

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

, 16. 10. 2012, (. I

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 września 2012 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy

Przewodniczący: SSO Dariusz Chrapoński (spr)

SSO Krystyna Faściszewska - Rąba
SSO Blanka Zorębska

Protokolant: sekr. sądowy Iwona Zdebel

na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2012 r. w Katowicach rozpoznał sprawę z
odwołania

Konsorcjum Control Process Spółki Akcyjnej w Krakowie i INITEC Energia
S.A. w Madrycie

przeciwko zamawiającemu Tauron Wytwarzanie Spółce Akcyjnej
w Katowicach

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania
odwoławczego po stronie zamawiającego
o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi Konsorcjum MCE Berlin GmbH w Berlinie, BHR Hochdruck-
Rohrleitungsbau GmbH w Essen, Babcock Borsig Steinmuller GmbH w
Oberhausen

przeciwko Konsorcjum Control Process Spółce Akcyjnej w Krakowie i INITEC
Energia S.A. w Madrycie

przy udziale zamawiającego Tauron Wytwarzanie Spółki Akcyjnej w Katowicach i
wykonawcy Konsorcjum Abener Energia S.A. w Sewilli, Abener Genowa
Ingenieria S.L. w Sewilli

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 22 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1201/12

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że oddala odwołanie Konsorcjum Control Process Spółki Akcyjnej w Krakowie i INITEC Energia S.A. w Madrycie;
2. zasądza od przeciwnika skargi Konsorcjum Control Process Spółki Akcyjnej w Krakowie i INITEC Energia S.A. w Madrycie na rzecz skarżącego Konsorcjum MCE Berlin GmbH w Berlinie, BHR Hochdruck-Rohrleitungsbau GmbH w Essen, Babcock Borsig Steinmuller GmbH w Oberhausen kwotę 103.017 zł (sto trzy tysiące siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

Sygn. akt XIX Ga 461/12

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza (zwana dalej KIO) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez TAURON Wytwarzanie S.A. w Katowicach (zwanego dalej Zamawiającym) na skutek odwołania złożonego przez Konsorcjum Control Progress S.A. w Krakowie i INITEC Energia S.A. w Madrycie (zwane dalej Odwołującym) od czynności Zamawiającego z dnia 25 maja 2012 roku w postaci przedstawienia wykonawcom pisemnej informacji o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

- uwzględniła to 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 Zamawiającego.

W uzasadnieniu KIO wskazało, że Zamawiający prowadzi postępowanie 038/ZC/--01/DB/2011 o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem pod nazwą "Budowa bloku gazowo- parowego o mocy elektrycznej brutto około 135 MW w TAURON Wytwarzanie Spółka Akcyjna - Oddział Elektrociepłownia Katowice w Katowicach", a ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 stycznia 2012 roku pod nr 2012/S 3-004976. W terminie oznaczonym do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w negocjacjach (do dnia 20 lutego 2012 roku) wnioski złożyło 13 wykonawców. W dniu 25 maja 2012 roku Zamawiający przesłał pisemną informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie złożonych wniosków wraz z zaproszeniem 11 wykonawców do składania ofert.

Od takiego stanowiska Zamawiającego Odwołujący złożył odwołanie do Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu na skutek naruszenia art. 51 ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 2b, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 p.z.p. w zw. z § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane oraz art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p. i postanowień Sekcji VI pkt. V1.3. ogłoszenia o zamówieniu:

- dokonania wadliwej oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w

postępowaniu, w wyniku przyznania wykonawcom dodatkowych punktów za wykazanie się wykonaniem robót budowlanych podmiotów udostępniających zasoby;

- zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców którzy nie potwierdzili spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- zaniechania wezwania wykonawców do uzupełnienia oraz wyjaśnienia treści dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania;
- nakazanie unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zaproszenia do składania ofert i dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, bez uwzględniania przy przyznawaniu punktów w celu dokonania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, robót budowlanych wykonanych przez podmioty udostępniające wykonawcom zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b p.z.p.;
- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawców występujących wspólnie w składzie: SENER Sp. z o.o. w Warszawie, SENER INGENIERIA Y SISTEMAS, S.A. z w Getxo (Vizcaya);
- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawców występujących wspólnie w składzie: Pol-Aqua S.A. w Warszawie, Dragados S.A. w Madrycie oraz Duro Felguera S.A. w Gijon;
- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawców występujących wspólnie w składzie:

Abener Energia S.A. w Sewilli, Abener Ghenova Ingenieria S.L. w Sewilli;
- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawców występujących wspólnie w składzie:
- Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, Daewoo International Corporation w Seulu oraz Hyundai Engineering Co., Ud w Seulu.

W zakresie zarzutu wadliwej oceny wniosków w wyniku przyznania wykonawcom dodatkowych punktów za wykazanie się wykonaniem robót budowlanych podmiotów udostępniających zasoby Odwołujący wskazał iż zgodnie z dyspozycją Sekcji VI pkt V1.3. ppkt. 8 ogłoszenia o zamówieniu do udziału w postępowaniu zostanie zaproszonych nie więcej niż 5 wykonawców, którzy spełnią wszystkie warunki udziału w postępowaniu. Natomiast jeżeli liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5, to do udziału w postępowaniu zostanie zaproszonych 5 wykonawców, którzy uzyskają najwyższe oceny za spełnienie warunku zdolności technicznej określonej w Sekcji 111.2.3). ogłoszenia o zamówieniu, tj.: za każde zrealizowane zamówienie spełniające wymagania określone w sekcji III.2.3) pkt 1 ppkt a) lub b) -1 punkt ale w sumie nie więcej niż 20 punktów.

W przypadku, gdy po dokonanej kwalifikacji, na ostatnim - 5 miejscu kwalifikującym wykonawców do dalszego udziału w postępowaniu znajdzie się więcej niż 1 Wykonawca, Zamawiający zakwalifikuje do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców, którzy znajdą się na tym miejscu. Tymczasem z otrzymanego przez Odwołującego zawiadomienia o ocenie wniosków wynika, iż Zamawiający przyznał wszystkim zaproszonym do składania ofert wykonawcom taką samą ilość punktów tj. 20. Taka ocena zdaniem Odwołującego, została dokonana wadliwie. Zamawiający uwzględnił przy dokonywaniu oceny punktowej roboty budowlane zrealizowane przed podmioty udostępniające potencjał wykonawcom co nie znajduje potwierdzenia w literalnym brzmieniu art. 26 ust. 2b p.z.p.

Do postępowania odwoławczego przyłączyło się 8 Wykonawców.

Rozpoznając odwołanie KIO nie podzieliło zapatrywania Zamawiającego, że zostało ono wniesione po terminie, a nadto przyjęła, że Odwołujący się ma interes prawny do wniesienia tego środka ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p. KIO ustaliło

także, że stan faktyczny jest bezsporny, a istota odwołania sprowadza się do dokonania oceny podniesionych w niej zarzutów.

Dokonując merytorycznej oceny odwołania KIO podzieliło jedynie zarzut pierwszy - dokonania przez Zamawiającego wadliwej oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, poprzez przyznanie wykonawcom dodatkowych punktów za wykazanie się wykonaniem robót budowlanych podmiotów udostępniających zasoby w trybie art. 26 ust. 2b p.z.p. Na wstępie KIO podkreśliło, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia, warunki udziału w postępowaniu oraz zasady spełniania tych warunków przez wykonawców, zobligowany jest do przestrzegania w tym zakresie regulacji ustawowych. W związku z tym, treść warunków udziału i zasad oceny ich spełniania nie może być sprzeczna z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa. Treść przepisów p.z.p. wskazuje Zamawiającemu ramy w jakich może precyzować stawiane wykonawcom warunki udziału w postępowaniu oraz zasady ich spełniania. Sam fakt, że Zamawiający zawarł w treści ogłoszenia o zamówieniu opis, iż wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów nie może mieć waloru przesądzającego o zasadach, wedle których dokonuje on następnie oceny wniosków. Art. 26 ust. 2b p.z.p. nie ma charakteru dyspozytywnego i zakres jego zastosowania nie zależy od decyzji Zamawiającego ujawnionej w treści ogłoszenia.

Możliwość polegania na zasobach należących do podmiotu trzeciego przewidziana w art. 26 ust. 2b p.z.p. wynika z implementacji - 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 L134/114 z 30.04.2004 r., ze zm.), zwaną dalej Dyrektywą Klasyczną 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 z 30.04.2004 r., ze zm.), zwaną dalej Dyrektywą Sektorową. Zgodnie z powyższymi regulacjami przepis art. 26 ust. 2b Pzp daje możliwość polegania na wymienionych w nim zasobach należących do podmiotu trzeciego wyłącznie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy stanowi *lex specialis* do wyrażonej w art. 26 ust. 1 i 2 ustawy p.zp. ogólnej zasady, że to wykonawca samodzielnie, względnie działając w ramach konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nawet niewskazanie w sposób precyzyjny w treści ogłoszenia o zamówieniu w jakim zakresie wykonawca może posługiwać się zasobami podmiotu trzeciego udostępnionego w trybie art. 26 ust.2b p.z.p., tj. czy tylko na potrzeby spełniania wymogów minimalnych czy też na potrzeby uzyskania dodatkowych punktów dla uzyskania odpowiedniego miejsca w rankingu wykonawców punktacji, to nie może to skutkować dopuszczalnością takiej oceny przez Zamawiającego złożonych wniosków, która nie znajduje oparcia w treści tego przepisu.

Z art. 26 ust. 2b zd. 2 p.zp. wyraźnie wynika możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych wart. 22 ust. 1 p.z.p. zasobów należących do innego podmiotu z istnieniem rzeczywistej potrzeby wykazania tego zasobu w ramach wykazania się przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia spełnienia wymogów minimalnych. Wynika to z literalnego brzmienia tego przepisu, gdzie dwukrotnie akcentuje się niezbędny charakter udostępnianych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Ponadto, art. 26 ust. 2b ustawy p.z.p. znajduje się w Rozdziale I Działu II p.z.p. regulującego warunki spełnienia udziału w postępowaniu, w związku z tym regulacja w nim zawarta znajduje zastosowanie jedynie do warunków udziału w postępowaniu, tj. minimalnych wymogów, jakie musi spełnić wykonawca ubiegający się o zamówienie określonych wart. 22 ust. 1 p.z.p. Podobnie jest w sytuacji, gdy wykonawca na podstawie własnego doświadczenia w realizacji danych robót, samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu. W związku z tym KIO stanęła na stanowisku, że niedopuszczalne jest posługiwanie się zasobami należącymi do podmiotu trzeciego z wykorzystaniem regulacji zawartej w art. 26 ust. 2b p.z.p. tylko po to, by uzyskać korzystniejszą pozycję w ramach oceny stopnia spełniania warunku udziału w postępowaniu dla celów zakwalifikowania się do grona wykonawców, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert, na podstawie art. 51 ust. 2 p.z.p. KIO wskazało także, że art. 26 ust. 2b p.z.p. został wprowadzony nowelizacją p.z. p. z dnia 5 listopada 2009 roku, a więc został wprowadzony później, niż art. 51 ust. 1 - 4 p.z.p., w związku z czym, jego interpretacja nie może wypaczać celu przepisów wprowadzonych wcześniej.

Wskazując na powyższe KIO stwierdziło, że art. 26 ust. 2b p.z.p. ma charakter wyjątkowy - tym samym na potencjał podmiotu trzeciego można się powoływać tylko przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, a nie przy ocenie jego znaczenia - podniesienia miejsca w rankingu złożonych wniosków, tak jak to miało miejsce w

niniejszym przypadku. „Zasoby niezbędne” w rozumieniu tego przepisu to zasoby minimalne, a więc dotyczące spełnienia tylko opisanego warunku udziału w postępowaniu, a nie kwalifikacji - co prowadzi to do wniosku, że w sytuacji, kiedy wykonawca sam spełnia warunek w postępowaniu, nie może się posługiwać potencjałem podmiotu trzeciego - ponieważ sam posiada "niezbędne zasoby".

Prezentowane zapatrywanie KIO wzmocniło także argumentem, że nieograniczone stosowanie możliwości dysponowanie zasobami podmiotów trzecich w trybie negocjacyjnym dewaluowałoby sens prowadzenia postępowania przetargowego w takim trybie, gdyż jego celem ma być wyłonienie wykonawcy o możliwie najlepszych własnych kwalifikacjach, a nie dysponującego największymi udostępnionymi przez podmioty trzecie zasobami. Nie sposób bowiem uznać, że wykonawca, który w ogóle lub w wymaganym zakresie, nie posiada własnego doświadczenia i wymagane doświadczenie pozyskał od innych podmiotów, daje lepszą rękojmię wykonania zamówienia niż wykonawca, który własne doświadczenie posiada. Zdaniem KIO regulacja art. 26 ust. 2b p.z.p. w żadnym wypadku nie może służyć do maksymalizacji otrzymanej punktacji za wykazanie się "cudzą" wiedzą i doświadczeniem w celu uzyskania jak najwyższej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Konkludując KIO przyjęła, że Zamawiający niezgodnie z treścią przepisu art. 26 ust. 2b p.z.p. dokonał oceny złożonych przez wykonawców wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Niezgodność ta wynikała z faktu dokonania kwalifikacji wykonawców składających wnioski, w oparciu o udostępnioną wiedzę i doświadczeniem podmiotów trzecich w takim samym stopniu zarówno przy dokonywaniu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak i przy przyznawaniu punktów w celu uzyskania dodatkowej punktacji, umożliwiającej zajęcia wyższej pozycji w rankingu wykonawców, a tym samym umożliwiającym otrzymanie zaproszenia do składania ofert.

Wskazując na powyższe KIO nakazało Zamawiającemu, aby przy ponownej ocenie złożonych wniosków opierając się na treści postanowienia sekcji VI.3 pkt 8 Ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którym za każde zrealizowane zamówienie spełniające wymagania określone w sekcji III.2.3 pkt 1 ppkt a) lub b) wykonawca otrzyma 1 punkt, będzie mógł w stosunku do wykonawców, którzy dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, korzystają z zasobów podmiotu trzeciego - w zakresie pełnym lub uzupełniającym, przyznać maksymalnie trzy punkty.

Za niezasadne KIO uznała żądanie Odwołującego, aby wykonawcy który nie spełnia wymogów minimalnych w zakresie postawionego warunku udziału w postępowaniu i w tym zakresie powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, przyznawać zero punktów, gdyż takie stanowisko jest sprzeczne z wyraźną treścią postanowienia sekcji III.2.3) pkt 1. ppkt a) lub b) Ogłoszenia o zamówieniu.

Natomiast wyższą punktację na potrzeby uzyskania dodatkowych punktów dla uzyskania odpowiedniego miejsca w rankingu wykonawców, będą mogli otrzymać tylko ci wykonawcy którzy dla wykazania spełnienia wymogu wskazanego w sekcji III.2.3 ppkt 1 i 2, wykazali się doświadczeniem własnym.

Wobec zasadności tego zarzutu KIO na podstawie art. 192 ust. 2 p.z.p. uwzględniła odwołanie, orzekając jednocześnie o kosztach postępowania odwoławczego w oparciu o treść art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p.

Skargę na ten 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 naruszenie:

1. 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. 2-3 w zw. z art. 26 ust. 2 b p.z.p. poprzez jego 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. art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 Dyrektywy Klasycznej oraz art. 54 ust. 5 i 6 Dyrektywy Sektorowej 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. prawa procesowego - art. 191 ust. 2 p.z.p. poprzez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, niedostateczne wyjaśnienie sprawy i pominięcie argumentów skarżącego podniesionych w odpowiedzi na odwołanie.

Wskazując na powyższe zarzuty Skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez Odwołującego oraz zasądzenia kosztów postępowania.

Przeciwnik skargi Konsorcjum Control Process S.A. w Krakowie i INITEC Energia S.A. w Madrycie wniosło o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania.

Przystępujące do postępowania skargowego w charakterze interwenienta ubocznego po stronie przeciwnika skargi Konsorcjum Abener Energia S.A. w Sewilli, Abener Ghenova Ingenieria S.L. w Sewilnili wniosło o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania.

Zamawiający wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:

Skarga jest zasadna z następujących przyczyn.

Omówienie skargi - dla przejrzystości dalszych wywodów wymaga zwięzłego przytoczenia stanu faktycznego niniejszej sprawy.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji pod nazwą „Budowa bloku gazowo-parowego o mocy elektrycznej brutto około 135 MW w TAURON Wytwarzanie Spółka Akcyjna Oddział Elektrociepłownia Katowice w Katowicach" (oznaczenie 2012/S 3-004876). Zakres zamówienia obejmował zaprojektowanie oraz roboty budowlane, polegające na budowie tego bloku gazowo-parowego w formule „pod klucz” (zaprojektowane, dostawa, budowa, montaż, szkolenie personelu, uruchomienie, przekazanie do eksploatacji oraz świadczenie usług serwisowych w zakresie odpowiedzialności za wady). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 6 stycznia 2012 roku, z terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w negocjacjach do dnia 20 lutego 2012 roku. Do tego terminu wnioski złożyło 13 wykonawców, a dnia 25 maja 2012 roku Zamawiający poinformował ich, że zaprosił 11 z nich do składania ofert.

Ogłoszenie o zamówieniu w Sekcji III.2.3) określało warunki techniczne udziału w wykonawców w postępowaniu. W tym zakresie m. in. w pkt 1 znalazł się zapis, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykazą się należyty

wykonaniem przynajmniej 3 analogicznych zamówień w formule „pod klucz” w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków. Nadto w pkt 2 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. W Sekcji VI.3) pkt 8 postanowiono, że do udziału w postępowaniu zostanie zaproszonych nie więcej niż 5 wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5, to do udziału w postępowaniu zostanie zaproszonych 5 wykonawców, którzy uzyskają najwyższe oceny za spełnienie warunku zdolności technicznej, określonej w Sekcji III.2.3), przy czym za każde zrealizowane zamówienie spełniające wymagania 1 punkt, ale w sumie nie więcej niż 20 punktów.

Lektura tego Ogłoszenia, tudzież akt sprawy skłania do sformułowania dwóch zasadniczych wniosków. Po pierwsze, dla Zamawiającego irrelewantne było, czy konkretny wykonawca spełniał we własnym zakresie warunki techniczne określone w Sekcji III.2.3), czy też z uwzględnieniem podmiotów trzecich, które udostępniały mu swoje zasoby techniczne. To samo dotyczyło kryteriów oceny wykonawców na potrzeby budowania ich rankingu - celem zaproszenia najwyższej sklasyfikowanych z nich - wedle kryteriów oceny określonych w Sekcji VI.3) pkt 8. Budowa rankingu wykonawców polegała na tym, że w każdym wypadku za jedno zrealizowane zadanie wykonawca otrzymywał 1 punkt, bez względu na fakt, czy sam zrealizował określone zadanie, czy też zrealizował je podmiot udostępniający zasoby w rozumieniu art. 26 ust. 2 b p.z.p. Trzeba stanowczo w tym miejscu podkreślić, że Ogłoszenie nie różnicuje ilości przyznanych punktów, w zależności, czy zadanie wykonawca zrealizował we własnym zakresie, od zadań, które zrealizowały podmioty trzecie. Ranking zatem wniosków budowany był w oparciu o udokumentowane wykonana zadania - analogiczne do przedmiotu zamówienia, bez gradacji jego oceny w zależności od faktu, czy wykonawca wykonał sam określone zadanie, czy też takie zadanie wykonał podmiot udostępniający mu swoje zasoby. Istotne było tylko to, że w przypadku podmiotów trzecich wykonawca miał spełnić przesłanki z art. 26 ust. 2 b p.z.p. Tak też pojmował treść Ogłoszenia sam Zamawiający, czego dowodem jest jego stanowisko procesowe prezentowane w toku postępowania odwoławczego. Po drugie, zarówno KIO, jak i sam zamawiający nie kwestionują, że wnioski wykonawców, w tym również Skarżącego w zakresie spełnienia warunków technicznych odpowiadają wymogom wynikającym z Sekcji III.2.3) ppkt 1 Ogłoszenia.

Rzecz sporna w takiej sytuacji odnosi się do problematyki, czy posłużenie się zasobami osób trzecich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 26 ust. 2 b p.z.p. może mieć miejsce jedynie dla wykazania spełnienia „minimalnych” warunków uczestnictwa w takim postępowaniu, tak jak to przyjęło KIO. W konsekwencji przyjęcia takiego stanowiska niedopuszczalnym byłoby przyznanie dodatkowych punktów za wykonanie przez podmiot trzeci określonego zadania - celem podniesienia miejsca wykonawcy w rankingu - wedle kryteriów oceny wniosków zawartych w Sekcji VI.3) pkt 8. Odmienne wykładnia tego przepisu została zaprezentowana przez Skarżącego, którego zdaniem można posłużyć się zasobami osób trzecich również w zakresie przekraczającym spełnienie wymogów minimalnych uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacji będącej przedmiotem rozpoznania skargi oznaczałoby to dopuszczalność przyznania punktów także i za każde zadanie zrealizowane przez podmiot trzeci, a w konsekwencji ilość tego rodzaju zadań wpływałaby na uzyskanie wyższej pozycji w rankingu wykonawców, a tym samym miałyby bezpośredni wpływ na zakwalifikowanie się do drugiego etapu postępowania (wyłonionych przez zamawiającego w trybie określonym w art. 57 ust. 1 p.z.p.).

Fundamentalne w takiej sytuacji znaczenie dla niniejszej sprawy jest dokonanie wykładni 26 ust. 2 b p.z.p. W pierwszej kolejności należy sięgnąć do wykładni gramatycznej tego przepisu, gdyż Sąd Okręgowy prezentuje zapatrywanie, że wykładnia językowa ma pierwszeństwo przed wykładnią systemową i funkcjonalną. W sytuacji, gdy rezultat wykładni językowej daje jasny rezultat, zbędne jest odwoływanie się do pozostałych metod wykładni.

Wynika to z faktu, że język, a nie inne media jest podstawowym instrumentem komunikowania się prawodawcy z adresatami jego norm (por. wyr. NSA z 5.08.04 r., FSK 372/04, OSNSAiWSA 2005/1/17). Ponadto za przyjęciem prymatu wykładni językowej przemawia także i ta okoliczność, że adresaci konkretnych norm prawnych winni działać w zaufaniu do tego co zostało napisane w tekstach aktów prawnych, a nie do tego, co ustawodawca chciał osiągnąć poprzez wprowadzenie do porządku prawnego określonej normy prawnej. Odstąpienie od metody wykładni językowej jest możliwe jedynie w sytuacji,

gdy jej rezultat prowadzi do sprzeczności z inną obowiązującą normą prawną, powoduje oczywistą i rażącą niesprawiedliwość, czy też wniosek wypływający z takiej wykładni jest absurdalny z punktu widzenia porządku społecznego lub logiki. Wtedy to należy sięgnąć do wykładni systemowej, a gdy ta nie usuwa wątpliwości interpretacyjnych koniecznym staje się odwołanie do wykładni funkcjonalnej.

Zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 2 b p.z.p. 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. W ocenie Sądu Okręgowego gramatyczne znaczenie zdania pierwszego polega na tym, że dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca może polegać na potencjale podmiotów trzecich - nie uczestniczących w postępowaniu przetargowym, które to podmioty na podstawie łączących go z wykonawcą stosunków prawnych tenże potencjał zobowiązały mu się udostępnić na potrzeby określonego zadania.

Z treści tego przepisu nie wynika jakiegokolwiek ograniczenie, tj. że można skorzystać z potencjału podmiotu trzeciego jedynie na potrzeby wykazania tzw. „minimalnych” warunków udziału w postępowaniu. Nie można podzielić stanowiska KIO, że takie ograniczenie znajduje się w zdaniu, drugim tego przepisu, który mówi o „zasobach niezbędnych”, co sugeruje, że chodzi o minimalne wymogi uczestnictwa w postępowaniu przetargowym. Przede wszystkim odnotować trzeba, że 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 nieodzowny, konieczny, potrzebny. 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 oddalania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Błędnie zatem KIO przy wykładni tego przepisu oparło się jedynie na tym zdaniu formułując wniosek, że art. 26 ust. 2 b p.z.p. formułuje zasadę, że posłużenie się zasobami osób trzecich jest dopuszczalne jedynie dla wykazania „minimalnych” warunków uczestnictwa w postępowaniu. Ustalenie znaczenia określonej normy prawnej, szczególnie złożonej, wielozdaniowej nie może polegać na wyrwaniu z kontekstu jednego zdania i dokonaniu jego interpretacji w oderwaniu od pozostałej części jej zawartości. To samo dotyczy pominięcia przy wykładni normy prawnej części jej tekstu. Tego rodzaju interpretacja przepisu naruszałaby zakaz wykładni per non est.

Odczytując zatem całe brzmienie art. 26 ust. 2 b p.z.p. można dojść do następujących rezultatów. Po pierwsze, przepis ten rozszerza granice wykazania spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, także o potencjał podmiotów trzecich - w granicach określonych hipotezą tego przepisu, co nie oznacza, że chodzi tutaj o warunki brzegowe, których przekroczenie in minus powoduje wykluczenie wykonawcy. Po drugie, jeśli wykonawca zamierza skorzystać z potencjału podmiotu trzeciego, to winien udowodnić zamawiającemu, że będzie nimi dysponował w taki sposób, aby ten ostatni mógł ocenić, czy istotnie wykonawca zdoła wykonać przedmiot zamówienia. Jednocześnie z całą stanowczością należy odrzucić koncepcję, że przepis ten dopuszcza jedynie skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego na spełnienie warunków „minimalnych” uczestnictwa w postępowaniu i nie daje możliwości wykazania tego potencjału w granicach przekraczających podstawowe warunki określone przez zamawiającego. Spoglądając zresztą na treść analizowanego przepisu z perspektywy jego umiejscowienia w p.z.p. - to art. 22 i 23 p.z.p. dotyczących warunków, które winien spełnić wykonawca o udzielenie zamówienia publicznego nie zawierają pojęcia „warunki minimalne”. Tego rodzaju określenie jest wytworem doktryny i judykatury, która z tym z niespełnieniem wymogów uczestnictwa w postępowaniu wiąże skutek w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania. Żaden natomiast przepis nie zakazuje konkretnemu wykonawcy wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w rozmiarze większym, niż jest to

adekwatne do konkretnego zamówienia. Dotyczy to także art. 26 ust. 2 b p.z.p. Tego rodzaju wykładnia wskazanych przepisów znajduje uzasadnienie w argumentum a maiori ad minus.

W rezultacie powyższych rozważań Sąd Okręgowy prezentuje zapatrywanie, że posłużenie się zasobami osób trzecich w rozumieniu analizowanego przepisu może mieć miejsce, nie tylko na potrzeby wykazania warunków brzegowych udziału w postępowaniu, których niespełnienie skutkuje wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykazanie tych zasobów może przekraczać również i tę bazową granicę udziału w postępowaniu celem zwiększenia atrakcyjności oferty, uatrakcyjnienia jej, czy też jak to ma miejsce w niniejszym przypadku - celem uzyskania wyższej pozycji w rankingu wykonawców.

Trudno się także doszukać argumentów systemowych, które przemawiałyby za niedopuszczalnością takiej wykładni językowej art. 26 ust. 2 b p.z.p. Przepis ten mający lege non distinguente zastosowanie także do negocjacji z ogłoszeniem nie pozostaje w sprzeczności z żadnym z przepisów art. 54-60 i art. 48 ust. 2 p.z.p. Patrząc systemowo na art. 26 ust. 2 b p.z.p. nie może uisć uwadze, że nie tylko nie pozostaje on w kolizji z przepisami szczególnymi regulującymi negocjacje o ogłoszeniem, ale pozostaje wręcz z nimi w harmonii z następujących przyczyn. Wskazać tutaj należy przede wszystkim na treść art. 48 ust. 2 p.z.p., który z mocy art. 56 ust. 1 p.z.p. ma zastosowanie także do postępowania negocjacyjnego. Otóż, pkt 6 tego przepisu nakazuje zamawiającemu podanie w ogłoszeniu o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, a także znaczenie tych warunków. Pkt 10 natomiast zawiera nakaz podania w ogłoszeniu kryteria oceny ofert i ich znaczenie. Należy zatem odróżnić w sposób dychotomiczny warunki udziału w postępowaniu, gdyż określają one art. 22, 23 i art. 26 p.z.p., od opisu sposobu dokonywania oceny ich spełniania. Przepisy art. 48 ust. 2 pkt 6 i 10 p.z.p. nie zakazują w jednakowy sposób dokonywać oceny wniosków wykonawców, którzy posługują się zasobami podmiotów trzecich. Ustalenie zasad oceny należy tylko i wyłącznie do zamawiającego.

Kryteria oceny ofert i ich znaczenie mają charakter niejako następczy wobec warunków spełnienia udziału w postępowaniu, albowiem najpierw zamawiający dokonuje oceny, czy konkretny wykonawca spełnia wymogi uczestnictwa, a jeśli tak, to dokonuje kwalifikacji jakościowej jego wniosku, celem podjęcia decyzji, o której mowa w art. 57 ust. 2 p.z.p. Krótko rzecz ujmując, prawidłowe określenie oceny spełniania warunków i nadanie warunkom ma znaczenie dla zakwalifikowania przez zamawiającego wykonawców, którzy będą zaproszeni do składania ofert. Ze względu na fakt, że liczba wykonawców składających wnioski na ogół jest większa, niż liczba później zaproszonych do składania ofert wykonawca w ogłoszeniu winien sprecyzować, spełnianie których warunków ma dla niego większe znaczenie oraz w jaki sposób będzie oceniał spełnianie ich w większym lub mniejszym stopniu. Czymś innym jest zatem ocenianie warunków udziału w postępowaniu od dokonania oceny wniosków i nadania im konkretnej kolejności, pod warunkiem, że w ogłoszeniu poda się sposób i kryteria oceny.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy wywieść następujące wnioski. Warunki udziału w postępowaniu określono w Sekcji III., w tym co do warunków technicznych. Kryteria oceny i punktowania zostały zawarte w Sekcji VI.3) ppkt 8. Wskazane przepisy p.z.p., w tym także art. 26 ust. 2 b p.z.p. regulujące negocjacje z ogłoszeniem w zakresie kryteriów oceny wniosków nie zakazują uwzględniania potencjału podmiotów trzecich przy ocenie wartości i pozycji wniosku w rankingu wykonawców. Skoro przepisy tego nie zabraniają, a brak jest racjonalnych podstaw przyjęcia przesłanek zakazujących, które wynikałyby z systematyki p.z.p., to treść zasad oceny wniosku, bez rozróżnienia na zadania wykonane osobiście przez wykonawcę, od wykonanych przez podmiot udostępniający potencjał jest dopuszczalna. Jednocześnie treść art. 48 ust. 2 pkt 6 i 10 p.z.p. skłania do stanowczej konstatacji, że zamawiający może wskazać różne kryteria oceny wniosku, także i w zakresie spełnienia wymogów technicznych, poprzez zróżnicowaną ocenę wniosku w zależności m. in. od tego, czy poszczególne zadania wykonawca wykonał we własnym zakresie, czy też opiera się na potencjale podmiotu udostępniającego. Może zatem poszczególnym zadaniom przyznać różną punktację, w zależności, kto je wykonał. Przypadek taki nie miał miejsca jednak w niniejszej sprawie, w związku z czym nie można gradować punktacji poszczególnych zadań w zależności, kto je wykonał. Podkreślić jeszcze raz trzeba, byłoby to dopuszczalne, gdyby w Ogłoszeniu Zamawiający wskazał takie kryteria oceny, wskazując w sposób jednolity dla wszystkich wykonawców zasady oceny wniosku.

Skoro w niniejszym postępowaniu zamawiający nie rozwiązał tej kwestii, to należy stosować literalnie zapisy Ogłoszenia w zakresie kryteriów oceny wniosków.

Wskazana tutaj wykładnia art. 26 ust. 2 b p.z.p. może być także wzmocniona względami celowościowymi. Przepis ten został wprowadzony do porządku prawnego p.z.p. na mocy art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) z dniem 22 grudnia 2009 r. Jak wynika z motywów legislacyjnych przepis ten wprowadzono celem umożliwienia większej liczbie wykonawców wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie przepis ten wdrażał postanowienia art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 2 Dyrektywy klasycznej, stosownie do którego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca będzie mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takich podmiotów. Marginalnie można jedynie nadmienić, choć to nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy, że posłużenie się zasobami podmiotów trzecich nie jest regułą absolutną. Pewne ograniczenia w tym zakresie wprowadza art. 36 ust. 5 p.z.p., który daje możliwość zamawiającemu wskazania w SIWZ postanowienia o osobistym wykonaniu przedmiotu zamówienia, bez posłużenia się podwykowcami.

Nie można się także zgodzić z poglądem KIO, że przyjęta w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia interpretacja art. 26 ust. 2 b p.z.p. jest zgodna z art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 Dyrektywy Klasycznej oraz art. 54 ust. 5 i 6 Dyrektywy Sektorowej.

Art. 47 ust. 2 Dyrektywy Klasycznej stanowi, że w zakresie wykazania sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. Z kolei art. 48 regulujący zagadnienie kwalifikacji technicznych i zawodowych w ust. 3 zawiera postanowienie, że wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów.

Lektura obu przepisów Dyrektywy prowadzi do wniosku, że po pierwsze, art. 26 ust. 2 b p.z.p., inkorporuje ich postanowienia. Po drugie, z treści Dyrektywy nie wynika, że wykazanie zdolności ekonomicznych bądź technicznych może nastąpić tylko i wyłącznie na potrzeby wykazania podstawowych warunków, od których uzależnione jest uczestnictwo wykonawcy w postępowaniu. W obu przepisach „zasoby niezbędne” to takie, które według oceny zamawiającego warunkują wykonanie przez wykonawcę przedmiotu obejmującego zamówienie publiczne. Z tego też powodu w toku postępowania wykonawca musi dowieść stosowanymi dokumentami, że przy wykorzystaniu zasobów osób trzecich jest w stanie wykonać zamówienie. Dokumenty te natomiast podlegają ocenie zamawiającego pod kątem, czy wykonawca posługując się zasobami osób trzecich jest w stanie wykonać zamówienie. Nie można z tychże przepisów wywieść takiego wniosku jak to uczyniło KIO, że wykonawca może się posłużyć zasobami osób trzecich tylko i wyłącznie na potrzeby wykazania granicznych warunków udziału w postępowaniu. Rozumienie zatem tych przepisów jest zatem analogiczne do odczytywania znaczenia pojęciowego art. 26 ust. 2 b p.z.p.

Co więcej nie może uieść uwadze, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z postępowaniem w trybie negocjacji z ogłoszeniem, której to problematyce poświęcony jest art. 44 Dyrektywy Klasycznej, który reguluje weryfikację i kwalifikację uczestników oraz udzielenie zamówień. Ust. 2 nakazuje wykonawcom określenia od kandydatów i oferentów spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności zgodnie z art. 47 i 48. Oznacza to, że zamawiający winien określić na podstawie tych przepisów podstawowe wymogi dotyczące kondycji finansowej i potencjału technicznego, które mają zapewnić prawidłowe wykonanie zamówienia. Ich niespełnienie oznacza niedopuszczenie do składania ofert. Z tego przepisu przecież nie wynika, że zasoby osób trzecich wykazane przez wykonawcę mogą przekroczyć owe „minimum”. Zagadnieniu oceny wniosków natomiast poświęcony został ust. 3, który stanowi, że w procedurze określającej wybór kandydatów do złożenia ofert, zamawiający ma obowiązek podać w ogłoszeniu m.in. obiektywne i niedyskryminujące kryteria lub reguły, które zamierzają stosować przy dokonywaniu ich wyboru. Czym innym jest zatem wstępna kwalifikacja wniosku, a czym innym jego ocena w hierarchii innych wniosków. Przy ocenie wniosków spełniających wymogi uczestnictwa zamawiający nie jest zobowiązany do stosowania tych samych kryteriów, co przy kwalifikacji. Celem tego etapu postępowania nie jest badanie spełniania przez oferentów kryteriów kwalifikujących ich do wykonania

zamówienia, ale ich ocena pod kątem zbudowania określonego rankingu wykonawców celem zaproszenia niektórych z nich do złożenia ofert. Nie zakazuje się w tym przepisie przyznawania poszczególnym wnioskowi wyższej oceny w sytuacji, gdy dla potrzeby otrzymania i zrealizowania zamówienia wykazują zasoby osób trzecich, którzy zobowiązali się mu te zasoby udostępnić w tym celu. Z punktu widzenia istoty ten normy prawnej ważne jest to, że zamawiający powinien dokonać wyboru oferentów wedle takich samych dla wszystkich wykonawców kryteriów, które nie mają charakteru dyskryminującego.

Zasady oceny wniosków wedle tej Dyrektywy nie zostały zmienione w art. 54 Dyrektywy Sektorowej, czego wyrazem jest treść ust. 2 tego przepisu. Zgodnie z nim, podmioty zamawiające, które dokonują kwalifikacji kandydatów, którzy będą składać oferty w procedurze ograniczonej lub negocjacyjnej, dokonują tego zgodnie z obiektywnymi zasadami i kryteriami, które same określiły i które są dostępne dla zainteresowanych wykonawców. Ust. 5 regulujący możliwości gospodarcze i finansowe wykonawców zezwala im celem wykazania możliwości gospodarczych i finansowych na oparcie się na możliwościach innych podmiotów, niezależnie od powiązań prawnych. Co jedynie winien udowodnić, że będzie miał dostęp do tych zasobów przez cały okres ważności systemu kwalifikowania, przedstawiając na przykład odpowiednie zobowiązanie tych podmiotów. Podobny zapis znajduje się w ust. 6 co do możliwości technicznych lub zawodowych wykonawców.

Analiza wskazanych obu Dyrektyw prowadzi zatem do odmiennych wniosków, niż pogląd wyrażony przez KIO w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia.

Wobec słuszności powyższych zarzutów zawartych w skardze zbędne jest szersze umówienie naruszenia przez KIO klauzuli ogólnej prawa zamówień publicznych zawartej w art. 7 ust. 1 p.z.p., nie mniej jednak nie sposób przyjąć, że wobec wadliwej wykładni art. 26 ust. 2 b p.z.p. i nieuwzględnieniu przez KIO przy rozpoznaniu odwołania przepisów art. 54-60 i art. 48 ust. 2 p.z.p., że nie doszło do naruszenia tego przepisu. KIO w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia nakazało Zamawiającemu przy ponownej ocenie złożonych wniosków - w oparciu o treść Sekcji VI.3 pkt 8 za każde zrealizowane zamówienie spełniające wymagania określone w Sekcji III.2.3. przyznać wykonawcom korzystającym z potencjału podmiotów trzecich przyznanie maksymalnie trzy punktu. Takie ograniczenie nie wynika z treści Ogłoszenia o zamówieniu, które jest zgodne z analizowanymi powyżej przepisami p.z.p. Przyjęcie zaproponowanego przez KIO kryterium w sytuacji, gdy coś odmiennego wynika z Ogłoszenia narusza zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu w niniejszej sprawie.

W rezultacie powyższych rozważań Sąd Okręgowy na podstawie analizy wskazanych powyższej przepisów - z uwzględnieniem stanu faktycznego niniejszej sprawy doszedł do następującej konstatacji

Ogłoszenie o zamówieniu publicznym w Sekcji VI.3) pkt 8 nie narusza postanowień obowiązujących przepisów p.z.p. co do kryteriów oceny wniosków poprzez jednakowe ich traktowanie w punktacji - po to aby ustalić ranking - bez rozróżnienia na zadania własne i zadania wykonane przez podmioty trzecie - udostępniające wykonawcom swoje zasoby. W ramach przysługujących Zamawiającemu kompetencji ustalił ona takie a nie inne warunki Ogłoszenia, które w takiej sytuacji winny być respektowane. Przemawia to o bezzasadności odwołania Odwołującego, które winno ulec oddaleniu.