Sygn. akt: KIO 1563/12

WYROK
z dnia 7 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Członkowie: Dagmara Gałczewska - Romek
Piotr Kozłowski

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2012 r. przez **Odwołującego** – Konsorcjum: General Electric International, Inc., Abener Energia S.A., CT 06484-0861 Two Corporate Drive, 5th floor, Shelton, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., Ul. 1-go Maja 63, 97-400 Bełchatów,

przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego:

a) Konsorcjum: MCE Berlin GmbH, BHR Hochdruck-Rohrleitungsbau GmbH, Babcock Borsig Steinmuller GmbH, Landsberger Allee 366, 12681 Berlin, po stronie zamawiającego
b) Konsorcjum: PBG S.A. w upadłości układowej, HYUNDAI Engineering Co. Ltd., Daewoo International Corporation, Wysogotowo, ul. Skórzewskiej 35, 62-081 Przeźmierowo, po stronie zamawiającego
c) RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz, po stronie zamawiającego
d) Konsorcjum: SNC-Lavalin Polska Sp. z o.o., SNC Lavalin INC, ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa, po stronie zamawiającego
e) Konsorcjum: Iberdrola Engineering and Construction Poland Sp. z o.o., Iberdrola Ingenieria y Construccion S.A.U., Al. Niepodległości 69, 02-626 Warszawa. Po stronie odwołujacego

---

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokonanie ponownej oceny złożonych przez wykonawców wniosków z uwzględnieniem zasady iż wykonawcy mogą skorzystać z zasobów podmiotów trzecich tylko w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców zgłaszających sprzeciw od uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego General Electric International, Inc., Abener Energia S.A., CT 06484-0861 Two Corporate Drive, 5th floor, Shelton, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego MCE Berlin GmbH, BHR Hochdruck-Rohrleitungsbau GmbH, Babcock Borsig Steinmuller GmbH, Landsberger Allee 366, 12681 Berlin, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, na rzecz **Odwołującego** – Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego General Electric International, Inc., Abener Energia S.A., CT 06484-0861 Two Corporate Drive, 5th floor, Shelton, kwotę **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

2.3. zasądza od Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego

PBG S.A. w upadłości układowej, HYUNDAI Engineering Co. Ltd., Daewoo International Corporation, Wysogotowo, ul. Skórzewskiej 35, 62-081 Przeźmierowo, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, na rzecz **Odwołującego** – Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego General Electric International, Inc., Abener Energia S.A., CT 06484-0861 Two Corporate Drive, 5th floor, Shelton, kwotę **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

2.4. zasądza od RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, na rzecz **Odwołującego** – Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego General Electric International, Inc., Abener Energia S.A., CT 06484-0861 Two Corporate Drive, 5th floor, Shelton, kwotę **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

2.5. zasądza od Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego SNC-Lavalin Polska Sp. z o.o., SNC Lavalin INC, ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, na rzecz **Odwołującego** – Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego General Electric International, Inc., Abener Energia S.A., CT 06484-0861 Two Corporate Drive, 5th floor, Shelton, kwotę **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Piotrkowie Trybunalskim.**

Przewodniczący: ……..…
Członkowie: ……..……..
……..……..

Sygn. akt 1563/12

UZASADNIENIE

PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. ul. 1 Maja 63 97-400 Bełchatów, zwany dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „ Budowę gazowo-parowego bloku kogeneracyjnego w PGE GiEK S.A. Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra - Elektrownia Pomorzany”, prowadzonego na podstawie ogłoszenia o zamówieniu o numerze 2011/S 250-408721 opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 grudnia 2011 r. – dalej jako „Ogłoszenie”.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpiło 5 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego poz. „a – d” i po stronie Odwołującego wykonawca w poz. „e”

a) Konsorcjum: MCE Berlin GmbH, BHR Hochdruck-Rohrleitungsbau GmbH, Babcock Borsig Steinmuller GmbH, Landsberger Allee 366, 12681 Berlin,
b) Konsorcjum: PBG S.A. w upadłości układowej, HYUNDAI Engineering Co. Ltd., Daewoo International Corporation, Wysogotowo, ul. Skórzewskiej 35, 62-081 Przeźmierowo,
c) RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz,
d) Konsorcjum: SNC-Lavalin Polska Sp. z o.o., SNC Lavalin INC, ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa,
e) Konsorcjum: Iberdrola Engineering and Construction Poland Sp. z o.o., Iberdrola

Ingenieria y Construccion S.A.U., Al. Niepodległości 69, 02-626 Warszawa

W dniu 13 lipca 2012 r., Zamawiający poinformował wykonawców o dokonanej ocenie złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W wyniku tej oceny wykonawcy konsorcjum firm General Electric International, Inc. **(lider** konsorcjum) oraz Abener Energia S.A. (członek konsorcjum) (łącznie dalej zwane **„Odwołującym"))** zostali poinformowani o nie zakwalifikowaniu się do kolejnego etapu postępowania. Wykonawcy ci pismem z dnia 23 lipca wnieśli odwołanie od tej czynności Zamawiającego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucili Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp polegających na nieprawidłowej ocenie punktowej wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych wykonawców biorących udział w Postępowaniu, w szczególności:
1 - dokonanie przez Zamawiającego nieprawidłowej punktacji w odniesieniu wykonawców, z tytułu spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej poprzez przyjęcie, iż wiedza i doświadczenie podmiotów trzecich, udostępnione w trybie art. 26 ust. 2b PZP, podlega punktacji w celu podwyższenia miejsca w rankingu wykonawców.

2 - dokonanie przez Zamawiającego nieprawidłowej punktacji z tytułu spełniania zdolności technicznej (wiedzy i doświadczenia) poprzez przyjęcie, iż warunku doświadczeniem podmiotów trzecich, udostępnionym w trybie art. 26 ust. 2b PZP, można się wykazywać w zakresie wykraczającym poza zakres minimalny;
3 - zaniechanie zakwalifikowania Odwołującego do dalszego etapu Postępowania oraz nie zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty na skutek błędnej oceny spełniania warunku zdolności technicznej przez innych wykonawców.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, zarzucił Zamawiającemu naruszenie - art. 57 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny - punktacji wniosków złożonych w Postępowaniu przez Konsorcjum MCE, Mostostal, Konsorcjum PBG, Konsorcjum POL-AQUA, Rafako, Konsorcjum SNC, ALSTOM, Iberdrola, Control Process, Stalbud oraz nieprawidłowym przyjęciu, iż wskazani wykonawcy mogą korzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich (udostępnionych w trybie art. 26 ust. 2b Pzp), w celu uzyskania korzystniejszej pozycji w klasyfikacji wniosków.

W związku z podniesionymi zarzutami wniósł o uwzględnienie Odwołania oraz o:
1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu;
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu z uwzględnieniem zasady, iż zasoby podmiotów trzecich udostępnionych w trybie art. 26 ust. 2b PZP nie podlegają punktacji lub ewentualnie, podlegają punktacji jedynie w zakresie minimalnym, tj. w zakresie służącym do wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu;
3. nakazanie Zamawiającemu zwrotu na rzecz Konsorcjum kosztów spowodowanych wniesieniem niniejszego Odwołania, w tym w szczególności kosztów wpisu od Odwołania.

Uzasadniając zasadność podniesionych zarzutów Odwołujący stwierdził, że na skutek dokonanej przez Zamawiającego oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wniosek złożony przez odwołujące Konsorcjum został sklasyfikowany na 6 (szóstym) miejscu tj. miejscu, które nie upoważnia Konsorcjum do wzięcia udziału w kolejnym etapie Postępowania. Natomiast prawidłowa ocena tych wniosków doprowadziłaby do sklasyfikowania wniosku Odwołującego na wyższej pozycji w rankingu ofert, która uprawniałaby do wzięcia udziału w kolejnym etapie postępowania.

Warunki udziału w postępowaniu dla wykonawców zostały zamieszczone w sekcji III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu. Natomiast zgodnie z postanowieniami Sekcją VI.3) Ogłoszenia Zamawiający przewidział, iż jeżeli liczba Wykonawców spełniających warunki udziału w Postępowaniu będzie większa niż 5 (pięć), to do udziału w Postępowaniu zostanie

zaproszonych 5 (pięciu) Wykonawców, którzy uzyskają najwyższe oceny za spełnienie warunku zdolności technicznej określonej w Sekcji III 2)3. Ogłoszenia.

Sposób oceny spełniania warunku zdolności technicznej został opisany w Sekcji VI.3) pkt 2 Ogłoszenia. Zamawiający wskazał, że będzie przyznawał punkty poszczególnym zamówieniom przedłożonym przez wykonawców na potwierdzenie spełniania warunku zdolności technicznej.

W wyniku przeprowadzonej przez Zamawiającego oceny wniosków o dopuszczenie do udziału Postępowaniu wniosek Odwołującego został sklasyfikowany na 6 miejscu, nie gwarantującym uczestniczenia w następnych etapach postępowania.

Odwołujący stawiając zarzut dotyczący naruszenia art. 57 ust. 1 i 2 w związku z art. 26 ust. 2b Ustawy Pzp, podniósł, że Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny spełniania warunku zdolności technicznej przez następujących wykonawców: *Konsorcjum MCE, Mostostal, Konsorcjum PBG, Konsorcjum POL-AQUA, Rafako, Konsorcjum SNC, ALSTOM, Iberdrola, Control Process, Stalbud* poprzez przyjęcie, iż doświadczenie podmiotów trzecich udostępnione w trybie art. 26 ust. 2b PZP, na które powołali się wyżej wymienieni wykonawcy, podlega punktacji.

W uzasadnieniu podniósł, że Zamawiający nie był uprawniony brać pod uwagę zamówień zrealizowanych przez podmioty trzecie w toku procedury przyznawania punktacji poszczególnym wnioskom. Ustawodawca dopuścił możliwość posługiwania się wiedzą oraz doświadczeniem podmiotów trzecich, jednakże wyłącznie na potrzeby potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższa możliwość wynika bezpośrednio z treści art. 26 ust. 2b PZP. Podniósł iż należy wskazać, że cały przepis, tj. art. 26 PZP przepis dotyczy wyłącznie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie zaś oceny punktowej wniosków. Świadczy o tym zarówno wykładnia językowa, systemowa jak również funkcjonalna wskazanego przepisu.

Ocena wniosków w zakresie przyznania dodatkowej punktacji, o której mowa w art. 51 Pzp, jest osobnym etapem postępowania w stosunku do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Celem oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest dokonanie badania, czy dany wykonawca może w ogóle zostać dopuszczony do wzięcia udziału w postępowaniu. Natomiast celem oceny punktowej jest dokonanie klasyfikacji wniosków od najlepszego do najgorszego oraz wskazanie, którzy z wykonawców mogą zostać dopuszczeni do dalszego etapu postępowania. Art. 26 ust. 2b z racji jego umiejscowienia w ramach przepisów PZP dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu może służyć wyłącznie pierwszemu ze wskazanych celów. Ponadto wskazał, że przepis art. 26 ust. 2b PZP nie ma charakteru dyspozytywnego i zakres jego zastosowania nie zależy od decyzji zamawiającego ujawnionej w treści ogłoszenia.

Odwołujący postawił w odwołaniu drugi zarzut, nazwany ewentualnym dotyczącym

naruszenia art. 57 ust. 1 i 2 w związku z art. 26 ust. 2b Ustawy PZP, według którego Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny spełniania warunku zdolności technicznej przez wykonawców: Konsorcjum MCE, Mostostal, Konsorcjum PBG, Konsorcjum POL-AQUA, Rafako, Konsorcjum SNC oraz ALSTOM poprzez przyjęcie zasady, iż doświadczenie podmiotów trzecich udostępnionych w trybie art. 26 ust. 2b PZP uwzględnia się w punktacji w zakresie przekraczającym ilość punktów niezbędnych do spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu tego zarzutu wskazał, że nawet gdyby przyjąć, iż zasoby podmiotów trzecich udostępnione wykonawcom w trybie art. 26 ust. 2 b Ustawy PZP mogą podlegać punktacji, z czym Odwołujący się nie zgadza, to należałoby przyjąć, iż takie zamówienia referencyjne mogłyby podlegać punktacji jedynie w zakresie minimalnym, tj. w zakresie służącym do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Podniósł, że zarówno w prawie europejskim jak i prawie polskim korzystanie z doświadczenia udostępnionego przez inny podmiot w trybie art. 26 ust. 2b Ustawy Pzp ograniczone jest do doświadczenia niezbędnego. Tryb przewidziany w art. 26 ust. 2b umożliwia poleganie na zasobach należących do innego podmiotu jedynie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Oznacza to, że wykonawca, który korzysta z doświadczeń podmiotów trzecich mógłby najwyżej za powyższe doświadczenia uzyskać taką ilość punktów, która pozwoliłaby mu na wykazanie się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu. Odrzucenie powyższego ograniczenia w procesie wykładni przepisu art. 26 ust. 2b PZP oznaczałoby, że doświadczenia podmiotów trzecich byłyby brane pod uwagę w pełnym zakresie, co stoi w sprzeczności z treścią powyższego przepisu. Nadto dodał, że możliwość przyznawania punktów za zamówienia referencyjne złożone jako doświadczenie

udostępnione przez podmioty trzecie w trybie art. 26 ust. 2b Pzp, byłaby niezgodna z wyraźnym brzmieniem oraz celem art. 26 ust. 2b PZP, który stanowi *lex specialis* w stosunku do wyrażonej w art. 26 ust. 1 i 2 PZP zasady, że to wykonawca samodzielnie, względnie działając wspólnie z innym wykonawcą, spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zwrócił również uwagę na fakt, że zarówno wykonawcy korzystający dla wykazania spełniania warunku udziału wyłącznie z zasobów podmiotów trzecich, jak i wykonawcy którzy wykazywali się zarówno doświadczeniem własnym jak i doświadczeniem podmiotów trzecich, udostępnionym w trybie art. 26 ust 2b nie mogą uzyskiwać dodatkowych punktów za korzystanie z zasobów podmiotów trzecich ponad wymagalny warunek udziału. Natomiast wykonawcy którzy samodzielnie spełniają warunek udziału, to dla poprawy swojej pozycji na liście rankingowej wśród wykonawców nie mogą korzystać w tym zakresie z zasobów podmiotów trzecich.

W zarzucie trzecim będącym również zarzutem ewentualnym do zarzutu pierwszego wskazał na naruszenie art. 57 ust. 1 i 2 w związku z art. 26 ust. 2b w zw. z 7 ust. 1 Ustawy

Pzp, według którego Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny spełniania warunku zdolności technicznej przez wykonawców poprzez przyjęcie, iż wykonawcy mogą wykazywać się doświadczeniem dwóch podmiotów konkurencyjnych wobec siebie, udostępnionym w trybie art. 26 ust. 2 b Ustawy Pzp, podczas gdy ze specyfiki przedmiotu zamówienia wynika, iż możliwe jest korzystanie w tym samym czasie wyłącznie z jednego dostawcy.

Wskazał, że zarzut ten podniósł gdyż istotnym w sprawie jest fakt, że szereg wykonawców, w tym MCE, Rafako, PBG oraz SNC posłużyło się w Postępowaniu doświadczeniem dwóch konkurencyjnych podmiotów (dostawców turbin) udostępnionym w trybie art. 26 ust. 2 b Ustawy Pzp. Ze specyfiki przedmiotu zamówienia jakim jest budowa bloków gazowo-parowych wynika, iż nie jest możliwy równoczesny udział dwóch konkurencyjnych dostawców turbin w realizacji takiego zamówienia.
Dlatego też, powołanie się na dwa podmioty nie daje Zamawiającemu żadnej gwarancji, który z podmiotów udostępniających doświadczenie w trybie art. 26 ust. 2b będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia, ani czy doświadczenie drugiego podmiotu mimo złożonego zobowiązania o udostępnieniu zasobów będzie mogło być w ogóle wykorzystane .

Przedstawiciel GE – będący również pełnomocnikiem Odwołującego na rozprawie oświadczył, iż gdyby wiedział przy udostępnianiu swoich zasobów innym wykonawcom, że ci wystąpią również o referencje do konkurencyjnej firmy Siemens, to nigdy takich referencji by nie udzielił. Uważa, iż został przez tych wykonawców wprowadzony w błąd, mający wpływ na treść jego oświadczenia woli. Ponadto zaprzeczył stanowisku przystępującego MCM Berlin, że złożone referencje przez firmy Siemens i GE, są referencjami uzupełniającymi się, gdyż po pierwsze nie wyraża na to zgody, a po drugie nie widzi takiej możliwości, aby ewentualnie dostarczone przez niego urządzenia były serwisowane przez konkurencyjną firmę Siemens.

Zamawiający na etapie posiedzenia oświadczył, że po zapoznaniu się z treścią zarzutów oraz przedstawioną argumentacją ich uzasadnienia, podjął decyzje o uwzględnieniu odwołania w całości.
Powodem uwzględnienia odwołania było niesłuszne przyjęcie przy w ocenie wniosków, że dopuszczalne jest posługiwanie się zasobami podmiotów trzecich ponad minimalne warunki udziału w postępowaniu. Ponadto stwierdził, że zmiana stanowiska Zamawiającego wynika ze zmiany interpretacji przepisu ustawy. Ponadto Oświadczył, że nie dokonuje zmiany interpretacji postanowień Ogłoszenia o zamówieniu z którego w żadnym miejscu nie wynika, że będą podlegały dodatkowej punktacji, udostępnione wykonawcom przez podmioty trzecie, zasoby. Na zmianę stanowiska wpłynął przede wszystkim fakt, że wątpliwe jest aby w jednym postępowaniu dany wykonawca mógł korzystać z zasobów konkurencyjnych firm. Tym samym, zdaniem Zamawiającego, przepis art. 26 ust. 2b daje możliwość korzystania

przez wykonawców z zasobów podmiotu trzeciego po to, aby zwiększyć konkurencyjność w postępowaniu, czyli umożliwić większej ilości wykonawców wziąć w nim udział. Natomiast w żadnej mierze niezasadne jest liczenie udostępnianych zasobów dla uzyskania lepszej punktacji, a tym samym miejsca na liście rankingowej w postępowaniu dwuetapowym.

Wobec faktu uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, wszyscy Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgłosili sprzeciw.
Wobec powyższego Izba skierowała sprawę do merytorycznego rozpoznania na rozprawie.
Stanowiska Przystępujących zostały wskazane w treści przystąpień, pismach procesowych złożonych na rozprawie, a także złożonych oświadczeniach i prezentowanych stanowiskach.
Wszyscy Przystępujący zgodnie twierdzili, że brak jest podstaw, aby z art. 26 ust 2b wywodzić, że ustawodawca ograniczył możliwość korzystania z zasobów podmiotów trzecich tylko do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.
Ponadto Przystępujący RAFAKO i Konsorcjum PBG zgłosili wniosek formalny o odrzucenie odwołania na etapie posiedzenia, gdyż argumenty odwołania w znacznej mierze dotyczą kwestii postanowień treści ogłoszenia, w którym Zamawiający w sposób precyzyjny określił sposób dokonywania oceny złożonych wniosków. Jeżeli Odwołujący kwestionował te postanowienia, winien był w odpowiednim terminie ich treść zaskarżyć, wnosząc stosowne odwołanie. Natomiast na obecnym etapie postępowania podnoszenie zarzutów dotyczących powyższych kwestii sprowadza się nie do kwestionowania sposobu oceny ofert przez Zamawiającego, lecz *de facto do* kwestionowania zasad tej oceny zawartych w postanowieniach Ogłoszenia. Powyższa okoliczność powoduje, że wskazany zarzut zawarty w odwołaniu należy uznać za spóźniony,
Wobec oddalenia wniosku o odrzucenie odwołania Przystępujący stwierdzili, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 26 ust. 2b i art. 57 Pzp jest bezzasadny.
Reguły ocen wniosków i zasady kwalifikowania podmiotów do kolejnego etapu postępowania zostały w sposób precyzyjny określone w Ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający w sposób jasny wskazał tam, że wpływ na punktację w rankingu Wykonawców mieć będzie zarówno doświadczenie wykazane jako „własne", jak i doświadczenie użyczone na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b Pzp.
Podnieśli, że możliwość korzystania z doświadczenia podmiotów trzecich w celu uzyskania dodatkowych punktów w przetargach dwu etapowych, jest sporna w doktrynie zamówień publicznych i orzecznictwie KIO.
Wskazali, ze podstawowym kryterium oceny działań Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu, a odnoszących się do oceny ofert są postanowienia Ogłoszenia, określające zasady prowadzenia tego konkretnego postępowania.
Reguły te jak już wielokrotnie zostało podkreślone, w sposób jasny wskazywały, że Zamawiający będzie punktował doświadczenie podmiotów trzecich. Podano, że mając na

względzie specyfikę zamówienia i ilość potencjalnych dostawców turbin działających na rynku tego typu zamówień, to sformułowanie zapisów ogłoszenia w sposób odmienny, spowodowałoby daleko idące ograniczenie konkurencji.

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

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie

Izba oddaliła zarzut Przystępującego Konsorcjum PBG i Rafko o odrzucenie odwołania na etapie posiedzenia. Zdaniem Przystępujących argumenty odwołania w znacznej mierze dotyczą kwestii postanowień treści ogłoszenia. Tym samym obecne odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.
Za podstawę nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania Izba przyjęła fakt, że w postanowieniach Ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający w żadnym miejscu nie wskazał wprost, że będzie brał pod uwagę udostępnioną wiedzę i doświadczenie przez podmioty trzecie- w takim samym zakresie, przy dokonywaniu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu jak i przy przyznawaniu punktów dla uzyskania dodatkowej punktacji, umożliwiającej zajęcia wyższej pozycji w rankingu wykonawców. Ponadto za przyjęciem takiego stanowiska przemawiał przede wszystkim fakt, że odwołanie zostało wniesione od czynności Zamawiającego dotyczącej oceny złożonych przez wykonawców wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a nie od treści postanowień Ogłoszenia o zamówieniu. Wobec tego Odwołujący miał prawo liczyć termin na wniesienie środka ochrony prawnej – odwołania do Prezesa KIO, od daty otrzymania informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Następnie Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Odwołujący w sposób prawidłowy wykazał interes we wniesieniu odwołania, a Przystępujący interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego.

Stan faktyczny sprawy wykazany przez strony i uczestników postępowania nie wymagał zdaniem Izby w zakresie objętym zarzutami, dodatkowych ustaleń faktycznych. Za podstawę orzekania w zakresie objętym treścią zarzutów, Izba przyjęła stan faktyczny sprawy ustalony w oparciu o dokumentacje i stanowiska stron i Przystępujących z przedmiotowego postępowania.

Na wstępie rozpatrywania podniesionych zarzutów Izba uznaje za celowe odniesienie się do przywołanych przez strony i uczestników postępowaniu kilkudziesięciu tez z wyroków

sądów i Krajowej Izby Odwoławczej, mających uzasadniać podnoszone przez strony i uczestników postępowania zarzuty oraz prezentowane stanowiska w sprawie.

Izba wskazuje, że tezy z wyroków sądów czy KIO można na pewnym poziomie ogólności dopasować do każdego postępowania o zamówienie, jednakże Izba rozstrzyga sprawę w oparciu o stan faktyczny danej sprawy, a ten w niemalże każdym przypadku jest inny. Każdy skład Izby, wydając rozstrzygnięcie w sprawie konkretnego odwołania nie jest związany innym orzeczeniem sądu czy Krajowej Izby Odwoławczej.

Na wstępie oceny podniesionych zarzutów i stanowisk stron wskazać należy, że w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego całości zarzutów podniesionych w odwołaniu jego stanowisko w sprawie ograniczyło się do przedstawienia wskazanych wyżej argumentów przemawiających za zasadnością uwzględnienia odwołania.

Natomiast w związku ze zgłoszeniem sprzeciwu wobec stanowiska Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów odwołania, argumentacje przeciwko zasadności uwzględnienia odwołania podnosili Przystępujący. Prezentując swoje stanowiska byli zgodni, że ustawodawca wprowadzając w art. 26 ust. 2b Pzp możliwość posługiwania się przez wykonawcę zasobami podmiotu trzeciego (jego wiedzą, doświadczeniem, potencjałem technicznym, osobowym oraz finansowymi) przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie wprowadził w tym zakresie żadnego ograniczenia. Dlatego też dokonana przez Zamawiającego ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu była prawidłowa, a wniesione odwołanie winno zostać oddalone.

W zakresie podniesionego zarzutu dotyczącego naruszenia art. 57 ust. 1 i 2 w związku z art. 26 ust. 2b Ustawy PZP, według którego Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny spełniania warunku zdolności technicznej poprzez przyjęcie, iż doświadczenie podmiotów trzecich udostępnione w trybie art. 26 ust. 2b PZP, na które powołali się wyżej wymienieni wykonawcy, podlega punktacji, Przystępujący podnieśli, że wbrew poglądowi Odwołującego przepis art. 26 ust. 2b Pzp nie odnosi się do możliwości polegania na zasobach podmiotu trzeciego, tylko w odniesieniu do warunków minimalnych, dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu. Gdyby taka była wola ustawodawcy to tak istotne dla udziału w zamówieniach publicznych ograniczenie dopuszczalności posługiwania się zasobami podmiotów trzecich znalazłoby odzwierciedlenie w treści przepisu. Jednakże ustawodawca nie wprowadził, ich zdaniem, żadnych ograniczeń w tym zakresie.

Przystępujący MCM Berlin wskazał, że jego zdaniem wykładnia przepisu art. 26 ust. 2b zarówno językowa, funkcjonalna jak również systemowa nie uzasadnia stanowiska zarówno Odwołującego jak i Zamawiającego co do zakresu możliwości stosowania przepisu art. 26 ust 2b ustawy Pzp.

Powyższe stanowisko Przystępującego MCM Berlin jak i pozostałych Przystępujących którzy poparli jego stanowisko w tej sprawie, należy zdaniem Izby, uznać za nietrafne.

Dokonując interpretacji treści art. 26 ust 2 b wskazać należy, że zgodnie z jego treścią *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 wykonaniu zamówienia.

Odnosząc się do literalnego brzmienia tego przepisu, zasadne jest wskazanie, że ta norma prawna zezwala na udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, czyli takich, bez których realizacja zamówienia nie jest możliwa. W każdym przypadku powinno to oznaczać zaliczenie cudzych referencji wyłącznie dla spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, z pominięciem ich dla podwyższenia punktacji ponadto przetargach dwuetapowych. Wskazać ponadto należy, że w myśl przepisu art.22 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca który chce wziąć udział w danym postępowaniu powinien spełniać samodzielnie wskazane w tym przepisie warunki udziału. Przepis art. 26 ust. 2 b ustawy 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. Przepis ten zakłada pewna fikcję prawną, że w określonej sytuacji, wykonawca który nie spełnia samodzielnie warunków z art. 22 ust. 1 pkt 2-4 może w tym zakresie posiłkować się pod pewnymi warunkami zasobami podmiotów trzecich, a prawidłowo udzielony zasób winien być traktowany tak samo jak doświadczenie własne.

Warunki te zostały wskazane w zdaniu drugim art. 26 ust 2b. Sprowadzają się one do udowodnienia zamawiającemu poprzez złożenie pisemnego zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, że wykonawca będzie dysponował **zasobami niezbędnymi** do realizacji zamówienia w niezbędnym okresie. Wskazać należy tym samym, że za zasoby niezbędne należy uznać zasoby minimalne, które umożliwiają wykonawcy wzięcie udziału w postępowaniu.

Przywołany przepis ustawy Pzp stanowi transpozycję do prawa krajowego postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004 r., ze zm.). Podkreślić należy, że celem wprowadzenia tego przepisu było wdrożenie postanowień dyrektywy oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia przez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w

postępowaniu przez poleganie przy wykazywaniu spełniania tych warunków na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków.

Zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu podmiot trzeci udostępnia zasoby "niezbędne" do realizacji zamówienia, czyli takie, bez których- po pierwsze, realizacja zamówienia nie jest możliwa, a po drugie umożliwia wykonawcy spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Na potwierdzenie tego stanowiska zasadne jest przywołanie orzeczenia ETS w sprawie C – 176/98 z dnia 2 grudnia 1999 r., z którego wynika, że „Usługodawca, który nie spełnia sam minimalnych warunków stawianych uczestnikom postępowania o zamówienie publiczne na usługi może więc się opierać, w stosunkach z podmiotem zamawiającym, na stanie (kondycji) podmiotów trzecich, z których zasobów proponuje korzystać w razie udzielenia mu zamówienia".

Wskazać należy ponadto, że art. 26 ust. 2b ustawy Pzp znajduje się w Rozdziale I Działu II ustawy Pzp, tym samym co przepisy dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wobec tego z wykładni systematycznej wywieść należy wniosek, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp znajduje zastosowanie tylko i wyłącznie do warunków udziału w postępowaniu, tj. minimalnych wymogów, jakie musi spełnić wykonawca ubiegający się o zamówienie, określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a nie przy ocenie znaczenia spełniania dodatkowych warunków.

Tym samym stwierdzić należy, że kwestia korzystania z zasobów podmiotów trzecich ponad zasoby „niezbędne" nie wchodzi w zakres regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Spełnianie warunku udziału w postępowaniu- czyli wykazanie się dysponowaniem zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia nie może być utożsamiane z nieograniczoną możliwością korzystania z zasobów podmiotów trzecich dla uzyskania dodatkowej punktacji w przetargach dwuetapowych, celem uzyskania jak najlepszej pozycji na liście rankingowej umożliwiającej zakwalifikowaniem do etapu składania ofert.

Podobne stanowisko Izba zaprezentowała w orzeczeniach (wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1549/11, KIO 1569/11, wyrok KIO z dnia 5 listopada 2010 r., sygn. akt

KIO 2287/10, 2307/10, wyrok KIO z dnia 7 listopada 2011, sygn. akt KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11, wyrok KIO 9 listopada 2010 r., KIO 2359/10. KIO 331/12 ; wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2012 r sygn. akt 1201/12)

Odnosząc się do stanowiska Przystępujących iż z literalnego brzmienia przepisu art. 26 ust. 2b wynika nieograniczona możliwość korzystania przez wykonawcę z udostępnionych zasobów przez podmiot trzeci w tym również na potrzeby podwyższenia punktacji w przetargach dwuetapowych wskazać należy, że takie stanowisko jest niezasadne.

Zdaniem Izby, takie stanowisko w tym zakresie można by wywieść przy dokonywaniu wykładni literalnej tego przepisu jedynie w oparciu o wyrwane fragmenty jego treści, oraz w oderwaniu od celu jego wprowadzenia.

13

Przystępujący, odnosząc się do treści podniesionego pierwszego zarzutu odwołania, gdzie Odwołujący kwestionuje możliwość dokonywania punktacji doświadczenia podmiotów trzecich udostępnionych w trybie art. 26 ust. 2b Pzp., oraz zarzutu drugiego określonego mianem zarzutu ewentualnego, podnieśli, że z treści postanowień Ogłoszenia, ustalającego zasady prowadzenia tego konkretnego postępowania w sposób jasny wynikało, że Zamawiający będzie punktował doświadczenie podmiotów trzecich. Gdyby Zamawiający podał wprost, w ogłoszeniu, że punktację w danym kryterium wiedzy i doświadczenia będzie przyznawał jedynie wykazanym robotom referencyjnym wykonanym przez wykonawcę samodzielnie czy w konsorcjum, to dopiero wtedy byłby uprawniony, aby w ten sposób oceniać złożone wnioski.

Ponadto podnieśli, że przyjęcie przez Zamawiającego braku możliwości korzystania przez wykonawców z zasobów podmiotów trzecich w pełnym zakresie, w odniesieniu do specyfiki zamówienia i ilość potencjalnych dostawców turbin, działających na rynku tego typu zamówień, spowodowałoby daleko idące ograniczenie konkurencji.

Odnosząc się do powyższych stanowisk, zdaniem Izby zgodzić należy się ze stanowiskiem Odwołującego, że ocena wniosków w zakresie przyznania dodatkowej punktacji, o której mowa w art. 51 PZP, jest osobnym etapem postępowania w stosunku do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Celem oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest dokonanie badania, czy dany wykonawca może w ogóle zostać dopuszczony do wzięcia udziału w postępowaniu. Natomiast celem oceny punktowej jest dokonanie klasyfikacji wniosków od najlepszego do najgorszego oraz wskazanie, którzy z wykonawców mogą zostać dopuszczeni do dalszego etapu postępowania.

Odnosząc się do możliwości przyznawania wykonawcom punktów już na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, Izba wskazuje, że możliwość dokonywania punktacji na tym etapie została przez Zamawiającego przewidziana w SIWZ. Zamawiający ma prawo dokonywania odpowiedniego wartościowania wykazanego przez wykonawców spełniania warunku udziału w postępowaniu i przyznawaniu za spełnienie warunku w stopniu wyższym lub niższym odpowiednio różnej ilości punktów. śaden z wykonawców tym zakresie nie zaskarżył tych postanowień Ogłoszenia.

Jednakże nie ulega wątpliwości zdaniem Izby, że punktowanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, w zakresie zasobów udostępnionych przez podmioty trzecie, może mieć miejsce w stanie faktycznym tego postępowania, tylko w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu umożliwiającego danemu wykonawcy wzięcie w nim udziału.

W niniejszym postępowaniu gdzie Zamawiający w SIWZ wymagał- jako warunku umożliwiającego wzięcie udziału w postępowaniu, aby wykonawcy wykazali się zgodnie z wymogiem określonym w Sekcji 111.2.3) wykonaniem przynajmniej 3 zadań w zakresie:

14

---

budowy bloku gazowo-parowego w formule pod klucz, w zakresie dostawy i serwisowania turbin oraz wykonaniem zadań *w* zakresie *Serwisu Turbiny* .

Za każde spełniania warunku zdolności technicznej opisane w Sekcji VI.3) pkt 2 Zamawiający przyznawał wykonawcom – za realizację *budowy bloku gazowo-parowego w formule pod klucz – 2 punkty, za wykonanie dostawy i serwisowania turbin- 1 punkt oraz za potwierdzenie warunku serwisu turbiny – 1 punkt*

Dodatkowo Zamawiający postanowił iż w przypadku, gdy wskazane zamówienie zostało zrealizowane przez wykonawcę (lub jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o

zamówienie) samodzielnie lub wspólnie z innymi wykonawcami, powyższe liczby punktów zostaną przemnożone przez 3, jednak nie więcej niż wskazane maksymalne limity.
Tym samym Zamawiający przewidział możliwość punktowania spełniania wykazanego warunku udziału już w zakresie warunku minimalnego.
Stanowisko takie zdaniem Izby jest zasadne, gdyż umożliwia Zamawiającemu ustalenie kolejności na liście rankingowej również tych wykonawców którzy warunek udziału spełnili tylko w zakresie minimalnym. Według tych zasad inną liczbę punktów otrzyma wykonawca, który wykaże się w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu tylko zasobami podmiotu trzeciego, inną gdy wykaże się doświadczeniem podmiotu trzeciego i własnym lub tylko własnym.
Tym samym gdyby ilość wykonawców, którzy samodzielnie spełniają warunek udziału była mniejsza niż ilość wykonawców, którą Zamawiający zamierza zaprosić do składania ofert, to do dalszego etapu postępowania zostaną zaproszeni również wykonawcy, spełniający tylko warunek udziału w postępowaniu przy wykorzystaniu zasobu podmiotu trzeciego w kolejności ilości przyznanych punktów według ww. zasad.
Odnosząc się do zarzutu trzeciego, dotyczącego tego, że wykonawcy: MCE, Rafako, PBG oraz SNC posłużyło się w tym postępowaniu doświadczeniem dwóch konkurencyjnych podmiotów (dostawców turbin) udostępnionym w trybie art. 26 ust. 2 b Ustawy Pzp, tj General Electric i Simens., Odwołujący wskazał, że powołanie się na zasoby dwóch konkurencyjnych podmiotów nie daje Zamawiającemu żadnej gwarancji, który z podmiotów udostępniających doświadczenie w trybie art. 26 ust. 2b będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia, gdyż wykonawcy Ci nie zamierzają z sobą współpracować. Wskazać należy, że w tym zakresie Odwołujący oczekiwał rozstrzygnięcia przez Izbę, czy możliwe jest wykazywanie się przez wykonawców zasobami konkurujących ze sobą podmiotów.
W tym zakresie wskazać należy, że zarówno przepisy ustawy Pzp jak i przepisy *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817),* nie uprawniają Zamawiającego do żądania od wykonawców, aby wraz z składaniem zobowiązania podmiotu

trzeciego do udostępnienia swoich zasobów w trybie art. 26 ust.2b, przedkładali oświadczenie, że udzielone zasoby nie pochodzą od konkurujących ze sobą firm.
Celem uniknięcia sytuacji jak w niniejszym postępowaniu, wykonawcy udzielający zasobów winni baczniej zwracać uwagę na kwestię czy wykonawca otrzymujący zasób nie będzie korzystał w tym samym zakresie z zasobów innego wykonawcy. Ponadto zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b w przypadku korzystania z zasobów podmiotu trzeciego taki wykonawca winien udowodnić Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Jeśli Zamawiający poweźmie wątpliwości w tym zakresie to ma nie tylko prawo ale i obowiązek żądania od takiego wykonawcy stosownych wyjaśnień, celem uzyskania pewności, że wykonawca ten daję rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.
W ocenie Izby przyznawanie przez Zamawiającego punktów w oparciu o zasoby „pożyczone", jak to miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż utrudniać może dostęp do dalszego etapu postępowania wykonawcom, którzy nie korzystają z zasobów podmiotów trzecich lecz legitymują się doświadczeniem własnym. Zaproszeni do składania ofert powinni być ci wykonawcy, którzy spełniają warunki w największym, najlepszym stopniu, a więc otrzymali największą ilość punktów, - a odnosząc się do niniejszego postępowania - posiadają największe doświadczenie w realizacji wskazanych w ogłoszeniu jako warunek udziału, zamówień.
W ocenie Izby nie sposób uznać iż wykonawca, który w ogóle nie posiada własnego doświadczenia lub posiada go w stopniu niewystarczającym, daje lepszą rękojmię należytego wykonania zamówienia niż wykonawca posiadający doświadczenie własne. Brak jest racjonalnych przesłanek by uznać, że zasób udostępniony gwarantuje Zamawiającemu lepsze wykonanie zamówienia przez takiego wykonawcę niż wiedza i doświadczenie jaką nabył wykonawca w trakcie bezpośredniego wykonywania zamówień.
Miarą wiarygodności firmy jako uczestnika obrotu gospodarczego jest jego własne doświadczenie, jak i własny, posiadany potencjał ludzki, techniczny czy ekonomiczno-finansowy.
Umożliwianie wykonawcom w przetargach dwuetapowych korzystania w

nieograniczonym zakresie z zasobów podmiotów trzecich może powodować sytuacje, że niektórzy wykonawcy, którzy nigdy nie uczestniczyli w dużych projektach zostają zaproszeni do złożenia oferty, gdyż uzyskują niejako na cudzym doświadczeniu punktację lepszą od wykonawców posługujących się, na potrzeby punktacji, wyłącznie własnym doświadczeniem. W efekcie prowadzić doprowadzić to może do sytuacji skrajnych, że zaproszenie do złożenia oferty uzyska wykonawca, który nie ma żadnego własnego doświadczenia.

Należy zdaniem Izby wskazać, że taka hipotetyczna sytuacja wskazywania często przy dokonywaniu wykładni przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, ziściła się w tym

postępowaniu. W wyniku pierwszej kwalifikacji wniosków do dalszego etapu zostało zakwalifikowanych czterech wykonawców, którzy korzystali z zasobów podmiotów Siemens i GE, a wykonawcy udostępniający te zasoby nie zostali zakwalifikowani do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Pełnomocnik Odwołującego, na rozprawie oświadczył, ze firma GE nie wiedziała udzielając wykonawcom zasobów na to postępowanie, że takich samych zasobów udzieliła im konkurencyjna firma Siemens. Ponadto stwierdził, że gdyby ten fakt był znany firmie GE, to GE takich zasobów nigdy by nie udzieliła.

Wynika to z faktu, że firma GE nie widzi żadnej możliwości, aby dostarczone przez nią urządzenia były serwisowane przez konkurencyjną firmę Siemens. Ponadto nie wyobraża sobie sytuacji aby możliwe było wykorzystanie w tym samym postępowaniu zasobów dwóch konkurencyjnych firm tj firmy GE i Siemens, oferujących często inne technologie wykonania danych robót czy całego zamówienia.

Tym samym stwierdzić należy zdaniem Izby, ze doszło do paradoksalnej sytuacji w której GE i Simens posiadając własne doświadczenie, nie zmieścili się w pierwszej piątce na liście rankingowej wykonawców, a znaleźli się tam na pierwszych czterech miejscach wykonawcy, którzy nie mieli własnego doświadczenia, a posiadali natomiast doświadczenie udostępnione przez tych wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i sytuacje wykonawców GE i Simens Izba stoi na stanowisku, ze powoływanie się przez wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego jedynie w celu zwiększenia swoich szans na zakwalifikowanie się do kolejnego etapu w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Nie ma bowiem podstaw do premiowania takich wykonawców, którzy pozyskując zasoby innych wykonawców, mogą otrzymać realizację zamówienia, kosztem tych wykonawców którzy posiadane doświadczenie nabyli w wyniku samodzielnego wykonywania zamówień.

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

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, 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) oraz § 5 ust. 2 pkt 2 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). W związku z faktem, że czterech Przystępujących wniosło sprzeciw od uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, Izba zasądziła zwrot Odwołującemu uiszczonej przez niego kwoty wpisu od każdego Przystępującego zgłaszającego sprzeciw, po 5 000,00 zł.

Przewodniczący …….
Członkowie …….
…….