

W Y R O K

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 września 2011 roku

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:
Przewodniczący: SSO Grażyna Tarkowska (spr.)

Sędziowie: SSO Dariusz Janiszewski

SSO Rafał Terlecki

Protokolant: sek. sąd. Małgorzata Wolejszo- Haner

po rozpoznaniu w dniu 09 września 2011 roku, w Gdańsku,

na rozprawie

sprawy ze skargi wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia-
Konsorcjum firm: Unia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (lider),
Infover Spółka Akcyjna w Kielcach, z siedzibą dla lidera Konsorcjum w Warszawie
z udziałem zamawiającego- Energa- Operator Spółki Akcyjnej w Gdańsku

oraz z udziałem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia-
Konsorcjum firm: Systemy Pomiarowe Elgama Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
w Świdnicy (lider), UAB „Elgama- Elektronika” w Wilnie, UAB "Sigma Telas Energy"
w Wilnie, z siedzibą dla lidera Konsorcjum w Świdnicy

w przedmiocie zamówienia publicznego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z dnia 20 czerwca 2011 roku,
sygnatura akt KIO 1200/11

i. zmienia zaskarżony wyrok:

1. w punkcie 1 (pierwszym) w ten sposób, że uwzględnia odwołanie i stwierdza
naruszenie przez zamawiającego- Energa- Operator Spółkę Akcyjną w Gdańsku
w stosunku do odwołującego 'wykonawcy- Konsorcjum firm: Unia Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (lider), Infover Spółka Akcyjna
w Kielcach, z siedzibą dla lidera Konsorcjum w Warszawie przepisów art. 24 ust.2
pkt 4 w związku z art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawu
zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759),

Sygn. akt XII Ga 412/11

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 20 czerwca 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza w postępowaniu
prowadzonym przez zamawiającego Energa- Operator S.A. w Gdańsku w punkcie I oddaliła
odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia- Konsorcjum
firm: Unia Spółka z o. o. w Warszawie (lider) i Infover S.A. w Kielcach z siedzibą dla lidera
Konsorcjum w Warszawie, w punkcie II kosztami postępowania obciążyła odwołującego
i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł uiszczonej
przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Ustalając stan faktyczny Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że wykonawca

Konsorcjum Firm: Unia Sp. z o.o. w Warszawie i Infover S.A. w Kielcach z siedzibą dla lidera Konsorcjum w Warszawie podniósł zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy P.z.p., gdyż jego zdaniem zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty nie zawiera uzasadnienia prawnego takiej czynności, a w szczególności podstawy prawnej wykluczenia oraz zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p., poprzez błędne ich zastosowanie i przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt i 5 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne zastosowanie tego przepisu i uznanie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu, a w ich wyniku naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określonych w art. 7 ustawy P.z.p.

Izba ustaliła, że w uzasadnieniu odwołujący powołał się na pismo z dnia 26 maja 2011 r. stwierdzając, że w tym piśmie został powiadomiony o wykluczeniu z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty. Przyznał także, że w tym powiadomieniu Zamawiający stwierdził, że wykluczenie jest następstwem wydanego w dniu 20 maja 2011 r., sygn. akt KIO/945/11 wyroku KIO. Tak jak ustaliła Izba rozpoznająca niniejsze odwołanie, w odwołaniu, którego dotyczy wskazany wyrok wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Action S.A. oraz BMCG Spółka z o.o. w Warszawie podnieśli zarzuty względem oferty wykonawcy LOGON S.A. z Bydgoszczy, stwierdzając, że dla potwierdzenia warunku z pkt 1 działu XIII specyfikacji wykonawca - LOGON S.A. złożył wykaz dostaw wraz z referencjami oraz zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez firmę Sagemcom Energy & Telecom SAS, które to dokumenty nie potwierdziły spełnienia wskazanego warunku specyfikacji.

Powołanym wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając odwołanie nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu, w tym wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy LOGON S.A. Rozstrzygnięcie, co do wykluczenia z postępowania wykonawcy LOGON S.A. oparte zostało na ustaleniu, że wykonawca ten (...) wykazując spełnianie opisanego przez zamawiającego w pkt 1 Działu XIII SIWZ warunku udziału w postępowaniu oparł się wyłącznie na wiedzy i doświadczeniu, udostępnionej przez podmiot trzeci na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. W uzasadnieniu wyroku KIO w szczególności stwierdziła, że (...) przywoływany przepis wyraźnie wiąże możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy P.z.p. zasobów należących do innego podmiotu z istnieniem rzeczywistej potrzeby wykazania tego zasobu w związku z jego niezbędnością dla realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Niezbędność ta nie dotyczy, zatem złożenia jedynie samych referencji podmiotu trzeciego, potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia w celu złożenia oferty, ale także konieczności zapewnienia przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia potrzebnych do wykonania zamówienia. Z kolei przepis art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p. stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia. Zatem ta regulacja służy wykazaniu, że zamówienie uzyskają wykonawcy, którzy ze względu m.in. na posiadaną wiedzę i doświadczenie będą w stanie należycie wykonać zamówienie. Krajowa Izba Odwoławcza wskazując na doktrynę oraz orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w zakresie możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich stwierdziła, że powołanie się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty i konieczność wykazania, że wykonawca (...) faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów⁷ lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej, a są niezbędne do wykonania zamówienia". Oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy KIO stwierdziła, że złożone w piśmie wykonawcy - LOGON S.A. z dnia 21 marca 2011 r. zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania przystępującemu zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia nie pozwala uznać, że wykonawca ten udowodnił zamawiającemu, iż oddano mu wymagane treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wiedzę i doświadczenie, albowiem (...) treść tego zobowiązania ani żadnego innego dokumentu nie nawiązuje w żadnym stopniu do osobistego uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Odpowiedź, w jaki sposób zasób zostanie wykorzystany przy realizacji zamówienia daje dopiero pismo przystępującego z dnia 20 kwietnia 2011 r.

W piśmie tym wykonawca oświadczył jednoznacznie, że podmiot trzeci tj. Sagemcom

Energy & Telecom, na którego zasób w zakresie wiedzy i doświadczenia się powoływał, nie będzie wykonywać żadnych świadczeń na rzecz zamawiającego i nie weźmie udziału w realizacji zamówień realizacyjnych, jako podwykonawca. Taki stan, w ocenie KIO, stanowił użyczenie jedynie dokumentu w postaci referencji tylko dla formalnego wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, czemu sprzeciwia się zarówno cel wprowadzenia przepisu art. 26 ust 2b ustawy p.z.p. jak i jego brzmienie (wyrażona w tym przepisie niezbędność do realizacji zamówienia oddanego przez podmiot trzeci zasobu)".

Dalej Izba wskazała, że skład orzekający Izby rozpoznający w niniejszej sprawie odwołanie z dnia 06 czerwca 2011 r. Konsorcjum Firm: Unia Spółka z o.o. oraz Infover S.A. po analizie treści oświadczenia Sagemcom Energy & Telecom SAS z dnia 18 lutego 2011 r., załączonego do oferty Odwołującego - Konsorcjum firm - Unia Sp. z o.o. i Infover S.A., a także wezwań Zamawiającego z dnia 15 marca 2011 r. i z dnia 18 kwietnia 2011 r. skierowanego do Odwołującego o złożenie wyjaśnień oraz wyjaśnień wykonawcy z dnia 24 marca 2011 r. i 19 kwietnia 2011 r. stwierdził bezspornie, że Odwołujący - podobnie jak wykonawca LOGON S.A. - powołał się na wiedzę i doświadczenie Sagemcom Energy & Telecom SAS, przedłożył zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, a następnie składając wyjaśnienia oświadczył - podobnie jak LOGON S.A. - że Sagemcom Energy & Telecom SAS (...) nie bierze udziału w realizacji Zamówień Realizacyjnych, ani w roli podwykonawcy, ani w innej roli. Tym samym Odwołujący i wykonawca LOGON S.A. złożyli dokumenty na potwierdzenie spełnienia w/w warunku - analogiczne w swej treści. Izba stwierdziła także, że Odwołujący nie przystąpił do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt; KIO 945/11, mimo stosownego wezwania na podstawie art. 185 ust.2 i 3 ustawy P.z.p.

Rozważając Krajowa Izba Odwoławcza podniosła, że nie podlega rozpoznaniu zarzut naruszenia art. 24 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. dotyczący wykluczenia Odwołującego z postępowania, z uwagi na odpowiednie zastosowanie przepisu art. 189 ust.2 pkt 5 tej ustawy P.z.p. Zgodnie z art. 189 ust.2 pkt 5 ustawy P.z.p. odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. W tym przypadku Izba stwierdziła, że podnoszony zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy p.z.p. dotyczy czynności wykonanej zgodnie z treścią wyroku Izby z dnia 20 maja 2011 r. sygn. akt KIO/945/11. Wyrokiem tym KIO. uwzględniając odwołanie przede wszystkim nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu, tak jak podniesiono powyżej rozważania Izby w wyroku w sprawie KIO 945/11 dotyczyły także bezpośrednio wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy LOGON S.A., jednakże przedstawiona argumentacja w uzasadnieniu wyroku odnosila się również do sytuacji faktycznej i prawnej pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego w niniejszej sprawie. Tak jak ustaliła Izba, wykonawca ten, złożył w tym postępowaniu o zamówienie publiczne analogiczne dokumenty i wyjaśnienia, dotyczące zasad korzystania z zasobów Sagemcom Energy & Telecom SAS. Tym samym sformułowany w sentencji wyroku nakaz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w odwołaniu, a związanych z podstawami wykluczenia wykonawcy Logon S A dotyczył de facto także oferty Odwołującego.

Izba wzięła również pod uwagę, że Odwołujący - Konsorcjum firm: Unia Spółka z o.o. i INFOVER S.A. pomimo skutecznego wezwania do zgłoszenia przystąpienia w toczącym się postępowaniu odwoławczym zakończonym wyrokiem z dnia 20 maja 2011 r. nie skorzystał z przysługującego prawa do zgłoszenia przystąpienia, a tym samym w świetle art. 185 ust 6 ustawy P.z.p. nie może korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby. Odwołujący - wbrew jego twierdzeniom - miał oczywisty interes, podobnie jak wykonawca LOGON S.A., w przystąpieniu do postępowania odwoławczego o sygn. akt; KIO 945/11 po stronie Zamawiającego. Odwołanie bowiem z dnia 02 maja 2011 r. wniesione przez Action S.A. oraz BMCG Spółkę z o.o. wobec oferty wykonawcy - LOGON S.A dotyczyło tych samych okoliczności, które stanowiły podstawę do wykluczenia Odwołującego decyzją z dnia 26 maja 2011 r w związku z wyrokiem KIO z dnia 20 maja 2011 r.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że przepis art. 189 ust 2 pkt 5 ustawy P.z.p. ma w niniejszej sprawie odpowiednie zastosowanie, albowiem ustawa - Prawo zamówień

publicznych nie zna instytucji odrzucenia odwołania w części. Z tych też względów zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p., Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Rozpoznając na rozprawie zarzuty w pozostałym zakresie, a dotyczące naruszenia art. 92 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy P.z.p., oraz art. 39 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. i art. 7 ustawy P.z.p.. Izba stwierdziła, że podlegają one oddaleniu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy P.z.p., Izba stwierdziła, że w piśmie z dnia 26 maja 2011 r. w zakresie pkt. IV lit. g. Zamawiający niewątpliwie podał okoliczności stanowiące uzasadnienie faktyczne i prawne dla wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W tym przypadku Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że brak powołania przepisu (jednostki redakcyjnej) w treści rozstrzygnięcia nie jest ani przesłanką, nieważności postępowania w procedurze cywilnej, ani podstawą nieważności decyzji w procedurze administracyjnej. Także na gruncie przepisów ustawy P.z.p. nie można wywieść takiego wniosku. Tym samym, nawet przyjmując, że zarzut Odwołującego jest trafny, nie ma podstaw do uznania, że powyższe skutkuje wadliwością czynności oceny ofert i tym samym brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania na tej podstawie. Brak powołania podstawy prawnej decyzji o wykluczeniu wykonawcy nie pozbawia takiej decyzji bytu prawnego, bowiem powołanie właściwego przepisu nie jest warunkiem zaistnienia wykluczenia konkretnego wykonawcy z postępowania, lecz służy, co najwyżej ocenie prawidłowości dokonanego wykluczenia w znaczeniu formalnym. Izba stwierdziła także, że brak wskazania w decyzji o wykluczeniu konkretnego właściwego przepisu nie stanowi również naruszenia przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania, jak również - co podnosił Zamawiający - nie stanowi wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy. Tym samym wobec brzmienia art. 192 ust. 2 ustawy P.z.p., nie może stanowić podstawy uwzględnienia odwołania. Na marginesie Izba zauważyła, iż zgodnie ze wskazanym przepisem art. 92 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy P.z.p. zawiadomienie powinno zawierać uzasadnienie prawne, przy czym ustawodawca jednoznacznie nie rozstrzygnął, iż takie uzasadnienie ma być wyrażone poprzez wskazanie konkretnego przepisu prawnego.

Izba zważyła nadto, że nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., albowiem jego zastosowanie jest konsekwencją decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p., z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co wynika z literalnego brzmienia powołanego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. W konsekwencji, brak jest także podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 7 ustawy P.z.p., wobec oddalenia zarzutów rozpoznawanych na rozprawie z uwzględnieniem zarzutu pozostawionego bez rozpoznania.

Mając powyższe na względzie Izba orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie przepisu art. 192 ust 9 i 10 ustawy P.z.p.

Na powyższy wyrok skargę złożył odwołujący się - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia- Konsorcjum firm: Unia Spółka z o. o. w Warszawie (lider) i Infover S.A. w Kielcach z siedzibą dla lidera Konsorcjum w Warszawie, zaskarżając go w całości oraz zarzucając:

- naruszenie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p., poprzez błędne zastosowanie

i przyjęcie, iż w zakresie podniesionego przez Skarżącego w odwołaniu z dnia 06 czerwca 2011 roku zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p., odwołanie winno być odrzucone, a sam zarzut nierozpoznany, ze względu na treść wyroku KIO z dnia 20 maja 2011 roku o sygn. akt KIO 945/11, podczas gdy wyrok ten dotyczył innego wykonawcy i oparty był na innych okolicznościach, niż zawarte w odwołaniu Skarżącego.

- naruszenie art. 185 ust. 6 ustawy P.z.p., poprzez błędne zastosowanie i przyjęcie, iż Skarżące Konsorcjum nie może korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności Zamawiającego w zakresie wykluczenia go z postępowania, w sytuacji, gdy zapadł wyrok

dotyczący innego wykonawcy i nie ingerujący bezpośrednio w jego sferę prawną, a on sam nie miał obowiązku uczestniczenia w tym postępowaniu, ze względu na odrębny stosunek prawny łączący go z podmiotem udostępniającym potencjał w rozumieniu art. 26 ust. 2b,

- naruszenie przepisu postępowania mającego wpływ na rozstrzygnięcie sprawy tj. art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez niedopuszczenie Skarżącego do przedłożenia przed KIO dowodów na okoliczności potwierdzające zdolność do wykonania zamówienia publicznego i spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
- naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. poprzez błędne ich zastosowanie i przyjęcie, że Skarżący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy P.z.p. poprzez jego bezpodstawne zastosowanie i uznanie, że oferta Skarżącego podlega odrzuceniu.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości oraz orzeczenie, co do istoty sprawy tj. co do zasadności odwołania Skarżącego Konsorcjum z dnia 06 czerwca 2011 roku oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu,
- unieważnienia czynności wykluczenia Skarżącego z postępowania i odrzucenia jego oferty,
- dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Skarżącego Konsorcjum i wybór jako jednej z trzech najkorzystniejszych ofert Skarżącego Konsorcjum.

Nadto Skarżący wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów pełnomocnika reprezentującego Skarżącego, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu podniósł, że mając na uwadze stan faktyczny sprawy wynikający z dokumentacji postępowania wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jest sprzeczny z prawem.

Wskazał na wstępie, iż zarówno z sentencji orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 945/11), jak również z uzasadnienia powyższego orzeczenia nie wynika obowiązek wykluczenia przez Zamawiającego z postępowania Skarżącego Konsorcjum lecz Spółki Logon. Skarżący podniósł, iż w żadnym razie nie należy interpretować treści i uzasadnienia orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2010 roku w taki sposób, że Izba dokonała w tym orzeczeniu oceny wiarygodności oświadczeń przedłożonych przez Skarżącego w toku postępowania o zamówienie publiczne. Należy podkreślić, iż zdolność Skarżącego do uczestnictwa w przedmiotowym zamówieniu, nie była w ogóle przedmiotem badania Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO UZP 1200/11. co było przecież istotą tego odwołania. W konsekwencji wyroku KIO z dnia 20 maja 2011 roku o sygn. akt 945/11 (dotyczącego innego wykonawcy, to jest Spółki Logon) oraz po unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszych ofert oraz czynności badania ofert. Zamawiający dokonał wykluczenia z postępowania Skarżącego w niniejszej sprawie.

W takim stanie faktycznym w postępowaniu prowadzonym przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygn. akt KIO UZP 1200/11 nierozpoznanie przez KIO zarzutu Skarżącego zawartego w odwołaniu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. realnie narusza prawo skarżącego do obrony swoich praw w tym postępowaniu. Zawarte w uzasadnieniu wyroku KIO lakoniczne twierdzenie, iż Skarżący „złożył w tym postępowaniu te same dokumenty”, co miałyby jakoby uzasadnić ten sam stan faktyczny i prawny wykluczonego z postępowania na podstawie wyroku KIO z dnia 20 maja 2011 r. oraz Skarżącego, jest całkowicie nielogiczny, w kontekście zawartych w uzasadnieniu tego wyroku twierdzeń, iż Logon S.A. w Bydgoszczy nie udowodnił spełnienia warunków uczestnictwa w tym postępowaniu podmiotu trzeciego udostępniającego potencjał niezbędny do realizacji zamówienia, co w konsekwencji przesądziło o wykluczeniu twego wykonawcy. Jeżeli zatem uczestnictwo Logon S.A. w Bydgoszczy w ocenie KIO zawartej w przedmiotowym wyroku zależało od udowodnienia, to należy uznać, po pierwsze, że KIO dopuściła na etapie postępowania odwoławczego możliwość udowodnienia okoliczności uczestnictwa w postępowaniu o zamówienie publiczne tego podmiotu, a po drugie, nawet ewentualne uczestnictwo Skarżącego w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 945/11.

nie mogło mieć wpływu na wynik tego postępowania, bowiem ciężar dowodu warunków uczestnictwa spoczywał na LOGON S.A., a nie na Skarżącym w niniejszej sprawie, który ma swój odrębny interes prawny w uzyskaniu zamówienia. Skarżący jako ewentualny uczestnik postępowania nie mógł, bowiem udowodnić okoliczności potwierdzających spełnienie przez Logon S.A. warunków uczestnictwa w postępowaniu, które wynikają z jego niezależnego stosunku prawnego łączącego go z podmiotem udostępniającym potencjał w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p.

Zatem niedopuszczenie przez KIO do rozpoznania zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p., pozbawiło Skarżącego możliwości udowodnienia swojego dostępu do wiedzy i doświadczenia podmiotu udostępniającego potencjał. Skarżący stwierdził nadto, że nawet fakt przedłożenia analogicznych dokumentów nie może przesądzać, ani o tożsamości stron, ani tożsamości podstawy faktycznej rozstrzygnięcia ze względu na fakt, iż stany faktyczne obu postępowań tj. KIO 945/11 oraz KIO UZP 1200/11 są różne, także ze względu na brak tożsamości pomiędzy Skarżącym, a Logon S.A. Powoływanie się na ustalenia w innych postępowaniach, nie może być uznane przez Izbę za dostateczny i jedyny dowód w sprawie (tak: wyrok KIO przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 15 marca 2011 r., KIO 454/11). W niniejszej sprawie nie doszło jednak nawet do postępowania dowodowego, co oczywiście narusza art. 190 ust. 1. ustawy P.z.p.

Dalej skarżący wskazał, że Izba w zaskarżonym wyroku uznała, iż została wypełniona przesłanka do odrzucenia odwołania określona w przepisie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p.. Zastosowanie tej przesłanki uzależnione jest od potwierdzenia zgodności czynności zamawiającego z wyrokiem Izby lub sądu. Merytoryczne rozstrzygnięcie KIO zawarte w wyroku z dnia 20 maja 2011 roku, mówi o tych okolicznościach, które były przedmiotem rozstrzygnięcia, a więc były przedmiotem merytorycznej oceny i zostały wskazane w uzasadnieniu wyroku. Sytuacja prawna Skarżącego po wykluczeniu z postępowania w dniu 26 maja 2010 roku nigdy nie była poddana takiej ocenie. Nie ma także mowy o niej w uzasadnieniu tego wyroku. Z tego też powodu twierdzenie uzasadnienia zaskarżonego wyroku, iż wyrok ten „de facto dotyczył także oferty Odwołującego” jest za daleko idącym stwierdzeniem. Treść wyroku powinna być interpretowana za pomocą wykładni gramatycznej oraz, raczej zawężająco niż rozszerzająco (tak: postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 4 lutego 2011 r. KIO 160/11). Zatem odczytywanie sentencji wyroku z dnia 20 maja 2011 roku, w ten sposób, iż powtórzenie przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu tego wyroku, w tym wykluczenia Logon S.A. w Bydgoszczy, można rozszerzyć na inny podmiot, w kontekście braku możliwości obrony przez Skarżącego, w kolejnym postępowaniu odwoławczym jest całkowicie bezzasadne.

Podsumowując skarżący, stwierdził, iż odrzucenie odwołania powinno nastąpić tylko wówczas, gdy dotyczy czynności wykonanej zgodnie z wyrokiem KIO czy sądu, natomiast, jeżeli dana czynność została dokonana odmiennie, wówczas podlega ona zaskarżeniu odwołaniem bez żadnych ograniczeń. Rozumowanie KIO wyrażone w zaskarżonym wyroku, sprowadzające się do przyjęcia, że skoro orzeczenie Izby nakazywało powtórzenie czynności badania ofert i że skoro takie badanie zostało dokonane, to wynik tego badania nie może być już poddany ponownej ocenie Izby, jest oczywiście sprzeczne z treścią przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p., w sytuacji, gdy orzeczenie to dotyczyło innego podmiotu.

Zdaniem skarżącego błędne jest twierdzenie KIO zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy P.z.p., Skarżący był uprawniony, aby zgłosić przystąpienie do toczącego się postępowania w wyniku odwołania wykonawców: Action S. A. w Warszawie oraz BMCG sp. z o. o. w Warszawie, wykazując swój interes prawny w przystąpieniu oraz określając swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w tym odwołaniu. Twierdzenie takie nie może w tej konkretnej sytuacji zamykać Skarżącemu drogi do złożenia, we właściwym terminie, własnego odwołania na czynności wykluczenia go z postępowania. Skarżący jako wykonawca, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, winien samodzielnie ocenić swoje szanse na uzyskanie zamówienia oraz zdecydować o tym, czy podejmować czynności prawne wobec odwołań, zwłaszcza w sytuacji, gdy wskazane przedmiotowe odwołanie w żadnym zakresie nie dotyczyło go bezpośrednio. Skarżący nie miał, zatem interesu uczestnictwa po stronie Zamawiającego w sytuacji, gdy jego oferta została wybrana z trzech najkorzystniejszych, a złożenie ww. odwołania miało na celu

wykluczenie z postępowania innego wybranego wykonawcy - Logon S.A w Bydgoszczy. Konkurent, który złożył odwołanie podnosił zarzuty skuteczne za odrzuceniem oferty innego wykonawcy, co w niniejszym przypadku faktycznie nastąpiło.

Odnosząc się do meritum sporu. Skarżący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie w zakresie interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy P. z p. wyrażone pismem procesowym z dnia 20 czerwca 2011 roku. Wskazał, że rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie winno rozstrzygnąć problem związany z uczestnictwem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Skarżący podtrzymał stanowisko, iż z wykładni przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy P.z.p. nie wynika obowiązek uczestniczenia (lub oddelegowania pracowników) przez podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie. Nadto Skarżący wskazał, że nie zawsze konieczne jest uczestnictwo podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, gdy udostępnił on wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie, (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2010 r., KIO/UZP 2643/10). Przy dokonywanej ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w sytuacji posłużenia się przez wykonawcę wiedzą i doświadczeniem pochodzącym od podmiotu udostępniającego, najistotniejszym elementem jest przedmiot świadczenia, do jakiego zobowiązuje się Wykonawca wobec Zamawiającego. Podkreślił także, że ustawa nie przewiduje takiego obowiązku. Wynika to nie tylko z literalnego brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy p.z.p., ale również z zestawienia art. 26 ust. 2b p.z.p. i § 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226. póź. 1817). Podkreślił także, że § 1 pkt 2 rozporządzenia odwołuje się do całego art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. Przepis ten dopuszcza zatem, że przedsiębiorca udostępniający wiedzę i doświadczenie może nie brać udziału w wykonywaniu umowy. Zatem w sytuacji, w której podmioty takie nie będą brały udziału w realizacji zamówienia (a zgodnie z przepisem art. 26 ust.2 b ustawy P.z.p. nie muszą) dokumentów takich przedstawiać nie trzeba. Skarżący wskazał, że nie wynikające z art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. twierdzenie, że podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie musi zawsze uczestniczyć w realizacji zamówienia w rzeczywistości sprowadza brzmienie § 1 pkt powołanego rozporządzenia do wyżej wskazanego, a taką interpretację art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. należy uznać za sprzeczną z prawem.

Skarżący wskazując na podstawy jego wykluczenia z postępowania zauważył, że Zamawiający w rozstrzygnięciu z dnia 26 maja 2011 roku za przyczynę uznania, że Skarżący nie udowodnił dysponowania zasobami, nie uznał braku wskazania Sagemcom Energy & Telecom SAS w realizacji Zamówień Realizacyjnych w roli podwykonawcy i co za tym idzie, nie złożenia dla tego podmiotu tzw. dokumentów podmiotowych, ale „brak tego udziału w ogóle”. Z poglądem takim skarżący nie zgodził się, już z tego powodu, że przeczą temu fakty zaistniałe w postępowaniu, skoro Skarżący, co nie może budzić wątpliwości Zamawiającego, wyjaśniając wątpliwości, co do udziału Sagemcom Energy & Telecom SAS w realizacji zamówienia w piśmie z dnia 19 kwietnia 2011 r. wskazał, że udostępniający doświadczenie i wiedzę przekaze w postaci szkoleń dla pracowników oraz udostępni im wszelkie materiały szkoleniowe. Już to świadczy o pośrednim udziale Sagemcom Energy & Telecom SAS udostępniającym zasoby w realizacji umów wykonawczych, gdyż szkolenia takie (szkolenia team liderów) pozwolą następnie wykonać objętą umową szkolenia personelu Zamawiającego (w opisie przedmiotu zamówienia występujące pod nazwą „Warsztaty” - Produkt P 1.5 str. 7 zał. Nr 1) i obalają podstawę wykluczenia jako brak udziału udostępniającego wiedzę i doświadczenie „w ogóle”. Skarżący nadto podniósł, że wskazany zakres nie wyczerpuje innych form współdziałania Sagemcom Energy & Telecom SAS ze Skarżącym w realizacji umów realizacyjnych, wynikających wprost ze specyfiki produktu (liczniki i koncentratory) i zasad realizacji wsparcia takich produktów, a tym samym ich dystrybutorów w Polsce.

W ocenie skarżącego przyjęta przez Zamawiającego ocena zobowiązania Sagemcom Energy & Telecom SAS z dnia 18 lutego 2011 r. oddania do dyspozycji Skarżącemu zasobów⁷ niezbędnych do realizacji Zamówień Realizacyjnych, tj. wiedzy i doświadczenia w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia nie uwzględnia faktu, że Sagemcom Energy & Telecom SAS jest producentem urządzeń zaoferowanych dla spełnienia oczekiwań Zamawiającego, co do przedmiotu zamówienia opisanych w SIWZ. Tym samym Sagemcom Energy & Telecom SAS wystąpi na etapie realizacji umów wykonawczych jako gwarant, a wcześniej jako faktyczny dostawca zamawianych urządzeń.

Wobec powyższego nieprawdą jest brak udziału udostępniającego w realizacji zamówienia będący podstawą wykluczenia, a tym samym za nieuprawnione należy uznać wykluczenie Skarżącego z postępowania.

Skarżący nie uznał również, aby udział Sagemcom Energy & Telecom SAS w przedmiotowym postępowaniu wymagał podwykonawstwa. Wskazał, że w świetle orzecznictwa KIO (m.in. wyrok KIO/EI/ZP 84/08) nadinterpretacją byłoby utożsamianie pojęcia „podwykonawcy” z „producentem sprzętu” - w tym wypadku udostępniającym wiedzę i doświadczenie immanentnie związane ze sprzętem firmy Sagemcom Energy & Telecom SAS. Za podwykonawcę należy uznać podmiot, czy osobę, której wykonawca będzie powierzał (zlecał) wykonanie określonej dostawy, czy usługi, natomiast za producenta należy uznać osobę lub przedsiębiorstwo produkujące jakieś dobra materialne. Producentem zatem jest każdy podmiot, który produkuje określone towary w celu sprzedaży ich na rynku. Stawianie znaku równości pomiędzy podwykonawcą, a producentem sprzętu w świetle przytoczonych definicji nie jest zasadne.

Podsumowując powyższe skarżący podkreślił, że w przypadku zamówienia na dostawę oraz uruchomienie Infrastruktury Licznikowej dla ENERGA - OPERATOR S.A. (postępowanie nr: ZP/48/R.ZU/2010), abstrahując już od braku konieczności podwykonawstwa dla spełnienia wymagań art. 26 ust. 2b P.z.p. w posługiwaniu się potencjałem udostępnionym, nie ma części tej dostawy, którą można zlecić do wykonania w ramach podwykonawstwa. a takowe wydzielenie miałoby charakter sztuczny i nierzeczywisty, co było zarzucone Skarżącemu w kontekście posłużenia się udostępnionymi zasobami. Wobec zatem opisanej specyfiki zamówienia. Skarżący nie miał podstaw wskazywać. Sagemcom Energy & Telecom SAS jako podwykonawcy.

Dalej skarżący uznał, że o ile posługując się użyczonymi zasobami firmy Sagemcom Energy & Telecom SAS dla wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia nie musiał wskazywać tej firmy jako podwykonawcy, to nie sposób uznać, że w zaistniałej sytuacji złożenia oświadczenia udostępniającego z dnia 18 lutego 2011 roku o oddaniu Skarżącemu wiedzy i doświadczenia w zakresie niezbędnym do wykonania zamówień realizacyjnych, dysponowanie takie nie miało charakteru rzeczywistego i wystarczającego do realizacji przedmiotu zamówienia, skoro pochodzi od producenta oferowanego sprzętu, a dodatkowo choć wymóg taki nie wynika z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. producent ten będzie brał udział w realizacji zamówienia (zamówień realizacyjnych), bezpośrednio jako dostawca urządzeń, gwarant, dostawca makiety, instrukcji etc. oraz pośrednio co zostało wskazane w wyjaśnieniach poprzez przekazanie wiedzy i doświadczenia Skarżącemu w trakcie szkoleń, oraz św iadcząc pełne wsparcie produktu.

Skarżący nadto stwierdził, iż Zamawiający zdefiniował (w SIWZ) ogólny w treści formularz, dotyczący zobowiązania innego podmiotu do udzielenia zasobów - zał. Nr 6 do SIWZ. Skarżący natomiast udowodnił oddanie mu do dyspozycji niezbędnych do realizacji zamówień realizacyjnych zasobów Sagemcom Energy & Telecom SAS wypełniając ten formularz i przedkładając odpowiednie oświadczenie Sagemcom Energy & Telecom SAS - określone w SIWZ. Odwołujący, znając swoje możliwości oraz wypełniając wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. a także oferując produkt Sagemcom Energy & Telecom SAS. poinformował - że poprzez szkolenia, gdyż będzie to jedyny element udostępniania „żywej wiedzy i doświadczenia” - reszta jest zawarta w kontraktach dostaw (wsparcie produktów) oraz w inteligentnych produktach (know-how zaszyte w produkcie). Ponadto w umowie realizacyjnej określonej w SIWZ nie ma w zasadzie miejsca dla podwykonawcy, w sytuacji gdy faktycznym dostawcą jest Producent (Sagemcom Energy & Telecom SAS), bo wiedzę i doświadczenie przekazuje na zasadach wsparcia i gwarancji dla własnych rozwiązań poprzez Wykonawcę, a instalacje liczników może wykonywać po certyfikowanym szkoleniu tylko ekipa zamawiającego.

W odpowiedzi na skargę wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm: Systemy Pomiarowe Elgama Spółka z o.o. w Świdnicy (lider). UAB „Elgama - Elektronika” w Wilnie i UAB „Sigma Telas Energy” w Wilnie, z siedzibą dla lidera Konsorcjum w Świdnicy domagał się sprawdzenia wartości przedmiotu sporu wskazanej w skardze, a ponadto domagał się odrzucenia skargi, w razie

nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie, oddalenie skargi, a nadto dopuszczenie dowodów wskazanych w odpowiedzi na skargę oraz wnosił o zasądzenie od Skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu w/w Konsorcjum wskazało, że określona wartość przedmiotu sporu jest nieprawidłowa, a w konsekwencji także opłata sądowa została uiszczona w niewłaściwej wysokości.

Uczestnik wniósł o wezwanie skarżącego do uiszczenia wpisu w wysokości 5% od kwoty 890.015.000.00 zł. z ograniczeniem wynikającym z art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

Dalej uczestnik wskazał, że skarga została podpisana przez Prezesa Zarządu Spółki Unia - Krzysztofa Chrystowskiego, który ze względu na treść art. 87 k.p.c. nie mieści się w kategorii osób wymienionych w art. 87 k.p.c. Załączone pełnomocnictwo jest pełnomocnictwem materialnym i w żaden sposób nie może stanowić podstawy do występowania Krzysztofa Chrystowskiego w imieniu obu podmiotów przed sądem i poświadczania za zgodność z oryginałem załączonych do skargi dokumentów.

Następnie uczestnik podniósł, że skarga podlega odrzuceniu z uwagi na brak zdolności sądowej wskazanego przez skarżącego przeciwnika skargi tj. Konsorcjum firm: Systemy Pomiarowe Elgama Spółka z o.o. w Świdnicy (lider), UAB „Elgama - Elektronika” w Wilnie i UAB „Sigma Telas Energy” w Wilnie. Z ostrożności procesowej uczestnik wskazał, iż nawet gdyby przyjąć, że skarżący jedynie nieprecyzyjnie określił przeciwnika skargi to i tak podlega ona odrzuceniu jako niedopuszczalna, bowiem skarżący w dniu 08 lipca 2011 r. przesłał faksem odpis skargi do Spółki Systemy Pomiarowe Elgama, natomiast odpisu nie otrzymały Spółki: UAB „Elgama - Elektronika” w Wilnie i UAB „Sigma Telas Energy” w Wilnie.

Uczestnik następnie wskazał, że skarga podlega oddaleniu z następujących powodów: skarga została skierowana przeciwko podmiotowi niebędącemu przeciwnikiem skargi, a co za tym idzie podmiot ten nie będzie mógł wykonać żądań zawartych w skardze albowiem nie jest zamawiającym, skarżone orzeczenie KIO 1200/11 nie narusza przepisów wskazanych przez skarżącego tj. art. 189 ust.2 pkt 5, 185 ust. 6, 190, a nadto zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. wykluczając Konsorcjum Unii z udziału w postępowaniu.

W piśmie procesowym z dnia 26 lipca 2011 r. Zamawiający Energa - Operator Spółka Akcyjna w Gdańsku wniósł o odrzucenie skargi na podstawie art. 198 e ust. 1 ustawy P.z.p., jako niedopuszczalnej ze względu na jej wniesienie przez podmiot nieuprawniony. W przypadku nieuwzględnienia tego wniosku, domagał się sprawdzenia wartości przedmiotu zaskarżenia, oznaczonej przez Skarżącego oraz uzupełnienia opłaty stosunkowej od skargi w wysokości 4.999.260 zł, na podstawie art. 25 § 1 k.p.c. w zw. z art. 368 § 2 k.p.c. oraz w zw. art. 198a ust. 2 p.z.p., ewentualnie przedstawienie, na podstawie art. 390 § 1 k.p.c. w zw. 198a ust.2 p.z.p., do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu zagadnienia prawnego budzącego poważne wątpliwości, dotyczące zasad obliczenia wartości przedmiotu zamówienia oraz obliczenia opłaty sądowej od skargi od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wnoszonej wobec czynności zamawiającego podjętej po otwarciu ofert w postępowaniu prowadzonym na podstawie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych w celu zawarcia umowy ramowej, na podstawie argumentacji przedstawionej w pkt. II niniejszego pisma. W przypadku nieuwzględnienia żadnego z powyższych wniosków Zamawiający wniósł o oddalenie skargi z uwagi na brak legitymacji procesowej biernego przeciwnika skargi; oddalenie skargi w całości z uwagi na bezzasadność podnoszonych w niej zarzutów, zasądzenie od skarżącego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania przed Sądem Okręgowym w Gdańsku według norm przepisanych.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że skarga winna zostać odrzucona jako niedopuszczalna, ponieważ została wniesiona przez podmiot nieuprawniony. Skarżącym w postępowaniu są podmioty wspólnie ubiegające się o zawarcie umowy ramowej - Unia Sp. z o.o. oraz Infover S.A. Wniesiona skarga została podpisana natomiast przez Prezesa Zarządu

Spółki Unia Krzysztofa Chrystowskiego. uprawnionego do samodzielnej reprezentacji przed Sądem tylko tej Spółki. Osoba ta nie może być pełnomocnikiem Spółki Infover w cywilnym postępowaniu sądowym, zgodnie z treścią art. 87 § 1 k.p.c. Tym samym po stronie Skarżącego zachodzi nieusuwalny brak w czynnej legitymacji procesowej.

Nadto Zamawiający Wskazał także, że skarga została nieprawidłowo opłacona. Skarżący bezpodstawnie przyjął, że wartością przedmiotu zamówienia, która decyduje o wysokości opłaty stosunkowej zgodnie z art. 34 ust. 2 u.k.s.c., jest suma cen jednostkowych zawartych w ofercie. Ponieważ Zamawiający prowadził postępowanie w przedmiocie zawarcia umowy ramowej, wartość przedmiotu zamówienia powinna być ustalona w odniesieniu do wartości umowy ramowej, czyli łącznej wartości wszystkich zamówień realizacyjnych, a ta wynosi 890.015.000 zł. Uzasadniony jest zatem wniosek o sprawdzenie wartości przedmiotu zaskarżenia i wezwanie Skarżącego do uzupełnienia braków fiskalnych przez dokonanie wpłaty kwoty 4.999.260.00 zł.

Zamawiający ponadto wskazał, że podmiot wskazany przez skarżącego jako przeciwnik skargi - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Systemy Pomiarowe Elgama Spółka z o.o. w Świdnicy (lider), UAB „Elgama - Elektronika” w Wilnie i UAB „Sigma Telas Energy” w Wilnie, z siedzibą dla lidera Konsorcjum w Świdnicy nie posiada statusu przeciwnika skargi w rozumieniu art. 198b ust 2 ustawy p.z.p. Jako przeciwnik skargi winien być oznaczony Zamawiający - Energa - Operator S.A. w Gdańsku. Tym samym przeciwnik skargi nie ma legitymacji bierniej, a brak ten nie może być konwalidowany.

Zdaniem Zamawiającego nie mają podstaw także zarzuty formułowane wobec zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Zdaniem Zamawiającego KIO trafnie uznała, że skoro Skarżący i Logon S.A. złożyli w postępowaniu identyczne dokumenty dotyczące wiedzy i doświadczenia, jak również identyczne oświadczenie o braku udziału podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie w realizacji zamówień, to wyrok w sprawie KIO 945/11 dotyczył w równym stopniu Logon S.A. i skarżącego, a czynność wykluczenia Skarżącego z postępowania była czynnością wykonywaną zgodnie z treścią wyroku. Trafnie, zatem KIO nie rozpoznała zarzutów związanych z tą czynnością zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 p.z.p.

Skarżący powinien był podjąć obronę swoich interesów wcześniej, przystępując do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 945/11. Wbrew twierdzeniom skarżącego Krajowa Izba odwoławcza przed wydaniem zaskarżonego wyroku w niniejszej sprawie nie przeprowadziła postępowania dowodowego i nie oparła się tylko na materiałach ze sprawy KIO 945/11. Izba trafnie oddaliła wnioski dowodowe skarżącego, ponieważ dotyczyły one zarzutu niepodlegającego rozpoznaniu, a nawet gdyby zarzut ten był rozpoznany merytorycznie, dowody były nieprzydatne, ponieważ na etapie postępowania odwoławczego wykonawca nie może „przywrócić” terminu na udowodnienie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wynikającego z art. 26 ust. 2a i art. 26 ust. 3 p.z.p.

Wreszcie Zamawiający wskazał, że skarżący w pismach składanych w toku postępowania jednoznacznie oświadczył, że Sagemcom Energy & Telecom S.A. nie weźmie udziału w realizacji zamówień realizacyjnych. Skoro tak, to zgodnie z dominującą linią orzecniczą dotyczącą art. 26 ust. 2b p.z.p. nie mógł skutecznie powołać się na wiedzę i doświadczenie udostępnione przez ten podmiot. Na etapie postępowania odwoławczego i postępowania skargowego nie ma możliwości zmiany czy uzupełnienia tego oświadczenia, ani przedstawienia nowych dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:

Sąd Okręgowy w Gdańsku w niniejszej sprawie rozpoznał skargę na wyrok KIO z 20 czerwca 2011 roku sygnatura akt KIO 1200/11 złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia- Konsorcjum firm: Unia Spółka z o.o. w Warszawie (lider) i Infover S.A. w Kielcach z siedzibą dla lidera Konsorcjum w Warszawie

z udziałem Zamawiającego Energa - Operator S.A. w Gdańsku oraz z udziałem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm: Systemy Pomiarowe Elgama Spółka z o.o. w Świdnicy (lider), UAB „Elgama - Elektronika” w Wilnie i UAB „Sigma Telas Energy” w Wilnie z siedzibą dla lidera Konsorcjum w Świdnicy, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego na podstawie przepisu art. 185 ust. 2 p.z.p. i na podstawie art. 185 ust. 3 stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego. Status uczestnika postępowania wykonawca ten zachował także w postępowaniu skargowym przed Sądem Okręgowym w Gdańsku. Zważyć należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm., daje ustawa p.z.p.) nie przesądza statusu procesowego wykonawców, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego. W piśmiennictwie przyjęto jednak jednolity pogląd, iż taki uczestnik posiada status interwenienta ubocznego, musi bowiem wykazać interes prawny w przystąpieniu, a ustawa nakazuje doręczać mu orzeczenie na podstawie art. 196 ust. 5 ustawy P.z.p. Wobec powyższego, w sytuacji gdy wszystkie prawa w postępowaniu sądowym uczestnika postępowania zostały zachowane (treść skargi traktuje uczestnika jak uczestnika, a nie jak przeciwnika skargi, uczestnik otrzymał odpis skargi, skutecznie złożył odpowiedź na skargę i został zawiadomiony o terminie rozprawy przed Sądem Okręgowym w Gdańsku) jedynie samo nieprawidłowe określenie w skardze uczestnika jako przeciwnika skargi nie może powodować oddalenia skargi z uwagi na brak legitymacji tego błędnie oznaczonego przeciwnika skargi.

Nie mógł także zostać uwzględniony zarzut doręczenia odpisu skargi bezpośrednio zamawiającemu i uczestnikowi, a nie ich pełnomocnikom, bowiem treść pełnomocnictw zamawiającego i uczestnika złożonych przed KIO jednoznacznie wskazuje, że upoważniały one wskazane osoby do występowania przed KIO, a nie w postępowaniu skargowym. Zważyć jednak należy, iż nawet gdyby pełnomocnictwa te obejmowały postępowanie skargowe, to i tak zarzut powyższy nie mógłby być uwzględniony z uwagi na fakt, że zamawiający i uczestnik otrzymali odpis skargi i ich pełnomocnicy skutecznie złożyli odpowiedź na skargę (składając pełnomocnictwa w postępowaniu skargowym).

W ocenie Sądu Okręgowego skarżący wskazał również prawidłową wartość przedmiotu zaskarżenia 14.789.19 zł i uiszczył w prawidłowej wysokości opłatę sądową od skargi w kwocie 740.00 zł (5% od kwoty 14.789.19 zł). Jest to zgodne z przepisem art.34 ust.2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. Nr 167, poz. 1398 ze zm.), który mówi o „5% wartości przedmiotu zamówienia w postępowaniu, którego skarga dotyczy, jednak nie więcej niż 5.000.000.00 zł”. Powyższa ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych nie wskazuje jak należy rozumieć pojęcie „wartości przedmiotu zamówienia” przy umowie ramowej zawartej między zamawiającym a trzema wykonawcami, której celem było ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i przewidywanych ilości. Umowa ramowa określa warunki przyszłych zamówień. Dopiero na etapie wykonania umowy ramowej będzie wiadomo ile zostanie udzielonych zamówień, komu i jakiej wielkości. Zważyć należy, iż w niniejszym postępowaniu w przedmiocie zawarcia umowy ramowej, którego dotyczy skarga, wykonawcy byli zobowiązani do wskazania w ofercie cen jednostkowych dla liczników 1- fazowych, liczników 3-fazowych bezpośrednich i liczników 3-fazowych półpośrednich, koncentratorów, warsztatów oraz wsparcia uruchomieniowego. Skarżący zaoferował konkretne ceny jednostkowe brutto i netto sześciu elementów. Zawarcie umowy ramowej nie gwarantowało skarżącemu zawarcia wszystkich umów tylko z nim, bowiem umowa ramowa dotyczyła trzech wykonawców i określała warunki przyszłych ewntualnych zamówień. W tej sytuacji Skarżący prawidłowo określił wartość przedmiotu zaskarżenia na kwotę 14.789.19 zł stanowiącą sumę cen jednostkowych brutto tych sześciu elementów (50.18 zł, 75,28 zł, 5.114.01 zł, 9,123.40 zł, 414.02 zł i 12.30 zł) i uiszczył opłatę sądową od tej kwoty w wysokości 740.00 zł (5%).

Niezasadny jest także zarzut zamawiającego i uczestnika, którzy wskazali, że skarga została podpisana przez Prezesa Zarządu Spółki Unia - Krzysztofa Chrystowskiego, który ze względu na treść art. 87 k.p.c. nie mieści się w kategorii osób wymienionych w art. 87 k.p.c., a w związku z tym skarga powinna być odrzucona. W ocenie Sądu Okręgowego stanowisko zamawiającego i uczestnika w tym przedmiocie jest błędne bowiem, zgodnie z przepisem art.87§1 k.p.c. pełnomocnikiem procesowym może być także współuczestnik sporu, którym w tym przypadku w imieniu Spółki Inover była Spółka Unia (lider Konsorcjum). Zważyć

przy tym należy, iż na mocy pełnomocnictwa z dnia 23 maja 2011 roku Infover Spółka Akcyjna w Kielcach umocowała Unia Spółkę z o.o. w Warszawie (lidera konsorcjum tych dwóch Spółek) do wnoszenia w imieniu Konsorcjum (a więc i w imieniu Spółki Infover) wszelkich pism procesowych, a także reprezentowania, w tym także przed Sądem Okręgowym. Załączone pełnomocnictwo nie zostało udzielone Prezesowi Zarządu Spółki Unia, lecz Spółce Unia, czyli osobie prawnej wchodzącej w skład Konsorcjum. Zatem na podstawie przepisu art. 87§1 k.p.c. opisane wyżej pełnomocnictwo procesowe udzielone Spółce Unia jest skuteczne, jak również skuteczne jest wniesienie i podpisanie skargi przez osobę uprawnioną do reprezentacji Unia Spółki z o.o. w Warszawie - Krzysztofa Chrystowskiego.

Odnosząc się do zarzutów skargi Sąd Okręgowy stwierdził, że skarga jest uzasadniona.

Zgodnie z art. 198 a ust. 2 ustawy p.z.p. w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy K.p.c. o apelacji, jeżeli przepisy p.z.p. Działu VI. rozdział 3 nie stanowią inaczej.

Zgodnie z art. 382 k.p.c. Sąd drugiej instancji orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym, a na podstawie art. 316 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 k.p.c. po zamknięciu rozprawy sąd wydaje wyrok biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy.

Wobec powyższego zważyć należy, że na dzień zamknięcia rozprawy w niniejszej sprawie przed Sądem Okręgowym w Gdańsku, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO) z dnia 20 maja 2011 r., sygn. akt KIO 945/11, uwzględniający odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Action S.A. w Warszawie i BCMG Sp. z o.o. w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Energa - Operator S.A. w Gdańsku, w którym KIO uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu, w tym wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy LOGON S.A. w Bydgoszczy, **został wyeliminowany z obrotu prawnego. Wynika to z tego, że Sąd Okręgowy w Gdańsku wyrokiem z dnia 25 lipca 2011 r. sygn. akt XII Ga 315/11 zmienił wyżej opisany wyrok KIO z dnia 20 maja 2011 r. w ten sposób, że oddalił odwołanie.** Podkreślić należy, że Sąd Okręgowy wyrok ten wydał uwzględniając skargę wykonawcy Logon S.A. w Bydgoszczy.

Jak wynika z akt niniejszej sprawy. Zamawiający Energa - Operator S.A. w Gdańsku wykonał czynności zgodnie z treścią nieprawomocnego wyroku KIO z 20 maja 2011 r. sygn. akt KIO 945/11, to jest unieważnił czynności wyboru ofert najkorzystniejszych dokonanych w dniu 22 kwietnia 2011 r. i ponownie dokonał oceny ofert w dniu 26 maja 2011 r., wykluczając skarżącego w niniejszej sprawie i Logon S.A. w Bydgoszczy na tej samej podstawie prawnej, których oferty wcześniej, to jest 22 kwietnia 2011 r. zostały wybrane jako najkorzystniejsze.

W ocenie Sądu Okręgowego, skoro zamawiający Energa - Operator S.A. w Gdańsku zdecydował się zastosować do zaleceń nieprawomocnego wyroku KIO z 20 maja 2011 r. sygn. akt KIO 945/11, a po wykonaniu tych zaleceń, wyrok ten został wyeliminowany z obrotu prawnego, to musi ponieść konsekwencje swojej decyzji.

Sąd Okręgowy w tej sprawie na dzień zamknięcia rozprawy 09 września 2011 r. miał do czynienia ze stanem prawnym, w którym odwołanie Konsorcjum firm: Action S.A.

w Warszawie i BCMG Sp. z o.o. w Warszawie zostało oddalone przez KIO. wobec zmiany wyroku KIO przez Sąd Okręgowy w Gdańsku opisanym wyżej wyrokiem z dnia 25 lipca 2011 r.

Zatem oceniając zaskarżony wyrok KIO z 20 czerwca 2011 r. w niniejszej sprawie Sąd Okręgowy badał uchybienia proceduralne popełnione przez KIO w postępowaniu odwoławczym i naruszenie przepisów ustawy wskazanych przez skarżącego, mając na uwadze fakt oddalenia odwołania Konsorcjum Action S.A. w Warszawie i BCMG Sp. z o.o. w Warszawie wyrokiem KIO z dnia 20 maja 2011 r. sygn. akt KIO 945/11 i wyeliminowania z obrotu prawnego zaleceń KIO dla zamawiającego wynikających z wyroku KIO sprzed jego

zmiany.

W tej sytuacji w ocenie Sądu Okręgowego, KIO niezasadnie stwierdziła, że nie podlega rozpoznaniu zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. dotyczący wykluczenia odwołującego z postępowania z uwagi na odpowiednie zastosowanie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy p.z.p., który stanowi, że odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli dotyczy czynności którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby z dnia 20 maja 2011 r. sygn. akt KIO 945/11.

Negatywna przesłanka procesowa z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p. oznacza, zdaniem Sądu Okręgowego, że dana czynność zamawiającego, nie może być dwukrotnie zaskarżana przez tego samego wykonawcę do KIO lub Sądu. Taka sytuacja nie miała miejsca w tej sprawie, bowiem skarżący Konsorcjum firm: Unia Sp. z o.o. w Warszawie (lider) i Infover SA w Kielcach, z siedzibą dla lidera Konsorcjum w Warszawie nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 945/1 1, a uczyniła to jedynie Logon S.A. w Bydgoszczy, która później wniosła skargę do Sądu Okręgowego od wyroku KIO w tej sprawie z dnia 20 maja 2011 r.

Zamawiający w odpowiedzi na skargę Konsorcjum firm: Unia Sp. z o.o. w Warszawie i Infover S.A. w Kielcach podkreślił, że zgodnie z zasadą wynikającą z przepisu art. 7 ustawy P.z.p. równego traktowania wykonawców, nie mógł inaczej ocenić dokumentów dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu, polegającym na wykazaniu przesłanek wynikających z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. złożonych przez skarżącego oraz Logon S.A. w Bydgoszczy, skoro obaj wykonawcy złożyli identyczne dokumenty w tym przedmiocie.

W ocenie Sądu Okręgowego fakt ten nie ma znaczenia przy ocenie uprawnień skarżącego Konsorcjum firm: Unia Sp. z o.o. w Warszawie i Infover SA w Kielcach do złożenia w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy

P.z.p.. bowiem skarżący czyni to dopiero pierwszy raz.

Zdaniem Sądu Okręgowego negatywna przesłanka procesowa wynikająca z przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p. nie może być interpretowana rozszerzająco. Jak wskazała to KIO w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia i obejmować skarżącego tylko dlatego, że zamawiający stosując się do zaleceń nieprawomocnego wyroku KIO z 20 maja 2011 r. równo traktował wykonawców, przy czym zalecenia z tego wyroku KIO zostały wyeliminowane z obrotu prawnego wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 315/11).

W tej sytuacji Sąd Okręgowy, wskazując na nieprawidłowość postępowania KIO w zakresie zastosowania art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p., musiał ocenić zasadność podniesionego w odwołaniu przez Konsorcjum firm: Unia Sp. z o.o. w Warszawie i Infover SA w Kielcach zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p., (który zdaniem Izby nie podlegał rozpoznaniu), mając na uwadze stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy przed Sądem Okręgowym w Gdańsku, czyli w dniu 09 września 2011 r.

Zarzut podniesiony przez skarżącego w odwołaniu i powtórzony w skardze dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. jest zasadny.

Przepis art.26 ust.2b ustawy P.z.p. stanowi, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów' na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Art.24 ust.2 pkt 4 p.z.p. stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia

warunków udziału w postępowaniu.

Z powyższego przepisu wynika, że odwoływanie się do zasobów innych podmiotów jest ustawowym uprawnieniem wykonawcy i nie można tego uprawnienia ograniczać. Skorzystanie przez wykonawcę z tego uprawnienia skutkuje koniecznością udowodnienia zamawiającemu, iż wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów, przy czym cytowany przepis art. 26 ust 2b p.z.p. uznaje, iż wystarczającym dowodem jest załączenie do oferty pisemnego zobowiązania innych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na czas korzystania z nich przy realizacji zamówienia.

Podkreślić należy, że podmiot, który udostępnia swój potencjał, nie jest związany

stosunkiem prawnym z zamawiającym, nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu. Związek tego podmiotu z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi się on na wykorzystanie swoich zdolności przez wykonawcę w celu przedstawienia ich do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Podstawą do udostępnienia potencjału jest stosunek prawny pomiędzy wykonawcą a tym podmiotem, przy czym ustawa nie stawia żadnych ograniczeń czy wymogów wobec tego stosunku. Podmiot taki może więc być podwykonawcą wykonawcy, mogą go wiązać stosunki korporacyjne lub umowy cywilnoprawne. Przepisy ustawy nie przesądzają, że wykazanie się dla celów spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę cudzym potencjałem oznacza uczestnictwo innego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Wykonawca pomimo tego, że posługuje się na etapie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu innym podmiotem, nie jest zobowiązany do wykorzystania tego potencjału na etapie realizacji umowy. (Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz Jerzy Pieróg, 2010 r., wyd. IO Wydawnictwo C.H. Beck. Komentarz do Prawa Zamówień Publicznych Włodzimierz Dzierżanowski, Jarosław Jerzykowski, Małgorzata Stachowiak LEX 2010).

W niniejszej sprawie Zamawiający jednoznacznie wskazał w SIWZ, że wykonawcy muszą wykazać swoje doświadczenie, opierając się na przepisie art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. składając oświadczenie wskazane w załączniku Nr 6 SIWZ (zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów).

Dokładnie takiej treści zobowiązanie złożył skarżący jak w załączniku Nr 6 SIWZ. W ocenie Sądu Okręgowego KIO w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku (w niniejszej sprawie) zasadnie stwierdziła, że treść oświadczenia Sagemcom Energy & Telecom SAS z dnia 18 lutego 2011 r., załączonego do oferty odwołującego - Konsorcjum firm: Unia Sp. z o.o. i Infover S.A., a także treść wezwań zamawiającego z dnia 15 marca 2011 r. i 18 kwietnia 2011 r. skierowanych do odwołującego o złożenie wyjaśnień oraz wyjaśnienia wykonawcy z dnia 24 marca 2011 r. i 19 kwietnia 2011 r., wykazują, że odwołujący się (podobnie jak Logon S.A. w Bydgoszczy) skutecznie powołał się na wiedzę i doświadczenie Sagemcom Energy & Telecom SAS, przedłożył zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów a następnie składając wyjaśnienia oświadczył, że Sagemcom Energy & Telecom SAS nie bierze udziału w realizacji Zamówień Realizacyjnych ani w roli podwykonawcy, ani w innej roli. Tym samym odwołujący złożył dokumenty na potwierdzenie spełnienia w/w warunku (analogicznie w swej treści do dokumentów wykonawcy Logon S.A. w Bydgoszczy).

Wobec powyższego KIO powinna uwzględnić odwołanie Konsorcjum firm: Unia Sp. z o.o. w Warszawie (lider) i Infover S.A. w Kielcach z siedzibą dla lidera Konsorcjum w Warszawie, a nie oddalić to odwołanie, bowiem Zamawiający Energa - Operator Spółka Akcyjna w Gdańsku naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. Naruszenie to miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego dlatego, że gdyby Zamawiający prawidłowo zastosował te przepisy, to skarżący byłby jednym z trzech wybranych wykonawców, którzy najlepiej spełniają warunki, jak to było przy pierwszym wyborze ofert 22 kwietnia 2011 roku.

Zatem zarzut skarżącego podniesiony w skardze dotyczący naruszenia przez KIO art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2 b ustawy P.z.p. oraz art. 189 ust. 2 pkt 5 p.zp., a także art. 185 ust 6 p.z.p. jest zasadny.

Zarzut naruszenia art. 190 ust.1 p.z.p. przez niedopuszczenie skarżącego do przedłożenia przed KIO dowodów na okoliczności potwierdzające zdolność do wykonania zamówienia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest niezasadny, bowiem brak jest adnotacji w protokole KIO dotyczącej wniosków dowodowych odwołującego. Natomiast pismo Sagemcom Energy & Telecom SAS z 17 czerwca 2011 roku, dołączone do skargi Sąd Okręgowy potraktował jako wyjaśnienie tej Firmy co do tego jak rozumie swoje oświadczenie z 18 lutego 2011 roku, bowiem zostało ono wystawione po wydaniu zaskarżonego wyroku KIO.

W tej sytuacji Sąd Okręgowy miał obowiązek na podstawie przepisu art. 198 fust 2 ustawy P.z.p. zmienić zaskarżony wyrok KIO **stosując odpowiednio** przepisy art. 192-195 ustawy P.z.p. W związku z tym zgodnie z przepisem art. 192 ust.3 pkt 3 p.z.p. Sąd Okręgowy uwzględniając skargę, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie- mógł stwierdzić naruszenie przepisów ustawy.

Sąd Okręgowy ustalił bowiem, że znawiający w dniu 28 czerwca 2011 roku zawarł umowy ramowe z trzema wykonawcami, których wyboru dokonał zaskarżoną czynnością wyboru ofert z 26 maja 2011 roku, to jest z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zawarcie umowy ramowej: Konsorcjum Firm T-matic Systems Sp. z o.o. i Arcus S.A., wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zawarcie umowy ramowej: Konsorcjum Firm: Action S.A. i BMCG Sp. z o.o. oraz wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zawarcie umowy ramowej: Konsorcjum firm: Systemy Pomiarowe Elgama Spółka z o.o. w Świdnicy (lider), UAB „Elgama - Elektronika” w Wilnie i UAB „Sigma Telas Energy” w Wilnie, z siedzibą dla lidera Konsorcjum w Świdnicy W dniu 28 czerwca 2011 r. z wykonawcami, których wyboru dokonał zaskarżoną czynnością wyboru ofert z 26 maja 2011 r., wszczął również postępowanie zmierzające do zawarcia umów realizacyjnych w oparciu o zawarte umowy ramowe.

W związku z powyższym Sąd Okręgowy ponownie mając na uwadze stan rzeczy istniejący na dzień zamknięcia rozprawy tj. 09 września 2012 r., chcąc zmienić zaskarżony wyrok KIO stwierdził, iż uwzględnienie odwołania może ograniczyć się tylko do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego Energa - Operator S.A. w Gdańsku przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p., bowiem skarga Konsorcjum Firm: Unia Sp. z o.o. w Warszawie (lider) i Infover S.A. w Kielcach z siedzibą dla lidera Konsorcjum w Warszawie w niniejszej sprawie została rozpoznana po prawidłowym zawarciu umów przez zamawiającego (art. 192 ust.3 pkt 3 p.z.p.), czyli w sytuacji, gdy podpisane umowy nie podlegają unieważnieniu ze względu na brak przesłanek o których mowa w art. 146 ust. 1 ustawy P.z.p. (art. 192 ust.3 pkt 2 p.z.p.)

Wobec powyższego Sąd Okręgowy zmienił zaskarżony wyrok KIO jak w punkcie I (pierwszym) sentencji wyroku na podstawie art. 192 ust. 3 w zw. z art. 198 fust. 2 ustawy P.z.p. oraz na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 198 fust. 5 ustawy p.z.p. i § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Koszty poniesione w postępowaniu odwoławczym przez skarżącego to koszty wpisu od odwołania uiszczone zgodnie z cyt. wyżej rozporządzeniem.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł jak w punkcie II (drugim) sentencji wyroku na podstawie przepisu art. 198 fust. 5 ustawy P.z.p. Koszty poniesione przez skarżącego w postępowaniu skargowym to opłata sądowa w wysokości 740,00 zł. oraz koszty zastępstwa procesowego przed Sądem Okręgowym w postaci wynagrodzenia zawodowego pełnomocnika w wysokości 1.200,00 zł. zgodnie z przepisem § 6 pkt 5 w zw. z § 12 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu z dnia 28 września 2002 r. (Dz. U. Nr 163, poz. 1349 ze zm.).

/•/ • v

. 'x' - ; . .•»•••

'*.. ' •» .V w

V

23