

Sygn. akt **V Ca 3618/13**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 kwietnia 2014 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny-Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący:	SSO Zbigniew Podedworny
Sędziowie:	SO Joanna Wiśniewska-Sadowska (spr.) SO Adrianna Szewczyk-Kubat
Protokolant:	stażysta protokolant sądowy Magdalena Zych

na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2014r. w Warszawie

rozpoznał sprawę

ze skarg Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w B.

z udziałem (...) S.A. w S.

o zamówienie publiczne

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 16 października 2013 r., sygn. akt KIO 2336/13

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że odwołanie oddala i zasądza od (...) S.A. w S. na rzecz Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w B. kwotę 3.600 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego ;

2. zasądza od (...) S.A. w S. na rzecz Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w B. kwotę 1.200 (jeden tysiąc dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania przed Sądem II instancji.

Sygn. akt V Ca 3618/13

UZASADNIENIE

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w B. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę O. w miejscowości S. w ciągu drogi ekspresowej (...) od (...) (O.) - Ł. - S. -S. - E. - S. - B. - G. Państwa (K.), na odcinku od km 197 - 550 do km 205 + 557 wraz z budową i przebudową niezbędnej infrastruktury technicznej". Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 21 września 2013 r. pod nr (...) (...) (...). W postępowaniu tym wykonawca

(...) S.A. w S. w dniu 1 października 2013 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia opublikowanych na stronie internetowej zamawiającego oraz w oficjalnym publikatorze w dniu 21 września 2013 r. W dniu 7 października 2013 r. wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego dokonane przez wykonawcę (...) S. A. w W..

Wyrokiem z dnia 16 października 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza w pkt. 1 uwzględniła odwołanie i nakazała Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w B., wykreślenie z postanowień pkt 7.2.2) oraz 8.1.2 Rozdziału pierwszego Instrukcji dla wykonawców Tomu I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia postanowień dotyczących możliwości weryfikacji podmiotów trzecich w sytuacji polegania na ich potencjale przez wykonawcę w zakresie badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia w oparciu o art. 22 ust. 5 Pzp oraz usunięcia analogicznych zapisów zawartych w treści ogłoszeniu o zamówieniu; w pkt. 2 kosztami postępowania obciążyła Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w B., zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł uiszczoną przez wykonawcę (...) S.A. tytułem wpisu od odwołania, zasądziła od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz wykonawcy (...) S.A. kwotę: 24. 577,14 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu opłaty wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

(...) ustaliła, że odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Odwołujący, podnosząc zarzuty dotyczące postanowień SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, które w jego ocenie ograniczają mu dostęp do niniejszego zamówienia publicznego, wykazał swój uszczerbek (szkodę) w interesie, polegający na pozbawieniu go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a tym samym wypełnił przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 Pzp.

(...) podzieliła zarzut sformułowany w pkt. 3 odwołania i wskazała, że zamawiający określił w postanowieniach SIWZ oraz w treści ogłoszenia o zamówieniu wymogi dotyczące warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z postanowieniami pkt 8.1.2 IDW zamawiający zażądał przedstawienia na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wraz z podaniem rodzajów i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W części B wykazu wykonawca miał przedstawić roboty zgodnie z wymaganiami, określonymi przez zamawiającego w pkt 7.2.2) lit. b) IDW. Na podstawie § 1 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów i wykonawca miał obowiązek wykazać w tym wykazie w części B wszystkie zadania wykonane (zakończone) oraz niewykonane lub wykonane nienależycie, o których mowa w pkt 7.2.2) lit. b) IDW. Jeżeli wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp w celu wykazania robót, o których mowa w pkt 7.2.2) lit a) IDW zobowiązany jest wskazać w zakresie części B wykazu wszystkie zadania wykonane (zakończone) oraz niewykonane lub wykonane nienależycie przez te podmioty, o ile podmiot ten wykonywał takie roboty zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 7.2.2) lit. b) IDW. W formularzu 3.2 do IDW określono wzór Wykazu wykonanych robót budowlanych „Wiedza i doświadczenie”, gdzie wykonawcy mieli wydzielić określone, wykazywane prace w dwóch częściach A i B. W uwagach do tego formularza wskazano m.in., że w sytuacji gdy wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp w celu wykazania robót, o których mowa w pkt 7.2.2) lit. a) IDW, zobowiązany jest wykazać w zakresie części B wykazu wszystkie zadania wykonane (zakończone) oraz niewykonane lub wykonane nienależycie przez te podmioty zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 7.2.2) lit. b) IDW, który na potwierdzenie powyższego wykonawcy mieli złożyć.

(...) stwierdziła, że powyższe postanowienia SIWZ, wskazujące na możliwość weryfikacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykazywanego przez wykonawcę w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu potencjału podmiotu trzeciego pod kątem rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia tych podmiotów oraz żądania w tym zakresie określonych dokumentów, nie znajdują oparcia w obowiązujących przepisach prawa. Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dokonując opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia skorzystał z możliwości,

jaką daje mu art. 22 ust. 5 zd. 2 Pzp. Przepis ten daje podmiotowi zamawiającemu możliwość oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. Zamawiający w niniejszym postępowaniu wskazał, że oprócz standardowej procedury badania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu co do wiedzy i doświadczenia w określonym przez zamawiającego, ograniczonym zakresie tego doświadczenia będzie dokonywał oceny wszystkich wykonywanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert zamówień określonego rodzaju. Zgodnie z warunkami SIWZ rzetelność, kwalifikacja, efektywność i doświadczenie będą badane wobec innych podmiotów, na których potencjał wykonawca ubiegający się o uzyskanie danego zamówienia w trybie art. 26 ust. 2b Pzp, będzie się powoływał przy standardowej weryfikacji spełniania warunku wiedzy i doświadczenia.

Art. 26 ust. 2b Pzp pozwala wykonawcom - jako wyjątek od zasady, iż to oni samodzielnie, zgodnie z art. 22 ust. 1 Pzp muszą wykazywać się swoimi zasobami dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu - na możliwość posłużenia się w tym celu potencjałem innego podmiotu, który jako taki nie ubiega się wraz z wykonawcą o dane zamówienie publiczne. Możliwy do udostępnienia wykonawcy przez inny podmiot - zgodnie z tym przepisem - jest potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia i zdolności finansowe. Istotne zdaniem (...) we wskazanej regulacji jest, że wykonawca musi udowodnić dysponowanie określonym potencjałem podmiotu trzeciego, który jest niezbędny do realizacji zamówienia w okresie korzystania z tego potencjału przy wykonywaniu zamówienia. Jako przykładowy dowód w tym zakresie art. 26 ust. 2b Pzp wskazuje zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępniania wykonawcy określonego potencjału. Przywołany przepis Pzp stanowi wyjątek od zasady weryfikacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przede wszystkim podmiotowi, który ubiega się o dane zamówienie i z którym w konsekwencji zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. W związku z powyższym przepis ten - jako wyjątek od zasady - należy interpretować ściśle. W świetle powyższego posługiwanie się regulacją tego przepisu pozwala jedynie na możliwość, występującą po stronie wykonawcy ubiegającego się o dane zamówienie, wykazywania przez niego potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie określonych zasobów, o których mowa w art. 26 ust. 2b Pzp.

(...) podkreśliła, iż art. 22 ust. 5 zd. 2 Pzp stanowiący o szczególnej procedurze weryfikacji wykonawcy pod kątem jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia, odwołuje się wprost do weryfikacji wykonawcy. Gdyby ustawodawca zakładał możliwość badania innych podmiotów (tzw. podmiotów trzecich), to zostałyby to wyrażone wprost ze względu na wyjątkowy charakter potencjału podmiotu trzeciego, który jedynie w szczególnych przypadkach i sytuacjach, ściśle określonych w przepisach Pzp (art. 26 ust. 2b Pzp) może być wykorzystywany, a więc również badany przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca tymczasem w art. 22 ust. 5 zd. 2 Pzp odniósł możliwość badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia jedynie wobec wykonawcy (w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp), a więc podmiotu, który ubiega się o dane zamówienie, złożył ofertę w postępowaniu, który ma szansę je uzyskać i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Wskazany przepis nie przewiduje zatem możliwości badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia, tak co do podmiotów trzecich, o których mowa w art. 26 ust. 2b Pzp, czy choćby wobec ewentualnych podwykonawców, o których mowa w art. 36 ust. 4 Pzp. Powyższe wyznaczniki, istotne z punktu widzenia zbadania generalnej kondycji podmiotu, a tym samym zabezpieczenia prawidłowości wykonania zamówienia, mają więc odniesienie - zgodnie z brzmieniem przepisów Pzp - wprost do podmiotu, który jest odpowiedzialny za realizację zamówienia, z którym zostanie podpisany kontrakt. Badania generalnej kondycji podmiotu trzeciego, który - zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp - nie zawsze będzie musiał fizycznie brać udział w wykonywaniu zamówienia jako podwykonawca, z punktu widzenia obowiązujących przepisów prawa jest nieuzasadnione. Można oczywiście rozważać w sposób teoretyczny, czy niecelowym byłoby w sytuacji, kiedy wykonawca powołuje się w ramach wykazywanego doświadczenia na potencjał podmiotu trzeciego, zweryfikowanie generalnej kondycji podmiotu trzeciego. Powyższe jednak również z uwagi na daleko idące skutki dla podmiotu, z którym zamawiającego nie będzie łączył żaden stosunek prawny, powinno znaleźć swoje odzwierciedlenie w normie prawnej, która dawałaby zamawiającemu prawo do takiego działania.

Zdaniem (...) art. 22 ust. 5 zd. 2 Pzp zatem daje zamawiającemu możliwość weryfikacji rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy i tylko w tym zakresie przyznano zamawiającemu prawo wyboru i podjęcia decyzji o: możliwości przeprowadzenia generalnej weryfikacji wykonawcy w zakresie wszystkich wykonywanych przez niego w określonym czasie zamówień określonego rodzaju, w tym także wykonywanych nierzetelnie, bądź decyzji o możliwości zaniechania tej weryfikacji wykonawcy i oparcia się wyłącznie na wykazaniu przez wykonawcę konkretnych zamówień związanych z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalnych zgodnie z opisem warunku, wykonanych prac w sposób należyty. Wskazany przepis nie daje natomiast zamawiającemu prawa i możliwości wyboru, czy rzetelność, kwalifikację, efektywność i doświadczenie badać w odniesieniu do wykonawcy, czy też w odniesieniu do podmiotów trzecich, na których potencjał powołuje się wykonawca, podwykonawców wskazanych w ofercie jako podmioty wprost realizujące całość lub część zamówienia, czy też w odniesieniu do jakichkolwiek innych podmiotów, które mogłyby być zainteresowane danym zamówieniem, czy też byłyby w jakikolwiek sposób powiązane z wykonawcą (np. co do podmiotów występujących wraz z wykonawcą w tej samej grupie kapitałowej).

Powyższe stanowisko potwierdzają także w ocenie (...) przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów, które w § 3 ust. 4 zawiera zamknięty katalog dokumentów odnoszących się do podmiotu trzeciego, których zamawiający może żądać od wykonawcy, jeśli ten, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia.

Zdaniem (...) przepisy powyższego rozporządzenia uregulowały też kwestie dotyczące szczególnej weryfikacji pod kątem rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. § 1 ust. 4 dotyczy wyłącznie dokumentów składanych przez wykonawców. Wykazy wykonanych prac (robót budowlanych, usług, czy dostaw) zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2) i 3) rozporządzenia w sprawie dokumentów odnoszą się również wyłącznie do wykonawców.

(...) wskazała ponadto, że § 1 ust 6 rozporządzenia odnoszący się do badania potencjału podmiotu trzeciego, gdy wykonawca powołuje się na ten potencjał w ramach wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie odnosi się w żaden sposób do możliwości badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia podmiotu trzeciego. Przepis ten odwołuje się do weryfikacji wykonawcy pod kątem spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, a nie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 5 Pzp i to pod określonym kątem - weryfikacji rzeczywistego zagwarantowania przez wykonawcę dostępu do określonego potencjału podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Nie wskazuje natomiast na możliwość żądania dodatkowych dokumentów, które pozwalałyby na generalną weryfikację podmiotu trzeciego w zakresie jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.

(...) podkreśliła, że zgodnie z przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów zamawiający ma prawo żądać od podmiotu trzeciego tylko i wyłącznie dokumentów mających udowodnić rzeczywistą dostępność danego potencjału (§ 1 ust. 6 rozporządzenia) oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania (§ 3 ust. 4 rozporządzenia).

W ocenie (...) stwierdzone naruszenie przepisów Pzp co do postanowień SIWZ wskazujących na możliwość weryfikacji wykonawców w zakresie rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia miało wpływ na wynik postępowania. Określone postanowienia SIWZ kształtują bowiem konkretne warunki i wymogi wobec wykonawców, którzy w oparciu o te postanowienia będą składać swoje oferty w postępowaniu. Jeśli więc określone postanowienia są sprzeczne z przepisami Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie, to ocena tych wykonawców i ich ofert, jak również sam wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu są obarczone ryzykiem istotnej wady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem (...) pozostałe podniesione w odwołaniu zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

Orzekając o kosztach postępowania (...) oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 Pzp.

Skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 października 2013 r. wydane w sprawie pod sygn. KIO 2336/13 wniosła Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w B., zaskarżając orzeczenie w całości.

Zaskarżonemu orzeczeniu I. skarżąca zarzuciła naruszenie następujących przepisów:

1. art. 22 ust. 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 2b w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że wskazane przepisy nie przewidują możliwości badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia podmiotów trzecich, na których potencjale polega wykonawca wykazujący spełnianie warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia;

2. art. 22 ust. 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 25 ust. 1 pkt 1 art. 26 ust. 2b, art. 7 ust. 1 Pzp, § 1 ust. 4, § 1 ust. 6 oraz § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że przywołane przepisy rozporządzenia nie przewidują możliwości żądania dokumentów pozwalających na weryfikację podmiotów trzecich pod kątem rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia;

3. art. 190 ust. 7 Pzp poprzez zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego i w konsekwencji niesłuszne uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu nr 3.

Mając na uwadze powyższe, skarżąca wniosła o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania;
2. zasądzenie od strony przeciwnej skargi na rzecz skarżącego kosztów postępowania sądowego z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Skargę na powyższe orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej wniósł ponadto Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zaskarżając orzeczenie w całości.

Zaskarżonemu orzeczeniu I. skarżący zarzucił naruszenie przepisów:

1. art. 22 ust. 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 2b w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że wskazane przepisy nie przewidują możliwości badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia podmiotów trzecich, na których potencjale polega wykonawca wykazujący spełnianie warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia, podczas gdy z wykładni gramatycznej i art.22 ust.1 w zw. z art. 22 ust.5 zd. 1 w zw. z art.26 ust.2b Pzp oraz wykładni celowościowej i prounijnej ww. przepisów dokonywanej w świetle art. 44 ust.1 i 2 oraz art. 48 ust.3 i 5 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, wynika, iż zamawiający posiada możliwość badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia także w odniesieniu do podmiotów trzecich, na potencjał których powołuje się wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;

2. art. 22 ust. 5 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt.2, § 1 ust. 4, § 1 ust. 6 oraz § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że przywołane przepisy rozporządzenia nie przewidują możliwości żądania dokumentów pozwalających na weryfikację podmiotów trzecich pod kątem rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia, podczas gdy z treści § 1 ust. 1 pkt.2, § 1 ust. 4, § 1 ust. 6 oraz § 3 ust. 4 powyższego rozporządzenia oraz wykładni celowościowej i prounijnej ww. przepisów dokonywanej w świetle art. 48 ust. 2 oraz art. 48 ust.3 i 5 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, wynika, iż brak jest przeszkód, aby zamawiający mógł żądać od wykonawcy, który przy wykazywaniu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia polega

na zasobach podmiotów trzecich, podania informacji w celu zweryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia tego podmiotu;

3. art. 192 ust. 2 Pzp poprzez uwzględnienie odwołania w sytuacji błędnego stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 22 ust.5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 25 ust. 1 pkt 1, art. 26 ust. 2b, art. 7 ust. 1 Pzp, § 1 ust. 4, § 1 ust. 6 oraz § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe, skarżący wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie odwołania;
2. rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego;
3. nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego.

Rozpoznając sprawę w granicach zaskarżenia Sąd Okręgowy zważył co następuje.

W ocenie Sądu Okręgowego skargi wywiezione przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad są zasadne, co skutkowało zmianą wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i oddaleniem odwołania.

Podkreślić należy, iż w prawie zamówień publicznych ustawodawca przewidział możliwość korzystania przez wykonawców biorących udział w przetargu z potencjału osób trzecich. Dotyczy to zarówno sytuacji, gdy potencjał osób trzecich będzie polegał na wykorzystaniu ich wiedzy (know how), jak i sytuacji, gdy osoby trzecie będą bezpośrednio brały udział w realizacji zamówienia. Obowiązujące przepisy dopuszczają także możliwość, aby wykonawca, który samodzielnie nie spełnia warunków udziału w przetargu, za pomocą potencjału osób trzecich wykazywał spełnienie tych warunków. Przy takiej konstrukcji prawnej przyjętej przez ustawodawcę w ramach przepisów o zamówieniach publicznych wobec dopuszczenia możliwości korzystania przez wykonawców z potencjału osób trzecich oczywiste jest zdaniem sądu okręgowego dopuszczenie możliwości weryfikacji tych osób w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Takie też było ratio legis wprowadzenia art. 22 ust. 5 Pzp. W następstwie przeprowadzonej nowelizacji weryfikacja wykonawców, która do tej pory miała charakter wyłącznie pozytywny, została wolą ustawodawcy zmodyfikowana w taki sposób, aby zamawiający miał możliwość sprawdzenia niepowodzeń, nierzetelnych, nieprawidłowych realizacji prac przez podmioty biorące udział w przetargu.

Zdaniem sądu okręgowego zapis art. 22 ust. 5 Pzp odnosi się zarówno do wykonawcy – podmiotu biorącego udział w przetargu (sensu stricto), jak i też do wszystkich osób trzecich, do podmiotów, które będą razem z tym wykonawcą przy realizacji tego projektu współpracowały. Takie jest ratio legis tego przepisu. Przemawia za tym także wykładnia gramatyczna. Art. 22 ust. 5 Pzp interpretować należy w powiązaniu z art. 26 ust. 2b Pzp. W związku z powyższym zamawiający, jako podmiot który ma dokonywać oceny ofert, powinien kierować się nie tylko ceną zaproponowaną w ofertach, ale także jakością, sposobem wykonania tej realizacji. Powinien dokonać wyboru najlepszej oferty – najlepszej, to nie znaczy tylko najtańszej, ale najlepszej z punktu widzenia szans jej prawidłowej realizacji i do oceny tych właśnie przesłanek służy art. 22 ust. 5 Pzp, dający możliwość oceny rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.

Zdaniem sądu okręgowego taka wykładnia przepisów prawa zamówień publicznych nie prowadzi do nieuprawnionego rozszerzenia weryfikacji podmiotów trzecich udostępniających swe zasoby wykonawcy. Podkreślić należy, iż to zamawiający, jako inicjator postępowania o zamówienie publiczne, samodzielnie określa warunki zamówienia poprzez sformułowanie ogłoszenia o zamówieniu, brzmienie SIWZ, a także treść postanowień przyszłej umowy zawartej z podmiotem wygrywającym przetarg. Od niego tym samym zależeć będzie, czy w toku przetargu dokona oceny złożonych ofert, uwzględniając wskazane w art. 22 ust.5 Pzp kryteria rzetelności, kwalifikacji, efektywności i

doświadczenia, a także, czy powyższe kryteria odniesie tylko i wyłącznie do wykonawcy, czy też do osób trzecich, na których potencjał powołuje się biorący udział w przetargu wykonawca.

Nie bez znaczenia pozostaje też argument, iż zawężająca wykładnia art. 22 ust.5 Pzp prowadziłaby do nierównego traktowania podmiotów i zróżnicowania ich pozycji podmiotowej, w sytuacji, gdy surowszej ocenie podlegaliby jedynie ci wykonawcy, którzy samodzielnie spełniają warunki udziału w przetargu, posiadając własną wiedzę i doświadczenie w porównaniu do wykonawców, którzy polegają na zasobach podmiotów trzecich. Ponadto, skoro ustawodawca, dopuszczając możliwość, aby na etapie realizacji zamówienia publicznego brały udział osoby trzecie, które powinny być wskazane przez wykonawcę korzystającego z ich potencjału, to tak samo te osoby trzecie powinny podlegać weryfikacji, jak sam wykonawca, który sam może tych warunków nie spełniać.

Z powyższych względów sąd okręgowy podzielił zarzuty podniesione w skargach zamawiającego Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Krajowa Izba Odwoławcza w zaskarżonym wyroku dokonała nieprawidłowej wykładni art. 22 ust. 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 2b w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, w sposób nieuzasadniony zawężając krąg podmiotowy podmiotów, które mogą być poddane ocenie przy uwzględnieniu kryteriów rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.

Nie sposób także zgodzić się ze stanowiskiem (...), iż przepisy art. 22 ust. 5 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt.2, § 1 ust. 4, § 1 ust. 6 oraz § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nie przewidują możliwości żądania dokumentów pozwalających na weryfikację podmiotów trzecich pod kątem rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. Wykładnia przepisów powyższego rozporządzenia nie może być dokonywana w oderwaniu od przepisów prawa zamówień publicznych, przepisy rozporządzenia, jako aktu wykonawczego powinny bowiem dopełniać normy zawarte w prawie zamówień publicznych, umożliwiając tym samym ich pełną realizację. W § 1 rozporządzenia wymieniono dokumenty, których złożenia może żądać zamawiający, za pomocą których wykonawca może potwierdzić spełnienie warunków udziału w przetargu, w tym także w zakresie wiedzy i doświadczenia. Skoro wykonawca może przy realizacji zamówienia korzystać z potencjału osób trzecich, to wykazanie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia możliwe jest nie tylko poprzez złożenie dokumentów dotyczących samego wykonawcy, ale także podmiotów trzecich, z których potencjału wykonawca będzie korzystał, tylko w ten sposób bowiem wykonawca będzie mógł wykazać spełnienie warunków udziału w przetargu. Zawężenie wykładni przepisów rozporządzenia jedynie do dokumentów dotyczących tylko i wyłącznie wykonawcy z pominięciem podmiotów trzecich, z jednej strony uniemożliwiłoby wykonawcy wykazanie spełnienia przesłanek udziału w postępowaniu, a z drugiej strony uniemożliwiłoby zamawiającemu dokonanie oceny, czy warunki udziału zostały spełnione. Użyte w § 1 ust. 1 rozporządzenia sformułowania dotyczące żądanych dokumentów nie wskazują, iż są to dokumenty dotyczące tylko i wyłącznie samego wykonawcy, mają to być natomiast dokumenty, za pomocą których zgodnie z art. 26 ust. 2 b Pzp wykonawca na żądanie zamawiającego wykaże spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Nie powinno zatem budzić najmniejszych wątpliwości, iż mogą to być także dokumenty dotyczące osób trzecich, jeżeli za ich pomocą wykonawca wykazuje spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Podkreślić należy, iż obecne brzmienie rozporządzenia dostosowane zostało do normy art. 22 ust. 5 Pzp, zgodnie bowiem z ust. 4 § 1 rozporządzenia „zamawiający może, w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny, określić roboty budowlane, dostawy lub usługi, których dotyczy obowiązek wskazania przez wykonawcę w wykazie lub złożenia poświadczeń, lub żądać wskazania w wykazie informacji o robotach budowlanych, dostawach lub usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie, w celu zweryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy”. Z literalnego brzmienia tej normy nie wynika, iż powyższe wykazy mają dotyczyć tylko i wyłącznie robót wykonanych samodzielnie przez wykonawcę, natomiast wykazy robót wykonanych przez osoby trzecie niewątpliwie służyć będą pośrednio do weryfikacji wykonawcy (skoro będzie on z potencjału tych osób trzecich korzystał), bowiem to on bierze udział w przetargu i to z nim zawarta zostanie ostatecznie umowa. Niewątpliwie to na wykonawcy, jako na podmiocie bezpośrednio zainteresowanym wygraniem przetargu, spoczywa obowiązek wykazania spełnienia warunków z art. 22 Pzp, zatem to on jest adresatem norm zobowiązujących go do przedłożenia określonych dokumentów, z powyższych

sformułowań nie wynika natomiast, iż żądane dokumenty mają dotyczyć tylko i wyłącznie wykonawcy, skoro sam wykonawca dopuścił możliwość oceny wykonawcy przez pryzmat potencjału osób trzecich.

Zdaniem sądu okręgowego orzeczenie wydane przez (...) jest nieprawidłowe. Z powyższych względów na podstawie art. 198 f ust. 2 zd. 2 Pzp sąd okręgowy, uwzględniając wniesione skargi, zmienił zaskarżone orzeczenie i odwołanie oddalił.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 i art. 391 § 1 k.p.c. oraz art. 108 § 1 k.p.c. oraz 198 a ust. 2 Pzp. Zważywszy, że skargi zostały w całości uwzględnione, przeciwnik skarg – (...) S.A. w S. zobowiązany został do zwrotu skarżącemu – Skarbowi Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad poniesionych przez niego kosztów zastępstwa procesowego przed sądem okręgowym. Zgodnie bowiem z art. 98 § 1 k.p.c. strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony, czyli koszty procesu. Sąd okręgowy nie przyznał natomiast zwrotu kosztów postępowania drugiemu skarżącemu – Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, który nie zgłosił stosownego żądania.