zobowiązania zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia mogłoby być zasadnie traktowane jako naruszenie wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców: stawiałoby w nierównej, dyskryminującej pozycji wykonawców, którzy samodzielnie spełniając postawiony warunek nie korzystali z zasobów należących do innych podmiotów, by „podnieść" uzyskany wynik dla celów ustalenia listy rankingowej wykonawców, których Zamawiający zaprosi do składania ofert. Znamienne w analizowanej sprawie jest, że każdy z trzynastu wykonawców samodzielnie spełniał warunek co do wartości robót budowlanych w zakresie wyznaczonym wymaganiem Zamawiającego (każdy z wykonawców znacząco, wielokrotnie przekraczał ten warunek), zaś tylko

dwóch wykonawców, to jest Odwołujący i Przystępujący skorzystali dodatkowo z możliwości wykazania się doświadczeniem innych podmiotów, pomimo że samodzielnie ten warunek spełniali;

- zobowiązania załączone w ofercie Odwołującego nie wskazują na uczestnictwo ich wystawców w realizacji przedmiotowego zamówienia. Jak wskazano wyżej, z uwagi na brzmienie art. 26 ust. 2 b zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie wskazuje się na posłużenie się zasobami należącymi do podmiotu trzeciego, niezbędnymi do realizacji zamówienia, charakter udostępnianego zasobu (wiedzy i doświadczenia), które dla oddania ich do dyspozycji wymagają takiego uczestnictwa, powinno to uczestnictwo w treści wskazanych zobowiązań zostać wskazane;

- wymienione zobowiązania nie nawiązują do podwykonawstwa ich wystawców w realizacji zamówienia – przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, zatem w tym wypadku przepisy prawa cywilnego o robotach budowlanych (art. 647¹ Kc) wymagają, by uczestnictwo innych podmiotów w realizacji procesu inwestycyjnego wyrażało się w tym wypadku formą podwykonawstwa;

- relacja art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 51 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie pozwala uznać, by posiłkowanie się zasobami należącymi do innego podmiotu mogło służyć wyłącznie podniesieniu punktacji w ramach ustalania listy rankingowej wykonawców, których zamawiający zaprosi do złożenia oferty. Przepis art. 51 ust. 2 ustawy dotyczy sytuacji, gdy wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu bądź

samodzielnie bądź w zakresie w jakim samodzielnie nie byli w stanie ich spełnić – polegając na zasobach podmiotu trzeciego. Przepis ten nie ma za zadanie – w przeciwieństwie do art. 26 ust. 2 b ustawy, rozszerzenie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie ale odwrotnie: zawężenie tego grona, stąd regulacja dopuszczająca możliwość posiłkowania się zasobami należącymi do podmiotu trzeciego doznaje tu odpowiedniego ograniczenia – jeśli wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, niedopuszczalne jest rozszerzanie uprawnienia do wykazywania się potencjałem podmiotów trzecich w celu wykraczającym poza cel wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to jest dla uzyskania lepszej pozycji w rankingu wykonawców.

Argumentując w sposób wyżej zaprezentowany, nie dopatrzono się w działaniu Zamawiającego naruszeń w zakresie naruszenia przepisów art. 7, art. 26 ust. 2 b, art. 51 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym, decyzję Zamawiającego o przyznaniu Odwołującemu ósmej pozycji w rankingu wykonawców ustalonym na podstawie art. 51 ust. 2 ustawy za spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji o uznaniu tego wykonawcy za wykluczonego z postępowania należy uznać za poprawną i zgodną z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyższe skutkowało oddaleniem odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: