

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 maja 2012 r.

Sąd Okręgowy w Białymstoku II Wydział Cywilny Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący: SSO Urszula Wynimko (spr.)

Sędziowie: SSO Renata Tabor

SSO Grażyna Wołosowicz

Protokolant: Zofia Szczęsnowicz

po rozpoznaniu w dniu 17 maja 2012 r. w Białymstoku

na rozprawie

rozpoznał sprawę o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego Skarb Państwa
- Podlaski Urząd Wojewódzki

z udziałem Comarch Spółki Akcyjnej w Krakowie, Centrum Informatyki ZETO Spółki Akcyjnej - Lider Konsorcjum w Białymstoku, Polskiej Wytwórni Papierów Wartościowych Spółki Akcyjnej - Uczestnik Konsorcjum w Warszawie, Comarch Spółki Akcyjnej w Krakowie, SYGNITY Spółki Akcyjnej w Warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Unizeto Technologies Spółki Akcyjnej w Szczecinie, BULL Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, BULL SAS w Warszawie, ASSECO Poland Spółki Akcyjnej w Rzeszowie, Betacom Spółki Akcyjnej, KA-NA Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, ATM Systemy Informatyczne Spółki Akcyjnej, ATM Spółce Akcyjnej, TBD - Polska Spółki Akcyjnej w Warszawie i BIATEL BIT Spółki Akcyjnej w Warszawie

na skutek skargi wykonawcy Comarch Spółki Akcyjnej w Krakowie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 5 marca 2012 r. sygn. akt KIO/248/12

I. oddała skargę;

II. zasądza od Comarch Spółki Akcyjnej w Krakowie na rzecz Skarbu Państwa - Podlaskiego Urzędu Wojewódzkiego kwotę 1200 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu przed Sądem Okręgowym.

Uzasadnienie

Zamawiający - Wojewoda Podlaski prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie, dostawę i wdrożenie systemów e-Administracja oraz e-Bezpieczeństwo wraz z dostawą i instalacją sprzętu na potrzeby Projektu „Wdrażanie

elektronicznych usług dla ludności województwa podlaskiego - część II, administracja rządowa" (CU2) w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. J. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”. W toku tego postępowania Wykonawca ubiegający się o udzielnie zamówienia Comarch Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie wniósł w dniu 3 lutego 2012 roku odwołanie od zaniechania czynności i czynności niezgodnych z ustawą dokonanych przez Zamawiającego. Zarzucił naruszenie:

1. art. 8 ust. 1 art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechanie ujawnienia informacji dotyczących wniosków wykonawców: Biatel S.A., konsorcjum Betacom S.A. i KA-NA sp. z o.o., konsorcjum Buli Polska i Buli Sas; Unizeto Technologies S.A., konsorcjum Centrum Informatyki ZETO S.A. i PWPW S.A. oraz konsorcjum Sygnity S.A. i Enigma SIO sp. z o.o., w zakresie sumy wartości zamówień z pierwszych dwóch pozycji wskazanych w wykazie wykonanych zamówień dotyczących warunku wskazanego w pkt. III.2.3) pkt 1 a) ogłoszenia o zamówieniu oraz informacji, czy dwa pierwsze zamówienia, o których mowa powyżej były zamówieniami realizowanym przez ww. wykonawców własnymi zasobami, czy też były to zamówienia udostępnione przez podmiot trzeci; pomimo że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz poprzez jednoczesne ujawnienie ww informacji w zakresie wykonawcy Asseco S.A. Poland, co narusza art. 7 ust. 1 ustawy;

2. z ostrożności - naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy w związku z art. 8 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie wystąpienia do wykonawców wskazanych powyżej w pkt 1 powyżej o udzielenie wyjaśnień w zakresie podstaw zastrzeżenia części wniosków w zakresie ww informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

3. naruszenie art. 26 ust. 2b ustawy, poprzez jego zastosowanie niezgodne z jego literalnym brzmieniem oraz celem, polegające na uwzględnieniu doświadczenia podmiotów trzecich udostępnionego wykonawcom: Biatel S.A., konsorcjum Betacom S.A. i KA-NA sp. z o.o., konsorcjum Buli Polska i Buli Sas; Unizeto Technologies S.A., konsorcjum Centrum Informatyki ZETO S.A. i PWPW S.A. oraz konsorcjum Sygnity S.A. i Enigma SIO sp. z o.o. (a także pozostałym wykonawcom - jeżeli miało to miejsce) - na potrzeby wykazania się lepszym niż inni wykonawcy spełnianiem warunków udziału w postępowaniu w celu zakwalifikowania się do pierwszej piątki wykonawców zaproszonych do składania ofert, a nie wyłącznie w celu spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 51 ust. 1-3 ustawy poprzez przyznanie ww. wykonawcom zbyt dużej ilości punktów oraz niewłaściwego miejsca w rankingu wykonawców;

3. naruszenie art. 51 ust. 1-3 ustawy, poprzez uznanie jako spełniające warunek udziału w postępowaniu zamówienia wykazanego przez Asseco Poland S.A. w pozycji pierwszej wykazu zamówień o których mowa w pkt III.2.3) pkt 1 a) ogłoszenia (dotyczącego wdrożenia na rzecz MSWiA), podczas gdy zamówienie to nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, co z kolei przekłada się na ilość punktów przyznanych temu wykonawcy w ramach oceny wniosków;

4. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze te zarzuty, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

2. odtajnienia informacji dotyczących wykonawców Biatel S.A., konsorcjum Betacom S.A. i KA-NA sp. z o.o., konsorcjum Buli Polska i Buli Sas; Unizeto Technologies S.A., konsorcjum Centrum Informatyki ZETO S.A. i PWPW S.A. oraz konsorcjum Sygnity S.A. i Enigma SIO sp. z o.o. w zakresie sumy wartości zamówień z pierwszych dwóch pozycji wskazanych w wykazie wykonanych zamówień dotyczących warunku wskazanego w pkt

111.2.3) pkt I a) ogłoszenia o zamówieniu oraz informacji, czy dwa pierwsze zamówienia o których mowa powyżej były zamówieniami realizowanym przez w/w Wykonawców własnymi zasobami, czy też były to zamówienia udostępnione przez podmiot trzeci;

3. względnie z ostrożności procesowej - nakazanie zamawiającemu zwrócenie się do

w/w wykonawców o udzielenie wyjaśnień w zakresie podstaw zastrzeżenia przedmiotowych informacji tajemnicy przedsiębiorstwa oraz następnie ich odtajnienie - poprzez ich udostępnienie;

4. powtórzenie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;

5. ponowne przeliczenie punktów wykonawcom: Asseco Poland S.A., Biatel S.A., konsorcjum Betacom S.A. i KA-NA sp. z o.o., konsorcjum Buli Polska i Buli Sas; Unizeto Technologies S.A., konsorcjum Centrum Informatyki ZETO S.A. i PWPW S.A. oraz konsorcjum Sygnity S.A. i Enigma SIO sp. z o.o. a także pozostałym wykonawcom, jeżeli doświadczenie podmiotu trzeciego było uwzględniane w ich przypadku w celu przyznania punktacji, a nie w celu wykazania minimalnych warunków udziału w postępowaniu - bez uwzględnienia doświadczenia i wiedzy udostępnionej im przez podmioty trzecie w trybie art. 26 ust. 2b ustawy oraz bez uwzględniania zamówień nie spełniających warunków udziału w postępowaniu.

W drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2012 r. odwołanie Comarch Spółki Akcyjnej z siedzibą w Krakowie, zarejestrowane pod sygn. KIO 248/12, skierowano do łącznego rozpoznania z odwołaniami wniesionymi przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia Centrum Informatyki ZETO S.A. w Białymstoku i Polską Wytwórnę Papierów Wartościowych (sygn. KIO 223/12) oraz przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia Sygnity Spółka Akcyjna w Warszawie i Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (sygn. KIO 261/12).

Wyrokiem z dnia 5 marca 2012 roku w sprawie KIO 248/12 (pkt B wyroku) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Comarch Spółki Akcyjnej z siedzibą w Krakowie i nakazała Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- unieważnienie czynności zaproszenia do składania ofert,
- powtórzenie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- odtajnienie informacji dotyczących wykonawców: BIATEL BIT S.A., 00-854 Warszawa, Al. Jana Pawła II 23, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Betacom S.A., KA-NA Sp. z o.o., 01-377 Warszawa, ul. Polczyńska 31a, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BULL Polska sp. z o.o., BULL SAS, 02-676 Warszawa, ul. Suwak 3, wykonawcy Unizeto Technologies S.A., 70-486 Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centrum Informatyki ZETO S.A., Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A., 15-048 Białystok, ul. Skorupska 9, wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia: Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa, Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa - w zakresie sumy wartości zamówień z pierwszych dwóch pozycji wskazanych w wykazie wykonanych zamówień dotyczących warunku wskazanego w sekcji III.2.3) pkt 1 a) ogłoszenia o zamówieniu oraz informacji w zakresie dwóch pierwszych zamówień wskazanych w wykazie wykonanych zamówień poprzez wskazanie, czy były zamówieniami realizowanym przez wykonawców własnymi zasobami, czy też były to zasoby udostępnione przez podmiot trzeci.

Stosownie do wyniku postępowania Krajowa Izba Odwoławcza orzekła też o kosztach postępowania.

W uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia Krajowa Izba Odwoławcza - po zbadaniu całokształtu okoliczności rozpoznawanej sprawy - stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 8 ust. 3 i art. 96 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechania ujawnienia informacji dotyczących wniosków wykonawców: Biatel, konsorcjum Betacom, konsorcjum Buli; Unizeto, konsorcjum ZETO oraz konsorcjum Sygnity, w zakresie sumy wartości zamówień z pierwszych dwóch pozycji wskazanych w wykazie wykonanych zamówień dotyczących warunku wskazanego w pkt. III.2.3) pkt I a) ogłoszenia o zamówieniu oraz informacji, czy

dwa pierwsze zamówienia, o których mowa powyżej, były zamówieniami realizowanym przez ww. wykonawców własnymi zasobami, czy też były to zamówienia udostępnione przez podmiot trzeci, potwierdziły się. Odwołując się do zasady jawności postępowania i zasad udostępniania dokumentów składanych przez wykonawców, Izba podzieliła stanowisko odwołującego i uznała, że doszło do naruszeń w tym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała też, że zaniechanie ujawnienia powyższych informacji naruszyło również fundamentalną zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, polegającą na tym, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W dalszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp, który uznała za niepotwierdzony. Stwierdziła, że zamawiający - pomimo konieczności wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności związanych z objęciem przez wykonawców określonych informacji tajemnicą - nie był uprawniony do dokonywania tego rodzaju wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, gdyż ww. przepis odnosi się jedynie do dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu lub że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy, poprzez jego zastosowanie niezgodne z jego literalnym brzmieniem oraz celem (...) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że jest on niezasadny. W ocenie Izby na potrzeby wykazania się lepszym niż inni wykonawcy spełnianiem warunków udziału w postępowaniu w celu zakwalifikowania się do pierwszej piątki wykonawców zaproszonych do składania ofert, wykonawcy mogli się posłużyć potencjałem podmiotu trzeciego uzyskanym w trybie art. 26 ust. 2b Pzp. Izba wskazała, że przepis ten nie jest wyłączony w przetargu ograniczonym bowiem ustawodawca nie rozgraniczył w ustawie warunków potwierdzających spełnienie warunków w postępowaniu na poziomie minimalnym od warunków punktowanych. Skoro brak takiego rozróżnienia w art. 51 ust. 1-4 Pzp, nie można wykluczyć możliwości posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego do podwyższenia oceny doświadczenia. Brak również w ustawie zakazu posługiwania się tym samym podmiotem przez więcej niż jednego wykonawcę składającego wnioski. Na poparcie swego stanowiska w tym zakresie Izba odwołała się do rozstrzygnięć w wyrokach z dnia 13 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2816/10, KIO 14/11. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, zarówno zasoby, którymi wykonawca dysponuje bezpośrednio, jak i zasoby innego podmiotu, powinny być jednakowo brane pod uwagę zarówno przy ocenie minimalnego spełniania warunków udziału w postępowaniu jak i przy najwyższej ocenie stopnia spełniania tych warunków.

Dodatkowo odnosząc się do rozpoznawanej kwestii z uwzględnieniem przepisów 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. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114-240; Polskie wydanie specjalne: Rozdział 06 Tom I 07 str. 132-262) zwanej dalej „dyrektywą klasyczną”, Izba wskazała na zakres uregulowania omawianego zagadnienia tj. art. 47 i 48 dyrektywy. Izba uznała za niezasadne stanowisko Comarch dotyczące naruszenia przez zamawiającego omawianych przepisów ustawy w świetle art. 47 i 48 dyrektywy klasycznej. Ponadto zwróciła uwagę, że implementowane przepisy dyrektywy ustawodawca krajowy umieścił w ustawie w Dziale II „Postępowanie o udzielenie zamówienia” w rozdziale 1 „Zamawiający i wykonawcy”. Zatem należy uznać, że przepis art. 26 ust. 2 b Pzp ma zastosowanie nie tylko wyłącznie w przypadku kwalifikacji podmiotowej polegającej na wykazaniu nie tylko minimalnego spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale również przy wykazywaniu najwyższej oceny spełniania tych warunków. Podsumowując, Izba uznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy, poprzez jego zastosowanie niezgodne z jego literalnym brzmieniem oraz celem, a w konsekwencji zarzut naruszenia art. 51 ust. 1-3 ustawy, za bezzasadny.

Jako ostatni Izba rozpoznała zarzut naruszenie przepisu art. 51 ust 1-3 ustawy odnoszący się do wykonawcy Asseco i stwierdziła niesłuszność zarzutów zgłoszonych przez odwołującego w tym zakresie.

Podsumowując, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że stwierdzone naruszenia przepisów ustawy mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zatem - działając na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt. 1 ustawy Pzp - Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania Krajowa Izba Odwoławcza orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od

odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł w oparciu o przedłożoną na rozprawie fakturę VAT.

Do wyroku zgłoszono zdanie odrębne w zakresie, w jakim uznano, że przy badaniu najwyższego stopnia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w celu zaproszenia wykonawców do składania oferty w przetargu ograniczonym, należy brać pod uwagę nie tylko usługi wykonane samodzielnie przez wykonawców, ale także inne zadania, które wykonawcy spełniając samodzielnie postawiony warunek udziału przedstawiają z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu zdania odrębnego dokonano szerokiej wykładni art. 26 ust. 2 b, w konkluzji przyjmując stanowisko przeciwne do zaprezentowanego przez Krajową Izbę Odwoławczą we wskazanym wyroku.

Skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wniósł Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia Comarch Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie. Zaskarżył go w części tj. w zakresie pkt B tiret trzecie nieuwzględniającej zarzutów podniesionych w odwołaniu Comarch S.A. akt: KIO 248/12 i wskazanych w niniejszej skardze. Zarzucił, iż Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok zaskarżony w części z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa, a w szczególności:

1. naruszono przepis art. 185 ust. 7 Ustawy PZP poprzez naruszenie postanowień Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie postępowania przed sądem polubownym (arbitrażowym), w tym naruszenie art. 1194 § 1 KPC i naruszenie art. 1197 § 2 KPC,
2. naruszono przepis art. 191 ust. 1 Ustawy PZP poprzez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy oraz poprzez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego materiału dowodowego,
3. naruszono przepis art. 26 ust. 2b Ustawy PZP, poprzez bezzasadne przyjęcie, iż Zamawiający prawidłowo uwzględnił doświadczenie podmiotów trzecich,
4. naruszono przepis art. 51 ust. 1-3 Ustawy PZP, poprzez bezzasadne przyjęcie, iż Zamawiający prawidłowo przyznał wykonawcom ilość punktów oraz miejsce w rankingu,
5. naruszono przepis art. 7 ust. 1 Ustawy PZP, poprzez bezzasadne przyjęcie, iż Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Na podstawie wskazanych zarzutów wniósł o:

1. uwzględnienie skargi,
2. zmianę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej odwołania wniesionego przez Comarch S.A. pod sygn. akt: KIO 248/12, w zakresie punktu B tiret trzeci sentencji powyższego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez:

a. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przy uwzględnieniu, iż przepis art. 26 ust. 2b Ustawy PZP pozwala na skorzystanie z zasobów podmiotów trzecich tylko w celu wykazania spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu.

Wniósł też na podstawie art. 198f ust. 5 Ustawy PZP o obciążenie Przeciwnika skargi kosztami postępowania przed Sądem Okręgowym i zasądzenie tych kosztów od Przeciwnika skargi na rzecz Skarżącego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:
Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

W ocenie Sądu Okręgowego brak było podstaw do postulowanej przez odwołującego zmiany wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w zaskarżonej części.

W pierwszym rzędzie wskazać trzeba na ograniczony zakres skargi sprowadzający się do kwestionowania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2012 r. wyłącznie w zakresie nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (pkt B tiret trzecie).

W uzasadnieniu skargi przeprowadzony został obszerny wywód, w którym skarżący odwołując się do reguł wykładni językowej, systemowej oraz celowościowej jak też orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej zakwestionował trafność argumentacji, jaka legła u podstaw wyroku w zaskarżonej części. Wskazać trzeba, że zarzuty skarżącego sprowadzają się w istocie do interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Konsekwentnie bowiem naruszenie tego przepisu skutkować musiało naruszeniem także art. 51 ust. 1-3 ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp. Przepisy te pozostają we wzajemnym powiązaniu, a zatem zarzut naruszenia art. 51 i art. 7 jest logiczną konsekwencją zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2 b. Innymi słowy, gdyby uznać zasadność tego ostatniego, nie można byłoby mówić o prawidłowym wyborze podmiotów dopuszczonych do składania ofert czy o zasadzie równości traktowania wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Dlatego też Sąd Okręgowy odniósł się do wskazanych zarzutów łącznie.

Oczywiście Sąd Okręgowy dostrzega rozbieżność w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i w doktrynie w zakresie wykładni art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. Ujawniła się ona również w niniejszej sprawie, a jej wyrazem jest zdanie odrębne zgłoszone przez jednego z członków składu orzekającego. Szeroko omówiono w nim różnorodne aspekty zaistniałego problemu, na co powołano się też w uzasadnieniu skargi.

Niezależnie jednak od powyższego i abstrahując od merytorycznej oceny zasadności zarzutów, wskazać trzeba, że na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia Sąd nie był uprawniony do wprowadzenia postulowanego przez skarżącego zapisu. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia dąży do wprowadzenia zapisów ocenianych przez niego jako korzystne. Na tym etapie niedopuszczalne jest jednakże wprowadzanie takich zmian, gdyż powadziłyby one do niedozwolonej zmiany ogłoszenia o udzielenie zamówienia publicznego.

Z materiału dowodowego wynika, że ogłoszenie o zamówieniu o treści określonej przez Zamawiającego opublikowano w dniu 19 października 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2011/S 201-327383. Określono w nim jednoznacznie kryteria oceny.

W sekcji IV. 1.2. ogłoszenia o zamówieniu zamawiający ograniczył liczbę wykonawców, których zaprosi do dalszego etapu postępowania do liczby 5 wykonawców. Wskazał, że jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5, zamawiający zaprosi do składania ofert 5 wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i doświadczenia zawodowego. Wskazano też, że ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie dokonywana na podstawie dwóch kryteriów. Kryterium pierwsze stanowiły środki finansowe lub zdolność kredytowa. Zgodnie z pkt. III.2.2 ogłoszenia o zamówieniu wykonawca musiał wykazać posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN. Zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca wykaże posiadanie środków finansowych na rachunku lub zdolność kredytową w zakresie: a) powyżej 10.000.000,00 do 20.000.000,00 PLN otrzyma 10 pkt. b) powyżej 20.000.000,00 do 30.000.000,00 PLN otrzyma 20 pkt. c) powyżej 30.000.000,00 PLN otrzyma 30 pkt. Natomiast drugie kryterium stanowiła liczba zamówień zgodnych z wymaganiami opisanymi w sekcji III.2.3 pkt 1 lit a) (kwalifikacje techniczne). Za każde kolejne zamówienie (powyżej 2 minimalnych zamówień) zgodne z wymaganiami opisanymi w sekcji III.2.3 pkt I lit a) wykonawca otrzyma 10 pkt, nie więcej jednak niż 70 pkt. W przypadku, gdy - po zastosowaniu wyżej wymienionych ocen w zakresie zdolności ekonomicznej i doświadczenia zawodowego - nie będzie można dokonać zakwalifikowania 5 wykonawców z uwagi na to, że dwóch lub więcej wykonawców uzyska taką samą liczbę punktów, zamawiający spośród nich wybierze tych wykonawców, u których wartość wykazanych dwóch pierwszych zamówień, o których mowa w sekcji III.2.3 pkt lit. a) jest większa.

Wskazane wyżej kryteria są obowiązujące przy ocenie zgłoszeń wykonawców i w ocenie Sądu nie jest dopuszczalne obecnie wprowadzanie zmian w tym zakresie.

Podkreślenia wymaga, że publikacja ogłoszenia w określonych w ustawie miejscach stanowi w procedurze udzielania zamówienia publicznego istotny etap. Jest gwarancją zapewnienia zasady uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców, które są fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień. Pozwalają one na realizację celów

ustawowych tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. Ogłoszenie ma też walor informacyjny umożliwiający wykonawcom ocenę swoich możliwości i przygotowanie wniosków. Jednocześnie podkreślić trzeba, że ogłoszenie ma charakter wiążący w całej dalszej procedurze.

W związku z tym Sąd Okręgowy uznał, że kwestionowanie ogłoszenia o udzielenie zamówienia publicznego winno odbyć się na wcześniejszym etapie, czyli przed złożeniem wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Kwestie te precyzuje art. 182 ustawy Pzp, wskazując terminy składania odwołań. Skoro wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zaniechał aktywności na wcześniejszym etapie nie może obecnie wnosić o postulowaną zmianę.

Niezależnie od tego co powiedziano, Sąd Okręgowy zauważa, że nie ma potrzeby wprowadzenia oczekiwanego przez skarżącego zapisu również z innych względów. Sporne w sprawie kryterium oceny wynika bowiem z ustawy, a problem sprowadza się jedynie do interpretacji prawa. Ponadto wskazać ponadto trzeba, że wobec wyroku Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający dokona ponownej oceny wniosków. Nie jest przy tym przesądzony wynik tego etapu postępowania. W tym kontekście, przed zastosowaniem procedury ponownego badania wniosków, skargę należy uznać także za przedwczesną.

W świetle powyższego Sąd Okręgowy uznał zarzuty dotyczące naruszenia art.26 ust. 2b a co za tym idzie i art. 51 ust. 1-3 ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp za niezasadne. Skarżący nie wykazał też, by na innej podstawie doszło do naruszenia zasad z art. 7 ustawy Pzp. Podstawą oceny zachowania przez Zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji są postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Sąd Okręgowy w zaskarżonym zakresie nie dostrzega uchybień.

Nie potwierdziły się też podniesione przez skarżącego zarzuty naruszenia prawa procesowego. Trzeba zauważyć, że skarżący tych zarzutów szerzej nie umotywował. Jest tak zapewne z tego względu, że w istocie problem poddany ocenie Sądu sprowadza się nie do naruszenia przepisów proceduralnych, ale wykładni przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza nie naruszyła art. 1194 § 1 kpc i art. 1197 § 2 kpc w zw. z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp. Jak wynika z motywów zaskarżonego rozstrzygnięcia Krajowa Izba Odwoławcza poddała ocenie zaskarżone czynności i zaniechania czynności. Zastosowała przy tym właściwe przepisy. Odniosła się do zarzutów skarżącego, także w kontekście stanowiska prezentowanego na rozprawie. W pisemnych motywach rozstrzygnięcia odniesiono się do wszystkich kwestii istotnych dla rozstrzygnięcia.

Wbrew zarzutom skarżącego sprawę wyjaśniono dostatecznie, a tym samym nie doszło również do naruszenia art. 191 Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła za podstawę rozstrzygnięcia stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Sąd Okręgowy nie dostrzega też rozbieżności pomiędzy przedstawionymi dowodami a ich oceną i wyprowadzonymi wnioskami. Skarżący nie wykazał naruszeń w tym zakresie.

Reasumując, wobec wyżej wykazanej niezasadności naruszenia przepisów prawa materialnego i procesowego, skarga podlegała oddaleniu na podstawie art.198f ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono na mocy art. 98 § 1 kpc zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu.

Z upc' A'2żnioniA

KIEROWNIKA SCKRci'RiATU

Na oryginale właściwe podpisy

STARSZY SĘKRETWSĄDOWY

Za zgodność

Barbara Birula

