

**WYROK**  
**z dnia 6 lutego 2012 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

**Anna Chudzik**

**Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 lutego 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23 stycznia 2012 r.** przez wykonawcę: **Max Bögl Polska Sp. z o.o. ul. Światowida 6, 71-726 Szczecin, reprezentowanego przez Edytę Tarkowską-Dzikowską – pełnomocnika adres dla doręczeń: ul. M. Śniegockiego 4-6, 52-414 Wrocław**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Lubuskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich Al. Niepodległości nr 32, 65-042 Zielona Góra**, przy udziale następujących wykonawców: **A BUDIMEX Budownictwo Sp. z o.o. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie po stronie odwołującego, **B. Pol-Dróg Dolny Śląsk S.A., Cieśle 44, 56-400 Oleśnica**, zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego, **C. Konsorcjum Mirbud S.A. ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice – (lider), Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobyłarnia S.A. Kobyłarnia 8, 86-061 Brzoza**, zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego, **D. Konsorcjum APRIVA S.A. (lider) ul. Skórzewska 35 Wysogotowo, 62-081 Przeźmierowo, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Drogowych S.A. ul. Poznańska**

1

---

**42, 64-300 Nowy Tomysł**, zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie.**

1.1. Nakazuje unieważnienie czynności wezwania odwołującego do ponownego złożenia dokumentów podanych w punkcie 3 pisma zamawiającego z dnia 12 stycznia 2012 r., tj. formularza 2.4 – „Wykazu robót budowlanych.”

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Województwo Lubuskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich Al. Niepodległości nr 32, 65-042 Zielona Góra**,

2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez: **Max Bögl Polska Sp. z o.o. ul. Światowida 6, 71-726 Szczecin** z tytułu wpisu od odwołania,

2.2. Zasądza od zamawiającego: **Województwa Lubuskiego - Zarządu Dróg Wojewódzkich Al. Niepodległości nr 32, 65-042 Zielona Góra**, na rzecz odwołującego: **Max Bögl Polska Sp. z o.o. ul. Światowida 6, 71-726 Szczecin**, kwotę **23 600,00 zł** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty

zastępstwa postępowania

odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Zielonej Górze**.

**Przewodniczący: .....**

Sygn. akt: KIO 133/12

### Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą "Budowa obwodnicy Nowej Soli Etap I - zadanie dofinansowane ze środków Lubuskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007-2013," o szacunkowej wartości wyższej od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego - ogłoszonym 22 października 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 204-331994, w dniu 23 stycznia 2012 r. zostało wniesione w formie elektronicznej odwołanie przez wykonawcę: Max Bögl Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Złożenie odwołania nastąpiło skutkiem wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pismem z dnia 12 stycznia 2012 r. przekazanym za pośrednictwem faksu do ponownego złożenia formularza 2.4 „Wykazu robót budowlanych” - pomimo braku przesłanek do takiego wezwania - w odniesieniu do punktu trzeciego tego wezwania.

Wobec podjętych czynności, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Województwu Lubuskiemu - Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej ustawą Pzp, tj.:

1. art. 26 ust 2b, przez jego wadliwą interpretację i uznanie, że przepis ten nie dopuszcza posłużenia się przez wykonawcę zasobami udostępnionymi przez podmioty trzecie na zasadach w nim określonych w celu wykazania nie tylko minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale też w przypadku, gdy miałyby to skutkować uzyskaniem wyższej punktacji przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym zwiększeniu szans wykonawcy w uzyskaniu zaproszenia do złożenia oferty,
2. art. 26 ust 2b, przez jego wadliwą interpretację i uznanie, że przepis ten może być w trybie przetargu ograniczonego stosowany odmiennie od reguł przyjętych w trybie przetargu nieograniczonego,
3. art. 7 ust 1, przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i narusza zasady równego traktowania wykonawców.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wezwaniu Max Bögl Polska Sp. z o.o. do złożenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – dokumentu załącznika nr 2.4. wymienionego w punkcie trzecim tego wezwania;
2. powtórzenia czynności oceny wniosku Max Bögl Polska Sp. z o.o. o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
3. zaproszenia Max Bögl Polska Sp. z o.o. do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że zamawiający w sposób nieuprawniony pismem z dnia 12 stycznia 2012 r. w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp. wymagał przedłożenia w poprawnej formie błędnie złożonych lub brakujących oświadczeń lub dokumentów. W punkcie 3 omawianego pisma odwołujący został zobowiązany do ponownego złożenia formularza 2.4. „Wykaz robót budowlanych - celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu,” a mianowicie potwierdzenia spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający w punkcie 7.2.3. „Wstępnej kwalifikacji wykonawców” określił, że w celu potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wykonawca winien był wykazać roboty budowlane, wykonane w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu do składania

wniosku, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym 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:

1) co najmniej 2 zadania o wartości nie mniejszej niż 8 mln PLN brutto każde, polegające na budowie, przebudowie, remoncie, wzmocnieniu lub odnowie nawierzchni dróg klasy Z lub wyższej, przy czym dla robót polegających na remoncie, wzmocnieniu lub odnowie nawierzchni należy wykazać minimalną ilość wykonania w następujących asortymentach robót w jednym zadaniu:

- ułożenie nawierzchni - warstwy ścieralnej z SMA w ilości nie mniejszej niż 30 000 m<sup>2</sup>,

- wykonanie podbudowy bitumicznej z betonu asfaltowego w ilości nie mniejszej niż 15 000 m<sup>2</sup>.

Zamawiający nie dopuścił sumowania robót celem uzyskania minimalnej wymaganej ilości wykonania poszczególnych asortymentów. W przypadku składania wniosku przez podmioty występujące wspólnie warunek mógł być spełniony łącznie.

4

2) budowa min. 1 przęsłowego wiaduktu lub mostu, o długości przęsła min. 25 m.

Odwołujący zaznaczał, że zamawiający w swoim piśmie z dnia 12 stycznia 2012 r. sam przyznał, że wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych. Dalej jednak zamawiający stwierdził, że odwołujący wykazał spełnianie warunku podstawowego w zakresie doświadczenia określonego w punkcie 7.2.3. „Wstępnej kwalifikacji,” jako własne doświadczenie i doświadczenie podmiotu trzeciego, a w wykazie robót ponad warunek podstawowy - przedstawił doświadczenie podmiotu trzeciego. Zamawiający uznał to za niezgodne z treścią publikacji zamieszczonej w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych z listopada 2011 r., udostępnionej na stronie internetowej Urzędu, w części oznaczonej Kontrola udzielania zamówień publicznych - Zagadnienie dysponowania przez wykonawców zasobami podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w świetle nieprawidłowości stwierdzonych wyników kontroli oraz ustaleń postępowań wyjaśniających przeprowadzonych przez Prezesa UZP - str. 22-24. Odwołujący przytoczył następujący fragment wymienionej opinii, cytowany w piśmie zamawiającego - „... Powyższe prowadzi do wniosku, że zarówno na gruncie wykładni literalnej, jak też celowościowej 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 art. 26 ust. 2b PZP. Innymi słowy, zamawiający - w przypadku, gdy wykonawca w postępowaniu prowadzonym np. w trybie przetargu ograniczonego, powołuje się na potencjał (np. doświadczenie) wielu podmiotów, wykazując w ten sposób spełnianie warunków w postępowaniu w stopniu wyższym, niż to wynika z minimalnych wymogów określonych w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków w postępowaniu - nie powinien uwzględniać takiego potencjału w punktacji przyznanej w ramach ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu (nie powinien przyznawać dodatkowych punktów). Nie ma bowiem podstaw do premiowania takich wykonawców, którzy są w stanie nawiązać współpracę ze znaczną liczbą podmiotów posiadających określone zasoby (uzyskać od nich zobowiązanie do udostępnienia potencjału) kosztem innych, którzy samodzielnie dysponują stosunkowo szerokimi zasobami...”

W związku z powyższym poglądem, zamawiający wezwał odwołującego do ponownego przedłożenia formularza 2.4. „Wykaz robót budowlanych,” z wykazaniem własnego doświadczenia zawodowego z ewentualnym uwzględnieniem doświadczenia podmiotu trzeciego względnie z wykazaniem doświadczenia podmiotu trzeciego w celu spełnienia warunku podstawowego, a dla robót ponad warunek podstawowy wykazać własne

5

doświadczenie zawodowe.

Odwołujący nie zgodził się z przytoczoną wyżej interpretacją w przekonaniu, że

działania zamawiającego, jak i ich uzasadnienie naruszają wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp. W ocenie odwołującego, posiłkowanie się potencjałem podmiotów trzecich może nastąpić nie tylko w celu wykazania spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale także dla uzyskania dodatkowej punktacji dla polepszenia pozycji wniosku wykonawcy - i to niezależnie od rodzaju organizowanego przetargu. Odwołujący argumentował, że jego stanowisko znajduje oparcie w licznych i jednolitych orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, które przesądza o dopuszczalności posługiwania się doświadczeniem podmiotów trzecich także w celu podwyższenia oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zagwarantowania sobie przez wykonawcę zaproszenia do składania ofert w razie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez większą liczbę wykonawców niż dopuszczona ogłoszeniem. Przy czym uznał wykładnię przepisów art. 26 ust. 2b w zw. z art. 51 ust. 1 Pzp w wyroku KIO z dnia 9 listopada 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2359/10 - prowadzącą do wniosku, iż w przetargu ograniczonym wykonawca może posiłkować się potencjałem podmiotów trzecich wyłącznie w celu wykazania spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu - za błędną i nie tylko nie znajdującą uzasadnienia w brzmieniu wskazanych przepisów, ale i nie odpowiadającą celowi, jakiemu służyło wprowadzenie tych przepisów do porządku prawnego. A nadto przytoczył ustalenia wyroku KIO z dnia 13 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2816/10; KIO 14/11, w których Izba stwierdza, że: „Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, o ile udowodni zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Jak wynika z przedstawionego unormowania brak jest podstaw do formułowania tezy, iż wykonawcom wolno korzystać z potencjału podmiotu trzeciego tylko dla wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a już nie - dla uzyskania punktów w wyniku oceny spełnienia warunku, który jest ustalony jako graniczny. Stopień spełnienia warunków ma znaczenie dla uzyskania zaproszenia do składania ofert, które to jest celem wykonawcy składającego wniosek. Dyrektywy wykładni językowej prowadzą do wniosku, iż wykonawca może posłużyć się potencjałem podmiotu trzeciego (polegać na jego wiedzy, doświadczeniu itp.) nie tylko dla wykazania spełniania warunków minimalnych, ale i uzyskania lepszej pozycji w rankingu wniosków. Obowiązek udowodnienia dysponowania danym zasobem obejmuje bowiem co najmniej zakres niezbędny do realizacji zamówienia (warunki minimalne). Nie oznacza to jednak, iż z normy tej wynika zakaz posłużenia się potencjałem podmiotu trzeciego w celu uzyskania większej liczby punktów, w szczególności że dopiero odpowiednie miejsce w rankingu gwarantuje kwalifikację do drugiego etapu postępowania. Także wykładnia

6

---

celowościowa wskazuje na interpretację powołanego przepisu zaprezentowaną przez Izbę.”

Dalej odwołujący wywodził, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp prowadzić miał do zwiększenia konkurencyjności postępowań - tymczasem jego rozumienie przyjęte przez zamawiającego w sposób nieuprawniony prowadzi do wyeliminowania możliwości uzyskania zamówienia przez podmiot, który dysponuje np. większym doświadczeniem (choć udostępnionym przez osobę trzecią), niż podmiot o mniejszym potencjale, ale własnym. Celem dokonywania oceny spełniania warunków udziału w przetargu ograniczonym jest wybór grupy najlepszych wykonawców (spełniających badany warunek w najwyższym stopniu). W przeświadczeniu odwołującego, przedstawiona przez zamawiającego wykładnia komentowanego przepisu nie daje się pogodzić z wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem prowadzić może do zakwalifikowania do drugiego etapu postępowania wykonawcy dysponującego mniejszym potencjałem (choć własnym) niż wykonawca polegający (w pełnym lub ograniczonym zakresie) na zasobach podmiotu trzeciego. Odwołujący podnosił, że podobnie orzekła Izba w wyroku z dnia 19 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/1400/10, KIO/1401/10: „Izba nie podziela także stanowiska odwołującego, który wywodził na rozprawie, iż przepis art. 26 ust. 2 b ustawy 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 miałoby służyć wyłącznie otrzymaniu większej liczby punktów, a w konsekwencji wyższej pozycji w rankingu wykonawców. W celu udowodnienia swojego stanowiska (odwołujący) powołał się na przedłożone na rozprawie w poczet materiału dowodowego opinie ze strony internetowej Prezesa Urzędu Zamówień

Publicznych - "Warunki dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2 b ustawy)" oraz "Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego." Izba wyraża opinię, iż podstawą działania zarówno zamawiającego, jak i wykonawców, są obowiązujące przepisy. Opinia nie stanowi więc dowodu, co do treści prawa, lecz zawiera jego niewiążącą interpretację. Zdaniem Izby jednak także zaprezentowane przez odwołującego Incom opinie nie zawierają poglądów, na które się on powołuje. Izba uwzględniając treść art. 26 ust. 2 b ustawy stwierdziła, iż zastosowanie tego przepisu nie jest ograniczone do sytuacji, gdy wykonawca chce wykazać spełnianie minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Takie rozumienie przywołanego przepisu stałoby w sprzeczności z jego literalnym brzmieniem, prowadzić by także mogło w konsekwencji to sytuacji, w której wykonawcy powołujący się wyłącznie na zasoby podmiotów trzecich, byłiby uprzywilejowani w stosunku do tych, którzy samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu, ale przewidują udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia (przedstawiają np. odpowiednie zobowiązanie tego podmiotu) i w

7

konsekwencji powołują się na doświadczenie tego podmiotu (załączają referencje dotyczące zrealizowanego przez niego zamówienia oraz zawierają w wykazie zrealizowane przez podmiot trzeci dostawy). Ustawa nie zawiera postanowień, które uniemożliwiłyby wykonawcom samodzielnie wykazującym spełnienie warunku udziału w postępowaniu, realizację zamówienia z udziałem podmiotu trzeciego. Podkreślić trzeba, iż proponowanemu przez odwołującego 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 warunków udziału w postępowaniu. 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. 2b jednakowo." Odwołujący zaznaczał, że podobne stanowisko Izba zajęła również m.in. w wyroku z dnia 26 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1452/10, KIO 1453/10, KIO 1454/10, w wyroku KIO z dnia 20.09.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1918/10.

Powtarzając za wyrokiem z dnia 10 czerwca 2011 r. sygn. akt: KIO 1099/11, że: „Przepis art. 26 ust 2b nie różnicuje pozycji wykonawców w postępowaniu ze względu na podstawę wykazywanego przez wykonawców doświadczenia. W szczególności nie wskazuje, że skorzystanie przez wykonawcę z zasobów należących do innego podmiotu nie jest możliwe w celu wykazania doświadczenia potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który jest dodatkowo punktowany w ramach oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Przeciwny pogląd prowadziłby de facto do dyskryminacji wykonawców, którzy dysponując potencjałem udostępnionym przez podmioty trzecie, zgodnie z art. 26 ust. 2b w postępowaniu prowadzonym w trybie ograniczonym, w którym kwalifikacja wykonawców następuje na podstawie dodatkowych kryteriów, w istocie nie mieliby oni realnej możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia. Pozycja takich wykonawców w postępowaniu stanowiłaby wyraz naruszenia wyrażonej w art. 7 ust. 1 PZP zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż przepis art. 26 ust. 2b PZP umożliwia wykonawcy posłużenie się zasobami innych podmiotów w zakresie wiedzy i doświadczenia...” - odwołujący w konkluzji stwierdził, że udowodnił zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia, w szczególności przedkładając w tym celu pisemne zobowiązanie innego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu tego zamówienia. Za okoliczność nie bez znaczenia, uznał że w jego przypadku nie zachodzi sytuacja „nawiązywania współpracy ze znaczną liczbą podmiotów posiadających określone zasoby,” a jedynie odwołujący posługuje się doświadczeniem zdobytym w ramach jednej grupy kapitałowej.

8

Według przekonania odwołującego, zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych powołane na wstępie odwołania, a zaskarżona czynność narusza

zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spełniają wymogi określone w ogłoszeniu o **zamówieniu**, co uzasadnia zawarte w odwołaniu żądania.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 24 stycznia 2012 r. pismami z dnia 27 stycznia 2012 r. z kopiami przesłanymi stronom, przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili:

- A. BUDIMEX Budownictwo Sp. z o.o. Warszawa, - zgłaszający przystąpienie po stronie odwołującego, wnosząc o uwzględnienie odwołania.
- B. Pol-Dróg Dolny Śląsk S.A., Oleśnica, - zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.
- C. Konsorcjum Mirbud S.A., Skierniewice – (lider), Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A. Brzoza - zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.
- D. Konsorcjum APRIVIA S.A. (lider) Przeźmierowo, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Drogowych S.A. Nowy Tomyśl - zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący A - BUDIMEX S.A. podnosił, że ma interes w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania odwoławczego na korzyść odwołującego, bowiem w dniu 12 stycznia 2012 r. również został wezwany przez zamawiającego do ponownego przedłożenia formularza 2.4, „Wykazu robót budowlanych” ze wskazaniem własnego doświadczenia. Wezwania skierowane do odwołującego i przystępującego w zakresie żądania ponownego przedłożenia formularza 2.4. są identyczne. Przystępujący do postępowania, w wykonaniu rzeczonożego wezwania przedstawił wprawdzie dodatkowe wyjaśnienia i dokumenty, niemniej jednak zamawiający nie poinformował go dotychczas o sposobie oceny otrzymanych dokumentów. W konsekwencji, dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą ocena zasadności skierowania do odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień i dokumentów, w zakresie, w jakim dotyczy elementów wspólnych obu wezwań (oceny, czy wykonawcy mogą w celu uzyskania dodatkowych punktów dla zapewnienia sobie zaproszenia do składania ofert posilkować się doświadczeniem podmiotów trzecich), wpłynie na sytuację prawną przystępującego do postępowania. Zamawiający kierując się zasadą równego traktowania wykonawców nie będzie mógł bowiem ocenić wyjaśnień przystępującego do postępowania w sposób odmienny od wyjaśnień odwołującego w tym samym zakresie. W ślad za wyrokiem KIO z dnia 31.03.2011 r., sygn. akt KIO 582/11, przystępujący wskazywał nadto, iż interes, jakim ma się legitymować zgłaszający przystąpienie (art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) jest odrębną

kategorią prawną od interesu w uzyskaniu zamówienia, którym musi się legitymować wnoszący odwołanie lub skargę (art. 179 ust. 1 Pzp). Na tej zasadzie, opisany powyżej interes przystępującego jest interesem w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego. Odnosząc się do argumentacji odwołującego, przystępujący podtrzymał ją w całości wskazując, iż dokonana przez zamawiającego interpretacja przepisów ustawy Pzp jest nieprawidłowa.

Przystępujący B - Pol-Dróg Dolny Śląsk S.A., Oleśnica, zaznaczał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, bowiem oddalenie odwołania postawi wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym przetargu złożony przez przystępującego w korzystniejszej pozycji. Zamawiający w przypadku oddalenia odwołania będzie zobligowany do ustalenia rankingu wykonawców, których zaprosi do składania ofert w tym postępowaniu, z uwzględnieniem wykazanego doświadczenia jedynie samego wykonawcy, nie zaś dodatkowo wykazanych dokumentów i oświadczeń podmiotów trzecich. Odnosząc się do zarzutów podniesionych w treści odwołania, przystępujący w pełni poparł stanowisko zamawiającego, uznając jednocześnie, iż zarzuty oraz żądania odwołania są bezzasadne. Podobnie jak zamawiający, przystępujący uznał za prawidłowe opinie przedstawione w treści przytaczanego wyżej Informatora UZP. Stwierdził, że w pełni akceptuje pogląd, wyrażony w uzasadnieniu wyroku z dnia 9 listopada 2010, sygn. akt KIO 2359/10, iż w sytuacji, gdy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, zbędne jest posługiwanie się zasobami należącymi do podmiotu trzeciego z wykorzystaniem regulacji zawartej w art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych 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 Prawa zamówień publicznych. Podnosił, że art. 51 ust. 2 Pzp rozdziela kwestie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu od sfery wyłonienia grupy wykonawców, do których zostanie wystosowane zaproszenie do składania ofert spośród wykonawców spełniających warunki. Ponadto, że relacja art. 26 ust. 2b do art. 51 ust. 2 Prawa 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. Zaprezentował pogląd, że zadaniem art. 51 ust. 2 Prawa zamówień publicznych nie jest - w przeciwieństwie do art. 26 ust. 2b - 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. Przytoczył podobne stanowisko, wynikające z uzasadnienia wyroku Izby z dnia 5 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2287/10 i KIO 2307/10, w którym wskazano, że art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych stanowi wyjątek od reguły, że

10

dokumenty i oświadczenia powinny być złożone wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Izba uznała, że skoro wyjątki nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej, to przywołany przepis pozwala na uzupełnianie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie zaś na złożenie nowych oświadczeń lub dokumentów przez wykonawcę, który spełnienie warunków udziału w postępowaniu już wykazał. Izba uznała nadto, że zgodnie z art. 26 ust. 2b zdanie drugie Prawa zamówień publicznych podmiot trzeci udostępnia wyłącznie zasoby niezbędne do realizacji zamówienia - czyli takie, bez których wykorzystania wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia. Natomiast stopień spełnienia warunków ma znaczenie wyłącznie dla uzyskania zaproszenia do składania ofert. W konsekwencji potencjał podmiotu trzeciego stanowić winien wyłącznie *conditio sine qua non* wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na poziomie wskazanym przez zamawiającego zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, a jakość spełniania tego warunku - ocena skutkująca miejscem w rankingu, wykracza poza ramy art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych.

Przystępujący C – konsorcjum: Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A. z siedzibą w Brzozie podnosił, że ma interes w przystąpieniu do toczącego się postępowania odwoławczego, bowiem złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. A zatem, jeżeli odwołanie zostanie oddalone i zamawiający dokona prawidłowej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. nie przewidującej możliwości przyznawania punktów dodatkowych za doświadczenie podmiotu trzeciego, przystępujący ma szansę na zakwalifikowanie się do etapu składania ofert, wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, oraz podpisania umowy. Jeżeli natomiast odwołanie zostanie uwzględnione, przystępujący, z uwagi na wykazanie jedynie własnego doświadczenia i uzyskanie mniejszej ilości punktów, ma stanowczo mniejsze szanse na zakwalifikowanie się do etapu składania ofert. Jeżeli nie zostanie zaproszony do składania ofert, straci możliwość realizacji zamówienia. Upatrywał tym samym swój, interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego i uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Przystępujący D – Konsorcjumfirm w składzie: APRIMA S.A. (lider), Przeźmierowo, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Drogowych S.A. Nowy Tomyśl podnosił, że jego interes prawny w przystąpieniu do niniejszego postępowania odwoławczego podyktowany jest tym, że w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania złożonego przez Max Bögl Polska Sp. z o.o. szanse przystępującego (jako podmiotu, który zakwalifikował się do drugiego etapu postępowania) na pozyskanie zamówienia będą zdecydowanie mniejsze z uwagi na większą liczbę wykonawców dopuszczonych do drugiego etapu postępowania. Przystępujący podnosił, iż zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie. W szczególności za

11

całkowicie bezzasadny uznał zarzut dotyczący naruszenia treści art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, gdyż zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wezwania Max Bögl Polska Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Za słuszną poczytał przeprowadzoną przez

zamawiającego wykładnię przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zgodnie z którą, doświadczenie użyzione przez podmiot trzeci może potwierdzać wyłącznie spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ale nie może stanowić podstawy do przyznania wykonawcy dodatkowych punktów w rankingu ofert. Wbrew kategoriycznym twierdzeniom odwołującego, zaznaczył, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej nie jest jednolite w odniesieniu do zagadnienia będącego przedmiotem sporu w niniejszej sprawie. Utrzymywał, że najnowsze orzecznictwo Izby potwierdza stanowisko zamawiającego - dotyczące braku możliwości przyznania dodatkowych punktów za doświadczenie podmiotu trzeciego użyte przez wykonawcę. Dla przykładu, podał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2011 r. (sygn. akt: KIO 2103/11) wskazujący, że: „Przepis art. 26 ust. 2b p.z.p. 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,” jak również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2011 r. (sygn. akt: KIO 2255/11; KIO 2260/11; KIO 2280/11): - „Przepis art. 26 ust. 2b p.z.p. dopuszcza możliwość powoływania się na zasoby podmiotów trzecich w przypadkach enumeratywnie wymienionych w tym przepisie (...). Udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego jest możliwe wyłącznie do spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a nie do uzyskania dodatkowej punktacji (tzw. „zawyżania punktacji”), celem zajęcia wyższej pozycji w rankingu wykonawców i otrzymania zaproszenia do składania ofert.” Jednocześnie, przystępujący zastrzegł, że powołane w odwołaniu wyroki KIO z dnia 26.07.2010 r. (sygn. akt: KIO 1452/10, KIO 1453/10, KIO 1451/10) oraz wyrok z dnia 20.09.2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1918/10) nie potwierdzają tez postawionych w odwołaniu i nie dotyczą analogicznych do niniejszego stanów faktycznych. Nadto, stwierdził, że zarówno orzecznictwo KIO, jak również wyniki kontroli Prezesa UZP nie stanowią źródła prawa, - nie mniej jednak stanowią one dla zamawiających wskazówkę co do prawidłowej wykładni przepisów prawa. Trudno zatem postawić zamawiającemu zarzut posłużenia się taką interpretacją przy wykładni przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów. W odpowiedzi na odwołanie doręczonej faksem 3 lutego 2012 r. oraz do protokołu rozprawy zajął stanowisko, iż nie zachodziły podstawy do uwzględnienia któregośkolwiek z zarzutów. Podtrzymał uzasadnienie

12

przytoczone w piśmie z dnia 12 stycznia 2012 r. w odniesieniu do podstaw wezwania odwołującego do „ponownego przedłożenia formularza 2.4. „Wykazu robót budowlanych” z wykazaniem własnego doświadczenia zawodowego z ewentualnym uwzględnieniem doświadczenia podmiotu trzeciego, względnie wykazania doświadczenia podmiotu trzeciego w celu spełnienia warunku podstawowego, a dla robót ponad warunek podstawowy, wykazania własnego doświadczenia zawodowego. Dodatkowo podał, że odwołujący nie posiada interesu do wniesienia odwołania, a ewentualne naruszenie przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp pozbawione byłoby wpływu na wynik postępowania. Zamawiający przyznał, że odwołujący spełnił warunki udziału postawione przed wykonawcami, a tym samym (mimo dokonania przez zamawiającego zaskarżonej czynności) zostanie zaproszony do złożenia oferty. Z uwagi na niewykazanie przesłanki możliwości poniesienia szkody przez odwołującego - w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wnioskował o oddalenie odwołania. Kontynuując argumentował, że nawet gdyby nie dokonał zaskarżonej czynności i postąpił zgodnie z oczekiwaniami odwołującego, ten znalazłby się w takiej samej sytuacji jak obecnie. Zaznaczał, że badaniu powinna podlegać także kwestia istotności wpływu naruszenia przepisów przez zamawiającego na wynik postępowania, czego w swoich działaniach się nie doszukiwał.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przywołał wcześniej powoływaną interpretację tej normy dokonaną w przytoczonej opinii Prezesa UZP, prowadzącą do konkluzji, że posilkowanie się przez wykonawcę potencjałem podmiotu trzeciego jedynie w celu zwiększenia swoich szans na zakwalifikowanie się do kolejnego etapu w postępowaniu nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zamawiający przytoczył tezy z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej zbieżne z powyższym poglądem.

Dalej zamawiający wskazywał, że przepis art. 51 ust 2 ustawy Pzp wyraźnie oddziela



kwestię oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu od sfery wyłonienia grupy wykonawców, do których zostanie wystosowane zaproszenie do składania ofert. O słuszności takiego rozumowania świadczy brzmienie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, że zamawiający wzywa wykonawców do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w celu wykazania spełnienia warunków udziału – zakres stosowania wymienionego przepisu nie został rozciągnięty na sytuacje mające na celu uzupełnienia dokumentów wyłącznie dla podniesienia uzyskanej punktacji i w rezultacie zakwalifikowania się do kręgu wykonawców zaproszonych do złożenia oferty. Dalej zamawiający zaznaczał, że przepis art. 51 ust. 2 ustawy Pzp służy zawężeniu kręgu wykonawców, z których każdy posiada już zweryfikowaną zdolność wykonania zamówienia. Tak więc oba przepisy art. 26 ust. 3 i art. 51 ust. 2 ustawy Pzp posiadają odmienny zakres przedmiotowy. Za nieuprawnione przyjął wnioskowanie, że

13

słowo przepis art. 51 ust. 2 ustawy Pzp pozwala skonstruować listę rankingową wykonawców na podstawie stopnia spełnienia warunków, to należy uwzględniać spełnienie odnośnego warunku w pełnym zakresie – tj. zarówno własnego jak i udostępnionego. Wnioski takie wyprowadził zamawiający w drodze wykładni celowościowej omawianych norm, utrzymując, że odmienna interpretacja przeczyłaby celowi tej regulacji oraz naruszałaby podstawowe zasady ustawy Pzp.

Do odpowiedzi na odwołanie zamawiający dołączył wyniki oceny wniosków z dnia 23 stycznia 2012 r., z których wynika, że odwołujący - uwzględniając uzupełniony załącznik „Wykazu doświadczenia zawodowego” otrzymał 60 punktów i zakwalifikował się do grona 20 wykonawców zaproszonych do złożenia oferty. Do protokołu rozprawy zamawiający wyjaśnił, że dokonanej jak wyżej oceny wniosków nie doręczył uczestnikom przetargu - oczekując na orzeczenie Izby.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o postanowienia art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić wykonawców: BUDIMEX Budownictwo Sp. z o.o. Warszawa, Pol-Dróg Dolny Śląsk S.A. Oleśnica, konsorcjum: Mirbud S.A.(lider) z siedzibą w Skierniewicach, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A. z siedzibą w Brzozie oraz konsorcjum APRIVIA S.A. (lider), Przeźmierowo, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Drogowych S.A. Nowy Tomyśl do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, dokumentu – „Wstępna kwalifikacja wykonawców,” z załącznikami i wyjaśnieniami, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwołującego i przystępujących, wezwań do uzupełnienia dokumentów, protokołu postępowania z załącznikami. Nadto Izba rozważyła stanowiska stron i przystępujących, przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Budowa obwodnicy Nowej Soli Etap I - zadanie dofinansowane ze środków Lubuskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007-2013.”

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego.

Skonkretyzowane warunki udziału w postępowaniu oraz sposób oceny ich spełnienia zamawiający podał w sekcji III.2 ogłoszenia o zamówieniu - zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp oraz w punkcie 7.2.3. tzw. „Wstępnej kwalifikacji wykonawców,” zawierającej

14

między innymi informacje i instrukcje dla wykonawców wraz z formularzami, gdzie określił, że w celu potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wykonawca winien wykazać roboty budowlane, wykonane w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu do składania wniosku, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym 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:

1) co najmniej 2 zadania o wartości nie mniejszej niż 8 mln PLN brutto każde, polegające na

budowie, przebudowie, remoncie, wzmocnieniu lub odnowie nawierzchni dróg klasy Z lub wyższej, przy czym dla robót polegających na remoncie, wzmocnieniu lub odnowie nawierzchni należy wykazać minimalną ilość wykonania w następujących asortymentach robót w jednym zadaniu:

- ułożenie nawierzchni - warstwy ścieralnej z SMA w ilości nie mniejszej niż 30 000 m<sup>2</sup>,

- wykonanie podbudowy bitumicznej z betonu asfaltowego w ilości nie mniejszej niż 15 000 m<sup>2</sup>.

Zamawiający nie dopuścił sumowania robót celem uzyskania minimalnej wymaganej ilości wykonania poszczególnych asortymentów. W przypadku składania wniosku przez podmioty występujące wspólnie warunek może być spełniony łącznie.

2) budowa min. 1 przęsłowego wiaduktu lub mostu, o długości przęsła min. 25 m.

W punkcie 8.2.1 „Wstępnej kwalifikacji wykonawców,” zamawiający wymagał „Wykazu robót budowlanych” w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, opisanego w punkcie 7.2.3.

W punkcie 8.4. „Wstępnej kwalifikacji wykonawców,” jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żądał od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w punkcie 8.1., tj. – wykazania braku podstaw do wykluczenia.

W sekcji IV ogłoszenia oraz w punkcie 13 „Wstępnej kwalifikacji wykonawców,” zamawiający podał - przewidywana liczba wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert:

- 1) zamawiający zaprosi do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję nie większej niż 20 wykonawców,

15

- 2) 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, zgodnie z zapisem - po wstępnej kwalifikacji oceniane będzie doświadczenie wg kryteriów:

- liczba punktów za każdy (ponad wymagany próg minimalny) zrealizowany kontrakt powyżej 8 mln PLN brutto, polegający na budowie, przebudowie, remoncie, wzmocnieniu lub odnowie nawierzchni dróg klasy Z lub wyższej (w myśl art. 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (Dz. U. z 1994 nr 89 poz. 414 z późniejszymi zmianami), przy czym dla robót polegających na remoncie, wzmocnieniu lub odnowie nawierzchni należy wykazać minimalną ilość wykonania w następujących asortymentach robót w jednym zadaniu:

- ułożenie nawierzchni - warstwy ścieralnej z SMA w ilości nie mniej niż 30 000 m,
- wykonanie podbudowy bitumicznej z betonu asfaltowego w ilości nie mniej niż 15 000 m<sup>2</sup>

(20 pkt lecz nie więcej niż 100 pkt łącznie),

- 3) w przypadku, gdy wykonawcy otrzymają taką samą liczbę punktów, wyższą pozycję w rankingu zajmie wykonawca, który wykazał większą łączną długość dróg (spełniających warunek wiedzy i doświadczenia) wykazanych w formularzu 2.4 ppkt II „Wykaz robót ponad warunek podstawowy.”

- 4) Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest mniejsza niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wszystkich wykonawców spełniających te warunki.

Rozdział 3 „Wstępnej kwalifikacji wykonawców” – Opis oceny doświadczenia zawodowego.

Pkt 3.1. System punktacji. Wykonawca musi spełnić każdy z warunków określonych w rozdziale 1 pkt 7 i zawartych tam podpunktach.

Z uwagi, że zamawiający przewiduje zaproszenie do składania ofert 20 wykonawców, po wstępnej kwalifikacji oceniane będzie doświadczenie według kryterium: doświadczenie – maksymalna ilość punktów – 100.

Pkt 3.2. Szczegółowe zasady punktacji za doświadczenie: - liczba punktów za każdy (ponad wymagany próg minimalny) zrealizowany kontrakt powyżej 8 mln PLN brutto każdy, polegający na budowie, przebudowie, remoncie, wzmocnieniu lub odnowie nawierzchni dróg klasy Z lub wyższej (w myśl art.3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (Dz. U. z

1994 nr 89 poz. 414 z późniejszymi zmianami), przy czym dla robót polegających na remoncie, wzmocnieniu lub odnowie nawierzchni należy wykazać minimalną ilość wykonania w następujących asortymentach robót w jednym zadaniu:

16

- ułożenie nawierzchni - warstwy ścieralnej z SMA w ilości nie mniej niż 30 000 m,
- wykonanie podbudowy bitumicznej z betonu asfaltowego w ilości nie mniej niż 15 000 m<sup>2</sup>

(20 pkt lecz nie więcej niż 100 pkt łącznie).

W przypadku, gdy wykonawcy otrzymają taką samą liczbę punktów, wyższą pozycję w rankingu zajmie wykonawca, który wykazał większą łączną długość dróg (spełniających warunek wiedzy i doświadczenia) wykazanych w formularzu 2.4 ppkt II „Wykaz robót ponad warunek podstawowy.”

Formularz 2.4 „Wykaz robót budowlanych” wymagał podania: nazwy wykonanego zamówienia, czasu realizacji, nazwy i adresu zamawiającego, w rozbiu na:

I. Wykaz robót w celu (wykazania) spełnienia warunku podstawowego określonego w punkcie 7.2.3.

II. Wykaz robót (spełniających warunek wiedzy i doświadczenia) ponad warunek podstawowy.

Zamawiający nie podał instrukcji wypełnienia formularza 2.4. pod tabelą zamieścił jedynie powtórzone za punktem 7.2.3. „Wstępnej kwalifikacji wykonawców” żądanie załączenia dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone:

1) co najmniej 2 zadania o wartości nie mniejszej niż 8 mln PLN brutto każde, polegające na budowie, przebudowie, remoncie, wzmocnieniu lub odnowie nawierzchni dróg klasy Z lub wyższej, przy czym dla robót polegających na remoncie, wzmocnieniu lub odnowie nawierzchni należy wykazać minimalną ilość wykonania w następujących asortymentach robót w jednym zadaniu:

- ułożenie nawierzchni - warstwy ścieralnej z SMA w ilości nie mniejszej niż 30 000 m<sup>2</sup>,

- wykonanie podbudowy bitumicznej z betonu asfaltowego w ilości nie mniejszej niż 15 000 m<sup>2</sup>.

Zamawiający nie dopuścił sumowania robót celem uzyskania minimalnej wymaganej ilości wykonania poszczególnych asortymentów. W przypadku składania wniosku przez podmioty występujące wspólnie warunek może być spełniony łącznie.

2) budowa min. 1 przęsłowego wiaduktu lub mostu, o długości przęsła min. 25 m.

W przypadku, gdy wykonawca wykaże roboty o wartości w walucie innej niż PLN, zobowiązany jest do przeliczenia tej wartości (...).

Zamawiający w udostępnionej wykonawcom dokumentacji nie wymagał aby w treści

17

załącznika „Wykaz robót” wykonawca zaznaczył odrębnie potencjał udostępniony i własny wykonawcy – okoliczność taką, co przyznał do protokołu rozprawy - ustalił w oparciu o załączone dokumenty na potwierdzenie należytego wykonania robót oraz oświadczenia o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia.

W formularzu 2.5. wykonawca zobowiązany był wymienić rodzaj prac jakie powierzy podwykonawcom.

Formularz 3 obejmuje tzw. „Zobowiązanie do współpracy,” tj. wyrażenie zgody na zgłoszenie osoby jako współpracownika, przy realizacji danego zamówienia, w charakterze (...) oraz zobowiązanie, w razie uzyskania zamówienia przez wykonawcę do pracy przy jego realizacji w zakresie opisanym w ofercie. Zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami zamawiającego, zmodyfikowany formularz mógł służyć do celu złożenia oświadczenia o udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci.

Na zapytanie wykonawcy do treści dokumentu „Wstępnej kwalifikacji wykonawców” z dnia 26 października 2011 r. Co zamawiający rozumie przez próg minimalny? Czy progiem minimalnym są roboty wymienione w pkt 7.2.3., a punktacją objęte są tylko kontrakty ponad wymagany próg minimalny, tj. tylko wymienione w formularzu 2.4. w punkcie II, czy wszystkie wymienione w formularzu. 2.4 pkt I oraz pkt II? Zamawiający udzielił odpowiedzi

przyczynając odnośne postanowienia, podtrzymując, że punktacją zostaną objęte tylko roboty wykazane w formularzu 2.4. „Wykaz robót” (spełniających warunek wiedzy i doświadczenia) - ponad warunek podstawowy.

Z protokołu postępowania wynika, że wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło 25 wykonawców.

Odwolujący w załączniku - formularza 2.4. „Wykaz robót” w części I dotyczącej (wykazania) spełnienia warunku podstawowego określonego w punkcie 7.2.3 wpisał 3 roboty referencyjne, które jak zgodnie strony przyznały – stanowiły potencjał podmiotu trzeciego, tj. Max Bögl Bauunternehmung GmbH & Co. KG z siedzibą w Niemczech.

Natomiast w części II. Wykaz robót (spełniających warunek wiedzy i doświadczenia) ponad warunek podstawowy, wpisał 15 robót referencyjnych, które jak strony zgodnie przyznały – stanowiły również potencjał udostępniony przez firmę Max Bögl Bauunternehmung GmbH & Co. KG za wyjątkiem pozycji nr 5, w której wskazano doświadczenie własne odwołującego. Przetawiał zobowiązanie Max Bögl Bauunternehmung GmbH & Co. KG z siedzibą w Sengenthal Niemcy do udostępnienia zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia wraz z referencjami. Wskazał zakres robót jakie powierzy podwykonawcom, zgodnie z załącznikiem formularza 2.5.

18

Przedstawił dokumenty dotyczące braku podstaw do wykluczenia firmy Max Bögl Bauunternehmung GmbH & Co. KG, Niemcy - wymagane przez zamawiającego. W piśmie z dnia 12 stycznia 2012 r. - punkt 3, skierowanym do odwołującego, zamawiający podał, że w celu potwierdzenia spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, wykonawca winien był wykazać roboty budowlane, wykonane w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosku, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym 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, według „Wniosku wstępnej kwalifikacji wykonawców” punkt 7.2.3. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów, celem spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowej. Wykonawca spełnianie warunku podstawowego w zakresie doświadczenia, określonego w pkt 7.2.3. „Wniosku wstępnej kwalifikacji wykonawców,” spełnił wykazując doświadczenie podmiotu trzeciego. W wykazie robót ponad warunek podstawowy wykazał także doświadczenie podmiotu trzeciego. Jest to niezgodne z informacją podaną w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych 11/2011 r., zamieszczonym na stronie internetowej [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl), w części oznaczonej Kontrola udzielania zamówień publicznych. „Zagadnienie dysponowania przez wykonawców zasobami podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w świetle nieprawidłowości stwierdzonych wyników kontroli oraz ustaleń postępowań wyjaśniających przeprowadzonych przez Prezesa UZP, str. 22-24. Zgodnie z ww. opinią cyt. „... Powyższe prowadzi do wniosku, że zarówno na gruncie wykładni literalnej, jak też celowościowej 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. Innymi słowy, zamawiający - w przypadku, gdy wykonawca w postępowaniu prowadzonym np. w trybie przetargu ograniczonego, powołuje się na potencjał (np. doświadczenie) wielu podmiotów, wykazując w ten sposób spełnianie warunków udziału w postępowaniu w stopniu wyższym, niż wynika to z minimalnych wymogów określonych w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - nie powinien uwzględniać takiego potencjału w punktacji przyznanej w ramach ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu (nie powinien przyznawać dodatkowych punktów). Nie ma bowiem podstaw do premiowania takich wykonawców, którzy są w stanie nawiązać współpracę ze znaczną liczbą podmiotów posiadających określone zasoby (uzyskać od nich zobowiązanie do udostępnienia potencjału) kosztem innych, którzy samodzielnie dysponują stosunkowo

19

szerokimi zasobami... "

Powołując się na przytoczone wyżej stanowisko opinii UZP, zamawiający wezwał odwołującego do ponownego przedłożenia formularza 2.4. „Wykaz robót budowlanych,” z wykazaniem własnego doświadczenia zawodowego względnie wykazania doświadczenia podmiotu trzeciego w celu spełnienia warunku podstawowego, a dla robót ponad warunek podstawowy wykazania własnego doświadczenia zawodowego .

Zaznaczył, że na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, (...), albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp zawierające błędy (...), do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Do 20 stycznia 2012 r. należy przedłożyć w poprawnej formie błędnie złożone lub brakujące oświadczenia i dokumenty, tj.:

- ponownie przedłożyć formularz 2.4. „Wykaz robót budowlanych,” z wykazaniem własnego doświadczenia zawodowego, względnie wykazanie doświadczenia podmiotu trzeciego w celu spełnienia warunku podstawowego, a dla robót ponad warunek podstawowy wykazanie własnego doświadczenia zawodowego.

Dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków, tj. 18 listopada 2011 r. Nieuzupełnienie dokumentów skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający przyznał, że odwołujący spełnił warunki udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, warunkujące dopuszczenie go do przetargu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 19 stycznia 2012 r. w odniesieniu do punktu 3 wezwania odwołujący wyjaśnił, że interpretacja przytoczona przez zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy. Zapowiedział wniesienie odwołania. Z ostrożności załączył nowy przeredagowany zgodnie z życzeniem zamawiającego wykaz robót z podziałem na doświadczenie własne i podmiotu trzeciego, według załącznika 2.4. w odniesieniu do punktu II – w rozbiciu na roboty stanowiące doświadczenie własne wykonawcy i osobno doświadczenie udostępnione przez Max Bögl Bauunternehmung GmbH & Co. KG (grupa kapitałowa). Załączył też dodatkowe oświadczenie spółki Max Bögl Bauunternehmung GmbH & Co. KG wskazujące na roboty, które odwołujący realizował wspólnie z wymienioną spółką bez wyraźnego podziału zadań. Prosił o uwzględnienie, że Spółka nie posługuje się doświadczeniem kilku obcych podmiotów, a jedynie doświadczeniem zdobytym w ramach tej samej grupy kapitałowej. Uzupełnił wykaz o jedno

20

---

zadanie na terenie Polski, które zrealizował wspólnie ze spółką niemiecką, jako partnerzy konsorcjum.

Izba zważyła co następuje.

Izba nie podzieliła poglądów zamawiającego, że odwołujący nie wykazał interesu wymaganego w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej, ani że nie wykazał potencjalnej możliwości poniesienia szkody i istotnego wpływu naruszeń ustawy Pzp w przypadku ich stwierdzenia - na wynik postępowania, w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Należało zważyć, że przedmiotem zaskarżenia była czynność wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentu, która w ocenie wykonawcy nie powinna mieć miejsca. Legitymację do złożenia odwołania, po pierwsze Izba ocenia w odniesieniu do stawianych zarzutów, a po drugie na moment wniesienia odwołania, a nie przy uwzględnieniu dalszych czynności zamawiającego, które opierały się na dokumencie formularza 2.4 uzupełnionego z tzw. „ostrożności,” który nie stanowił podstawy oceny zamawiającego przed kwestionowanym wezwaniem do uzupełnienia wykazu doświadczenia. Ze względu na powyższe, Izba uznała, że odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w myśl postanowień art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro dowodził, że zaskarżona czynność zamawiającego narusza przepisy ustawy Pzp, a zarazem interes odwołującego, gdyż może pozbawić go szans na złożenie oferty, a tym samym realizacji przedmiotu zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu, pomimo, że w przeświadczeniu wykonawcy spełnia on warunki i złożył prawidłowy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jednocześnie zamawiający w przypadku potwierdzenia się stawianych zarzutów - niezgodnej z prawem czynności, może spowodować takie naliczenie punktów, które nie pozwoliłoby na zaproszenie odwołującego do składania ofert. W konsekwencji

powyższego odwołujący mógłby ponieść realną szkodę polegającą na utraconym zysku - możliwym do osiągnięcia w razie udzielania mu przedmiotowego zamówienia. O wynikach oceny wniosków z dnia 23 stycznia 2012 r. (data zbieżna z wniesieniem odwołania) wykonawcy nie zostali powiadomieni, a więc odwołujący nie znał swojej sytuacji, uwzględniając okoliczność, że wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp podlegają udostępnieniu od dnia poinformowania o wynikach oceny.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do rozpatrywanego zagadnienia zawierają następujące regulacje.

Art. 48 ust. 2 punkt 6 ustawy Pzp obliguje do podania w ogłoszeniu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, a także znaczenia tych warunków. Stosownie do art. 50 ust. 1 ustawy Pzp, wraz z wnioskiem o

21

---

dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym wykonawca składa (...) jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnienie warunków, również te dokumenty.

Art. 51 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełnienia tych warunków.

W odniesieniu do ustalania warunków udziału w postępowaniu w trybie przetargu ograniczonego, zastosowanie znajdują przepisy wspólne dotyczące postępowań o zamówienie publiczne, między innymi art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki posiadania wiedzy i doświadczenia. Przepis art. 22 ust. 3 Pzp, obliguje zamawiającego do zamieszczenia opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust. 1 w ogłoszeniu o zamówieniu.

Z mocy art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, powinien pozostawać związany oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Z kolei w oparciu o art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający w ogólności może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W tym (pkt 1) oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu (...) – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać (...) na dzień składania wniosków, spełnianie warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (...).

W przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ustawodawca dopuścił, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu (...) innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że 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.

Przepis § 1 ust. 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. Nr 226, poz. 1817) upoważnia zamawiającego, jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art.

22

---

22 ust. 1 ustawy Pzp polega na zasobach innych podmiotów na zasadzie określonej w art. 26 ust. 2b tej ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia - do żądania od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów na wykazanie braku podstaw do wykluczenia. Z upoważnienia takiego zamawiający w niniejszym postępowaniu skorzystał.

Następnie przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, obliguje zamawiającego do wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 (a więc także dotyczących warunków udziału w postępowaniu – pkt 1), albo złożyli oświadczenia i dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie (...).

Przechodząc do podstaw rozstrzygnięcia, w oparciu o ustalony wyżej stan faktyczny sprawy i przytoczone przepisy prawne, Izba uznała, że odwołujący złożył wymagane przez zamawiającego dokumenty, podane w ogłoszeniu oraz we „Wstępnej kwalifikacji wykonawców” – w odniesieniu do wymaganego doświadczenia zawodowego, mieszczące się w określonej przez zamawiającego treści tych dokumentów.

Należało zważyć, uwzględniając postanowienia dokumentacji przetargowej, że wykonawca był uprawniony, aby samodzielnie podać w „Wykazie robót” w celu (wykazania) spełnienia warunku podstawowego określonego w punkcie 7.2.3 oraz w wykazie robót (spełniających warunek wiedzy i doświadczenia) ponad warunek podstawowy - roboty jakie uznawał za stosowne, dla wykazania spełnienia omawianego warunku, obejmujące zarówno doświadczenie własne jak i udostępnione. Z udzielonych wytycznych nie wynika jakiegokolwiek rozróżnienie, aby do uzyskania punktacji uprawniało jedynie doświadczenie własne wykonawcy.

Materiał dowodowy sprawy nie daje podstaw do przyjęcia, że przedstawiony przez odwołującego we wniosku „Wykaz robót” jest nieprawidłowy, czy zawiera błędy z punktu widzenia stawianych wymagań, co obligowałoby zamawiającego do żądania jego uzupełnienia w myśl postanowień art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – w zakresie dopuszczonym tym przepisem, tj. w odniesieniu do spełnienia warunków udziału. Przedstawionym wykazem robót i dokumentami stwierdzającymi ich należyte wykonanie odwołujący wykazał spełnienie stawianych warunków udziału w postępowaniu, czemu zamawiający nie zaprzeczył.

Obowiązkiem zamawiającego jest - jak stanowią przytaczane wyżej przepisy, w sposób jasny ustalić w ogłoszeniu warunki udziału, sposób dokonywania oceny spełnienia tych warunków, będący podstawą dopuszczenia wykonawców do uczestnictwa w postępowaniu, a w przetargu ograniczonym podać kryterium z zakresu warunków udziału, oraz jego znaczenie w ustalaniu kolejności wykonawców zakwalifikowanych do złożenia

23

---

oferty. Następnie zaś w trakcie badania złożonych wniosków, dokładne się do nich zastosować.

Zarówno wykonawcy, jak i zamawiający są związani ustalonymi postanowieniami ogłoszenia. Wykonawca ubiegający się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w dalszym etapie – o możliwość złożenia oferty, musi mieć pewność, że zamawiający będzie prowadził postępowanie w sposób przejrzysty, a jego czynności będą przewidywalne, i że istnieją niewzruszalne podstawy do ich weryfikacji.

Ustalone warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, a także znaczenie tych warunków podane w ogłoszeniu, w przekonaniu Izby, muszą być rozumiane na tyle ściśle, że nie podlegają żadnej innej wykładni, oprócz literalnej. Skoro zamawiający nie podał jednoznacznie w warunkach ogłoszenia (nawet pomimo wyjaśnień na ten temat), że przy ocenie punktowej w danym kryterium wiedzy i doświadczenia - będzie brane pod uwagę jedynie doświadczenie własne wykonawcy, nie może takiego ograniczenia wprowadzać na etapie oceny wniosków.

W szczególności nie znajdują normatywnego wsparcia poglądy zamawiającego oraz przystępujących po jego stronie wykonawców, w powołaniu się na przytaczaną wyżej opinię Urzędu Zamówień Publicznych i przywołane wyroki Izby, jakoby wynikało to z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, że doświadczenie udostępnione – wykonawca władny jest wykazywać wyłącznie w zakresie minimalnym dla udokumentowania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie dla podwyższenia swej pozycji w rankingu wniosków, o czym miały świadczyć między innymi zwrot użyty w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp „wykonawca zobowiązany jest udowodnić, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia,” a nie w szerszym zakresie, nawet jeżeli zamawiający ustanowił taki warunek udziału w postępowaniu kryterium oceny, dla ustalenia kolejności wykonawców zaproszonych do złożenia oferty.

W przeświadczeniu Izby, przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 2b tej ustawy, statuuje równorzędny sposób wykazania warunku wiedzy i doświadczenia

zarówno poprzez doświadczenie własne wykonawcy, jak i doświadczenie udostępnione przez podmiot trzeci. Zaś niezbędność, proporcjonalność, adekwatność - ogólnie dotyczy zakresu wymaganych dokumentów, jak również ich treści, także w odniesieniu do samego wykonawcy, o czym stanowi art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, jak i art. 25 ust. 1 tej ustawy. Przepisy art. 51 ust. 1a oraz ust. 2 ustawy Pzp, nie różnicują oceny spełnienia warunków w oddzieleniu na potencjał własny wykonawcy i potencjał udostępniony. Zatem wprowadzanie takiego rozróżnienia, w dodatku na etapie badania wniosków - stanowi naruszenie wymienionych norm, jak i zasad postępowania, w szczególności równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie reguł uczciwej konkurencji.

24

Nie można pomijać, że w przetargu ograniczonym ustawodawca nie narzucił zamawiającemu ani sztywnych reguł ustalania kryteriów, jako oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ani ustalania znaczenia tych warunków. Należało zatem przyjąć, że w tym zakresie przepis ma charakter dyspozytywny. Zamawiający nie uczynił przedmiotem kryterium oceny całego spektrum warunków ustawowych dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu, wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp, a jedynie obrał do tego celu warunek wiedzy i doświadczenia. Jak również zapowiedział, że w zakresie wykazanych jako minimalnie wymaganych, nie będzie on podlegał punktacji. Postanowienia ogłoszenia w tym kształcie, nie mogą budzić zastrzeżeń. Nie były też przedmiotem zaskarżenia ze strony wykonawców. Dowodzi to, że zamawiający przy zachowaniu elementarnych zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji ma pewną swobodę w ustalaniu sposobu przyznawania punktacji złożonym wnioskowi - w celu wyłonienia grupy wykonawców, do których wystosuje zaproszenie do złożenia oferty. Gdyby zamawiający podał wprost, z góry w ogłoszeniu, że punktację w danym kryterium wiedzy i doświadczenia będzie przyznawał jedynie wykazanym robotom referencyjnym wykonanym przez wykonawcę samodzielnie czy w konsorcjum, byłby uprawniony aby w ten sposób oceniać złożone wnioski. Zamawiający mimo skierowania do niego zapytania dotyczącego sposobu oceny, w wyjaśnieniach z dnia 26 października 2011 r. w żaden sposób nie dał wyrazu temu, że zamierza zaliczać jedynie doświadczenie własne wykonawcy - przy wyliczaniu punktacji wykonawców zakwalifikowanych do dalszego etapu postępowania.

Wykonawcy podejmują decyzje o udziale w postępowaniu, przygotowując treść przedkładanych dokumentów na podstawie przekazanych im materiałów, w tym w dostosowaniu się do treści wymagań podanych w ogłoszeniu. Nie mają żadnych podstaw aby zakładać, że zamawiający diametralnie zmieni warunki podane w ogłoszeniu, w drodze ich nieuprawnionej interpretacji. Postanowienia „Wstępnej kwalifikacji wykonawców,” stanowią jedynie uszczegółowienie ogłoszenia, i nie powinny wprowadzać żadnych zmian w stosunku do opublikowanej treści ogłoszenia. Zamawiający nie może zaś zaskakiwać wykonawców swoimi decyzjami. Skoro brak jest jednoznacznej regulacji ustawowej w tej kwestii, dopiero wprowadzenie takiego narzędzia eliminacji w warunkach przetargu, że do oceny wniosków będzie przyjmowane wyłącznie doświadczenie własne wykonawcy, które w ocenie Izby, nie miałoby charakteru dyskryminującego, pozwalałoby na jego uzasadnione zastosowanie.

Zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych wniosków, były znane wykonawcom w chwili

25

przygotowywania wniosków. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowi bowiem fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych. Potwierdza to art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Wskazuje on, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego



prowadzone jest według z góry sprecyzowanych reguł i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich zachowania, zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów.

Wezwanie przez zamawiającego w punkcie 3 pisma z dnia 12 stycznia 2012 r. odwołującego do uzupełnienia załącznika formularza 2.4 „Wykazu robót” przez odwołującego Izba uznała za nieuzasadnione. Wezwanie takie może nastąpić wyłącznie w odniesieniu do wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, gdyż jedynie do tego upoważnia przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 25 ust. 1 pkt 1 tej ustawy. Odwołujący zaś warunki udziału spełnił w sposób niekwestionowany.

Jeżeli zarazem oznaczony warunek jest przyjęty jako kryterium oceny wniosków - w aspekcie wyłonienia grupy wykonawców zakwalifikowanych do dalszego udziału w przetargu ograniczonym, brak przesłanek prawnych aby stosować procedurę określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – wzywania do uzupełniania dokumentów, poza sytuacją, gdy roboty referencyjne w odniesieniu do spełnienia warunków minimalnych także podlegają wliczeniu do punktacji ogółem.

Przy ustalaniu kolejności, wniosek podlega ocenie wyłącznie w oparciu o dane zawarte w jego pierwotnej treści, gdyż w istocie stanowi o spełnieniu w dowolnym stopniu oznaczonych kryteriów – zależnym tylko od wykonawcy i nie podlegającym żadnym uzupełnieniom. Nawet wykonawca spełniający jedynie minimalne warunki udziału w postępowaniu, bez otrzymania punktacji w ustanowionym kryterium, może liczyć na zaproszenie do złożenia oferty, jeżeli frekwencja w konkretnym postępowaniu jest mniejsza, niż liczba wykonawców przewidywana do złożenia oferty. Natomiast dopuszczenie do uzupełniania wykazu robót referencyjnych dla podwyższenia punktacji, prócz uchybienia przepisom art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, mogłoby stwarzać nierówne warunki konkurencji, gdyż wykonawca wezwany mógłby, wykorzystując wszelką wiedzę o przetargu, próbować tak dopasować treść swojego wniosku, aby znaleźć się w gronie zaproszonych do złożenia oferty.

Izba uznała żądania odwołującego w odniesieniu do nakazania zamawiającemu ponownej oceny wniosków za przedwczesne, skoro wykonawcy nie zostali nawet o dokonaniu tej czynności powiadomieni.

26

---

Postępowanie dowodowe wykazało trafność czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów:

1. art. 26 ust 2b ustawy Pzp, w związku z art. 51 ust 2 tej ustawy, przez jego wadliwą interpretację i uznanie, że przepis ten nie dopuszcza posłużenia się przez wykonawcę zasobami udostępnionymi przez podmioty trzecie na zasadach w nim określonych w celu wykazania nie tylko minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale też w przypadku, gdy miałyby to skutkować uzyskaniem wyższej punktacji przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym zwiększeniu szans wykonawcy w uzyskaniu zaproszenia do złożenia oferty - w warunkach ustalonych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu,
2. art. 7 ust 1 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i narusza zasady równego traktowania wykonawców, przez naruszenie wyżej wskazanych przepisów oraz bezpodstawne żądanie uzupełnienia prawidłowego dokumentu – niezgodne z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, stosownie do postanowień § 3 pkt 1, pkt 2b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

(Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**.....

.....

.....