

v

Sąd Okręgowy w Gdańsku

XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy
ul. 3 Maja 9 A (BUDYNEK F)

80-802 Gdańsk

WPŁYNEŁO

Data 24/04/2015

Sygnatura SR KIO 1840/14

Sygn. akt XII Ga 715/14

(w odpowiedzi należy podać datę i sygnaturę)

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17 A
02-676 Warszawa

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy zwraca akta wraz z aktami pomocniczymi (dokumentację) o sygn. akt KIO/1840/14 (1 skoroszyt i 1 segregator) oraz doręcza Prezesowi Urzędu odpis wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 02 stycznia 2015 roku z uzasadnieniem.

Zgodnie z zarządzeniem Sędziego
z up. Kierownika Sekretariatu
st.sekr.sądowy Elżbieta Głuszak

Niniejsze pismo nie wymaga podpisu własnoręcznego na podstawie § 19 ust. 4 zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 grudnia 2003 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej jako właściwie zatwierdzone w sądowym systemie teleinformatycznym.

Złc*

Sygn. akt XII Ga 715/14

2015 -04- 2 9

płynęło' w

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 stycznia 2015 r.

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie następującym:

SSO Małgorzata Gajewska
Przewodniczący: Protokolant: SO Ewa Górniak
SR Małgorzata Warecka (del.)

Sędziowie:
stażysta Paweł Ostrowski

po rozpoznaniu w dniu 18 grudnia 2014 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy ze skargi Budimex Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie oraz Mostostal Kraków Spółki Akcyjnej z siedzibą w Krakowie
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2014 r. wydanego w sprawie KIO 1840/14
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Morskiego Portu Gdynia Spółkę Akcyjną z siedzibą w Gdyni

przy udziale po stronie zamawiającego STRABAG spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie

- I. oddała skargę,
- II. zasądza solidarnie od skarżących Budimex Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie

oraz Mostostal Kraków Spółki Akcyjnej z siedzibą w Krakowie na rzecz zamawiającego Zarządu Morskiego Portu Gdynia Spółki Akcyjnej z siedzibą w Gdyni oraz uczestnika STRABAG spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie kwoty po 7.200 zł (siedem tysięcy dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu ze skargi.

ginal* właściwe podpisy

sjsa# Okj-ęicwsgo w Gdańsku

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 18 września 2014 roku Krajowa Izba Odwoławcza w punkcie pierwszym oddaliła odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Budimex Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie oraz Mostostal Kraków Spółki Akcyjnej z siedzibą w Krakowie od rozstrzygnięcia zamawiającego Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni przy udziale wykonawcy Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, a w punkcie drugim kosztami postępowania obciążyła wykonawców Budimex Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie oraz Mostostal Kraków Spółki Akcyjnej z siedzibą w Krakowie, zaliczając w ich poczet kwotę 20.000 zł uiszczonej przez odwołujących się wykonawców tytułem wpisu od odwołania i zasądzając od nich na rzecz zamawiającego kwotę 3.634,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów poniesionych z tytułu uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

W uzasadnieniu KIO przytaczając treść art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych wywiodła, że wykonawca, który zamierza realizować zamówienie opierając się na zasobach podmiotu trzeciego jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. W ocenie Izby odwołujący w niniejszym postępowaniu nie podolali temu obowiązкови. KIO zauważyła, że z treści przedstawionej przez odwołujących umowy wynika fakt współpracy pomiędzy odwołującym a Ferroviał Agroman S.A., jednakże treść tej umowy jest bardzo ogólna i odnosi się ona jedynie do całokształtu współpracy podmiotów, które zawarły umowę bez sprecyzowania szczegółowych warunków, na jakich ta współpraca miałaby się odbywać, jak również bez wiążących zobowiązań stron umowy określających zasady udostępniania zasobów stron. Brak jest także w treści tej umowy zapisów, które w jakikolwiek sposób odnosiłyby się do niniejszego postępowania. Zdaniem Izby treść tej umowy nie pozwala na uznanie, że zawiera ona wiążące zobowiązanie, na podstawie którego odwołującemu udostępnione zostałyby zasoby przez drugą stronę z określeniem rodzaju udostępnianych zasobów i sposobu ich udostępnienia w niniejszym postępowaniu. Według KIO za takie zobowiązanie nie może zostać uznana deklaracja, jaka zawarta jest w punkcie pierwszym umowy, zgodnie z którą „Ferroviał Agroman może udzielić Budimex wsparcia, tak w trakcie procedury przetargowej, jak i w zależności od sytuacji w trakcie realizacji robót budowlanych, obejmującego, lecz nie wyłącznie, pomoc i wsparcie dotyczące zagadnień technicznych, działalności gospodarczej oraz zarządzania, wraz z referencjami, które Ferroviał Agroman pozyskał w trakcie prowadzonej działalności”. W ocenie Izby z treści powołanego zapisu umowy wynika, że Ferroviał Agroman S.A., może, ale nie musi udzielić wsparcia Odwołującemu co oznacza, że udzielenie wsparcia uzależnione jest wyłącznie od woli Ferroviał Agroman S.A. Umowa określa, że wsparcie ma zostać udzielone „w zależności od sytuacji”, co dodatkowo wskazuje, że odwołujący nie może żądać udzielenia tego wsparcia, a o udzieleniu wsparcia decydować będzie wyłącznie Ferroviał Agroman S.A. Z powyższych zapisów umowy wynika więc, że Zamawiający nie ma pewności, że na każdym etapie realizacji zamówienia będzie udzielona odwołującemu pomoc czy wsparcie, zapewniające zasoby niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia. Z treści umowy nie wynika też, na czym konkretnie wsparcie to ma polegać. KIO doszła więc do przekonania, że zamawiający słusznie zatem powziął wątpliwości co do rzeczywistych możliwości polegania przez odwołującego na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego. KIO dodała przy tym, że stosownie do § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zamawiający ma prawo żądać dodatkowych dokumentów na potwierdzenie dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, a wykonawca jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, że takimi zasobami będzie dysponował. W szczególności także poprzez złożenie przekonujących

wyjaśnień w tym zakresie. KIO zważyła, że zamawiający wystąpił o wyjaśnienie i wskazanie szczegółów takiej współpracy w oparciu o konkretne elementy, lecz w odpowiedzi uzyskał jedynie ponowne przytoczenie sformułowań zawartych w umowie zawartej pomiędzy odwołującym a Ferroviał Agroman S.A. oraz argumentację odwołującego sprowadzającą się do tego, że złożone przez niego dokumenty są poprawne. W ocenie KIO z samego faktu pozostawiania odwołującego w grupie kapitałowej z Ferroviał Agroman S.A. nie wynika oczywistość dysponowania zasobami tego podmiotu przez odwołującego. Nie istnieje bowiem domniemanie, że podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej korzystają z wiedzy i doświadczenia innych podmiotów. KIO zwróciła też uwagę, że przedstawiony przez odwołującego dowód w postaci wydruków treści SIWZ w innych postępowaniach przetargowych oraz zobowiązań o podobnej treści składanych w innych postępowaniach przetargowych nie jest wystarczający dla stwierdzenia, że treść dokumentów przedstawionych w ofercie odwołującego (zobowiązanie oraz umowa z Ferroviał Agroman S.A.) jest wystarczająca do uznania, że odwołujący udowodnił zamawiającemu, że będzie w rzeczywistości dysponował potencjałem podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia, ponieważ decyzje podejmowane przez innych zamawiających nie mają znaczenia dla podjętej decyzji zamawiającego w mniejszym postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego KIO orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Od powyższego orzeczenia wywiedli skargę wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Mostostal Kraków Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie zaskarżając je w całości i zarzucając mu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP poprzez jego wadliwe zastosowanie w związku z nieuzasadnionym przyjęciem przez KIO, że skarżący wykonawcy nie wykazali spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania „wiedzą i doświadczeniem”;

- art. 26 ust. 3 i 4 PZP i art. 65 § 1 i § 2 k.c. w zw. z art. 14 PZP poprzez jego wadliwe zastosowanie w sytuacji, w której z przedłożonych do oferty dokumentów czytanych łącznie w sposób wzajemnie uzupełniający się wynika dysponowanie przez skarżących potencjałem podmiotu trzeciego - Ferroviał Agroman S.A. w Madrycie w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, w szczególności opisanych wykazem robót wraz z przedłożonymi referencjami, względnie art. 26 ust. 4 PZP i art. 65 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 14 PZP poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści dokumentów składanych przez Odwołującego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sytuacji, w której PZP nakazuje zamawiającemu wzywanie do wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń i dokumentów (nie wprowadzając zasady jednokrotnego wezwania), a Zamawiający poprzestał na wezwaniu do uzupełnienia dokumentów zamiast wyjaśnienia treści dokumentów już dostarczonych;

- art. 26 ust. 2 b PZP w zw. z § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w

jakich te dokumenty mogą być składane i art. 65 § 1 i § 2 k.c. w związku z art. 14 PZP poprzez jego wadliwą interpretację i przyjęcie, że dokumenty przedłożone przez skarżących nie potwierdzają dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia, w szczególności poprzez rzekome nie przedłożenie dokumentów określających dostępnych wykonawcy zasobów, sposobu ich wykorzystania, charakteru stosunku jaki będzie łączył wykonawcę Budimex S.A. z innym podmiotem oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu w realizacji zamówienia;

- art. 25 ust. 1 PZP oraz przepisów § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia poprzez uznanie przez KIO za zasadne zażądania przez zamawiającego uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, podczas gdy z literalnego brzmienia obu dokumentów złożonych do oferty wynika fakt dysponowania wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia;
- art. 7 ust. 1 i 3 PZP, art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP oraz art. 3 ust. 1 a także art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji w związku z niezgodną z zapisami umownymi i ustawą Prawo zamówień publicznych interpretacją treści art. 26 ust. 2 b PZP oraz § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy PZP pomimo, że skarżący wykazali, iż dysponują niezbędną wiedzą i doświadczeniem do należytego wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu co najmniej tożsamym lub większym niż Uczestnik postępowania;
- art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez wadliwe zastosowanie w postaci odrzucenia oferty skarżących, co do których brak jest podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu;
- art. 65 § 1 i § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie/względnie wadliwe zastosowanie skutkiem czego KIO dokonała nieprawidłowej oceny oświadczeń woli stron zawartych w umowie o współpracy z dnia 26 marca 2013 r. oraz zobowiązaniu Ferrovial Agroman S.A. w Madrycie dnia 31.07.2014 r.), tj. dokumentach złożonych do oferty na potwierdzenie spełnienia przez skarżącego Budimex S.A. dysponowania potencjałem wiedzy i doświadczenia Ferrovial Agroman S.A. w zakresie niezbędnych zasobów do wykonania zamówienia, złożonych zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b oraz § 1 ust. 6 pkt 2 Rozporządzenia w kontekście całości materiału dowodowego sprawy;

#

- art. 190 ust. 7 PZP poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego zebranego w sprawie oraz powtórzenie w wyroku argumentacji uczestnika i nieuwzględnienie, a nawet nie ustosunkowanie się do twierdzeń skarżących,
- art. 190 ust. 1 PZP poprzez przyjęcie, że skarżący powinni wykazywać dowody na zaprzeczenie tez stawianych przez zamawiającego i uczestnika postępowania w zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia, gdy to na Zamawiającym spoczywał ciężar dowodu w zakresie rzekomego braku faktycznego dysponowania wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego, gdyż to zamawiający wywodził skutki prawne z przedstawianych przez siebie twierdzeń, w których kwestionował treść przedłożonych mu dokumentów.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

1) uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej co do istoty sprawy, tj. orzeczenie, iż:

- wykluczenie skarżących z udziału w postępowaniu oraz odrzucenie złożonej przez nich oferty było niezgodne z prawem,
- nakazanie zamawiającemu ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty skarżących z ceną 48.972.721,83 zł brutto,
- uznanie za nieważną umowy z dnia 10 października 2014 r. zawartej pomiędzy Zamawiającym, a Uczestnikiem postępowania w przedmiocie realizacji zamówienia za

wynagrodzeniem 55.095.059,13 zł brutto,

- zobowiązanie zamawiającego do zawarcia umowy w przedmiocie realizacji zamówienia ze skarżącymi za wynagrodzeniem w kwocie 48.972.721,83 zł brutto o treści i na warunkach zgodnych z projektem umowy opisanej w SIWZ postępowania, alternatywnie - złożenie przez Sąd zastępczego oświadczenia woli za zamawiającego w przedmiocie zawarcia umowy pomiędzy skarżącymi a zamawiającym za wynagrodzeniem w kwocie 48.972.721,83 zł brutto o treści i na warunkach zgodnych z projektem umowy opisanej w SIWZ postępowania dot. zamówienia oraz zasądzenie na rzecz skarżących kosztów postępowania poniesionych przed Sądem Okręgowym oraz Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych.

Zamawiający Zarząd Morskiego Portu Gdynia Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie od skarżących na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz kosztów w wysokości 17 zł poniesionych z tytułu uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Uczestnik postępowania po stronie zamawiającego - Strabag spółka z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wniósł o oddalenie skargi oraz o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga jest niezasadna i nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy na podstawie art. 198d ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm. - dalej PZP), zgodnie z którym w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami, za niedopuszczalne uznał zgłoszone dopiero w skardze, a nie przywołane w odwołaniu żądania skarżącego zobowiązanie zamawiającego do zawarcia umowy w przedmiocie realizacji zamówienia ze skarżącymi za wynagrodzeniem w kwocie 48.972.721,83 zł brutto o treści i na warunkach zgodnych z projektem umowy opisanej w SIWZ postępowania, alternatywnie złożenie przez Sąd zastępczego oświadczenia woli za zamawiającego w przedmiocie zawarcia umowy pomiędzy skarżącymi a zamawiającym za wynagrodzeniem w kwocie 48.972.721,83 zł brutto o treści i na warunkach zgodnych z projektem umowy opisanej w SIWZ postępowania dotyczących przedmiotowego zamówienia.

Sąd Okręgowy zważył dodatkowo na treść art. 198f ust. 2 PZP w zw. z art. 192 ust. 2, ust. 3 i ust. 6 ustawy. Stosownie do art. 192 ust. 3 ustawy sąd może:

- 1) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego; albo
- 2) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1:
 - a) unieważnić umowę; albo
 - b) unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń

spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu; albo

c) nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa; albo

3) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie - stwierdzić naruszenie przepisów ustawy.

Sąd nie może nakazać zawarcia umowy (art. 192 ust. 6 PZP w zw. z art. 198 fust. 2 ustawy).

W związku z powyższymi uregulowaniami całkowicie bezzasadne było żądanie zobowiązania zamawiającego do zawarcia umowy ze skarżącymi.

Nadto, biorąc pod uwagę fakt, iż po wydaniu orzeczenia przez KIO kwestionowana umowa została zawarta (vide ogłoszenie o udzieleniu zamówienia k. 82 - 83, okoliczność przyznana w skardze), nie zasługiwało na uwzględnienie także żądanie nakazania zamawiającemu ponownej oceny ofert z uwzględnieniem ofert skarżących.

Po oddaleniu odwołania zamawiający uprawniony był do zawarcia umowy z wybranym oferentem. Skarżący nie wykazał i nie powoływał się na to, by zaistniały przesłanki z art. 146 ust. 1 ustawy. Brak w tym zakresie zarzutu w skardze, nie zawiera ona także adekwatnej argumentacji. W związku z powyższym niezasadne było także żądanie unieważnienia umowy z dnia 10 października 2014 r. (sformułowane w skardze jako żądanie uznania tej umowy za nieważną).

W konsekwencji, merytorycznemu rozpoznaniu podlegało jedynie żądanie orzeczenia, iż wykluczenie skarżących z przetargu oraz odrzucenie złożonej przez nich oferty było niezgodne z prawem.

Rozważając meritum sprawy, w pierwszej kolejności zaznaczyć należy, że zgodnie z art. 198 fust. 1 PZP sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania. Przytoczona regulacja wskazuje więc, że postępowanie zainicjowane skargą na

orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej ma ograniczony przedmiotowo zakres wyznaczony podniesionymi przez odwołujących w odwołaniu zarzutami.

Zarzut w rozumieniu ustawy PZP ujmuje się jako substrat okoliczności faktycznych i prawnych (vide np. wyrok KIO z dnia 14 października 2013 r., KIO 2346/13. Zarzut składa się z podstawy prawnej i faktycznej - o ile sama podstawa prawna często wynika z opisu popełnionych nieprawidłowości i brak jej podania czy nieprawidłowe podanie nie uniemożliwia rozpoznania odwołania, to podstawa faktyczna zarzutu musi być precyzyjnie podana w odwołaniu. Jakikolwiek jej rozszerzenia na późniejszym etapie postępowania będą wykraczały poza granice odwołania, a więc nie będą rozpoznawane (...)- tak KIO w wyroku z 22 stycznia 2014 r. w sprawie KIO 15/14.

Zarzuty skarżących koncentrowały się wokół wadliwej interpretacji przez zamawiającego umowy zawartej przez skarżącego Budimex S.A. oraz Ferrovial Agroman S.A. oraz dokumentu zobowiązania tego ostatniego pomiotu. Niezalenie od argumentacji prawnej, która może być rozwinięta, okoliczności związane z treścią tych dokumentów mogły być objęte zarzutami zgłoszonymi w niniejszym postępowaniu. Natomiast niedopuszczalny był zarzut dotyczący tego, iż ten sam zamawiający w tym samym postępowaniu zaakceptował dokument o lakonicznej treści, złożony przez uczestnika postępowania, wskutek czego miałyby dojść do naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Zarzut ten oparty jest o inną

podstawę faktyczną która nie była powoływana w postępowaniu przed KIO, stąd podlega pominięciu w postępowaniu ze skargi na podstawie art. 198 f.ust. 1 PZP.

Przechodząc do oceny pozostałych zarzutów Sąd Okręgowy nie uznał ich za uzasadnione. Sąd Okręgowy podzielił w realiach sprawy stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, że skarżący pomimo ciężącego na nich z mocy art. 26 ust. 2b PZP obowiązku przedłożonymi dowodami nie zdołali wykazać zamawiającemu, że będą w trakcie realizacji zamówienia dysponowali zasobami w postaci wiedzy i doświadczenia innych podmiotów tj. Ferrovial Agroman S.A. Przedłożony bowiem przez nich dokument prywatny w postaci umowy o współpracy pomiędzy skarżącym, a Ferrovial Agroman S.A. odnosi się jedynie ogólnie do całokształtu współpracy tych podmiotów i nie zawiera zapisów, które w jakikolwiek sposób odnosiłyby się do skonkretyzowanej pomocy Ferrovial Agroman S.A. przy zamówieniu w niniejszej sprawie.

Za oczywiste, bowiem wynikające wprost z treści przepisu art. 65 § 1 k.c. należało uznać stanowisko skarżącego, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze

względem na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Przy czym należy mieć na uwadze specyficzną sytuację i konstrukcję w niniejszej sprawie, bowiem stronami stosunku, co do którego Prawo zamówień publicznych nie nakłada żadnych wymogów formalnych, jest wykonawca oraz podmiot trzeci dysponujący określonym potencjałem, natomiast z mocy wskazanego przepisu art. 26 ust. 2b p.z.p. ocena, czy wykonawca udowodnił możliwość dysponowania potencjałem osoby trzeciej, została powierzona zamawiającemu niebędącemu ani stroną tego stosunku, ani uczestnikiem jakichkolwiek porozumień w tej kwestii. Dlatego też wykonawca winien na ogólnych zasadach udowodnić zamawiającemu możliwość dysponowania opisanym w przepisie potencjałem umożliwiającym mu zrealizowanie zamówienia w sytuacji, gdy to on zostanie wybrany do jego wykonania. W opisanej sytuacji bardzo rzadko zastosowanie będzie znajdował subiektywny wzorzec wykładni, na który powołuje się skarżący z prostej przyczyny składania oświadczenia woli przez podmiot trzeci wykonawcy, a nie zamawiającemu, który ocenia powstałe w jego wyniku uprawnienia wykonawcy do dysponowania potencjałem składającego to oświadczenie. Prawem zamawiającego winna być zatem możliwość obiektywnej oceny oświadczenia osoby trzeciej deklarującej wykonawcy korzystanie z własnego potencjału i doświadczenia. Nie można zwłaszcza wymagać od zamawiającego aby, nie znając przecież kontekstu wymiany oświadczeń woli wymienionych pomiędzy innymi osobami, dokonywał ich interpretacji kierując się subiektywnymi kryteriami, jakie osoby te przyjmowały składając oświadczenia o określonej treści. Innymi słowy, wymagane oświadczenia powinny być na tyle jasne, ściśle i precyzyjne, aby zamawiający nie był zmuszany do dokonywania ich złożonej interpretacji.

Analizując dokumenty złożone przez skarżącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w tym kontekście, zdaniem Sądu Okręgowego KIO słusznie przyjęła, że umowa ta nie zawiera zapisów odnośnie wiążącego zobowiązania Ferrovial Agroman S.A. do udostępnienia na rzecz skarżącego swych zasobów, jak również nie podaje w sposób skonkretyzowany rodzaju udostępnianych zasobów oraz sposobu ich udostępnienia. W realiach sprawy zdaniem Sądu Okręgowego KIO kontrolując dokonaną przez zamawiającego wykładnię pisemnych oświadczeń woli zawartych w umowie i uznając ją za przeprowadzoną przez zamawiającego w sposób prawidłowy nie naruszyła art. 65 § 2 k.c. Jak wynika z treści tej umowy Budimex S.A. z siedzibą w Krakowie Ferrovial Agroman S.A. posłużyły się w niej jedynie bardzo ogólnym sformułowaniem zobowiązania do oddania do dyspozycji przedsiębiorstwu „niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia”.

Sąd w niniejszym składzie podziela i aprobuje w utrwaloną linię orzecznictwa KIO, z której wynika, że treść zobowiązania do udostępnienia zasobów w postaci doświadczenia winna bezspornie i jednoznacznie wskazywać na zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, określać, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, czyli w istocie wskazywać, jakie zasoby osoba trzecia udostępnia i na jakich zasadach. Co więcej, w orzecznictwie wskazuje się, że zamawiający ma możliwość weryfikacji zdolności nie tylko wykonawcy, ale również osoby trzeciej udostępniającej swoje zasoby, do należytego

wykonania zamówienia, w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia (tak na tle art. 22 ust. 5 PZP wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2014 r. w sprawie o sygn. V ACa 3618/13). Nie budzi wątpliwości, że aby dokonanie takiej oceny było w ogóle było możliwe, treść zobowiązania osoby trzeciej musi być odpowiednio konkretna. Zobowiązanie przedstawione przez skarżących, jak słusznie uznała KIO, wymagań tych nie spełnia.

Sąd Okręgowy zaaprobował i uznał również jako własne stanowisko KIO, że wobec przeprowadzonej w sposób niewadliwy przez zamawiającego oceny zgromadzonego materiału dowodowego w zaistniałym stanie sprawy zaistniały wątpliwości co do rzeczywistych możliwości polegania przez skarżących na wiedzy i doświadczeniu Ferrovial Agroman S.A., wobec czego zamawiający był uprawniony żądać od skarżących dodatkowych dokumentów i wyjaśnień. Skorzystanie przez zamawiającego z tej możliwości i wystąpienie do skarżących o podanie szczegółów takiej współpracy pozostawało w zgodności z dyspozycją § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane. Dyspozycja przedmiotowego przepisu pozwala wszak zamawiającemu w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać dokumentów dotyczących w szczególności: zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, czy zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Należy zważyć, że skarżący w odpowiedzi na to żądanie zamawiającego nie uczynili zadość wezwaniu zamawiającego i nie złożyli żadnych dodatkowych dokumentów,

poprzestając jedynie na zaprezentowaniu własnego stanowiska zgodnie z którym zaoferowane przez nich dokumenty są wystarczające. Stwierdzić zatem należało, że w takim stanie sprawy skarżący nie udowodnili, jak tego wymagał przepis art. 26 PZP by przy realizacji zamówienia, jakim były roboty budowlane w ramach inwestycji „Przebudowa nabrzeży w Porcie Gdynia - Etap I Nabrzeże Rumuńskie, faza I” mogą polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych Ferrovial Agroman S.A., albowiem przedłożone dokumenty nie wystarczały do przyjęcia takiego stanowiska. Sam zaś fakt powiązań kapitałowych skarżących z Ferrovial Agroman S. A. nie przesądza jeszcze o tym, że podmiot ten udostępni skarżącym cały swój potencjał i doświadczenie przy realizacji zamówienia, a co więcej z zaoferowanych przez skarżących dokumentów nie wiadomo w istocie jakim konkretnie potencjałem i zasobami dysponuje Ferrovial Agroman S. A. Skoro zatem w zaistniałej sprawie skarżący nie udowodnili zamawiającemu, jak wymaga tego przepis art. 26 ust. 2 b zd. 2 PZP, że mogą polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, a co za tym idzie nie wykazali zamawiającemu spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający zdaniem Sądu Okręgowego trafnie stosując treść art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP w powiązaniu z art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP wykluczył z postępowania o udzielenie zamówienia skarżących i odrzucił ich ofertę, a KIO oceniając powyższe zarzuty odwołania słusznie nie uwzględniła ich. Takie postępowanie zamawiającego nie naruszało również zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie uchybiało dyspozycji art. 7 PZP. W konsekwencji również nie uwzględnienie przez KIO tego podniesionego w odwołaniu zarzutu i uznanie, że w niniejszej sprawie zamówienia udzielono wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy było prawidłowe.

Konkludując stwierdzić trzeba, że podczas procedury zamówienia publicznego i wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą zaskarżonego wyroku nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisów kodeksu cywilnego podniesionych skutecznie w skardze przez skarżącego, wobec czego Sąd Okręgowy w pełni

podzielił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej i na podstawie art. 198 fust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r., nr 223, 1655, ze zm.) oddalił jako niezasadną skargę wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Budinex Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie oraz Mostostal Kraków Spółki Akcyjnej z

i

siedzibą w Krakowie od rozstrzygnięcia zamawiającego Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni przy udziale wykonawcy Strabag sp. z o.o.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 198 fust. 5 PZP uznając, że skarżący przegrali to postępowanie w całości, a zamawiający i uczestnik postępowania Strabag S.A. wygrali to postępowanie w całości. Wysokość wynagrodzenia należnego pełnomocnikowi określono w oparciu o § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 490) w związku z art. 105 § 2 k.p.c.

ginalne wf&iciwe podpisy
ność świsdcsy

Z> RETARZ

gc w Gdańsku