Sygn. akt: KIO 2103/11

WYROK
z dnia 13 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2011 r. przez wykonawcę RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Elektrownia Ostrołęka S.A., ul. Elektryczna 5, 07-401 Ostrołęka.

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmian w sekcji VI.3 pkt. II ogłoszenia o zamówieniu, w sposób zapewniający dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu równe traktowanie wykonawców, niezależnie od wykazania się doświadczeniem własnym wykonawcy czy powoływaniem się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, udostępnionej na zasadzie art. 26 ust.2b ustawy pzp.
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Elektrownia Ostrołęka S.A., ul. Elektryczna 5, 07-401 Ostrołęka, i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - Elektrownia Ostrołęka S.A., ul. Elektryczna 5, 07-401 Ostrołęka, na rzecz RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz, kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……

KIO 2103/11

UZASADNIENIE

Zamawiający - Elektrownia Ostrołęka S.A., ul. Elektryczna 5, 07-401 Ostrołęka, prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na budowę Elektrowni „Ostrołęka C" o mocy 1000 MW.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: DUUE 2011/S 181-295767 z dnia 21 września 2011roku.

Odwołanie dotyczy ustalonych przez Zamawiającego postanowień Ogłoszenia o zamówieniu, które to zdaniem wykonawcy RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz, zwanego dalej „Odwołującym" zawężają krąg wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p. i art 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w związku z w związku z art. 15 ust. 1 pkt 3 oraz art 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz § 1 ust 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa

Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, a także art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art 26 ust. 2b p.z.p. w zw. z art. 57 ust. 2 p.z.p. Wskazując na naruszenie powyższych przepisów Odwołujący sprecyzował dwa zarzuty.

Pierwszy zarzut dotyczy postanowień zawartych w sekcji III.2.3 pkt 1) Ogłoszenia, poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców, w zakresie, w jakim warunek udziału w postępowaniu wyklucza możliwość uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia podmiotów, spełniających wymóg posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponujących potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które w okresie ostatnich 15 (piętnastu) lat przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie wykonali (nie zakończyli) jednego zamówienia (kontraktu) w formule „pod klucz" na zaprojektowanie, dostarczenie, wykonanie robót budowlanych, ruch próbny i uruchomienie zakończone przejęciem do eksploatacji bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne o mocy minimum 800 MWe brutto, opalanego węglem (sekcja UL 2.3) pkt l)a) Ogłoszenia), bądź jednego lub kilku zamówień obejmujących łącznie zaprojektowanie, dostarczenie oraz nadzór nad montażem i uruchomieniem zakończone przejęciem **wyspy kotłowej z kotłem pyłowym opalanym węglem** wraz z układami pomocniczymi, obejmującą kotłownię i układ oczyszczania spalin, dla bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne, o mocy minimum 800 MWe brutto i zaprojektowanie, dostarczenie oraz nadzór nad montażem i

---

uruchomieniem zakończone przejęciem wyspy maszynowej z turbozespołem kondensacyjnym składającym się z turbiny parowej i generatora wraz z układami pomocniczymi i budynkiem, dla bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne o mocy minimum 800 MWe brutto,

Drugi zarzut dotyczy postanowień wskazanych w sekcji VI.3. pkt II Ogłoszenia, poprzez postawienie warunku kryteriów oceny wniosków naruszających zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców w zakresie iż bardziej uprzywilejowani są wykonawcy legitymujący się samodzielnie wymaganym doświadczeniem, niż wykonawcy dysponujący doświadczeniem innych podmiotów, oddających do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia w oparciu o przepis art. 26 ust. 2b ustawy p.z.p. W zakresie tego zarzutu Odwołujący wnosił o dokonanie zmian w w/w pkt II.

Treść pkt II, Zamawiający ustalił w brzmieniu, iż cyt. „ *Przewidywana liczba wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert: 5 (słownie: pięciu).*

Obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów (kryteria kwalifikacji) bazować będą na ocenie doświadczenia wykonawcy w realizacji zamówień spełniających wymagania określone w Sekcji III.2.3 pkt. 1) ogłoszenia.

W pierwszej kolejności zamawiający będzie uwzględniał własne doświadczenie wykonawcy składającego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia).
Jeżeli liczba wykonawców, którzy samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie wynosić 5, Zamawiający zaprosi do składania ofert wszystkich 5 wykonawców, którzy samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu.

Jeżeli liczba wykonawców, którzy samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5, Zamawiający zaprosi do składania ofert 5 wykonawców, którzy otrzymają najwyższą ocenę.

Jeżeli liczba wykonawców, którzy samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie mniejsza niż 5, zamawiający weźmie pod uwagę również doświadczenie innych podmiotów, na których wiedzy i doświadczeniu będzie polegać wykonawca składający wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z zastrzeżeniem, że zamawiający dopuszcza powołanie się na doświadczenie innego podmiotu pod warunkiem, że wykonawca udowodni, iż podmiot ten będzie uczestniczył w realizacji zamówienia i nie podlega wykluczeniu z obiegania się o zamówienia (na potwierdzenie czego zostaną do wniosku dołączone dokumenty wymagane Sekcją III.2.1) pkt b ogłoszenia dotyczące tego podmiotu).

Odnosząc się do treści tych postanowień odwołujący wniósł o *„nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany sekcji VI.3) pkt II Ogłoszenia poprzez wykreślenie dotychczasowej treści poczynając od słów: „W pierwszej kolejności zamawiający (...)" do*

końca tego punktu, ewentualnie wykreślenie w tym zakresie i wpisanie w to miejsce słów: jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5, Zamawiający zaprosi do składania ofert 5 wykonawców, którzy otrzymają najwyższą ocenę w oparciu o następujące kryteria kwalifikacji;
- za każde zamówienie odpowiadające opisowi znajdującemu się w Sekcji 07.2.3. pkt. l)a) ogłoszenia o zamówieniu ponad wymagane minimum wykonawca otrzyma 2 punkty, nie więcej jednak niż 10.
- za każde zamówienie odpowiadające opisowi znajdującemu się w Sekcji 111.2.3. pkt. l)b) ppkt 1. lub 2. ogłoszenia o zamówieniu ponad wymagane minimum wykonawca otrzyma 1 punkt, nie więcej jednak niż 10.
Maksymalna ilość punktów do uzyskania wynosi 20.
W przypadku, gdy nie będzie można dokonać zakwalifikowania 5 wykonawców z uwagi na to, że dwóch lub więcej wykonawców uzyska taką samą liczbę punktów, Zamawiający zaprosi do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców zajmujących tę samą 5. pozycję."

Uzasadniając podniesiony zarzut i swoje żądanie, w zakresie tego zarzutu Odwołujący wskazał iż zdaniem Odwołującego, sformułowanie przez Zamawiającego kryteriów wyboru wykonawców uprawnionych do udziału w postępowaniu zostało dokonane z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zgodnie bowiem z postanowieniami sekcji VI.3) pkt II Ogłoszenia, w lepszej sytuacji znajdują się wykonawcy, którzy będą legitymować się własnym doświadczeniem niż wykonawcy korzystający z doświadczenia innych podmiotów na podstawie art. 26 ust 2b p.z.p., gdyż to oni będą w pierwszej kolejności kwalifikowani do udziału w postępowaniu.

Podniósł, że p.z.p. jednakowo traktuje wykonawców, którzy samodzielnie lub w konsorcjach wykonawców biorą udział w postępowaniu, jak również wykonawców dysponujących potencjałem innych podmiotów. Ratio legis wprowadzenia art. 26 ust. 2b p.z.p. było zwiększenie możliwości udziału wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Kwestionowane tego przepisu poprzez postanowienia Ogłoszenia wypacza niejako sens tego przepisu i cel dokonanej nowelizacji.

Podkreślił, że uczestnictwo w realizacji zamówienia podmiotów, które będą dysponowały potencjałem innych podmiotów nie stanowi zagrożenia dla realizacji inwestycji, gdyż podmioty posiadające stosowne doświadczenie i tak są zobligowane do uczestnictwa w realizacji zamówienia.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. W trakcie rozprawy odpierając zarzuty odwołania wskazał, że w zakresie zarzutu pierwszego, odwołanie winno nie podlegać rozpatrzeniu, gdyż jest w tym zakresie bezprzedmiotowe. Zamawiający ustalając wymóg wykazania się realizacją bloku energetycznego o mocy min 800 MW nie naruszył w

tym zakresie prawa. Wskazał, że Zamawiający uwzględniwszy odwołanie wykonawcy SIEMENS Sp. z o.o. odpowiadające w całości zarzutowi pierwszemu, niniejszego odwołania, zwiększył tylko możliwość dopuszczenia do postępowania większej ilości wykonawców.

Odnośnie zarzutu drugiego Zamawiający wskazał, że w sposób oczywisty dopuszczał powoływanie się przez wykonawców na doświadczenie podmiotów trzecich.
Wskazał, że gdyby przyjąć tezy Odwołującego to należałoby stwierdzić, że każda metoda gradacji wykonawców narusza zasady równego traktowania. Zamawiający nie naruszył zasady równego traktowania gdyż takie naruszenie może mieć miejsce tylko wtedy, gdy następuję nierówne traktowanie wykonawcy będącego w tej samej sytuacji
Powołał się na orzecznictwo ETS wskazując, że Zamawiający nie naruszył zasad postępowania. W wyroku o sygn. akt C 234/03 ETS stwierdził, że wykonywanie zamówienia przez wykonawcę mającego bezpośrednie doświadczenie w wykonywaniu danego przedmiotu zamówienia, jest rozwiązaniem minimalizującym ryzyko dla Zamawiającego iż wybrany wykonawca nie podoła realizacji zamówienia.

Wskazał, że Zamawiający uważa, iż wykonawca, który sam wykonał chociażby jeden przedmiot zamówienia objęty niniejszym zamówieniem ma większe i pełniejsze doświadczenie, niż podmiot, który wykazuje się w tym zakresie wieloma doświadczeniami, ale podmiotu trzeciego. Podniósł, że Zamawiający ustalając takie zasady nie naruszył żadnej

normy prawnej. Zamawiający stosuje zasadę równego traktowania wykonawców i nie utrudnia konkurencji pomiędzy nimi, a tylko wyżej ceni kogoś kto sam wykonał daną inwestycje niż podmiot który wiedzę o takiej inwestycji, czerpie z doświadczenia podmiotów trzecich.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołanie jest zasadne, chociaż nie wszystkie zarzuty i argumenty w nich podniesione zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy pzp. Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w razie uwzględnienia odwołania będzie mógł złożyć wniosek, który będzie miał realne szanse na dopuszczenie do etapu składania ofert i tym samym możliwość uzyskania danego zamówienia.

W zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p. i art 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w związku z w związku z art. 15 ust. 1 pkt 3 oraz art 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz § 1 ust 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009 r. Nr 226 poz. 1817 ze zm.)Izba stwierdza, że Zamawiający uwzględniając w całości odwołanie wykonawcy Simens sp. z o.o. gdzie zarzuty pokrywały się w całości, zarówno co do treści zarzutu jak i jego zakresu z treścią zarzutu pierwszego niniejszego odwołania, poinformował Izbę, że w dniu 6 października 2001 roku dokonał zmiany ogłoszenia w tym zakresie, tym samym niniejszy zarzut w całości uwzględnił. Na dowód tego Zamawiający załączył odpis ogłoszenia opublikowanego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, który potwierdza oświadczenie Zamawiającego. Fakt dokonania zmiany treści ogłoszenia, zgodnie z żądaniem Odwołującego, potwierdził również Odwołujący.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdza, że w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów zawartych w odwołaniu i wykonaniu odpowiadających im czynności (w niniejszej sprawie zmiana treści Ogłoszenia) brak jest pomiędzy stronami sporu co do meritum, a w konsekwencji brak jest przedmiotu sprawy, który winien być rozstrzygnięty przez Krajową Izbę Odwoławczą. Tym samym orzekanie w tym zakresie staje się bezprzedmiotowe. Powyższe wynika z istoty postępowania odwoławczego jako kontradyktoryjnego postępowania spornego /art.190 ust. 1 ustawy pzp/.

W związku z tym, że uznanie dotyczyło tylko jednego z dwóch zarzutów odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznaje odwołanie jedynie w granicach istniejącego spornego przedmiotu sprawy, a więc w granicach nieuwzględnionego zarzutu, co do którego istnieje spór pomiędzy stronami. W tym zakresie strony postępowania odwoławczego ponoszą pełną odpowiedzialność za jego wynik. Ustawa prawo zamówień publicznych nie nakazuje Zamawiającemu powstrzymania się z dokonaniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegających na uwzględnieniu części zarzutów podniesionych w odwołaniu. Wobec tego należy uznać, że takie uwzględnienie zarzutu jest skuteczne i następuje ono z chwilą opublikowania tej zmiany, umożliwiającej zapoznanie się z nią wykonawców przed rozprawą., /wyrok KIO 707/11/.

Tym samym powyższy zarzut, jako nie istniejący w chwili orzekania przez Izbę nie mógł być przedmiotem merytorycznego rozstrzygania i wobec tego nie podlegał uwzględnieniu.

Jednakże Izba wskazuje, że sam fakt nieuwzględnienia zarzutu nie przesądza kwestii, która ze stron ponosić będzie koszty postępowania, które zgodnie z treścią przepisu art. 192 ust. 10 są zasądzane od strony, stosownie do wyniku postępowania.

Z faktu nieuwzględnienia zarzutu odwołania, z powodu jego wcześniejszego uznania przez Zamawiającego, może wynikać zasadność obciążenia kosztami postępowania Zamawiającego, który dokonał zmiany postanowień siwz czy treści Ogłoszenia, dopiero w wyniku wniesionego odwołania. Kwestia ta podlega jednak ocenie Izby, gdyż Odwołujący wiedząc o tym fakcie przed terminem rozprawy, mógłby cofnąć ten zarzut odwołania.

W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1. w zw. z art. 26 ust. 2b. w zw. z art. 57 ust 2 p.z.p, Izba uznaje, że przed dokonaniem merytorycznego rozstrzygnięcia tego zarzutu zasadne jest odniesienie się do zasad stosowania art. 26 ust.2b.w świetle opisu postanowień Ogłoszenia o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b p.z.p. 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. Wykonawca 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.

Powodem wprowadzenia niniejszego przepisu do ustawy pzp była potrzeba implementacji postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE, a także potrzeba zwiększenia konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis dopuszcza poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań.

Przyjmując powyższe *ratio legis,* wprowadzenia tego przepisu do ustawy prawo zamówień publicznych, należy stwierdzić, że przepis pozwalający wykonawcy na powoływanie się na zasoby podmiotu trzeciego jest wyjątkiem od zasad ustalonych w art. 22 ust1 pkt 2-4 ustawy pzp, z którego wynika, że „ *o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy* ***spełniają warunki…”*** a więc samodzielnie nabyli wiedzę i doświadczenie, dysponują potencjałem technicznym, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub posiadają zdolności finansowe. Tym samym w w/w przepisie art. 22 ust1 pkt2-4 ustawy pzp jest mowa o zasobach które dany wykonawca nabył w trakcie bezpośredniego wykonywania danego przedmiotu zamówienia, czyli dysponuje nimi samodzielnie. Natomiast przepis art. 26 ust.2b pzp, daje możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego, czyli na możliwość uzyskania od tego podmiotu, realnego wsparcia dla wykonawcy danego zamówienia, w zakresie w nim wskazanym. Uzyskanie

takiego zasobu jest niezbędne do realizacji zamówienia, gdyż bez takiego udostępnienia wykonawca nie będzie w stanie zrealizować zamówienia.

Zgodnie z powszechnie przyjętą zasadą interpretacji przepisów prawa, należy wskazać, że wszystkie wyjątki od zasady nie mogą być poddane wykładni rozszerzającej. Tym samym zasadne jest przyjecie, że przepis art. 26 ust. 2 b ustawy pzp pozwala na skorzystanie z zasobów podmiotów trzecich ***tylko w celu wykazania spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu,*** natomiast nie jest dozwolone powołanie się na doświadczenie innego podmiotu, jeżeli to miałoby służyć wyłącznie otrzymaniu przez danego wykonawcę większej liczby punktów, a w konsekwencji wyższej pozycji w rankingu wykonawców.

Inne rozumienie przywołanego przepisu stałoby w sprzeczności z jego literalnym brzmieniem, prowadziłoby do sytuacji, w której wykonawcy powołujący się na kolejne zasoby podmiotów trzecich, byliby uprzywilejowani w stosunku do tych, którzy samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu

Taką samą zasadę należy zdaniem Izby przyjąć również w stosunku do wykonawcy który samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, Taki wykonawca nie może w celu uzyskania lepszej pozycji na liście rankingowej, powoływać się dodatkowo na zasoby podmiotów trzecich. Taki wniosek można również wywieść z braku, racjonalnej możliwości skorzystania z dodatkowej liczby zasobów. Powoływanie się wykonawcy się na wiedzę i doświadczenie wielu podmiotów, w sytuacji kiedy np. każdy z nich, wykonał podobny przedmiot zamówienia w innej technologii, powodowałoby sytuacje niemożliwości skorzystania z tych zasobów łącznie, a wiązałoby się to tylko z sytuacją poszukiwania przez

wykonawców nie kolejnego wykonawcy który udostępni zasoby, lecz „dostawcy referencji". Odmienne stosowanie regulacji zawartej w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych naruszałoby przepis art. 7 ust. 1 ustawy, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Stawiałoby w uprzywilejowanej sytuacji tych wykonawców, którzy samodzielnie spełniając warunki udziału w postępowaniu, lub posiadający już udostępniony w wymaganym zakresie zasób od podmiotu trzeciego, przedkładaliby dodatkowe udostępnienia im odpowiedniego zasobu, tylko w celu podniesienia punktacji, a nie możliwości ich wykorzystania przy realizacji przedmiotu zamówienia. Prowadziłoby to w istocie ,jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 lipca 2010 roku KIO 1333/10 do „handlu referencjami".

Zamawiający w celu wyłonienia wykonawcy do realizacji zamówienia, lub grupy wykonawców którzy zostaną zaproszeni do dalszego etapu postępowania, zgodnie z art. 57 ust.1 – jak to ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu, sprawdza w pierwszej kolejności, czy dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Natomiast jeśli liczba wykonawców jest większa niż liczba wykonawców, którzy mają zostać zaproszeni do składania ofert, winien dokonać według ustalonych indywidualnie w Ogłoszeniu o

zamówieniu zasad, oceny stopnia ich spełnienia i w zależności od tej oceny ustala ranking wykonawców którzy zostaną zaproszeni do dalszego etapu postępowania, zgodnie z zasadami określonymi w art. 57 ust. 2-4 ustawy pzp. Wobec powyższego dopuszczalne wydaje się poddanie punktacji, ilości wykonanych robót związanych z przedmiotem zamówienia przez podmiot posiadający własne doświadczenie w realizacji danych robót, jak i tylko przez jednego wykonawcę na którego zasoby powołuje się wykonawca zamierzający wziąć udział w postępowaniu o zamówienie.

Prezentowane stanowisko Izby w przedmiotowym zakresie, jest kontynuacją linii orzeczniczej wskazanej w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. KIO 707/11; 1549/11 oraz 2359/10.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy, należy stwierdzić, że Zamawiający w sekcji VI.3) pkt I dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawców polegających na zasobach podmiotów trzecich.
Jednakże biorąc pod uwagę dalsze zapisy punku II w/w sekcji, gdzie Zamawiający ustala, że:
- *„w pierwszej kolejności zamawiający będzie uwzględniał własne doświadczenie wykonawcy składającego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia).*
- *jeżeli liczba wykonawców, którzy samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie wynosić 5, Zamawiający zaprosi do składania ofert wszystkich 5 wykonawców, którzy samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu.*
- *jeżeli liczba wykonawców, którzy samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie mniejsza niż 5,* ***zamawiający weźmie pod uwagę*** *również doświadczenie innych podmiotów, na których wiedzy i doświadczeniu będzie polegać wykonawca składający wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu",*

to te postanowienia, możliwość zakwalifikowania się takiego wykonawcy do drugiego etapu postępowania czynią możliwością iluzoryczną, uzależnioną tylko od przypadku czy liczba wykonawców samodzielnie spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie mniejsza od pięciu. Natomiast nie wynika ona z rzeczywistej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym takie ustalenie narusza zasadę z art. 7 ust.1 oraz art. 26 ust.2b ustawy.

Przepis art. 26 ust. 2 b nie różnicuje pozycji wykonawców w postępowaniu ze względu na podstawę wykazywanego przez nich doświadczenia. Przeciwny pogląd prowadziłby do dyskryminacji wykonawców, którzy dysponując potencjałem udostępnionym przez podmioty trzecie, zgodnie z art. 26 ust. 2 b, w postępowaniu prowadzonym w trybie ograniczonym lub negocjacyjnym, nie mieliby realnej możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Tym samym Zamawiający winien poddać takim samym regułom oceny wykonawców samodzielnie spełniających warunki udziału w postępowaniu jak i korzystających w tym

zakresie z zasobów podmiotu trzeciego. Jednakże w sytuacji niniejszego postępowania, a więc ustalenia dwuetapowej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, Zamawiający ma możliwość określenia zasad wartościowania ich spełniania.

Zamawiający może ustalić zasady punktacji spełniania warunków udziału w postępowaniu, a konkretnie legitymowania się określonym doświadczeniem ustalając, że dla niego większe znaczenie ma np. samodzielne spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w odróżnieniu od korzystania z „pożyczonego doświadczenia". Określony warunek winien mieć przypisany sposób jego oceny. W takim przypadku wykonawca otrzymuje punkty nie za samo spełnianie poszczególnych warunków udziału w postępowaniu, ale za spełnianie danego warunku w większym lub lepszym stopniu.

Po takiej ocenie zaproszenie do składania ofert powinni otrzymać ci wykonawcy, którzy spełniają warunki w największym, najlepszym stopniu, a więc otrzymali największą ilość punktów, a co za tym idzie – odnosząc się do tego konkretnego przypadku - posiadają największe doświadczenie w realizacji tego rodzaju zamówienia.

Izba wskazuje, że regulacja zawarta w art. 57 ustawy pzp służy innemu celowi niż regulacja zawarta w art. 26 ust. 2b ustawy pzp. Dlatego też przepis ten daje możliwość Zamawiającemu- poza oceną spełniania warunków udziału w zakresie minimalnym z art. 26 ust.2b ustawy, dokonywania oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, przewidzianego treścią ogłoszenia, celem ustalenia/zawężenia/ listy wykonawców.

Tym samym Izba stwierdza, że Zamawiający może ustalić różne zasady punktacji doświadczenia wykonawców, zarówno doświadczenia własnego jak i doświadczenia wykonawców korzystających z zasobów podmiotu trzeciego, tak aby wybrać grupę 5 wykonawców którzy przy zachowaniu w pełni obiektywnych zasad punktacji dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Z zastrzeżeniem że nie będą one zbyt dyskryminujące, dla podmiotów korzystających z zasobów innych wykonawców, a także będą zgodne z przepisami ustawy pzp i nie będą naruszały zasad uczciwej konkurencji.

Natomiast zdaniem Izby niedopuszczalne jest uzależnienie, zaproszenia wykonawców do drugiego etapu postępowania od sytuacji czy liczba wykonawców spełniających samodzielnie warunki udziału będzie mniejsza od pięciu, czy nie. Miejsce na liście rankingowej wykonawców winno wynikać z ilości uzyskanych punktów przyznanych według zasad ustalonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu.

Odnosząc się do żądania Odwołującego dotyczącego wykreślenia znacznej części pkt II sekcji VI.3), Izba uznaje je za niezasadne, gdyż spowodowałoby to wykreślenie postanowień

w zakresie nie znajdującym odzwierciedlenia w treści postawionych zarzutów. Nadto żądanie zrównania ilości punktów przyznawanych za doświadczenie w wykonaniu zamówienia opisanego w sekcji III.2.3. pkt. 1)a) z zamówieniem wskazanym w sekcji III.2.3. pkt. 1)b) ppkt 1. lub 2. Izba również uważa za niezasadne, gdyż po pierwsze również nie znajduje odzwierciedlenia w treści postawionych zarzutów, a po drugie zdaniem Izby zasadne jest przyjęcie przez Zamawiającego innej zasady punktacji oceny doświadczenia nabytego przy realizacji kompletnego zamówienia, od realizacji tylko określonej jego części.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba powyższy zarzut w zakresie wyżej opisanym uważa za zasadny.

Zamawiający wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej winien stosownie do wyżej opisanych ustaleń, dokonać wykreślenia postanowień, które warunkują zaproszenie do drugiego etapu wykonawców od ilości wykonawców którzy samodzielnie spełnią warunki udziału w postępowaniu, a nie od ilości uzyskanych punków według zasad ustalonych w Ogłoszeniu o zamówieniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów, miało miejsce w niniejszym postępowaniu

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i 2 ppkt.b) rozporządzenia Prezesa

Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ……..