

ODtig

Sygn. akt II Ca 757/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 grudnia 2012 roku

Sąd Okręgowy w Piotrkowie Tryb. Wydział II Cywilny Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący SSA Grzegorz Ślęzak
Sędziowie SSA Arkadiusz Lisiecki (spr.)

SSR del. Dorota Krawczyk
Protokolant sekr. sądowy Justyna Dolata

po rozpoznaniu w dniu 29 listopada 2012 roku w Piotrkowie Trybunalskim
na rozprawie sprawy z odwołania Konsorcjum: General Electric International
Inc. z siedzibą w Shelton, Connecticut, Abener Energia S.A. z siedzibą w
Sewilli, Hiszpania

przeciwko zamawiającemu: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A.
w Bełchatowie

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania
odwoławczego po stronie zamawiającego

na skutek skargi Konsorcjum: MCE Berlin GmbH z siedzibą w Berlinie,
Niemcy, BHR Hochdruck - Rohrleitungsbau GmbH z siedzibą w Essen,
Niemcy, Babcock Borsig Steinmuller GmbH z siedzibą w Oberhausen, Niemcy
przeciwko Konsorcjum: General Electric International Inc z siedzibą w Shelton,
Connecticut, Abener Energia S.A. z siedzibą w Sewilli, Hiszpania

przy udziale zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna
S.A. w Bełchatowie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 sierpnia 2012 r.,

sygn. akt KIO 1563/12

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że oddala odwołanie Konsorcjum:
General Electric International Inc, Abener Energia S.A.
2. zasądza od Konsorcjum: General Electric International Inc, Abener Energia
S.A. na rzecz skarżącego Konsorcjum: MCE Berlin GmbH, BHR Hochdruck -
Rohrleitungsbau GmbH, Babcock Borsig Steinmuller GmbH kwotę 103.017 zł
(sto trzy tysiące siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania

skargowego. ;; .. . ,

' Na oryginale .. t

4

II CA 757/12

UZASADNIENIE

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

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 7 sierpnia 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza (zwana dalej KIO) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2012 r. przez Odwołującego - Konsorcjum: General Electric International, Inc., Abener Energia S.A. od czynności Zamawiającego z dnia 13 lipca 2012 roku w postaci przedstawienia wykonawcom pisemnej informacji o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

- uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dokonanie ponownej oceny złożonych przez wykonawców wniosków z uwzględnieniem zasady, że wykonawcy mogą skorzystać z zasobów podmiotów trzecich tylko w zakresie służącym do spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- orzekła o kosztach postępowania, obciążając nimi wykonawców zgłaszających sprzeciw po stronie Zamawiającego.

W uzasadnieniu KIO wskazała, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę gazowo-parowego bloku kogeneracyjnego w PGE GiEK S.A. Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra - Elektrownia Pomorzany”, prowadzonego na podstawie ogłoszenia o zamówieniu o numerze 2011/S 250-408721 opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 grudnia 2011 r.

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

a) Konsorcjum: MCE Berlin GmbH, BHR Hochdruck-Rohrleitungsbau

GmbH, Babcock Borsig Steinmuller GmbH, Landsberger Allee 366, 12681 Berlin,

b) Konsorcjum: PBG S.A. w upadłości układowej, HYUNDAI Engineering Co. Ltd., Dmmm International Corporation, Wysogotowo, Przeźmierowo,

c) RAFAKO S.A., Racibórz,

d) Konsorcjum: SNC-Lavalin Polska Sp. z o.o., SNC Lavalin INC, uWarszawa,

e) Konsorcjum: Iberdrola Engineering and Construction Poland Sp. z o.o., Iberdrola Ingenieria y Construcccion S.A.U., Warszawa.

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

We wniesionym odwołaniu zarzucili Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp polegających na nieprawidłowej ocenie punktowej wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych wykonawców biorących udział w Postępowaniu, w szczególności:

1/ dokonanie przez Zamawiającego nieprawidłowej punktacji w odniesieniu wykonawców z tytułu spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej poprzez przyjęcie, iż wiedza i doświadczenie podmiotów trzecich, udostępnione w trybie art. 26 ust. 2b PZP, podlega punktacji w celu podwyższenia miejsca w rankingu wykonawców.

2/ dokonanie przez Zamawiającego nieprawidłowej punktacji z tytułu

spełniania warunku zdolności technicznej (wiedzy i doświadczenia) poprzez przyjęcie, iż doświadczeniem podmiotów trzecich, udostępnionym w trybie art. 26 ust. 2b PZP, można się wykazywać w zakresie wykraczającym poza zakres minimalny;

3/ zaniechanie zakwalifikowania Odwołującego do dalszego etapu Postępowania oraz nie zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty na skutek błędnej oceny spełniania warunku zdolności technicznej przez innych wykonawców.

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

Wskazując na powyższe wniósł o: uwzględnienie Odwołania oraz

o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu;
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu z uwzględnieniem zasady, iż zasoby podmiotów trzecich udostępnionych w trybie art. 26 ust. 2b PZP nie podlegają punktacji lub ewentualnie,

podlegają punktacji jedynie w zakresie minimalnym, tj. w zakresie służącym do wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu;
3. nakazanie Zamawiającemu zwrotu na rzecz Konsorcjum kosztów spowodowanych wniesieniem niniejszego Odwołania, w tym w szczególności kosztów wpisu od Odwołania.

Zamawiający na posiedzeniu oświadczył, że po zapoznaniu się z treścią zarzutów oraz przedstawioną argumentacją uznaje odwołanie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut Przystępującego Konsorcjum PBG i Rafko o odrzucenie odwołania na etapie posiedzenia..

Z uwagi na uznanie odwołania przez Zamawiającego wszyscy Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili sprzeciw. W ich ocenie zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 26 ust.2b i art. 57 Pzp jest bezzasadny.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie uznała, że zasługuje na uwzględnienie.

Za podstawę orzekania w zakresie objętym treścią zarzutów, KIO przyjęła stan faktyczny sprawy ustalony w oparciu o dokumentację i stanowiska stron i Przystępujących w przedmiotowym postępowaniu.

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

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

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

Jednakże nie ulega wątpliwości zdaniem KIO, że punktowanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, w zakresie zasobów

udostępnionych przez podmioty trzecie, może mieć miejsce w stanie faktycznym tego postępowania, tylko w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu umożliwiającemu danemu wykonawcy wzięcie w nim udziału.

W niniejszym postępowaniu gdzie Zamawiający w SIWZ wymagał jako warunku umożliwiającego wzięcie udziału w postępowaniu, aby wykonawcy wykazali się zgodnie z wymogiem określonym w Sekcji III.2.3) wykonaniem przynajmniej 3 zadań w zakresie budowy bloku gazowo-parowego w formule pod klucz, w zakresie dostawy i serwisowania turbin oraz wykonaniem zadań w zakresie serwisu turbiny .

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

Dodatkowo Zamawiający postanowił iż w przypadku, gdy wskazane zamówienie zostało realizowane przez wykonawcę (lub jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie samodzielnie lub wspólnie z innymi wykonawcami, powyższe liczby punktów zostaną przemnożone przez 3, jednak nie więcej niż wskazane maksymalne limity.

Stanowisko takie zdaniem KIO jest zasadne, gdyż umożliwia Zamawiającemu ustalenie kolejności na liście rankingowej również tych wykonawców, którzy warunek udziału spełnili tylko w zakresie minimalnym. Według tych zasad inną liczbę punktów otrzyma wykonawca, który wykaże się w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu tylko zasobami podmiotu trzeciego, inną gdy wykaże się doświadczeniem podmiotu trzeciego i własnym lub tylko własnym.

Tym samym gdyby ilość wykonawców, którzy samodzielnie spełniają warunek udziału była mniejsza niż ilość wykonawców, którą Zamawiający zamierza zaprosić do składania ofert, to do dalszego etapu postępowania zostaną zaproszeni również wykonawcy, spełniający tylko warunek udziału w postępowaniu przy wykorzystaniu zasobu podmiotu trzeciego w kolejności ilości przyznanych punktów według ww. zasad.

W ocenie KIO przyznawanie przez Zamawiającego punktów w oparciu o zasoby „pożyczone”, jak to miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż utrudniać może dostęp do dalszego etapu postępowania wykonawcom, którzy nie korzystają z zasobów podmiotów trzecich lecz legitymują się doświadczeniem własnym. Zaproszeni do składania ofert powinni być ci wykonawcy, którzy spełniają warunki w największym, najlepszym stopniu, a więc otrzymali największą ilość punktów, posiadają największe doświadczenie w realizacji wskazanych w ogłoszeniu jako warunek udziału, zamówień.

W ocenie KIO nie sposób uznać iż wykonawca, który w ogóle nie posiada własnego doświadczenia lub posiada go w stopniu niewystarczającym, daje lepszą rękojmię należytego wykonania zamówienia niż wykonawca posiadający doświadczenie własne. Brak jest racjonalnych przesłanek by uznać, że zasób udostępniony gwarantuje Zamawiającemu lepsze wykonanie zamówienia przez takiego wykonawcę niż wiedza i doświadczenie jaką nabył wykonawca w trakcie bezpośredniego wykonywania zamówień.

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

W ocenie KIO taka hipotetyczna sytuacja wskazywana często przy dokonywaniu wykładni przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy P.z.p., ziściła się w tym postępowaniu. W wyniku pierwszej kwalifikacji wniosków do dalszego etapu zostało kwalifikowanych czterech wykonawców, którzy korzystali z zasobów podmiotów Siemens i GE, a wykonawcy udostępniający te zasoby nie zostali zakwalifikowani do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Tym samym stwierdzić należy zdaniem KIO, że doszło do paradoksalnej sytuacji w której GE i Simens posiadając własne doświadczenie, nie zmieścili się w pierwszej piątce na liście rankingowej wykonawców, a znaleźli się tam na pierwszych czterech miejscach

wykonawcy, którzy nie mieli własnego doświadczenia, a posiadali natomiast doświadczenie udostępnione przez tych wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i sytuacje wykonawców GE i Simens KIO stoi na stanowisku, że powoływanie się przez wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego jedynie w celu zwiększenia swoich szans na zakwalifikowanie się do kolejnego etapu w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p.

Nie ma bowiem podstaw do premiowania takich wykonawców, którzy pozyskując zasoby innych wykonawców, mogą otrzymać realizację zamówienia, kosztem tych wykonawców którzy posiadane doświadczenie nabyli w wyniku samodzielnego wykonywania zamówień.

Mając powyższe na uwadze KIO na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy P.z.p. uwzględniła odwołanie i orzekła z mocy art. 192 ust. 9 i 10 P.z.p. o kosztach postępowania odwoławczego.

Skargę na wyrok wniosło Konsorcjum MCE Berlin GmbH w Berlinie, BHR Hochdruck-Rohrleitungsbau GmbH w Essen i Babcock Borsing Steinmuller GmbH w Oberhausen (zwane dalej Skarżącym) zarzucając:

1 / naruszenie prawa materialnego:

- art. 26 ust. 2 b P.z.p. poprzez jego błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji uznanie, że przepis ten uprawnia wykonawcę do polegania na wymienionych w nim zasobach należących do podmiotu trzeciego wyłącznie w celu wykazania spełnienia minimalnego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
- art. 57 ust. 1-3 w zw. z art. 26 ust. 2 b P.z.p. poprzez ich błędną

wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji uznanie, że Zamawiający dokonał wadliwej oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, w wyniku przyznania wykonawcom punktów za wykazanie się wykonaniem

robót budowlanych przez podmioty trzecie udostępniające swoje zasoby;

- art. 7 ust. 1 P.z.p. poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i uznanie, że wykonawcy, którzy polegają na zasobach i wiedzy należących do podmiotu trzeciego mogą wykazać tylko spełnienie warunku minimalnego udziału w postępowaniu (przejsć etap kwalifikacji), co uniemożliwia im realnie ubieganie się o przejście do dalszego etapu i uzyskanie zamówienia publicznego;

- art. 26 ust. 2 b P.z.p. w zw. z art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/ 18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usług (Dz.Urz. UE L 134 z 30.04.2004 oraz art. 54 ust. 5 i 6 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.Urz. UE L 134/1 30.04.2004r) poprzez nieuwzględnienie celów i podstaw wdrożenia powołanych dyrektyw do krajowego porządku prawnego przy wykładni art. 26 ust. 2 b P.z.p. i w konsekwencji uznanie, że wykonawca nie może polegać na zasobach innych podmiotów przy wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie służącym realnemu uzyskaniu zamówienia publicznego;

2/ naruszenie prawa procesowego art. 191 ust. 2 P.z.p. poprzez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności treści ogłoszenia o zamówieniu.

Wskazując na powyższe zarzuty Skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia KIO z dnia 7.08.2012 r., sygn. akt KIO1563/12 i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez oddalenie odwołania oraz zasądzenia kosztów postępowania według norm właściwych.

Przeciwnik skargi Konsorcjum firm: General Electric International, Inc., w Shelton, Connecticut, USA; Abener Energia S.A. w Sewilli, Hiszpania wniosło o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania.

Zamawiający PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie wniósł o oddalenie skargi.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje: skarga jest zasadna.

Z poczynionych przez KIO niespornych ustaleń faktycznych wynika, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji pod nazwą „ Budowa gazowo-parowego bloku

kogeneracyjnego w PGE GiEK S.A. Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra - Elektrownia Pomorzany". Zakres zamówienia obejmował roboty budowlane, polegające na budowie bloku gazowo-parowego w formule „pod klucz”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w Sekcji III.2.3 określało warunki techniczne udziału w wykonawców w postępowaniu. O udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykazą się należytych wykonaniem przynajmniej 3 zadań w zakresie budowy bloku gazowo-parowego w formule „pod klucz”, w zakresie dostawy i serwisowania turbin oraz wykonaniem zadań w zakresie serwisu turbiny. Za każde spełnienie warunku zdolności technicznej opisane w Sekcji VI. 3 pkt 2 Zamawiający przyznawał wykonawcom: za realizację budowy bloku gazowo-parowego w formule pod klucz - 2 punkty, za wykonanie dostawy i serwisowania turbin - 1 punkt oraz za potwierdzenie warunku serwisu turbiny - 1 punkt. Dodatkowo Zamawiający postanowił, że w przypadku gdy zamówienie zostało zrealizowane przez wykonawcę (lub jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie) samodzielnie lub wspólnie z innymi wykonawcami, powyższe liczby punktów zostaną przemnożone przez 3, jednak nie więcej niż wskazane maksymalne limity. Ponadto postanowiono, że w celu potwierdzenia spełnienia tego warunku zgodnie z art. 26 ust. 2 b P.z.p. wykonawca może polegać na odpowiednich zasobach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków prawnych. Wykonawca w takiej

sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Na tle tak określonych warunków powstał w sprawie spór w kwestii skorzystania stosownie do treści art. 26 ust.2b P.z.p. z zasobów osób trzecich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, to w ocenie KIO posłużenie się zasobami osób trzecich w rozumieniu art. 26 ust.2b P.z.p. może mieć miejsce jedynie dla wykazania spełnienia „minimalnych” warunków uczestnictwa w postępowaniu. Powoływanie się zatem na potencjał osoby trzeciej jedynie w celu zwiększenia swoich szans na zakwalifikowanie się do kolejnego etapu o udzielenie zamówienia nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 26 ust.2b P.z.p. Nie ma bowiem podstaw do premiowania wykonawców, którzy pozyskując zasoby innych wykonawców, mogą otrzymać zamówienia, kosztem tych wykonawców, którzy posiadane doświadczenie nabyli w wyniku samodzielnego realizowania zamówień.

W związku z powyższym obowiązkiem Sądu w rozpoznawaniu skargi było dokonanie wykładni art. 26 ust. 2 b P.z.p.

Strony niniejszego sporu na potwierdzenie słuszności swych racji wskazały szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, które to wskazują na występowanie dwóch rozbieżnych linii orzecznictwa oraz wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach w sprawie XIX Ga461/12.

Sąd Okręgowy w składzie rozpoznającym niniejszą skargę przychylił się do prezentowanego stanowiska tej linii orzecznictwa KIO oraz Sądu Okręgowego w Katowicach, iż z treści art. 26 ust 2b P.z.p. wynika, że zarówno zasoby, którymi wykonawca dysponuje bezpośrednio, jak i zasoby osób trzecich udostępnione wykonawcy powinny być jednakowo brane pod uwagę zarówno na etapie spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i przy najwyższej ocenie stopnia spełniania tych warunków.

Zgodzić się należy z autorem skargi, że KIO w zaskarżonym wyroku dokonała interpretacji przepisu art. 26 ust.2b P.z.p. z naruszeniem wykładni językowej.

Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie III CZP 50/07, Legalis, z utrwalonych w orzecznictwie zasad interpretacji przepisów prawa, podstawowe znaczenie ma wykładnia językowa, a dopiero gdy ta zawodzi, prowadząc do wyników niedających się pogodzić z racjonalnym działaniem ustawodawcy i celem jaki ma realizować dana norma, należy sięgać do dyrektyw wykładni systemowej i funkcjonalnej. Zatem odstępstwo od jasnego i oczywistego sensu przepisu wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem mogą uzasadniać tylko szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, społeczne lub ekonomiczne, a jeśli takie nie zachodzą, to interpretator powinien oprzeć się na wykładni językowej.

Przepis art. 26 ust. 2 b 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 łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Zdaniem Sądu Okręgowego ustawodawca wprowadzając możliwość posługiwania się przez wykonawcę zasobami osoby trzeciej tj. jego wiedzą, doświadczeniem, potencjałem technicznym, osobowym oraz finansowym przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie wprowadził w tym zakresie żadnego ograniczenia. Ustawodawca nie wskazał, że uprawnienie wykonawcy jest ograniczone jedynie na potrzeby wykazania tzw. „minimalnych” warunków udziału w postępowaniu i nie jest uprawniony do posługiwania się potencjałem osoby trzeciej w celu wykazania spełnienia dalszych „punktowanych” warunków, po spełnieniu których może dojść do następnego etapu postępowania.

Trafnie zauważa autor skargi, że ustawodawca w art. 26 ust. 2b P.z.p. nie odnosi się do możliwości polegania na zasobach podmiotu trzeciego tylko w zakresie warunków minimalnych udziału w postępowaniu. Tak istotne dla udziału w zamówieniach publicznych ograniczenie dopuszczalności posługiwania się zasobami podmiotów trzecich, gdyby było intencją

ustawodawcy, znalazłoby odzwierciedlenie w treści tego przepisu, jak również w innych ustępach art. 26 oraz przepisów art. 22 i 57 P.z.p.

Ustawa P.z.p. w żadnym bowiem przepisie nie posługuje się terminem „warunki minimalne”. Przy wykładni językowej należy brać pod uwagę całą treść aktu prawnego. W tym kontekście należy podnieść, że ustawodawca w całej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych posługuje się wyłącznie jednym pojęciem „warunki udziału w postępowaniu” bez rozróżnienia na warunki minimalne i dalsze warunki punktowane. Oznacza powyższe, że nie ma racji KIO, kiedy w zaskarżonym uzasadnieniu podnosi, iż takie ograniczenie znajduje się w zdaniu, drugim tego przepisu, który mówi o „zasobach niezbędnych”, co w jego ocenie sugeruje, że chodzi o minimalne wymogi uczestnictwa w postępowaniu przetargowym. Jak

słusznie podnosi Sąd Okręgowy w Katowicach w cytowanej wyżej sprawie przymiotnik „niezbędny” nie jest synonimem przymiotnika „minimalny”. To drugie oznacza najmniejszą wartość czegoś, a na gruncie analizowanego przepisu oznaczałoby spełnienie warunków uczestnictwa w postępowaniu według najniżej dopuszczalnych granic określonych przez wykonawcę, bez spełnienia których następuje skutek wynikający z art. 24 ust. 2 pkt 4 P.z.p. Słowo „niezbędny” oznacza natomiast koniecznie potrzebny, konieczny, nieodzowny (por. Mały słownik języka polskiego pod redakcją S. Skorupki, H. Anderskiej, Z. Łempickiej, PWN, Warszawa 1968 r., s.454). Znaczenie zatem pojęciowe obu wyrazów jest różne. Wykładnia językowa zdania drugiego daje podstawę do twierdzenia, że nie chodzi o spełnienie warunków granicznych, minimalnych, których przekroczenie in minus powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania przetargowego, ale o udowodnienie, że wykonawca będzie dysponował potencjałem podmiotów trzecich do realizacji określonego zadania - w razie, gdy zostanie wybrana przez zamawiającego jego oferta. W ramach postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający winien dokonać czynności sprawdzających, czy dzięki tym zasobom wykonawca zdoła wykonać zamówienie. Z tego powodu ustawodawca w tym zdaniu zawarł wymóg przedłożenia pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu

zamówienia. Zatem brak jest podstaw do formułowania tezy, że wykonawcy wolno korzystać z potencjału podmiotu trzeciego w celu jedynie wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a już nie dla uzyskania punktów w wyniku oceny spełniania warunku, który jest ustalony jako graniczny. Z wykładni językowej wypływa wniosek, że wykonawca może posłużyć się zasobami osoby trzeciej nie tylko dla wykazania warunków minimalnych, ale i uzyskania lepszej pozycji w rankingu wniosków (por. wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2011 w sprawie KIO 2816/10, KIO14/11, Lex nr 717467).

W tym miejscu wspomnieć należy, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p., został wprowadzony w dniu 22 grudnia 2009 r. kiedy to weszła w życie nowelizacja z dnia 5 listopada 2009 r. ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591). Nowelizacja ta w sposób zasadniczy wprowadziła zmiany w zakresie wymagań stawianych wykonawcom zainteresowanym realizacją zamówień publicznych, sposobu oceny ich spełniania oraz zasad wykazywania przez wykonawców spełniania tych wymagań. Dokonane zmiany miały na celu rozszerzenie możliwości uczestnictwa w realizacji zamówień publicznych przez przedsiębiorców wykorzystujących wspólną wiedzę i doświadczenie. Wprowadzone zmiany realizują podstawowy cel przepisów Prawa zamówień publicznych, a mianowicie zapewnienia przedsiębiorcom dostępu do zamówień publicznych na zasadach niedyskryminacyjnych. Uczestnictwo to odbywa się w różnej formule przede wszystkim jako bezpośrednie wykonawstwo, ale również jako podwykonawstwo.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p., stanowi transpozycję do prawa krajowego postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/ 114 z 30.04.2004 r., ze zm.) - tzw. Dyrektywy Klasycznej. Celem wprowadzenia tego przepisu, jak wynika z uzasadnienia ustawy było wdrożenie postanowień dyrektywy oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia przez

umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez oparcie się przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków.

Przepisowi art. 47 ust 2 Dyrektywy klasycznej odpowiada regulacja art. 53 ust 4 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134 z 30.04.2004 r.) - tzw. Dyrektywa sektorowa. Przepis art. 53 ust. 4 Dyrektywy sektorowej wskazuje, że jeżeli kryteria i zasady kwalifikacji, o których mowa w art. 53 ust 2 tej Dyrektywy, obejmują wymagania dotyczące możliwości gospodarczych i finansowych wykonawcy, wówczas w uzasadnionych przypadkach wykonawca taki może zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju powiązań pomiędzy nim a tymi podmiotami. Wykonawca musi wtedy udowodnić podmiotowi zamawiającemu, że będzie miał dostęp do tych zasobów przez cały okres ważności systemu kwalifikowania, przedstawiając odpowiednie zobowiązanie tych podmiotów. Obie dyrektywy zatem dopuszczają możliwość posłużenia się podmiotami trzecimi w celu wykazania spełnienia warunków udziału w konkretnym postępowaniu, pod warunkiem udowodnienia zamawiającemu dysponowania niezbędnymi zasobami przez podmiot trzeci.

Skoro przyjęto postanowienia dyrektywy i nie wprowadzono w art. 26 ust 2b P.z.p. żadnych ograniczeń co do zakresu powoływania się przez wykonawców na zasoby podmiotów trzecich w każdym z postępowań przetargowych objętych prawem zamówień publicznych, to nieuprawnione jest wprowadzanie dodatkowych, niewyrażonych w powołanym przepisie ani w Ogłoszeniu o zamówieniu ograniczeń uprawnień wykonawcy, jak tego dokonała KIO w zaskarżonym wyroku.

Zasadnie podnosi skarżący, że interpretacja przepisu art. 26 ust.2b P.z.p. przez KIO w zaskarżonym wyroku prowadzi do ewidentnego ograniczenia konkurencyjności podmiotów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, bowiem przyjęte ograniczenie prawa wykonawców do korzystania z zasobów osób trzecich tylko do wykazania minimalnych warunków udziału w postępowaniu oznacza, iż żaden z takich wykonawców

nie ma realnej możliwości przystąpienia do konkurencji punktowej i przejście do następnego etapu tj. złożenia oferty wstępnej. Zaprezentowane w zaskarżonym wyroku stanowisko KIO praktycznie eliminuje z rynku zamówień publicznych mniejszych wykonawców, którzy muszą korzystać z udostępnionych im przez podmioty trzecie zasobów wiedzy i doświadczenia.

Stanowisko KIO zawarte w zaskarżonym uzasadnieniu narusza także przepis art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasady wskazane w art. 7 P.z.p. sprowadzają się do zapewnienia jak najszerszego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Oznacza powyższe, że zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie, powinien dążyć do udzielenia zamówienia, unikając działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do postępowania. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji znajduje potwierdzenie w art. 10 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach go-

spodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dyrektywa sektorowa), który stanowi, iż podmioty zamawiające traktują wykonawców jednakowo i w sposób niedyskryminujący oraz postępują w sposób przejrzysty.

Obowiązek przestrzegania zasady równego traktowania odpowiada samej istocie dyrektyw Parlamentu Europejskiego (tj. klasycznej i sektorowej) co oznacza, że wykonawcy muszą być traktowani na równi tak w chwili przygotowania ofert, jak i wówczas, gdy oferty te są oceniane. Powyższe zasady obowiązują na wszystkich etapach prowadzonego postępowania i odnoszą się w równym stopniu do obowiązku wyznaczania kryteriów oceny ofert na jego początku, jak i dokonywania badania i oceny złożonych ofert.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza również jednakowe traktowanie wszystkich wykonawców bez podziału na korzystających z własnych i korzystających z udostępnionych zasobów, na każdym etapie postępowania, a także zakaz stosowania środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości.

Przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie. Przepis ten zawiera ogólną normę dotyczącą warunków udziału w postępowaniu, wymagającą doprecyzowania w opisie sposobu spełniania warunku dokonany przez zamawiającego w danym postępowaniu. Zatem warunki udziału w postępowaniu podlegają konkretyzacji w ramach każdego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego tak, aby były adekwatne do przedmiotu zamówienia tzn. pozostały z nim w związku na tyle ścisłym, aby spełniający je wykonawca był w stanie wykonać je z należytą starannością. Oderwanie postawionych przez zamawiającego warunków od przedmiotu zamówienia i okoliczności towarzyszących jego realizacji narusza wprost normę wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zasadnie autor skargi podnosi, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu w Ogłoszeniu o zamówieniu powtórzył zasadę, że wykonawcy mogą polegać na wiedzy, doświadczeniu i potencjale technicznym itd. podmiotów trzecich tj. zgodnie z art. 26 ust. 2b P.z.p., ale również wskazał sposób punktacji wniosków. Ze wskazanego sposobu punktacji wynika, że Zamawiający dokonał rozróżnienia sposobu punktowania doświadczenia własnego wykonawców i doświadczenia udostępnionego przez osoby trzecie. Doświadczenie własne wykonawców zostało bowiem uprzywilejowane, ponieważ uzyskane punkty były przemnożone przez 3.

Oznacza powyższe, iż skoro Zamawiający zdecydował się na takie rozwiązanie w prowadzonym zamówieniu, to uznać należy, że wszystkie zasoby niezależnie od źródła pochodzenia (czy własne, czy też podmiotu trzeciego) mają dla niego jednakowe znaczenie. Podlegają uwzględnieniu nie tylko w celu spełnienia warunków minimalnych, ale w celu uzyskania lepszej pozycji na liście rankingowej.

Dodatkowo podkreślić należy, że z naruszeniem uczciwej konkurencji mamy do czynienia w sytuacji, gdy postawione warunki udziału w postępowaniu prowadzą do wyłączenia określonej grupy wykonawców z postępowania bez uzasadnionej przyczyny. W niniejszym postępowaniu doszło do takiego przypadku, albowiem zaskarżony wyrok wykonawców,

k którzy zgodnie z art. 26 ust. 2b P.z.p. korzystają z zasobów podmiotów trzecich eliminuje z udziału w realizacji przedmiotu zamówienia. Zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego trzeba badać pod kątem kręgu podmiotów mogących wziąć udział w danym postępowaniu. Powyższe wskazała także KIO w wyroku z dnia 14 stycznia 2008 r. w sprawie sygn. akt: KIO/UZP 62/07, stwierdzając, iż: „Ocenę zasadności takiego warunku i jego zgodności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy rozpatrywać w kontekście jego adekwatności do przedmiotu zamówienia, tj. warunek musi zagwarantować należyte wykonanie zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu niedyskryminującego charakteru, winien mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, a nadto nie może prowadzić do faworyzowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców.

Zdaniem Sądu Okręgowego powołanie się przez Skarżącego na wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich tj. GE i Simensa (zasoby podmiotów posiadających niekwestionowane doświadczenie w realizacji zamówień objętych niniejszym postępowaniem) jest potwierdzeniem zdolności Skarżącego zgodnie z art. 26 ust. 2b P.z.p. do realizacji zamówienia także w zakresie warunków udziału w postępowaniu za które Zamawiający, zgodnie z Ogłoszeniem, przyznaje punkty.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy uznał, że zaskarżony wyrok KIO został wydany z naruszeniem art. 57 ust. 1 - 3 w związku z art. 26 ust. 2b P.z.p. oraz art. 7 ust. 1 P.z.p. W sprawie niniejszej nie ma podstaw aby nakazywać Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz dokonanie ponownej oceny złożonych wniosków z uwzględnieniem zasady iż wykonawcy mogą skorzystać z zasobów podmiotów trzecich tylko w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Ogłoszenie Zamawiającego o zamówieniu publicznym nie narusza obowiązujących przepisów P.z.p. co do kryteriów oceny wniosków. Zamawiający w granicach swych kompetencji ustalił warunki Ogłoszenia, które powinny być respektowane. Z tego powodu odwołanie Konsorcjum:

General Electric International, Inc., Abener Energia S.A., powinno ulec oddalaniu.

O powyższym orzeczono na podstawie art. 198f ust. 2 zd. 2 w zw. z art. 198a ust. 2 P.z.p. oraz art. 386 § 1 k.p.c. i art. 98 § 1 i 3 k.p.c.