

KUMOWaT/Ba avv(/Aj

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 grudnia 2012 roku

Sąd Okręgowy w Lublinie IX Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Małgorzata Skoczyńska

Sędziowie: SSO Beata Błotnik

SSR del do SO Elżbieta Jakubiec (spr.)

Protokolant: Magdalena Kot

po rozpoznaniu w dniu 06 grudnia 2012 roku w Lublinie

na rozprawie

skargi Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Węgrowie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 sierpnia 2012 roku, sygn. akt KIO 1609/12, w sprawie z odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane PRZEM-GRI spółkę z ograniczoną

odpowiedzialnością w Olsztynie
skargę oddała.

Sygnatura akt IX Ga 347/12

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 14 sierpnia 2012 roku, sygnatura akt KIO 1609/12, Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2012 roku przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „PRZEM-GRI” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Olsztynie w postępowaniu o udzielenie zamówienia na „Rozbudowę oczyszczalni ścieków w Węgrowie - zadanie I Etap II, realizowanym w ramach projektu pn. „Rozbudowa oczyszczalni ścieków, budowa i rozbudowa sieci kanalizacyjnej w Węgrowie i gminie Liw” prowadzonym przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Węgrowie uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty oraz nakazała ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, obciążając kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia wskazanego wyżej w dniu 14 czerwca 2012 roku zapadł wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturze akt KIO 1116/12, który rozstrzygnął kwestię zobowiązań podmiotów trzecich i jego udziału w realizacji zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła w uzasadnieniu orzeczenia, że odwołujący w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu (w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego) oparł się na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, a mianowicie spółek METROMEX S.A. oraz EKOMELBUD S.A., załączając do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego o udostępnieniu mu wiedzy i doświadczenia, zawierające jednoznaczne wskazanie, iż udostępnienie to nastąpi w zakresie: udostępnienia wiedzy i doświadczenia na zasadzie know-how. Odwołujący, powołując się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego (spółek METROMEX S.A. oraz EKOMELBUD S.A.), - a więc uzyskane przez ten

podmioty referencje - jednoznacznie oświadczył, iż w realizacji zamówienia nie przewiduje udziału podwykonawców. Dotychczas - jak podkreślał na rozprawie - wielokrotnie korzystał z doświadczenia podmiotu trzeciego i zawsze odbywało się to na zasadzie współpracy. W tym postępowaniu odbywać to się będzie na zasadzie doradztwa i konsultacji i dotyczyć to będzie bardziej organizacji budowy niż wykonywania prac sensu stricto. Odwołujący posiada bowiem doświadczenie w realizacji tego typu inwestycji lecz nieco mniejszych niż inwestycje, jakich wymaga obecnie zamawiający. Tak więc przedłożone przez odwołującego zobowiązania podmiotu trzeciego, na którego wiedzę i doświadczenie odwołujący powoływał się w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu, są wystarczające dla potwierdzenia spełniania tychże warunków przez odwołującego. Odwołujący w sposób dostateczny, nawet wprost przewidziany w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, udowodnił, że wskazany podmiot trzeci odda mu swoją wiedzę i doświadczenie do dyspozycji w okresie realizacji zamówienia, co w ocenie Izby może nastąpić także w formie doradztwa czy też konsultacji. O powyższym świadczy bowiem zarówno treść zobowiązania spółek METROMEX S.A. oraz EKOMELBUD S.A. odnośnie udostępnienia odwołującemu wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu ww. zamówienia, jak również konsekwentnie podnoszona przez odwołującego na rozprawie okoliczność, iż sam będzie realizował przedmiotowe zamówienie, nie przewidując podwykonawstwa, a co w świetle powyższych rozważań i obowiązujących w tym zakresie przepisów jest dopuszczalne.

Zamawiający nie wniósł skargi do właściwego Sądu Okręgowego na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1116/12).

Zamawiający przystąpił do ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji ponownego badania i oceny ofert ponownie wykluczył odwołującego oraz odrzucił jego ofertę również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrzyła zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, t.j. zarzut nieuzasadnionego wykluczenia, z uwagi na to, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez nieuzupełnienie następujących dokumentów: a) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, b) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, c) aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, c) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczących osób podmiotów udostępniających mu - w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych - zasoby wiedzy i doświadczenia w zakresie „udostępnienia wiedzy i doświadczenia na zasadzie know-how” (zobowiązania spółek Metromex Spółki Akcyjnej oraz Ekomelbud Spółki Akcyjnej). Zamawiający wykluczył odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych uznając, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu, t.j. nie przedstawił dokumentów podmiotowych dla podmiotu trzeciego - do czego w ocenie zamawiającego był zobowiązany. Zatem na gruncie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2012 roku, organ ten ustalił, że skoro podmiot trzeci wskazany przez odwołującego - wyłącznie w celu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia - nie będzie brał bezpośredniego udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia należało uznać, że odwołujący nie miał obowiązku przedkładania dokumentów podmiotowych dla wskazanego przez odwołującego podmiotu trzeciego. Odnosząc się do przywołanego przez zamawiającego argumentu, że firma Metromex Spółka Akcyjna, jest spółką, wobec której prowadzone jest obecnie postępowanie upadłościowe obejmujące likwidację majątku dłużnika, Krajowa Izba Odwoławcza uznała powyższy argument również - w niniejszym stanie faktycznym - jako nietrafny. Otwarcie ofert miało miejsce w dniu 17 kwietnia 2012 roku, zaś upadłość powyższego podmiotu ogłoszono w dniu 19 czerwca 2012 roku. Na moment składania ofert wykonawca wykazał zamawiającemu spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a zdarzenia mające miejsce po upływie terminu składania ofert, który był dla zamawiającego punktem odniesienia przy badaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie mogą mieć wpływu na ocenę wiarygodności odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustosunkowując się do zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uznała, że powyższy zarzut znalazł potwierdzenie w stanie faktycznym. Podniosła, że w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zamawiający nie może automatycznie dokonać odrzucenia oferty wykonawcy ze względu na rażąco niską cenę. W przypadku wystąpienia wątpliwości w zakresie zaoferowanej ceny zamawiający obowiązany jest do sprawdzenia każdej oferty mającej rażąco niski charakter pod względem składających się na nią elementów, następnie wystąpić o wyjaśnienia zanim podejmie decyzję o jej odrzuceniu (np. orzeczenie z dnia 21 maja 2008 r., w sprawie T-495/04 Belfass przeciwko Radzie). W niniejszym postępowaniu zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie zamawiającego w załączniku

nr 10 do oferty - Tabela elementów scalonych - Branża budowlana, w większości pozycji odwołujący zaproponował kwoty znacznie niższe od kwot wskazanych w kosztorysie inwestorskim czy też kwot wyszczególnionych w ofercie innego wykonawcy, np. pozycja nr 2 „Osadniki wtórne OB.9.1, 9.2, 28, 29, 30.1, 30, 2, 44” wskazano kwotę 181 522,00 zł netto. Kwota ta stanowi około 26,77% wartości kosztorysu inwestorskiego oraz około 8,32% kwoty wskazanej w ofercie innego z Wykonawców. Powyższe - w ocenie zamawiającego - wskazywało na rażąco niską cenę zaproponowaną w ofercie przez odwołującego. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wyjaśnienia złożone przez odwołującego były wyczerpujące i wystarczające do uznania, iż nie zachodzą przesłanki do uznania ceny zaproponowanej za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaproponowana cena jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT oraz od ceny oferty drugiego wykonawcy o ok. 16 %. Wybrany przez zamawiającego element oferty z tabeli elementów scalonych póź. 2 osadniki wtórne - nie ma w sposób istotny wpływu na całość zaproponowanej przez wykonawcę ceny oferty, która jest ceną ryczałtową. Odwołujący wskazał, że prace konstrukcyjno-budowlane związane z modernizacją osadników wtórnych zaproponowano za cenę brutto w wysokości 223 272,06 zł, która jest ceną realną i wynika z doświadczenia w realizacji tego typu oczyszczalni. W głównej mierze wpływ na cenę miały następujące okoliczności, że odwołujący od wielu lat prowadzi działalność gospodarczą w branży sanitarnej, dlatego też zdobyte doświadczenie pozwala na realne oszacowanie kosztów wykonania robót objętych zamówieniem. Odwołujący był w stanie wynegocjować korzystne ceny materiałów a także należy wziąć pod uwagę, że ceny usług na rynku obszaru warmińsko-mazurskiego są ok. 20% tańsze w stosunku do cen występujących na rynku woj. mazowieckiego, dlatego też cena za realizację tego elementu w przedmiotowej ofercie nie jest zaniżona, a założono minimalny zysk, gdyż inwestycja ta zgodnie z planem ma być wykonana w okresie 15 miesięcy. Inwestycja taka gwarantuje zatrudnienie pracowników na okres zimowy, brak strat z tytułu postojów. Ponadto podana cena nie jest ceną zaniżoną czy relatywnie niską w stosunku do oferty innego wykonawcy czy też w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT. Szczególny nacisk położono na zbilansowanie robót konstrukcyjnych i ziemnych oraz optymalne wykorzystanie własnego sprzętu. Zapytanie zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny powinno odnosić się do całości zaproponowanej ceny, nie zaś wyłącznie do wybranych elementów i powinno być tak precyzyjne, aby wykonawca wiedział, w jaki sposób ma udzielić zamawiającemu odpowiedzi na zadane mu pytanie. Cena oferty została skalkulowana w sposób należyty, jest ceną rynkową, adekwatną do zakresu przedmiotu zamówienia oraz gwarantującą prawidłową jego realizację. Uwzględnia wszystkie niezbędne koszty oraz gwarantuje zysk. Ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, jak również cena niewiarygodna i oderwana od realiów rynkowych, za którą należyte wykonanie zamówienia nie jest możliwe, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie generalnie nie występującą na rynku (np. wyrok SO w Katowicach z 30 stycznia 2007 XIX Ga 3/07) - co zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym stanie faktycznym nie ma miejsca.

Wobec powyższych ustaleń Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zamawiający powinien unieważnić czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz unieważnić czynności odrzucenia jego oferty oraz dokonać ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania Krajowa Izba Odwoławcza orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, póź. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

W skardze z dnia 27 sierpnia 2012 roku na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 sierpnia 2012 roku w sprawie opatrzonej sygnaturą akt KIO 1609/12 toczącej się z odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane PRZEM-GRI spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Olsztynie skarżącą Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Węgrowie domagała się zmiany zaskarżonego orzeczenie w całości i oddalenia odwołania odwołującego się oraz obciążenia go kosztami postępowania odwoławczego. Zaskarżonemu wyrokowi skarżąca zarzuciła nierozpoznanie istoty sprawy zarzutów dotyczących nowych faktów, okoliczności i przesłanek ujawnionych podczas ponownego badania ofert, związanych z toczącym się wobec spółki Mertomex Spółki Akcyjnej postępowaniem upadłościowym obejmującym likwidację całego majątku dłużnika i uznanie, iż odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, jakim jest dysponowanie wiedzą i doświadczeniem oraz ustalenie, iż podmiot użyczający wiedzy i doświadczenia odwołującemu nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, a także naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 89 ust.1 pkt 5 w zw. art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez ich niezastosowanie w sytuacji, kiedy

odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem i był zobowiązany do przedstawienia dokumentów wymaganych przez zamawiającego oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego nie zastosowanie polegające na bezpodstawnym uznaniu, iż oferta odwołującego nie zawierała rażąco niższej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający podniósł, że wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt. KIO 1116/12 z dnia 14 czerwca 2012 roku, ponownie zbadał i ocenił oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego. W związku z dokonanymi ustaleniami, zamawiający wziął pod uwagę nowe okoliczności, fakty i przesłanki, które nieznane były zamawiającemu przy podejmowaniu czynności dnia 28 maja 2012 roku, nie były podstawą wcześniejszego rozstrzygnięcia zamawiającego, a tym samym, przesłanki te nie były przedmiotem badania i oceny Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu, w którym dnia 14 czerwca 2012 roku zapadł wyrok (sygn. akt. KIO 1116/12). W ocenie skarżącego Krajowa Izba Odwoławcza nie jest upoważniona i zobowiązana do opierania się wyłącznie na wnioskach wysnutych w poprzednio wydanym orzeczeniu z dnia 14 czerwca 2012 roku bez uwzględnienia nowych okoliczności przy ponownym odwołaniu. Skarżący podniósł, że wykluczając odwołującego i odrzucając jego ofertę, uznał, że wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jakim jest dysponowanie wiedzą i doświadczeniem, skoro Metromex Spółka Akcyjna w Olsztynie, używając wiedzy i doświadczenia odwołującemu, jest spółką wobec której prowadzone jest postępowanie upadłościowe obejmujące likwidację majątku dłużnika. Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu swojego orzeczenia niesłusznie uznała, że postępowanie upadłościowe obejmujące likwidację całego majątku dłużnika Metromex Spółki Akcyjnej w Olsztynie (postanowienie SR w Olsztynie z dnia 19.06.2012 r. V GC 35/12, co miało miejsce po wyroku KIO z dnia 14.06.2012 r.) nie ma znaczenia, ponieważ w dniu składania ofert wobec tej spółki nie było prowadzone postępowanie upadłościowe. W ocenie skarżącego nie sposób uznać, że zdarzenia, które miały miejsce po dacie otwarcia ofert, a przed datą oceny i wyboru nie mają znaczenia. Wymogi jakie ustawa Prawo zamówień publicznych nakłada na wykonawców, dotyczą również podmiotów, które zgodnie z art. 26 ust. 2b tej ustawy używają swojej wiedzy i doświadczenia. Ratio legis przepisu art. 26 ust. 2b Prawo zamówień publicznych miało na celu stworzenie większej konkurencyjności na rynku zamówień publicznych. Nie sposób jednak uznać, zakładając racjonalność ustawodawcy, że norma wyrażona w art. 26 ust. 2b Prawo zamówień publicznych miałaby w założeniu ustawodawcy prowadzić do obejścia przepisów zawartych w art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych i umożliwiać podmiotom wykluczonym z uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia, uczestnictwo w nim poprzez innych wykonawców, którzy nie mają potrzebnej wiedzy i doświadczenia, zdolności finansowych czy osób zdolnych do wykonywania zamówienia. Taka wykładania celowości przepisu art. 26 ust. 2b Prawo zamówień publicznych prowadziłyby do absurdu sytuacji, iż zamówienia publiczne tak naprawdę realizowałyby firmy, które z mocy prawa nie mogą brać udziału w ich realizacji. Wymaganie udokumentowania wiedzy i doświadczenia służy wykazaniu przez wykonawcę, iż posiada on wystarczający potencjał, niezbędną wprawę, umiejętności praktyczne, nabyte w toku realizacji poprzednich zadań zbliżonych do zakresu zamówienia, o porównywalnej skali i złożoności. Tak wykazane doświadczenie, daje bowiem zamawiającemu rękojmię, iż realizacja robót będzie przebiegała sprawnie, terminowo, a efekt spełni wymagania jakościowe (wyrok KIO z dnia 12 lipca 2010, KIO 1318/10.). W sytuacji, kiedy wiedzy i doświadczenia ma użyć podmiot wykluczony z postępowania na mocy art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający nie ma żadnej rękojmi, iż zamówienie zostanie wykonane w sposób profesjonalny i rzetelny. Fakt, że upadłość tego podmiotu została ogłoszona po dacie składania ofert nie oznacza, że skarżący dokonując oceny i wyboru ofert, mając już świadomość upadłości tej firmy miał to zdarzenie pominąć. W tym stanie rzeczy zrozumiałe jest również, że wykonawca nie dopełnił czynności uzupełnienia dokumentów formalno-prawnych, do czego został wezwany przez zamawiającego. Odwołujący był zobowiązany do przedłożenia wraz z ofertą i pisemnymi oświadczeniami przywoływanych powyżej podmiotów trzecich, także dokumentów formalno-prawnych dotyczących tychże podmiotów, wskazanych w pkt. 10.2 ID W.

Ustosunkowując się zaś do kwestii rażąco niskiej ceny skarżący wskazał, iż Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia uznała wszystkie argumenty odwołującego pomijając zarzuty zamawiającego i nie odniosła się do nich. Skarżący podkreślił, iż Odwołujący nie udowodnił merytorycznie, że jego cena jest ceną realną, mającą odzwierciedlenie w cenach robót budowlanych na terenie obszaru realizacji inwestycji. Zamawiający nie wie, jacy to pracownicy odwołującego mieliby znaleźć zatrudnienie przy realizacji przedmiotowej inwestycji, ponieważ również cała wykwalifikowana kadra wskazana przez odwołującego w ofercie, do kierowania

robotami branżowymi nie jest zatrudniona u niego (brak strat z uwagi na przestoje).

Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „PRZEM-GRI” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Olsztynie złożyła odpowiedź na skargę, w której domagała się jej oddalenia.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga jest niezasadna. Ciężar dowodu wykazania, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę spoczywa na skarżącym (art. 6 k.c.), czemu ten nie sprostał. W swojej argumentacji skarżący zamawiający ograniczył się jedynie do wskazania jednej pozycji bez wykazania, jak kształtuje się wynagrodzenie w przypadku ceny końcowej. W ocenie Sądu Okręgowego istotne znaczenie ma jedynie cena końcowa i wynikające z niej ceny jednostkowe wszystkich prac wchodzących w zakres oferty. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny (art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., art. 90 p.z.p.). Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia

2008 r. XIX Ga 128/08 LEX nr 621199 cytowany w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej). Istotna jest cena końcowa i ta powinna zostać oceniona pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Sąd Okręgowy podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, że zamawiający nie wykazał, aby cena końcowa była rażąco niska.

Sąd Okręgowy oceniając zarzut niedysponowania wiedzą i doświadczeniem przez wykonawcę i braku przedstawienia dokumentów wymaganych przez zamawiającego, co do Metromex Spółki Akcyjnej w Olsztynie, niebędącej uczestnikiem postępowania przetargowego, należy w całości podzielić argumentację zawartą w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Wbrew stanowisku skarżącego Krajowa Izba Odwoławcza zbadła, czy zamawiający prawidłowo wykonał czynności w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia i dokonała trafnej interpretacji przepisów. Nie budzi wątpliwości, że stosując art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy mogą polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada

2009 roku wprowadziła znaczącą zmianę w sposobie wykazywania spełnienia warunków przez wykonawcę poprzez umożliwienie oparcia się na potencjale innych podmiotów, które nie były wykonawcą samodzielnie występującym w postępowaniu lub wykonawcą występującym wspólnie (konsorcjum). Wykonawca może polegać na wiedzy, doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączącego go z nim stosunku. Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu może być dokonana przez zamawiającego jedynie na podstawie oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawcę. Zakres dokumentów, jakich zamawiający może żądać, wyznacza rozporządzenie wydane na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający może żądać przedłożenia dokumentów wymienionych w rozporządzeniu w formie w nim przewidzianej, jednak tylko tych, które są niezbędne do prowadzonego postępowania (co również wynika z dyspozycji art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych). Nie może żądać przedłożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków w zakresie wykazania przez wykonawcę, iż posiada on wystarczający potencjał, niezbędną wprawę, umiejętności praktyczne, nabyte w toku realizacji poprzednich zadań zbliżonych do zakresu zamówienia, o porównywalnej skali i złożoności jak również, że dysponuje wiedzą innego podmiotu, gdyż do weryfikacji ich spełnienia wystarcza oświadczenie. Wykonawca może więc wykazać w procedurze oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, że dysponuje lub będzie dysponował zasobami innego podmiotu w zakresie:

- wiedzy i doświadczenia, czyli ma dostęp do know-how, patentów, licencji itp. oraz może przedstawić wymagane doświadczenie innego podmiotu;
- potencjału technicznego - dysponuje narzędziami, wyposażeniem zakładu lub urządzeniami technicznymi, które są w posiadaniu innych podmiotów;
- osób zdolnych do wykonania zamówienia - w zespole wykonawcy znajdują się osoby, które udostępnią mu inny podmiot (najczęściej pracownicy zatrudnieni u przedsiębiorcy

innego niż wykonawca);

- zdolności finansowych - przedstawia środki na rachunku bankowym lub zdolność kredytową innego podmiotu (Małgorzata Stachowiak, Komentarz do art. 26 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Legalis).

Nie jest więc dopuszczalne wykazanie się przez wykonawcę uprawnieniami innego podmiotu niezbędnymi do wykonania przedmiotu zamówienia.

Artykuł 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE wskazuje na możliwość powołania się przez wykonawcę zarówno na zdolność ekonomiczną, jak i zdolność finansową innych podmiotów, uzależniając powyższe jedynie od opisanych okoliczności w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia. Jeżeli więc dyrektywa 2004/18/WE dopuszcza takie rozwiązanie, to prawo polskie powinno również umożliwiać powołanie się na potencjał innego podmiotu przy wykazaniu faktycznej możliwości dysponowania odpowiednimi zasobami podmiotu trzeciego. Poleganie przez wykonawcę na zasobach innego podmiotu to zarówno dysponowanie w chwili składania oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zasobami innych podmiotów, jak i sytuacja, w której wykonawca będzie w przyszłości dysponował takimi zasobami, przy czym na dzień składania wniosku lub ofert istnieje odpowiednie zobowiązanie innego podmiotu względem wykonawcy. Pogląd ten podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 lipca 2010 roku, KIO/486/10, , wskazując, iż posłużenie się przez ustawodawcę czasem przyszłym wskazuje, iż do faktycznej możliwości rozporządzania udostępnianymi przez inny podmiot zasobami ma dojść dopiero na etapie wykonania zamówienia. Tym samym ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca nie jest zobowiązany wykazać, że już dysponuje udostępnianymi zasobami - za wystarczające należy uznać przyrzeczenie oddania do dyspozycji niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia zasobów, zawarte w oświadczeniu lub innego rodzaju pisemnej deklaracji podmiotu trzeciego. Przepisy ustawy nie przesadzają, że wykazanie się dla celów spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę cudzym potencjałem oznacza uczestnictwo innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia. Wykonawca, mimo że posługuje się na etapie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty innym podmiotem, nie jest zobowiązany do wykorzystywania tego potencjału na etapie realizacji umowy. Nie oznacza to jednak, że dopuszczalne jest poleganie na zasobach innego podmiotu na etapie postępowania bez podstawy w postaci zobowiązania do udostępnienia zasobów przez taki podmiot. Z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika konieczność wykazywania, jaki stosunek prawny łączy wykonawcę i podmiot udostępniający, jak też w jaki sposób strony zamierzają zasoby wykorzystywać, natomiast niezbędne jest zapewnienie możliwości skorzystania z zasobów takiego podmiotu na etapie wykonywania zamówienia. Tylko wtedy wykonawca wykazuje, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdyż jest zdolny do zapewnienia zasobów do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Przepis art. 26 ust. 2c ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy możliwych do przedłożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia precyzuje, jakie dokumenty powinny być przedstawione na potwierdzenie takiego warunku (Małgorzata Stachowiak, Komentarz do art. 26 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Legalis).

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. Dowód na dysponowanie zasobami innego podmiotu leży po stronie wykonawcy. Będzie to każdy dowód, który wskazuje na udostępnienie własnych zasobów przez inny podmiot wykonawcy. Ustawa jedynie jako przykład wymienia pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych na okres korzystania przy wykonywaniu zamówienia (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 lutego 2011 r. V CA 3036/10 LEX nr 1089020). Dokumenty przedstawione przez wykonawców w wyniku wezwania ich do uzupełnienia powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub spełnianie przez oferowane dostawy, usługi czy roboty budowlane wymagań zamawiającego w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert. Do tego rodzaju uzupełnienia braków formalnych może zobowiązywać zamawiający i ocenie jego podlegać powinny oświadczenia składane przez osoby trzecie na żądanie wykonawcy. Czynności te mogą być wykonane przez ponownym badaniu i ocenie ofert.

Powyższe okoliczności czynią skargę bezzasadną i skutkują jej oddaleniem.

Z tych wszystkich względów i na podstawie przepisu art. 198f ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Sąd Okręgowy orzekł, jak w sentencji wyroku.

W postępowaniu skargowym, analogicznie jak we wszystkich postępowaniach cywilnych, sąd rozstrzyga o kosztach postępowania w orzeczeniu kończącym sprawę w instancji (por. art. 108 § 1 k.p.c.), czyli w wyroku albo w postanowieniu kończącym postępowanie skargowe. Uregulowanie art. 198f ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych należy traktować jako przepis szczególny dotyczący zwrotu kosztów, wyłączający zastosowanie innych zasad zwrotu kosztów niż zasada odpowiedzialności za wynik procesu. W sprawie niniejszej przeciwnik skargi nie wykazał, aby poniósł koszty związane z udziałem w niniejszej sprawie.