

Sygn. akt: KIO 1014/14

POSTANOWIENIE
z dnia 18 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 19 maja 2014 r. przez :

**Dariusza Apelskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą
PARTNER Dariusz Apelski, ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez

Zarząd Oczyszczania Miasta, Al. Jerozolimskie 11/19, 00-508 Warszawa

na „kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic m. st. Warszawy w sezonie zimowym i letnim w latach 2014-2017 – Etap I”, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 249-436151,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Remondis Sp. z o.o. oraz MR Road Service Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. U.E. C 115 z 9 maja 2008 r.) skierować do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej następujące pytania prejudycjalne dotyczące wykładni przepisów prawa unijnego:

Pytanie 1.: Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 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 (zwanej dalej „dyrektywą 2004/18/WE”) można interpretować w ten sposób, że za „stosowne sytuacje”, w których wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów,

należy uznać każdą sytuację, w której dany wykonawca nie posiada wymaganych przez instytucję zamawiającą kwalifikacji i zechce się na taką zdolność innych podmiotów powołać? Czy też wskazanie, że wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów jedynie w „stosownych sytuacjach” należy uznać za ograniczenie wskazujące, że takie powoływanie się może następować jedynie wyjątkowo, a nie jako reguła przy kwalifikacji wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego?

Pytanie 2.: Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18/WE można interpretować w ten sposób, że poleganie przez wykonawcę na zdolnościach innych podmiotów w zakresie ich wiedzy i doświadczenia „niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań” oraz „dysponowanie zasobami” tych podmiotów oznacza, że w trakcie realizacji zamówienia wykonawca nie musi mieć z tymi podmiotami żadnych powiązań lub mieć bardzo luźne i nieokreślone powiązania, tj. może wykonywać zamówienie samodzielnie (bez udziału innego podmiotu) albo udział ten może polegać na „doradztwie”, „konsultacjach”, „szkoleniu” itp.? Czy też art. 48 ust. 3 należy interpretować w ten sposób, że podmiot, na którego zdolności powołuje się wykonawca, musi rzeczywiście i osobiście wykonać zamówienie w zakresie, w jakim jego zdolności były deklarowane?

Pytanie 3.: Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18/WE można interpretować w ten sposób, że wykonawca, który ma własne doświadczenie, ale w zakresie mniejszym, niż chciałby wykazać zamawiającemu (np. niewystarczającym dla złożenia oferty na wszystkie części zamówienia), może powoływać się dodatkowo na zdolności innych podmiotów w celu poprawienia swojej sytuacji w postępowaniu?

Pytanie 4.: Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18/WE można interpretować w ten sposób, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia może (lub nawet powinien) wskazać zasady, na jakich wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, np. w jaki sposób inny podmiot powinien uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w jaki sposób można łączyć potencjały wykonawcy i innego podmiotu, czy inny podmiot będzie ponosił odpowiedzialność solidarną z wykonawcą za prawidłową realizację zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca powołał się na jego zdolności?

Pytanie 5.: Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się na zdolności innego podmiotu, o których mowa w art. 48 ust. 3, w ramach którego nastąpi sumowanie zdolności dwóch lub więcej podmiotów, które nie posiadają

zdolności w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganych przez instytucję zamawiającą?

Pytanie 6.: A tym samym, czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców zezwala na taką interpretację art. 44 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którą spełnienie warunków udziału w postępowaniu postawionych przez instytucję zamawiającą może być jedynie formalne dla celów udziału w postępowaniu i niezależne od rzeczywistych kwalifikacji wykonawcy?

Pytanie 7.: Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców zezwala na to, by, w przypadku, gdy dopuszczalne jest złożenie oferty co do części zamówienia, wykonawca po złożeniu ofert, np. w ramach uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów, zadeklarował, do której części zamówienia należy zakwalifikować wskazane przez niego zasoby mające służyć wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu?

Pytanie 8.: Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na unieważnienie przeprowadzonej aukcji i powtórzenie aukcji elektronicznej w przypadku, gdy została ona przeprowadzona w istotny sposób nieprawidłowo, np. nie zostali zaproszeni do niej wszyscy wykonawcy, którzy złożyli dopuszczalne oferty?

Pytanie 9.: Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta została wybrana w wyniku takiej aukcji bez jej powtarzania, w przypadku, gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby jej wynik?

Pytanie 10.: Czy przy interpretacji przepisów dyrektywy 2004/18/WE dozwolone jest posługiwanie się treścią przepisów i preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, pomimo że nie upłynął czas na jej implementację, jako przesłanką interpretacyjną w zakresie, w jakim wyjaśnia ona pewne założenia i intencje ustawodawcy unijnego, a nie jest sprzeczna z przepisami dyrektywy 2004/18/WE?

UZASADNIENIE

I Ramy prawne

Regulacje wspólnotowe

1) Art. 2 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: „Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty”.

2) Art. 44 dyrektywy 2004/18/WE: „1. Zamówień udziela się na podstawie kryteriów określonych w art. 53 i 55, z uwzględnieniem art. 24, po zweryfikowaniu przez instytucje zamawiające predyspozycji wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni zgodnie z art. 45 i 46, na podstawie kryteriów dotyczących ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, wiedzy lub możliwości zawodowych i technicznych, o których mowa w art. 47–52, oraz, w stosownych wypadkach, na podstawie niedyskryminacyjnych reguł i kryteriów określonych w ust. 3.

2. Instytucje zamawiające mogą żądać od kandydatów i oferentów spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności zgodnie z art. 47 i 48. Zakres informacji, o których mowa w art. 47 i 48, oraz minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnych zamówień muszą być związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Wspomniane minimalne wymogi określa się w ogłoszeniu o zamówieniu.”

3) Art. 48 dyrektywy 2004/18/WE: „Techniczne i/lub zawodowe kwalifikacje wykonawców są oceniane i weryfikowane zgodnie z ust. 2 i 3.

2. W zależności od charakteru, ilości lub znaczenia, a także przeznaczenia robót budowlanych, dostaw i usług, dowód możliwości technicznych wykonawcy może stanowić jeden lub kilka z poniższych środków:

- a) [...] ii) wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców, publicznych lub prywatnych [...]
- i) wskazanie części zamówienia, której realizację usługodawca zamierza ewentualnie zlecić podwykonawcy; [...]

3. 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.

4. Na tych samych warunkach grupa wykonawców, o której mowa w art. 4, może przedstawiać zdolności innych członków tej grupy lub innych podmiotów.

5. W procedurach udzielania zamówień publicznych, których przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, wykonania usług lub realizacji robót budowlanych, zdolność wykonawców do wykonania usług, instalacji lub robót może być oceniana w szczególności w odniesieniu do ich kwalifikacji, efektywności, doświadczenia i rzetelności.

6. Instytucja zamawiająca określa w ogłoszeniu lub w zaproszeniu do składania ofert, które z dokumentów wymienionych w ust. 2 życzy sobie otrzymać.”

4) Art. 51 dyrektywy 2004/18/WE: „Instytucje zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45–50 lub o ich wyjaśnienie.”

5) Art. 54 dyrektywy 2004/18/WE: „1. Państwa Członkowskie mogą przewidzieć możliwość stosowania aukcji elektronicznych przez instytucje zamawiające.

2. W procedurach otwartych, ograniczonych lub negocjacyjnych, w przypadku, o którym mowa w art. 30 ust. 1 lit. a), instytucje zamawiające mogą zdecydować, że udzielenie zamówienia zostanie poprzedzone aukcją elektroniczną, jeżeli specyfikacje zamówienia można określić w sposób precyzyjny. [...]

4. Przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej instytucje zamawiające dokonują pełnej wstępnej oceny ofert, zgodnie z ustalonym kryterium/ustalonymi kryteriami udzielenia zamówienia oraz przypisaną im wagą. Wszyscy oferenci, którzy złożyli dopuszczalne oferty, zapraszani są jednocześnie za pomocą środków elektronicznych, do przedstawienia nowych cen lub nowych wartości [...]

8. Po zamknięciu aukcji elektronicznej instytucje zamawiające udzielają zamówienia zgodnie z art. 53 na podstawie wyników aukcji elektronicznej. Instytucje zamawiające nie mogą korzystać z aukcji elektronicznych w niewłaściwy sposób ani też w sposób uniemożliwiający, ograniczający lub zakłócający konkurencję, ani też w celu zmiany przedmiotu zamówienia, określonego w opublikowanym ogłoszeniu o zamówieniu oraz zdefiniowanego w specyfikacji.”

6) Art. 41 dyrektywy 2004/18/WE: „Tak szybko jak to możliwe instytucje zamawiające informują kandydatów i oferentów o podjętych decyzjach dotyczących zawarcia umowy ramowej, udzielenia zamówienia lub dostępu do dynamicznego systemu zakupów, w tym także podstaw do podjęcia decyzji o rezygnacji z zawarcia umowy ramowej lub udzielenia zamówienia, dla którego wszczęto postępowanie, i o ponownym wszczęciu

postępowania albo ustanowieniu dynamicznego systemu zakupów; informacje takie udzielane są na piśmie na podstawie wniosków przedkładanych instytucjom zamawiającym.

2. Na wniosek zainteresowanej strony instytucja zamawiająca, tak szybko jak to możliwe, informuje:

- każdego odrzuconego kandydata o przyczynach odrzucenia jego wniosku,
- każdego odrzuconego oferenta o przyczynach odrzucenia jego oferty, w tym także, w przypadkach, o których mowa w art. 23 ust. 4 i 5, o przyczynach podjęcia decyzji o nierównoważności lub decyzji, że roboty budowlane, dostawy lub usługi nie spełniają wymagań dotyczących charakterystyki lub wymagań w zakresie funkcjonalności,
- każdego oferenta, który złożył dopuszczalną ofertę o cechach i względnej przewadze oferty, która została wybrana, jak również o nazwie wybranego oferenta lub stron umowy ramowej. [...]

3. Niemniej jednak instytucje zamawiające mogą podjąć decyzję o nieudzielaniu pewnych informacji, o których mowa w ust. 1, w odniesieniu do udzielania zamówień, zawierania umów ramowych lub dopuszczania do udziału w dynamicznym systemie zakupów, jeżeli ich ujawnienie mogłoby utrudnić stosowanie przepisów prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym, mogłoby szkodzić zgodnym z prawem interesom handlowym wykonawców, publicznych lub prywatnych, lub też mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy nimi.”

Regulacje krajowe

1) Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047, 1473, z 2014 r. poz. 423) zwanej dalej „ustawą Pzp”: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.”

2) Art. 22. ustawy Pzp: „1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej. [...]

3. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu lub w przypadku trybów, które nie wymagają publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w zaproszeniu do negocjacji.

4. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

5. Warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.”

3) Art. 23 ust. 1 ustawy Pzp: „Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.”

4) Art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: [...] nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu [...]”

5) Art. 24 ust. 3 i 4 ustawy Pzp: „3. Zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, z zastrzeżeniem art. 92 ust. 1 pkt 3.

4. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.”

6) Art. 26 ustawy Pzp: „1. Zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. [...]”

2a. Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.

2b. 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. [...]

3. Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

4. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1."

7) Art. 36 ustawy Pzp: „1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej: [...]

3) opis przedmiotu zamówienia; [...]

5) warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków;

6) wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu; [...]

10) opis sposobu przygotowywania ofert; [...]

2. W przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera również:

1) opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych; [...]

7) jeżeli zamawiający przewiduje aukcję elektroniczną:

a) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej,

b) wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji wykonawców, w tym wymagania techniczne urządzeń informatycznych,

c) informację, które spośród kryteriów oceny ofert będą stosowane w toku aukcji elektronicznej; [...]

10) informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 36a ust. 2; [...].

8) Art. 36a ustawy Pzp: „1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

2. Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę:

1) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi;

2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

3. Zastrzeżenie, o którym mowa w ust. 2, nie jest skuteczne w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1.”

9) Art. 36b ustawy Pzp: „1. Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, lub podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1.

2. Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.”

10) Art. 83 ust. 2 i 3 ustawy Pzp: „2. Zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny.

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2, wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający określi maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca.”

11) Art. 91a ustawy Pzp: „1. Jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 1, zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. [...]”

12) Art. 91b ust. 1 ustawy Pzp: „1. Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.”

13) Art. 91c ust. 4 ustawy Pzp: „4. Oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej. Bieg terminu związania ofertą nie ulega przerwaniu.”

14) Art. 92 ustawy Pzp: „1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;
- 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;
- 3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę;

15) Art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

16) § 1 ust. 6 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 (Dz.U. z 2013 r. poz. 231): „Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać:

- 1) w przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy – dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 9-11, a także innych dokumentów, dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) dokumentów dotyczących w szczególności:
 - a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
 - b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
 - c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,

d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

II Stan faktyczny

Informacje ogólne

Spór w niniejszej sprawie powstał w wyniku działania instytucji zamawiającej (zamawiającego) – Zarządu Oczyszczania Miasta będącej jednostką organizacyjną miasta stołecznego Warszawy, która prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic m. st. Warszawy w sezonie zimowym i letnim w latach 2014-2017 – Etap I” wykluczyła z postępowania wykonawcę, który złożył ofertę – Dariusza Apelskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER Dariusz Apelski, zwanego dalej „wykonawcą” lub „odwołującym”.

Postępowanie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 grudnia 2013 r. pod numerem 2013/S 249-436151 ze względu na wartość przekraczającą tzw. „progi unijne”. Postępowanie prowadzone jest w procedurze otwartej (przetargu nieograniczonym). Zamawiający przewidział w toku postępowania przeprowadzenie aukcji elektronicznej.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 8 części obejmujących poszczególne dzielnice Warszawy i dopuścił składanie ofert częściowych. Zamawiający nie ograniczył liczby części, na które wykonawca może złożyć ofertę.

Przedmiot zamówienia obejmuje kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic w sezonie zimowym i letnim w latach 2014-2017. Oczyszczanie zimowe polega na zapobieganiu i likwidowaniu śliskości zimowej poprzez posypywanie i płuzenie jezdni ulic o kategorii drogi krajowej, wojewódzkiej, powiatowej i gminnej, po których kursuje miejska komunikacja zbiorowa. Oczyszczanie letnie to zmiatanie i zmywanie jezdni ulic.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wykonawcy musieli wykazać się posiadaniem następującej wiedzy i doświadczenia: w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonali lub wykonują usługę lub usługi polegające na zimowym utrzymaniu jezdni dróg, o łącznej wartości wykonanych prac nie mniejszej niż 1.000.000 zł.

Zamawiający wskazał, że do oceny spełnienia tego warunku będzie brał pod uwagę wyłącznie usługi, w ramach których do zapobiegania lub likwidacji śliskości zimowej zastosowano technologię zwilżoną, tj. chlorek sodu lub mieszanek chlorku sodu z chlorkiem wapnia, które w trakcie posypywania zwilżone zostają solanką.

Zamawiający wskazał też, że w przypadku składania oferty na więcej niż jedną część zamówienia wykonawca powinien zrealizować prace o odpowiednio większej wartości, tj.

1.000.000 zł x liczba części zamówienia, na które składa ofertę. Zatem wykonawca, który złożył ofertę na 8 części, musiał wykazać usługi o wartości min. 8.000.000 zł.

Podczas rozprawy zamawiający oświadczył, że spełnianie tego warunku oceniał w ten sposób, że sumował wartość wszystkich wskazanych i zaakceptowanych usług i dzielił ją przez 1.000.000., przez co uzyskiwał liczbę części, dla których wykonawca spełnił warunek.

Dariusz Apelski w załączonym do oferty wykazie usług wymienił 14 usług, z których 12 wskazywało na jego własne doświadczenie, a dwie na doświadczenie PUM Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu (jako innego podmiotu, na zasoby którego wykonawca się powołuje, zwanego też „podmiotem trzecim”).

Do oferty Dariusz Apelski dołączył zobowiązanie PUM Sp. z o.o. do „udostępnienia niezbędnych zasobów”, z którego wynika sposób wykorzystania udostępnionych zasobów: usługi doradcze obejmujące m.in. przeszkolenie pracowników wykonawcy (tj. pracowników Dariusza Apelskiego), udzielanie wykonawcy konsultacji, w tym pomoc w rozwiązywaniu problemów, jakie mogą pojawiać się na etapie realizacji zamówienia. Charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę w podmiotem udostępniającym zasoby: umowa między przedsiębiorcami. Zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia: doradztwo w całym okresie realizacji umowy o zamówienie publiczne.

Zamawiający poprosił wykonawcę o wyjaśnienia, na czym konkretnie będą polegać usługi PUM Sp. z o.o. i w jaki realny sposób doradztwo i konsultacje PUM Sp. z o.o. z Grudziądza wpłyną na jakość i sprawność usługi wykonywanej na terenie Warszawy (Grudziądz jest miastem oddalonym o ok. 230 km od Warszawy) – pismo i odpowiedź z 26 lutego 2014 r.

Dariusz Apelski oświadczył, że będą to usługi doradcze obejmujące konsultacje oraz przeszkolenie pracowników. Usługi doradcze będą polegać na udzieleniu pełnego wsparcia merytorycznego poprzez wydawanie opinii oraz stałe konsultacje w zakresie przedmiotu zamówienia. Firma PARTNER Dariusz Apelski ma duże doświadczenie w świadczeniu usług związanych z przedmiotem zamówienia, jednak dodatkowe wsparcie ze strony PUM Sp. z o.o. wpłynie realnie na jeszcze wyższą jakość i sprawność wykonywanych usług poprzez przekazywanie rad i wskazówek.

Wykonawca podkreślił też, że z treści art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika obowiązek, aby inny podmiot brał udział w realizacji zamówienia w jakimkolwiek charakterze, a sposób uczestnictwa innych podmiotów może mieć dowolną prawem dozwoloną formę, a więc podwykonawstwo, doradztwo, konsultacje. Korzystając z zasobu innego podmiotu wykonawca może wykonać przedmiot zamówienia samodzielnie.

Zamawiający nie uznał ww. przekazania zasobów innego podmiotu (poz. 13. i 14. wykazu usług) za wystarczające i wskazał, że zasoby takie jak wiedza i doświadczenie nie mogą zostać udostępnione z pominięciem ich charakteru, tj. bez osobistego, realnego uczestnictwa innego podmiotu w realizacji zamówienia i wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Zdaniem zamawiającego przedstawione zobowiązanie nie pozwala uznać, że Dariusz Apelski będzie faktycznie dysponować udostępnionym zasobem na potrzeby realizacji zamówienia (pismo z 11 marca 2014 r.).

Dariusz Apelski nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, jednak w piśmie z 18 marca 2014 r. „z ostrożności” wskazał, że gdyby jednak zamawiający uznał wykazane doświadczenie za niewystarczające, zaliczenie jego pozostałego doświadczenia powinno nastąpić w następującej kolejności: część V, I, II, III, VIII, IV, VII, VI. Wskazał przy tym, że jeżeli wykonawca złoży ofertę na kilka części, może być ona traktowana odrębnie dla każdej z nich. Dlatego ewentualne wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty nie powinno dotyczyć całego zamówienia, lecz jego poszczególnych części, co do których wykonawca nie spełnił warunków.

Zamawiający nie zmienił swojego stanowiska, nie zaliczył również częściowego doświadczenia wykonawcy i wykluczył Dariusza Apelskiego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stanowisko zamawiającego zostało przedstawione poniżej w stanowiskach stron.

Stanowiska stron postępowania odwoławczego

Odwołujący

Dariusz Apelski, korzystając z przysługujących mu zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych środków ochrony prawnej, wniósł, w przysługującym mu terminie i zgodnie z innymi wymogami formalnymi, odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące czynności podjętych przez zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania polegających na:

- wadliwej czynności badania i oceny ofert, ograniczonej jedynie do wybranych ofert i brak zbadania oferty odwołującego,
- wykluczeniu odwołującego z części I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII przedmiotowego postępowania,
- przeprowadzeniu i zakończeniu aukcji elektronicznej, pomimo iż nie zostali do niej dopuszczeni wszyscy oferenci, którzy złożyli prawidłowe oferty,

Co, zdaniem odwołującego, narusza art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 2a i 2b w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 5 oraz art. 83 ust. 3 i art. 26 ust. 4, względnie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu go z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co do każdej z części postępowania,
2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII przedmiotowego postępowania,
3. dokonanie ponownej oceny złożonych ofert i dopuszczenie odwołującego do aukcji elektronicznej w niniejszym postępowaniu,
4. powtórzenie aukcji elektronicznej.

Odwołujący wskazał, iż 9 kwietnia 2014 r. zamawiający przekazał mu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty co do części I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII zamówienia publicznego. W zawiadomieniu tym zamawiający poinformował, iż odwołujący co do każdej z części zamówienia został wykluczony z udziału w postępowaniu ze względu na to, że w ocenie zamawiającego treść zobowiązania PUM Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu do udostępnienia odwołującemu niezbędnego doświadczenia oraz wyjaśnienia udzielone przez odwołującego nie pozwalają uznać, iż udowodnił on możliwość faktycznego dysponowania udostępnionym doświadczeniem na potrzeby realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał, że usługa będąca przedmiotem zamówienia jest specyficzna, a jej właściwe wykonanie uzależnione jest od posiadania odpowiedniego doświadczenia i konkretnych umiejętności nabytych podczas osobistego wykonywania podobnych prac. Zdaniem zamawiającego za wypełnienie obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie może zostać uznane oświadczenie PUM Sp. z o.o., że będzie świadczył usługi doradcze, w tym przeszkolenie pracowników i pomoc w rozwiązywaniu problemów, jakie mogą się pojawić na etapie realizacji zamówienia. Zamawiający uznał, iż biorąc pod uwagę specyfikę prac, znajomość topografii miasta, wymagane normy czasowe do uzyskania określonych standardów utrzymania zimowego itd. bez osobistego uczestnictwa w realizacji PUM Sp. z o. o. nie jest możliwe rzetelne wywiązanie się ze zobowiązania będącego wynikiem przeprowadzonego postępowania. Zamawiający wskazał też, iż po otwarciu ofert i zapoznaniu się z ofertami wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, nie jest możliwe bez naruszenia zasad uczciwej konkurencji ustalanie, na które części zamówienia oferta została złożona, jest to bowiem istotne ingerowanie w treść oferty złożonej pierwotnie.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego. Wskazał, że zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp 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.

W postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia (część III ust. 1 pkt 2) zamawiający wskazał, że warunek posiadania wiedzy i doświadczenia zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonał lub wykonuje usługi polegające na zimowym utrzymaniu jezdni dróg, o łącznej wartości wykonanych prac nie mniejszej niż 1.000.000 zł (odpowiednio większej, w zależności od ilości części zamówienia, o które ubiega się dany wykonawca). Zamawiający nie wskazał jednocześnie, iż spełnienie warunku posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia uzależnione jest od osobistego uczestnictwa w wykonaniu zamówienia podmiotu, który użyczył wiedzy oraz doświadczenia odwołującemu. Jeżeli zamawiający uznał, iż charakter usług objętych zamówieniem publicznym implikuje konieczność osobistego i bezpośredniego wykonywania czynności w ramach tego zamówienia przez podmiot użyczający, powinien doprecyzować zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy czym powinien odnieść taką konieczność raczej do możliwości polegania na osobach zdolnych do wykonania zamówienia, niż na możliwości polegania na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, zamiast pozostawiać tę kwestię w obszarze domysłów odwołującego. Orzecznictwo w zakresie dotyczącym formy udzielenia wiedzy oraz doświadczenia nie jest jednolite. Kwestia ta powinna więc być oceniana indywidualnie dla danego zamówienia.

Zdaniem odwołującego w rozpatrywanym stanie faktycznym osobisty udział PUM Sp. z o.o. nie znajduje uzasadnienia, bowiem obszarem wykonywania usługi objętej zamówieniem jest Warszawa. Odwołujący ma siedzibę w tym mieście, wykonywał i wykonuje usługi na tym obszarze, a jego znajomość topografii Warszawy jest bardzo duża. Jednocześnie zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał, iż doświadczenie powinno dotyczyć skonkretyzowanej wiedzy topograficznej. Zaznaczył jednocześnie, że doświadczenie dotyczyć powinno prac wykonanych w technologii zwilżonej, tj. przy użyciu chlorku sodu lub mieszanki chlorku sodu z chlorkiem wapnia, które w trakcie posypywania zwilżone zostają solanką. W zobowiązaniu zaś PUM Sp. z o.o. podmiot ten wskazał, iż jego doświadczenie dotyczy utrzymania jezdni dróg technologią zwilżoną, co odpowiada wymaganiom przewidzianym przez zamawiającego. Firma PARTNER Dariusz Apelski, dysponuje dużym doświadczeniem w świadczeniu usług, których dotyczy zamówienie publiczne. Faktycznie, ze względu na znaczny rozmiar przedmiotu zamówienia, doświadczenie, jakim dysponuje PUM Sp. z o.o., może okazać się istotne, ale nie oznacza to, że koniecznym jest osobisty udział tego podmiotu. Bardziej istotne z punktu widzenia jakości oraz terminowości wykonywanych usług w takiej sytuacji są konsultacje oraz doradztwo udzielane na bieżąco, w zależności od skonkretyzowanego stanu faktycznego

oraz potrzeb zamawiającego. Odwołujący oraz PUM Sp. z o.o. przewidywali sytuacje, w których pracownicy oddelegowani przez PUM Sp. z o.o. będą przebywać na terenie bazy odwołującego i utrzymywana będzie całodobowa, bezpośrednia łączność z użyczającym doświadczenie. Odwołujący przedłożył odpowiednie dokumenty, w tym zobowiązanie PUM Sp. z o.o., udowadniające spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu. W zobowiązaniu PUM Sp. z o.o. wskazano, iż udostępnienie doświadczenia będzie polegało m.in. na przeszkoleniu pracowników odwołującego, udzielanie odwołującemu konsultacji, w tym pomoc w rozwiązywaniu problemów, jakie mogą pojawić się na etapie realizacji zamówienia. Nie ma uzasadnienia twierdzenie zamawiającego, że PUM Sp. z o.o. winien uczestniczyć osobiście w realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wskazuje przy tym, w jaki sposób owo osobiste uczestnictwo miałyby się objawiać, jakie czynności PUM Sp. z o.o. winien wykonywać, aby uznane one zostały za uczestnictwo osobiste. Rozwiązywanie bieżących problemów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia nie jest, zdaniem zamawiającego, osobistym uczestnictwem tego podmiotu w realizacji zamówienia, podobnie jak przeszkolenie personelu odwołującego. Zamawiający nie precyzuje, gdzie przebiega granica pomiędzy osobistym uczestnictwem a uczestnictwem pośrednim, pozostawiając pole do domysłów, na które w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego miejsca być nie powinno, a wszelkie niekonsekwencje specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie mogą być tłumaczone na niekorzyść wykonawcy.

Nie było przeszkód, aby zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprost wskazał, jaki charakter powinno mieć zobowiązanie do przekazania wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci. Jeżeli zaś zaniechał takiego doprecyzowania, to uznać należy, iż w rozpatrywanym stanie faktycznym udostępnienie wiedzy oraz doświadczenia w sposób określony w zobowiązaniu PUM Sp. z o. o. jest odpowiednie i rzeczywiście przyczyni się do rzetelnego wykonywania przez odwołującego usług będących przedmiotem zamówienia. Wskazując na konieczność osobistego uczestnictwa PUM Sp. z o.o. zamawiający sugeruje, że podmiot ten powinien realizować zadania na rzecz firmy PARTNER Dariusz Apelski jako jej podwykonawca. Jednak zgodnie z orzecznictwem, dyspozycja art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie uprawnia do twierdzenia, że podmiot trzeci będzie miał obowiązek w takiej sytuacji faktycznie, osobiście wykonywać całość bądź jakąś część zamówienia na rzecz generalnego wykonawcy w charakterze podwykonawcy. Ustawodawca we wskazanym przepisie nie dokonał zróżnicowania na zasoby, które mogą być wykazywane w ramach spełniania warunków podmiotowych przez podmioty trzecie z koniecznością występowania w toku realizacji zamówienia przed podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy oraz na zasoby, których wykorzystanie wiąże się z wymogiem podwykonawstwa. Bez jakiegokolwiek rozróżnienia w dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zostały potraktowane tak zasoby wiedzy i doświadczenia, jak i inne zasoby odnoszące się do potencjału technicznego, osobowego,

czy też zasoby finansowe podmiotów trzecich, niezależnie od charakteru tych zasobów, a więc czy mają one charakter przenoszalny fizycznie, czy też nieprzenoszalny, np. oddanie do dyspozycji swojej wiedzy i doświadczenia. Oddanie wiedzy i doświadczenia w tym zakresie może odbywać się zatem tak poprzez faktyczne podwykonawstwo, jak też oddanie nabytego przez przedsiębiorstwo doświadczenia poprzez możliwość korzystania z tej wiedzy przy realizacji zamówienia poprzez konsultacje czy doradztwo, bowiem w taki sposób także istnieje praktyczna możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu przy wykonywaniu danego zamówienia.

Aby skutecznie udostępnić swój potencjał, podmiot trzeci nie musi brać udziału w wykonaniu przedmiotu zamówienia w jakimkolwiek charakterze. Korzystając z zasobu podmiotu trzeciego wykonawca może wykonać przedmiot zamówienia samodzielnie. Nie można w tej sytuacji uznać za uprawniony pogląd, iż, aby skutecznie udostępnić swój potencjał, osoba trzecia musiałaby brać udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy. Udostępnienie wiedzy i doświadczenia wykonawcy przez podmiot trzeci poprzez udzielanie temu wykonawcy rad i konsultacji jest wystarczającym do spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia jako przesłanki udziału w postępowaniu.

PUM Sp. z o.o. oddała do dyspozycji firmy PARTNER Dariusz Apelski swą wiedzę oraz doświadczenie opierając się na przekazaniu wiedzy i doświadczenia poprzez usługi doradcze obejmujące konsultacje oraz przeszkolenie pracowników.

Co do stwierdzenia zamawiającego, iż po otwarciu ofert i zapoznaniu się z ofertami wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu nie jest możliwe bez naruszenia zasad uczciwej konkurencji ustalenie, do których części oferty przypisać dane doświadczenie, podnieść należy, iż zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dopuścił możliwość złożenia ofert częściowych. Odwołujący zaś jedynie ewentualnie, z daleko posuniętej ostrożności, wniósł o zaliczenie posiadanego doświadczenia w pierwszej kolejności na określone części zamówienia. Odwołujący bowiem przyjął, iż możliwość składania ofert częściowych pozwala uczestniczyć w postępowaniu wykonawcom, którzy zainteresowani są tylko określonym elementem zamówienia, a nie realizują całości. Jeżeli więc wykonawca złoży ofertę na kilka części, może być ona traktowana odrębnie dla każdej z nich. Dlatego też ewentualne wykluczenie odwołującego nie powinno dotyczyć całego zamówienia, ale ograniczać się do jego poszczególnych części, co do których wykonawca nie spełnił warunków odnoszących się do posiadania określonego doświadczenia.

W wykazie wykonanych usług pozycje 1-12 dotyczyły usług świadczonych przez odwołującego i jego doświadczenia, jedynie zaś usługi wskazane w pozycjach 13-14 odnosiły się do doświadczenia PUM Sp. z o.o. Zamawiający w sytuacji takiej winien kierować się przede wszystkim celem postępowania, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej

i w konsekwencji uznać, iż odwołujący spełnił przesłanki dotyczące doświadczenia co do określonych części zamówienia, w pozostałym zaś zakresie wykluczyć odwołującego z postępowania. Takie działanie zamawiającego prowadziłoby do przeprowadzenia postępowania w sposób rzetelny i z poszanowaniem zasad wynikających z uczciwej konkurencji. Ocena spełnienia przesłanki dotyczącej doświadczenia odrębnie dla każdej z części zamówienia uzasadniona była podzieleniem zamówienia na części, co do sześciu części odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeżeli zaś zamawiający miał wątpliwości, co do której części zamówienia odwołujący przedstawił dowody na posiadanie odpowiedniego doświadczenia, to miał w tym zakresie prawo i obowiązek wyjaśnić ten fakt z odwołującym. Odwołujący wskazał, że formularz oferty stanowiący załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie przewidywał możliwości przypisania posiadanego doświadczenia do skonkretyzowanej części zamówienia. Stąd też odwołujący w samym formularzu nie wskazał, w jakiej kolejności, czy też do których części zamówienia przypisuje takie, a nie inne doświadczenie. Gdyby zamawiający przewidział taką możliwość, odwołujący skorzystałby z niej, co doprowadziłoby, po zakwestionowaniu formy korzystania z doświadczenia podmiotu trzeciego, do wykluczenia odwołującego tylko z niektórych części postępowania. Odwołujący nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji posłużenia się przez zamawiającego określonym formularzem oferty. Treść postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna być jednoznaczna i ścisła. Zamawiający nie może przerzucać na wykonawców odpowiedzialności za nieprecyzyjne postanowienia i karać ich za własne uchybienia wykluczeniem z postępowania. W rozpatrywanym stanie faktycznym uniemożliwienie przypisania określonego doświadczenia do poszczególnych części zamówienia przed złożeniem oferty implikowało uznanie przez zamawiającego, iż odwołujący nie spełnia przesłanki przewidzianej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp co do każdej z ośmiu części zamówienia. Taka czynność zamawiającego stanowiła naruszenie uczciwej konkurencji i uniemożliwiła rzetelną ocenę wszystkich złożonych ofert.

Nie jest tak, że oferty nie podlegają zmianom. W rozpatrywanym stanie faktycznym zaś nie mamy do czynienia ze zmianą oferty, ale tylko z jej doprecyzowaniem.

Zatem nie zaistniały przesłanki uzasadniające wykluczenie odwołującego z przedmiotowego postępowania.

Institucja zamawiająca (zamawiający)

W odpowiedzi na odwołanie instytucja zamawiająca podtrzymała swoje dotychczasowe stanowisko o zaistnieniu podstaw do wykluczenia wykonawcy i wniosła o oddalenie odwołania.

W ocenie zamawiającego treść zobowiązania do udostępnienia niezbędnych zasobów w postaci doświadczenia oraz wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie pozwalają uznać za udowodnione, że wykonawca ten będzie faktycznie dysponować udostępnionym zasobem na potrzeby realizacji zamówienia polegającego m.in. na utrzymaniu zimowym jezdni ulic. Jest to usługa specyficzna, której właściwe wykonanie uzależnione jest od posiadania odpowiedniego doświadczenia, konkretnych umiejętności nabytych podczas osobistego wykonywania podobnych prac.

Jeżeli przedmiotem udostępnienia są zasoby takie jak wiedza i doświadczenie wymagane dla realizacji zamówienia, to wskazane zobowiązanie powinno uwzględniać charakter tego zasobu i okoliczność, że nie jest możliwe przeniesienie czy udostępnienie doświadczenia bez osobistego, realnego uczestnictwa podmiotu w realizacji przyszłego zamówienia.

Za wypełnienie obowiązku udowodnienia wynikającego z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych nie może być uznane ogólne oświadczenie PUM Spółka z o.o., że będzie świadczyła usługi doradcze, w tym przeszkolenie, konsultacje i pomoc w rozwiązywaniu problemów, jakie mogą się pojawić na etapie realizacji zamówienia.

Ze zobowiązania nie wynika bowiem, na czym faktycznie owo doradztwo miałoby polegać, jak byłoby wykonywane w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Na czym realnie miałyby polegać pomoc w rozwiązywaniu problemów w trakcie realizacji zamówienia. Biorąc pod uwagę specyfikę prac, znajomość topografii miasta, wymagane normy czasowe do uzyskania określonych standardów utrzymania zimowego ulic, jedynie doradztwo i konsultacje, bez osobistego uczestnictwa w realizacji, nie potwierdzają faktycznego wykorzystania udostępnionych zasobów przy wykonaniu zamówienia.

Tym samym wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej i jednocześnie wykonawcy, który będzie w stanie dane zamówienie wykonać. Spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu ma dawać zamawiającemu gwarancję, iż dany wykonawca zrealizuje zamówienie w należyty sposób. W powyższym świetle weryfikacja wykonawców nie może mieć wymiaru wyłącznie formalnego, ograniczonego do oceny faktu złożenia dokumentu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, bez badania rzeczywistej zdolności wykonawców do wykonania prac będących przedmiotem umowy. W związku z powyższym zamawiający ma możliwość i obowiązek dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

zarówno oferowanych przez wykonawcę, jak i przez podmiot trzeci, którego zasobami dany wykonawca się posługuje.

Z uprawnieniem wykonawcy do posłużenia się doświadczeniem podmiotu trzeciego powiązany jest obowiązek udowodnienia, iż będzie on realnie dysponował powierzonymi zasobami. Prawidłowa realizacja przez wykonawcę powyższego uprawnienia powinna prowadzić do takiego stanu, w którym dla zamawiającego nie będzie różnicy, czy są to zasoby własne wykonawcy, czy też zasoby innego podmiotu.

W związku z lakonicznym zobowiązaniem dołączonym do oferty, zamawiający w drodze wyjaśnień usiłował dowiedzieć się, w jaki sposób wykonawca i podmiot trzeci zamierzają zorganizować swoją współpracę, aby wykonawca realnie mógł dysponować doświadczeniem podmiotu trzeciego. W oparciu o przedstawione przez wykonawcę informacje zawarte w oświadczeniu podmiotu trzeciego oraz w wyjaśnieniach z 26 lutego 2014 r. zamawiający nie mógł uznać, iż wykonawca wykazał spełnienie warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia. Twierdzenie wykonawcy, iż przedłożył odpowiednie dokumenty, w tym oświadczenie PUM Sp. z o.o. oznacza, iż wykonawca prezentuje jedynie czysto formalne podejście do analizowanej kwestii, które z perspektywy zamawiającego, nie może być uznane za wystarczające.

Zarzut niewskazania przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż spełnienie warunku posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia uzależnione jest od osobistego udziału w wykonaniu zamówienia podmiotu, który użyczył wykonawcy swoje zasoby, jest nietrafiony. Ustawa nie zobowiązuje zamawiającego do wskazywania, w jaki sposób wykonawca ma wykazać dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego. Ustawa dopuszcza szerokie spektrum współdziałania wykonawców z podmiotami trzecimi, w związku z tym zamawiający nie jest uprawniony do wprowadzania w tym zakresie ograniczeń. Wykonawcy mieli więc swobodę co do wyboru formy współdziałania z podmiotem trzecim, który udostępni swój potencjał. Nie zmienia to jednak faktu, iż udostępnienie potencjału musi być realne, ma gwarantować udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, nie może zaś być jedynie formalnym użyczeniem referencji na potrzeby weryfikacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W związku ze stwierdzeniem przez zamawiającego, że nie uwzględnia przedstawionych zasobów podmiotu trzeciego, a doświadczenie własne wykonawcy było niewystarczające dla całości złożonej oferty, odwołujący wniósł o zaliczenie uznanego potencjału zgodnie ze wskazaną przez niego kolejnością na rzecz części zamówienia o priorytetowym znaczeniu dla odwołującego.

W ocenie zamawiającego uwzględnienie tego wniosku prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i mogłoby być uznane za niedopuszczalne konsultacje z oferentem w celu zmiany oferty. Odwołujący jako

profesjonalista powinien wiedzieć, iż po otwarciu ofert nie jest dopuszczalna modyfikacja złożonych ofert i prowadzenie negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą co do treści złożonej oferty. Dodatkowo, w realiach niniejszego postępowania, uwzględnienie wniosku odwołującego dawałoby mu istotną przewagę nad konkurencją. Po otwarciu ofert odwołujący miał możliwość zapoznania się z ofertami złożonymi przez innych wykonawców, poziomem cen w poszczególnych częściach, liczbą złożonych ofert. Posiadał więc istotną wiedzę, która miała znaczenie dla ustalenia części „priorytetowych” zamówienia.

Przystępujący

Również przystępujący po stronie zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Remondis Sp. z o.o. oraz MR Road Service Sp. z o.o. wskazali, że charakter przedmiotu zamówienia wymaga osobistego uczestnictwa podmiotu udostępniającego swoją wiedzę i doświadczenie w realizacji zamówienia.

Zamawiający wymagał, w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia polegającego na zwalczaniu śliskości, posłużenia się technologią zwilżoną, polegającą na posypywaniu nawierzchni chlorkiem sodu lub mieszaniną chlorku sodu z chlorkiem wapnia, które w trakcie tej czynności zwilżone zostają solanką. Jest to technologia bardzo specyficzna, wymagająca odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, gdyż niewłaściwie zastosowana solanka (wodny roztwór chlorku sodu) może prowadzić do niebezpiecznych dla ruchu drogowego skutków, tj. powodować śliskość zamiast jej usuwania. To zdolność prawidłowego stosowania tej technologii jest najistotniejsza dla zapewnienia prawidłowości realizacji przedmiotu zamówienia, nie zaś wyłącznie znajomość topografii obszaru objętego zamówieniem.

Na wyjątkowy charakter tej technologii wskazuje również fakt, iż stawiając warunek udziału w postępowaniu, zamawiający wyraźnie wskazał i podkreślał, iż oczekuje wykazania się realizacją usług zimowego utrzymania dróg, właśnie z zastosowaniem wyłącznie tej, a nie jakiegokolwiek innej technologii.

Ponadto zamawiający nie określił wielkości dawek solanki, jakie należy stosować, ani innych szczegółowych wymagań, pozostawiając tę kwestię doświadczeniu wykonawców wyselekcjonowanych poprzez postawione warunki udziału w postępowaniu. Doświadczenia w stosowaniu technologii zwilżonej nie da się przekazać jedynie poprzez szkolenia czy konsultacje, gdyż określenie, jaką dawkę solanki i w jaki sposób należy zastosować, wymaga każdorazowej oceny partykularnych okoliczności – wyników bezpośredniej obserwacji stanu powierzchni dróg, prognoz pogody na godziny trwania akcji i bezpośrednio po niej itp. Tym samym nawet całodobowa łączność telefoniczna z pracownikami przebywającymi na terenie bazy odwołującego nie zapewnia przekazania wiedzy i doświadczenia w sposób adekwatny do potrzeb i specyfiki przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego posiadane doświadczenie może być wykorzystane w celu zapewnienia prawidłowej realizacji usługi tylko poprzez bezpośrednie uczestnictwo podmiotu trzeciego w jej wykonywaniu. Jedynie taki sposób udostępnienia zasobów gwarantuje realność zobowiązania i faktyczne wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Dysponowanie doświadczeniem jedynie poprzez szkolenia pracowników i konsultacje, z wyraźnym wyłączeniem osobistego udziału podmiotu udostępniającego w realizacji przedmiotu zamówienia, nie jest wystarczające dla udowodnienia, iż odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, tj. dysponuje wiedzą i doświadczeniem dającymi rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Wbrew twierdzeniom odwołującego samodzielnie nie dysponuje on doświadczeniem zapewniającym należyte wykonanie zamówienia, szczególnie w tak szerokim zakresie, jak wszystkie części zamówienia, o które się ubiega. Zatem właśnie w świetle art. 22 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający prawidłowo dokonał oceny zdolności odwołującego do realizacji przedmiotu zamówienia.

Analiza usług własnych odwołującego wykazanych w ofercie na potwierdzenie spełniania warunku ujawnia, że odwołujący nie daje gwarancji należytego wykonania przedmiotu zamówienia bez bezpośredniego wsparcia podmiotu trzeciego posiadającego faktyczne doświadczenie.

Zdaniem przystępującego część usług przedstawionych przez odwołującego w wykazie wykonanych usług nie spełnia wymagań zamawiającego, gdyż prawidłowe usuwanie śliskości w technologii zwilżonej wyklucza możliwość zastosowania piasku, którego nie powinno się polewać solanką. Tym samym wykazywanie usług w technologii zwilżonej, w których stosowano posypywanie piaskiem świadczy o niezajomości przedmiotowej technologii.

Rażącym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji byłoby uwzględnienie preferowanej przez odwołującego kolejności zaliczenia uznanego przez zamawiającego potencjału wiedzy i doświadczenia na poszczególne części postępowania.

Umożliwienie odwołującemu wyboru części po tym, jak odwołujący powziął informacje co do wykonawców, którzy złożyli oferty na poszczególne części zamówienia, ich cen i treści, narusza w istotny sposób równą konkurencję między uczestnikami postępowania. W skrajnym przypadku można wyobrazić sobie sytuację, w której wykonawca niedysponujący potencjałem wystarczającym do realizacji wszystkich części zamówienia, składa ofertę obejmującą pozornie każdą z części, jednakże ze z góry określonym zamiarem faktycznej realizacji tylko niektórych z nich, wybranych w oparciu o informacje uzyskane po otwarciu ofert. W każdej części odwołujący konkurowałby z różnymi wykonawcami i przy odmiennym układzie cen i pozycji odwołującego w rankingu ofert przed aukcją elektroniczną.

III Powody wystąpienia Krajowej Izby Odwoławczej z pytaniem prejudycjalnym

Uwagi ogólne

Wobec przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej, na podstawie Traktatu Akcesyjnego, prawo unijne stało się od tej daty częścią obowiązującego porządku prawnego, mając, w przypadku kolizji z prawem krajowym, pierwszeństwo ze względu na treść art. 91 ust. 3 Konstytucji RP w związku z art. 2 Aktu dotyczącego warunków przystąpienia, stanowiącego część Traktatu Akcesyjnego. Zasada pierwszeństwa prawa unijnego ma również oparcie w ugruntowanym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Izba doszła do przekonania, że ocena zasadności zarzutów odwołania wiąże się z koniecznością dokonania wykładni przepisów prawa unijnego.

Przy tym, zdaniem Izby, jedynie wskazanie przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej poglądu w zakresie znaczenia i sposobu stosowania wskazanych przepisów, jest w stanie w największym stopniu zagwarantować stałość i jednolitość praktyki w zakresie objętym sporem.

Stosownie do art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w przypadku, gdy pytanie związane z wykładnią traktatów jest podniesione przed sądem jednego z państw członkowskich, sąd ten może, jeśli uzna, że decyzja w tej kwestii jest niezbędna do wydania wyroku, zwrócić się do Trybunału z wnioskiem o rozpatrzenie tego pytania.

Zgodnie z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact Krajowej Izbie Odwoławczej przysługuje prawo zadawania pytań prejudycjalnych Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Ze względu na wątpliwości zaistniałe przy wykładni powyżej wskazanych przepisów dyrektywy 2004/18/WE, uwzględniając przytoczone postanowienia art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Izba uznała, że celowe jest skierowanie pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej rozstrzygnięcie przedmiotowych kwestii jest konieczne do wydania wyroku w zawieszanej sprawie. Ze względu na to, że Izba może w wyroku nakazać zamawiającemu dokonanie lub unieważnienie różnych czynności, mających odmienne konsekwencje dla instytucji zamawiającej i wykonawców biorących udział w postępowaniu,

Izba uznała, że dla zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców konieczne jest wszechstronne rozważenie podniesionych kwestii. Tym samym w ocenie Izby konieczne jest zadanie pytań prejudycjalnych obejmujących wiele kwestii związanych z rozpatrywanym sporem. Ze względu na złożoność zagadnienia oraz dla zachowania przejrzystości i precyzyjności zarówno pytań, jak i odpowiedzi, kwestie te zostały podzielone na odrębne pytania.

Charakter zagadnień poruszanych w niniejszym zapytaniu – ze względu na to, że jest to powszechny problem w postępowaniach o udzielenie zamówienia – ma istotne znaczenie również dla transgranicznej wymiany usług. Powoływanie się na art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc tym samym na art. 48 ust. 3 i art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE, stało się tak powszechne, że najprawdopodobniej występuje w niemal każdym postępowaniu, w którym zamawiający postawił jakiegokolwiek warunki udziału w postępowaniu.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie rozstrzygał dotychczas przedmiotowej kwestii prawnej, tj. nie wskazywał prawidłowej interpretacji powyżej wskazanych przepisów w poruszonym zakresie.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

Określone w dyrektywie 2004/18/WE zasady udzielania zamówień publicznych wskazują w sposób jednoznaczny, że zamówień powinno się udzielać wykonawcom po zweryfikowaniu przez instytucje zamawiające ich predyspozycji na podstawie kryteriów dotyczących ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, wiedzy lub możliwości zawodowych i technicznych. W tym celu instytucje zamawiające mogą żądać spełnienia przez wykonawców wymagań dotyczących minimalnych zdolności, w szczególności w odniesieniu do ich kwalifikacji, efektywności, doświadczenia i rzetelności.

Jest to słuszne założenie, gdyż z jednej strony wskazuje na dbałość o prawidłowe wydatkowanie środków publicznych oraz minimalizuje ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, a z drugiej promuje sprawdzonych i rzetelnych wykonawców, co sprzyja zachowaniu uczciwej konkurencji.

Nie ma też wątpliwości, że z obu tych względów zamówienia publiczne powinny być udzielane wyłącznie podmiotom, które w mniemaniu instytucji zamawiającej – oraz, co równie istotne, konkurentów – uchodzą za godnych realizacji zamówienia opłacanego ze środków publicznych.

W orzeczeniu z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. Trybunał wskazał, że instytucja zamawiająca ma obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny tak, aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej

wynik, wykonawcy nie odnieśli wrażenia, że instytucja zamawiająca w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów. Tym bardziej, zdaniem Izby, takiego wrażenia nie powinna sprawiać sama procedura udzielania zamówień.

Jednak w wielu przypadkach zaufanie wykonawców i instytucji zamawiających do przewidzianych w przepisach dyrektywy 2004/18/WE oraz ustawy Prawo zamówień publicznych procedur wyboru wykonawcy jest podważane poprzez praktykę stosowania art. 48 ust. 3 i art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 48 ust. 3 (jak też art. 47 ust. 2) dyrektywy 2004/18/WE wskazuje bowiem, że nie zawsze odpowiednia sytuacja ekonomiczna i finansowa, wiedza lub możliwości zawodowe i techniczne muszą być cechą samego wykonawcy, który ubiega się o takie zamówienie.

Przepis ten został sformułowany bardzo ogólnie i nie daje odpowiedzi, w jaki sposób owo poleganie na zdolnościach innych podmiotów i dysponowanie nimi może być stosowane. Z tego powodu od wprowadzenia tego przepisu do ustawy Prawo zamówień publicznych w 2009 r. stał się on najbardziej kontrowersyjnym i problematycznym zagadnieniem w praktyce udzielania zamówień publicznych.

Choć art. 26 ust. 2b ustawy Pzp tego nie wskazuje, z przepisów dyrektywy 2004/18/WE wynika, że powoływanie się na zdolności innego podmiotu może następować w „stosownych sytuacjach”, a więc nie wszystkich, ale brak jest wskazania, jakie sytuacje są „stosowne”, a jakie nie, i kto powinien tę „stosowność” określać i w jaki sposób.

Ma to szczególne znaczenie w zakresie wymogu posiadania przez wykonawców określonej przez instytucję zamawiającą wiedzy i doświadczenia.

Rozbieżność poglądów co do tego, jak powinno wyglądać poleganie i dysponowanie na wiedzy, a zwłaszcza doświadczeniu, innych podmiotów, jest diametralna. Zatem można spotkać się zarówno z poglądami praktycznymi, że przekazanie doświadczenia może polegać jedynie na realizacji danej części zamówienia przez wskazany w ofercie inny podmiot, gdyż jest to potencjał nierozzerwalnie związany z tym podmiotem, jak też czysto formalistycznymi, że konieczne jest jedynie załączenie do oferty stosownych dokumentów dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a realizacja zamówienia może przebiegać w dowolny sposób, bez jakiegokolwiek udziału wskazanego podmiotu. Pomiędzy tymi dwiema granicami istnieje też wiele poglądów pośrednich, z których wynika, że dysponowanie doświadczeniem innego podmiotu może polegać np. na telefonicznym doradztwie, nawet przy tego rodzaju pracach jak skomplikowane roboty budowlane.

Owa rozbieżność poglądów, a w szczególności pogląd formalistyczny, doprowadził do dużego niepokoju na rynku zamówień publicznych i wręcz do zjawiska nazwanego „handel referencjami” (polegającego na użyczaniu lub sprzedawaniu przez przedsiębiorców referencji

wykonawcom wyłącznie dla formalnego wykazywania przez nich spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie na oddawaniu rzeczywistych zasobów do realizacji zamówienia). Doprowadziło to do poważnego naruszenia zaufania do przepisów regulujących procedury udzielania zamówień i instytucji zamawiających oraz przeświadczenia, że wykonawcy przy udzielaniu zamówień publicznych traktowani są bez zachowania uczciwej konkurencji.

Okazywało się bowiem, że zamówienie może uzyskać podmiot, który nie posiada żadnego doświadczenia, żadnej zdolności finansowej i ekonomicznej, własnego personelu i sprzętu ani innego potencjału. A tym samym – żadnych kwalifikacji do wykonania zamówienia.

Należy tu zwrócić uwagę również na to, że art. 22 ust. 1 ustawy Pzp do nowelizacji z 2009 r. (ustawa 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), podobnie jak przepisy unijne, stanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy posiadający uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności (jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień), posiadający niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponujący potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, znajdujący się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Są to podstawowe wymogi ekonomiczno-techniczno-prawne, bez których niemożliwa jest realizacja żadnej inwestycji.

Nowelizacja ustawy Pzp z 2009 r. wprowadziła zasadniczą zmianę w treści tego przepisu, bowiem zgodnie z jej brzmieniem ubiegający się o zamówienie wykonawca nie musi już posiadać uprawnień, niezbędnej wiedzy i doświadczenia, dysponować potencjałem technicznym i kadrowym, czy znajdować się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, a jedynie spełniać warunki postawione przez zamawiającego w ramach kwalifikacji wykonawców. Nastąpiło więc przesunięcie wymogów z realnej zdolności do wykonania zamówienia na formalne spełnienie warunków. Stąd też zwolennicy poglądu o formalistycznym spełnianiu warunków wywiedli, że kwalifikacja wykonawców poprzez wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie musi mieć odzwierciedlenia ani w ich zdolności do wykonania zamówienia, ani w późniejszym wykonywaniu przez nich tego zamówienia.

Do tego z powodu rozbieżności i zmienności poglądów, w jaki sposób dysponowanie zasobami innego podmiotu ma wyglądać, oraz czy instytucje zamawiające mogą w tym zakresie wymagać czegokolwiek w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani wykonawcy, ani zamawiający nie wiedzą, jak się zachować

i rozstrzygnięcie tych kwestii następuje dopiero na etapie oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, zamiast na etapie przygotowywania ofert. Oczywiście, każdy przypadek powoływania się przez wykonawcę na zasoby innego podmiotu w warunkach badania udziału w postępowaniu musi być rozstrzygany indywidualnie, jednak konieczne jest ustalenie pewnych ogólnych reguł, którymi powinni się kierować i wykonawcy, i instytucje zamawiające.

Biorąc zaś pod uwagę, że art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi implementację art. 48 ust. 3 i art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE, niezbędne jest przede wszystkim ustalenie znaczenia przepisów dyrektywy.

Z tego powodu konieczne jest rozstrzygnięcie przez Trybunał, czy wskazane w ww. przepisach „stosowne sytuacje”, w których wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, to każda sytuacja, w której dany wykonawca nie posiada wymaganych przez instytucję zamawiającą kwalifikacji i zechce się na taką zdolność innych podmiotów powołać. Czy też możliwość ta podlega jakimś ograniczeniom, a jeśli tak, to jakim. Istotne jest także, jak owo poleganie na zdolnościach i dysponowanie potencjałem ma wyglądać.

Istota pytań sprowadza się więc między innymi do kwestii, poruszonej również przez zamawiającego, czy wykonawców powołujących się na potencjał innych podmiotów można traktować lepiej niż wykonawców posiadających własny potencjał, jak też lepiej niż wykonawców, którzy powołują się na ten potencjał w sposób realny (dany podmiot rzeczywiście wykona część wymagającą jego doświadczenia) i czy takie faworyzowanie jest uzasadnione jakimikolwiek przyczynami. Nawet bowiem jeśli wziąć pod uwagę chęć wspierania podmiotów mniejszych, słabszych, nowych, czy niedoświadczonych kosztem tych doświadczonych i posiadających własny potencjał, nie można zapominać, że potencjał taki jak doświadczenie jest uznawany jedynie przez wskazany w przepisach okres (3 lata przy dostawach i usługach oraz 5 lat przy robotach budowlanych), zatem i wykonawcy doświadczeni muszą swoje doświadczenie wciąż „odnawiać”, aby móc się na nie powoływać.

Nie bez słuszności zamawiający wskazał, że z uprawnieniem wykonawcy do posłużenia się doświadczeniem innego podmiotu powiązany jest obowiązek udowodnienia, iż będzie on realnie dysponował powierzonymi zasobami. Prawidłowa realizacja przez wykonawcę powyższego uprawnienia powinna prowadzić do takiego stanu, w którym dla zamawiającego nie będzie różnicy, czy są to zasoby własne wykonawcy, czy też zasoby innego podmiotu.

Na takie też rozumienie możliwości dysponowania potencjałem innego podmiotu zdawałyby się wskazywać wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 oraz z 18 grudnia 1997 r. w sprawie C-5/97, których efektem było m.in. wprowadzenie art. 48 ust. 3 i art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE. Jednak same art. 48 ust.

3 i art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE wprowadzające to uprawnienie są już bardzo generalne i mogą być interpretowane w bardzo różny sposób.

Nie ma wątpliwości, że nadmierne przyzwolenie na możliwość powoływania się przez wykonawców na zasoby innego podmiotu stanowi w oczach konkurujących wykonawców naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

Co więcej, niektóre przepisy, jak art. 36a ustawy Pzp, powodują wręcz, że wykonawcy dysponujący własnym potencjałem w zakresie wiedzy i doświadczenia, są traktowani w sposób gorszy, a wykonawcy powołujący się na cudze doświadczenie, są w nieuprawniony sposób faworyzowani. Z art. 36a ustawy Pzp wynika bowiem, że choć zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją przedmiotu dostawy, to zastrzeżenie to nie jest skuteczne w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu. Zatem zamawiający może nałożyć na wykonawcę z własnym potencjałem restrykcje (zakaz posługiwania się podwykonawcami), których nie może nałożyć na wykonawców bez własnego potencjału. Jest to, zdaniem Izby, jawne nierówne traktowanie wykonawców.

Istotne przy tym jest także to, że z treści przepisu art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE nie wynika, iż wykonawcy są zobowiązani do korzystania z deklarowanego potencjału innych podmiotów, a wskazane w ofercie inne podmioty nie mają żadnych zobowiązań w stosunku do instytucji zamawiającej ani nie ponoszą żadnej odpowiedzialności za prawidłowe wykonanie zamówienia. A przecież to ich potencjał niejednokrotnie decyduje o przyznaniu zamówienia właśnie danemu wykonawcy.

Wskazanie, że wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów „niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań” niewątpliwie miało oznaczać, że podmioty te nie muszą należeć do jednej grupy kapitałowej, grupy wykonawców, grupy przedsiębiorców stale ze sobą współpracujących. Jednak istniejąca w prawie cywilnym swoboda umów powoduje, że niezliczone są możliwości wzajemnych zobowiązań przedsiębiorców wynikające z zawartych pomiędzy nimi umów. Może więc okazać się – i często okazuje – że wykonawca powołujący się na zasoby innych podmiotów przy realizacji zamówienia nie ma z tymi podmiotami wręcz żadnych powiązań lub ma bardzo luźne i nieokreślone powiązania. Zatem wykonawca wykonuje zamówienie samodzielnie (bez udziału innego podmiotu, na zdolności którego się powoływał) albo udział ten polega na nieokreślonym „doradztwie”, „konsultacjach”, „szkoleniu” (o które to rady wykonawca wcale

nie musi prosić ani z nich korzystać), a przy tym ów podmiot w żaden sposób nie odpowiada za niepowodzenie realizacji zamówienia.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że korzystanie z potencjału innego podmiotu jest alternatywą dla ubiegania się o zamówienie w grupie wykonawców, w której każdy podmiot ponosi solidarną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia (art. 23 i art. 141 ustawy Pzp).

Oczywiście, z jednej strony istnieje zasada, że każdy zobowiązany ma prawo wykonać swoje zobowiązanie samodzielnie. Z drugiej jednak mamy do czynienia z sytuacją, w której realizację zamówienia powierza się podmiotowi nie mającemu wymaganych przez instytucję zamawiającą kwalifikacji. Może co prawda okazać się, że pomimo braku wymaganego doświadczenia, personelu, zasobów finansowych itp. wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie – albo przeciwnie, wykonawca go nie zrealizuje – jednak nie zmienia to faktu, że do realizacji zostanie dopuszczony wykonawca, który nie daje minimalnych (wynikających z warunków kwalifikacji) gwarancji prawidłowego wykonania zamówienia.

Sama koncepcja posłużenia się przy wykonaniu zamówienia wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu przy realizacji danych prac przy ich własnym braku, nie jest z założenia niesłuszna, pod warunkiem, że podmiot ten zrealizuje właśnie tę część zamówienia, dla której jego doświadczenie było deklarowane, a zamawiający ma zagwarantowane, że tę część zamówienia wykona podmiot wymagane doświadczenie posiadający. Nie powinno się zdarzać, że wykonawca w ofercie może zadeklarować, że „dysponuje doświadczeniem” wyspecjalizowanej firmy, a w trakcie wykonywania umowy sam zacznie realizować poszczególne etapy albo też użyje całkiem innego podmiotu taką wyspecjalizowaną i doświadczoną firmą nie będącego (bo co prawda doświadczeniem może „dysponować” na swoje życzenie, ale nie ma obowiązku z niego korzystać).

Co więcej, powoduje to wątpliwości co do zgodności z wynikającą z dyrektywy 2004/18/WE zasadą równego traktowania wykonawców i przejrzystości, gdyż powoduje obejście przepisów dotyczących kwalifikacji wykonawców i bezpośrednio narusza interesy innych wykonawców przystępujących do udziału w postępowaniu – posiadających wymagane zasoby. Zamówienie uzyskuje bowiem wykonawca, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a raczej – który spełnia je tylko formalnie, a nie faktycznie.

Jest też powszechnie wiadome, że możliwość, którą daje art. 48 ust. 3 (i art. 47 ust. 2) dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych jest często przez wykonawców nadużywana.

Należy też zwrócić uwagę, że ideą weryfikowania kwalifikacji wykonawców na etapie składania ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest to, aby zamówienia udzielić podmiotowi posiadającemu dany potencjał, czyli temu, który daną wiedzę i doświadczenie już posiadał, a nie takiemu, który będzie uczył się dopiero w trakcie wykonywania zamówienia. Gdyby instytucja zamawiająca czyniła takie założenia, to nie stawiałaby wykonawcom warunku posiadania specjalnego doświadczenia jako warunku udziału w postępowaniu.

Poza tym słusznie zostało podniesione w trakcie rozprawy, że poprzez szkolenie czy otrzymywanie porad można nabyć wiedzę, a nie doświadczenie, które ze swojej istoty musi mieć walor weryfikacji wiedzy w praktycznej realizacji.

Należy też zwrócić uwagę, że w przepisach dyrektywy 2004/18/WE rozdzielono potencjał odnoszący się do posiadanych przez wykonawcę pracowników i ich doświadczenia od potencjału samego wykonawcy, czyli całej firmy. Oczywiście, w wielu aspektach wiedza i doświadczenie firmy jest doświadczeniem jej pracowników, ale nie ma pomiędzy nimi znaku równości. Jest to raczej ogół wiedzy i doświadczenia wszystkich jej pracowników, zarządu itd. Inaczej wraz z odejściem danego pracownika, jego urlopem czy chorobą, również cała firma traciłaby swoje doświadczenie. Zresztą rzadko zdarza się, by zamówienie publiczne było wykonywane przez jednego lub kilku pracowników – najczęściej w jego realizację jest zaangażowana cała firma.

Podobnie w niniejszym zamówieniu – do realizacji zamówienia we wszystkich 8 częściach zamawiający wymaga wykorzystania ponad 200 pojazdów, a więc minimum tylu pracowników do ich obsługi. Do tego należy dodać pracowników odpowiedzialnych za sporządzanie solanki, za zarządzanie wykonywaniem całej usługi, jej obsługę biurową itd.

W niniejszym postępowaniu zamawiający wskazał warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do posiadania doświadczenia w wykonywaniu usług polegających na zimowym utrzymaniu jezdni dróg, w ramach których do zapobiegania lub likwidacji śliskości zimowej zastosowano technologię zwilżoną, tj. chlorek sodu lub mieszanek chlorku sodu z chlorkiem wapnia, które w trakcie posypywania zwilżone zostają solanką. Wskazał też na łączną wartość wykonanych prac nie mniejszą niż 1.000.000 zł dla każdej części zamówienia.

Wykonawcy nie kwestionowali tego warunku, zatem należy uznać, że jest on uzasadniony. Jego zasadność i waga były też podkreślane w stanowiskach zamawiającego i przystępującego.

Przy tym należy zwrócić uwagę, że jest to warunek wyjątkowo niewygórowany, gdyż wartość zamówienia dla poszczególnych części wynosi od 9.685.084,71 do 19.723.179,06 zł, a oferty opiewają na kwoty od 9.526.563,36 do 43.676.171,79 zł.

Podczas rozprawy zamawiający podkreślił, że chce wybrać ofertę wykonawcy, który daje gwarancję należytego wykonania umowy, bowiem zdarzały się sytuacje, że w środku zimy musiał szukać nowego wykonawcy albo też naliczać kilkumilionowe kary umowne.

Zdaniem zamawiającego doświadczenie ma szczególne znaczenie przy wykonywaniu tego typu prac. Zależy od niego bezpieczeństwo uczestników ruchu drogowego. Doświadczenia tego nie można przekazać za pomocą konsultacji, gdyż realizacja usługi wymaga od wykonawcy podejmowania trafnych decyzji w ciągu kilku czy kilkunastu minut. Zgodnie z umową to wykonawca podejmuje decyzje, w jaki sposób w danych warunkach atmosferycznych i drogowych wykonać usługę tak, by była ona wykonana należyście i zgodnie z założeniami. Bagatelizowane przez odwołującego sporządzania mieszanki solnej może przy złym doborze składników doprowadzić do zalodzenia jezdni, a więc skutku przeciwnego od zamierzonego. Przez konsultacje osoby, która nie jest na miejscu, nie da się osiągnąć takiego samego wyniku, jak przy osobie, która doświadczenie posiada i jest na miejscu. Usługa będąca przedmiotem zamówienia wydaje się łatwa, ale już sama skala zamówienia powoduje trudności. Wykonawca przy realizacji usługi musi brać pod uwagę istniejące w danej chwili natężenie ruchu, porę dnia, warunki atmosferyczne, a także presję społeczną, na którą narażony jest zamawiający i miasto w przypadku, gdy odśnieżanie i odlodzenie nie następuje wystarczająco szybko i skutecznie. Zamawiający nie widzi możliwości, iż spółka PUM miałaby nagle zjawić się z Grudziądza przy wymaganym czasie reakcji na warunki atmosferyczne.

Również przystępujący wskazał, że kwestia doświadczenia wykonawcy przy realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia jest niezwykle istotna, bowiem to wykonawcy ponoszą całą odpowiedzialność za prawidłową realizację zamówienia. Zamawiający odstąpił bowiem od zwyczaju zlecania wykonawcom rodzaju akcji, którą mają podjąć danego dnia. Dlatego wykonawca bez doświadczenia nie będzie w stanie zdecydować czym, gdzie i ile razy będzie posypywał nawierzchnię i jakie inne czynności należy podjąć, a tym samym wykonać usługi. Przystępujący ma duże doświadczenie w realizacji tego typu usług i wie, że nie jest możliwe przekazanie jakiegokolwiek wiedzy telefonicznie. Trzeba być obecnym w danym rejonie, sprawdzić temperaturę jezdni, powietrza, prognozy i inne warunki atmosferyczne. Czasem warunki atmosferyczne są tak różne, że nawet w obrębie jednego rejonu trzeba podejmować różne decyzje i stwierdzić, iż jedną jezdnię należy już posypać, innej jeszcze nie itd. Posiadanej wiedzy nie da się zebrać jako materiału do szkolenia, ale trzeba być na miejscu, wiedzieć, co należy zrobić i doświadczyć tego samemu.

Zdarzają się też sytuacje – jak w niniejszym postępowaniu – że wykonawca co prawda posiada własne zasoby, np. doświadczenie, ale w zakresie mniejszym, niż chciałby wykazać zamawiającemu, np. niewystarczającym dla złożenia oferty na wszystkie części zamówienia. Jest to też częsta sytuacja w postępowaniach w procedurze ograniczonej, w których instytucja zamawiająca punktuje zasoby wykonawców i do składania ofert dopuszcza tylko tych, którzy uzyskali największą liczbę punktów.

W takich przypadkach wykonawcy często powołują się dodatkowo na zdolności innych podmiotów w celu poprawienia swojej sytuacji wobec innych wykonawców, co również jest postrzegane jako naruszanie uczciwej konkurencji. Najczęściej jasne jest bowiem, że zasoby te zostały wskazane wyłącznie na potrzeby kwalifikacji wykonawcy w postępowaniu, a podmioty nie będą brać udziału w realizacji zamówienia albo ich udział będzie wyłącznie znikomy.

I tak w niniejszym postępowaniu odwołujący wskazał na doświadczenie PUM Sp. z o.o., aby móc złożyć ofertę na 8, a nie na 6 części zamówienia, dla których oferty mógłby złożyć powołując się jedynie na własne doświadczenie.

Przy czym ze stanu faktycznego wynika, że odwołujący zamierza realizować zamówienie głównie własnymi siłami, ewentualnie z niewielkim udziałem spółki PUM.

Należy też zwrócić uwagę, że rodzaj usług będących przedmiotem zamówienia wymaga ciągłego zaangażowania w miejscu wykonywania usługi (opady śniegu mogą występować codziennie), a siedziba spółki PUM znajduje się w Grudziądzu, tj. mieście oddalonym o ok. 230-250 km od Warszawy.

Sytuacja ta obrazuje też konieczność określenia generalnych zasad, na jakich wykonawcy mogą powoływać się na zdolności innych podmiotów – gdyby było to w sposób jednoznaczny wiadome od początku, wykonawca prawdopodobnie złożył ofertę na tyle części, na ile posiada własne doświadczenie albo w inny sposób określił zasady współpracy z tym podmiotem, albo zawarł umowę z innym przedsiębiorcą. Natomiast w braku wiedzy o przyszłej ocenie jego zdolności przez instytucję zamawiającą pozbawił się możliwości uzyskania zamówienia w jakiegokolwiek części.

Przystępujący zwrócił również uwagę na to, że odwołujący złożył ofertę na 8 części zamówienia, a zatem wymagano od niego wykazania realizacji usług o podanych cechach o wartości co najmniej 8.000.000 złotych. Tymczasem odwołujący zsumował zdolność dwóch podmiotów, z których żaden nie wykonał usług o wartości 8.000.000 złotych, zatem żaden nie posiada wymaganego doświadczenia. A skoro żaden z podmiotów nie posiada doświadczenia, nie można uznać, że posiadają je razem. Zdaniem przystępującego wobec postawionych warunków konieczne jest bowiem stwierdzenie, że wykonawca wykazał

doświadczenie dla 8 części o wartości 8.000.000 zł albo wobec nieprzypisania konkretnych zasobów do danej części uznania, że nie wykazał go dla żadnej części.

Także zamawiający wskazał, że nie może uznać, iż wykonawca posiada prawie wystarczające doświadczenie, gdyż albo posiada doświadczenie wymagane jako warunek, albo go nie posiada.

Dla zobrazowania wątpliwości, które istnieją w przypadku sumowania doświadczenia można podać taki przykład – jeśli zamawiający wymaga od wykonawcy wykazania się doświadczeniem w budowie dwóch dróg i dwóch mostów, to jeśli jeden wykonawca wybudował dwie drogi, a drugi dwa mosty i w ramach realizacji zamówienia pierwszy z nich będzie budował drogę, a drugi most, zamówienie będą realizować podmioty o odpowiednim doświadczeniu. Jeśli jednak każdy z nich wybudował tylko jedną drogę i jeden most, to ich wspólne doświadczenie jest już wątpliwe. Natomiast jeśli most zacznie budować wykonawca, który wcześniej budował tylko drogę, a drogę wykonawca, który budował most (albo nie budował żadnego z nich, a doświadczenie jedynie „pożyczył” do celów kwalifikacji), nie ma on żadnego doświadczenia.

Tym samym słuszne się wydaje, aby zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazywał zasady, na jakich wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, np. w jaki sposób inny podmiot powinien uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, czy będzie ponosił odpowiedzialność solidarną z wykonawcą za prawidłową realizację zamówienia w zakresie, w jaki sposób można łączyć potencjały wykonawcy i innego podmiotu.

Jednak najistotniejsze jest, by takie zasady zostały określone w odniesieniu do samych przepisów tak, by jednakowo dotyczyły wszystkich wykonawców we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Niektóre z podniesionych kwestii zostały uregulowane w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, np. w art. 63 ust. 1 wskazano, że w odniesieniu do doświadczenia zawodowego poleganie na zdolności innych podmiotów może nastąpić tylko wtedy, gdy podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi. Chociaż przepisy te jeszcze nie obowiązują, wskazują na obecne stanowisko ustawodawcy unijnego co do pewnych instytucji, które nie zostały w sposób dostateczny opisane w dyrektywie 2004/18/WE, a jednocześnie nie stanowią odmiennego niż w dyrektywie 2004/18/WE uregulowania tych

instytucji. Zatem, przepisy te mogłyby być istotną przesłanką co do interpretacji przepisów dyrektywy 2004/18/WE.

Kolejnym zagadnieniem jest, czy wykonawca po złożeniu ofert (lub odpowiednio wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), np. w ramach uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów może zadeklarować, do której części zamówienia należy zakwalifikować wskazane przez niego zasoby mające służyć wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jeżeli nie zrobił tego w chwili złożenia oferty lub odpowiednio wniosku.

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający w przygotowanym przez siebie wzorze wykazu usług nie przewidział zadeklarowania danych usług z wykazu do danej części zamówienia. Jednak nie było przeszkód, by wykonawcy uczynili to z własnej inicjatywy albo poprzez adnotację w wykazie usług, albo złożenie osobnego wykazu usług dla każdej części zamówienia. Jest to praktykowane i nie powoduje wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty z powodu niezgodności formalnej złożonej oferty z wymogami zamawiającego.

Pozostaje natomiast wątpliwe, czy zgodne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania jest pozwolenie wykonawcy na złożenie takiej deklaracji już po otwarciu ofert (czy też wniosków) innych wykonawców.

Z jednej strony bowiem wykonawca spełnia postawione warunki w stosunku do niektórych części, zatem nie ma przeszkód, by został częściowo zakwalifikowany. Z drugiej strony w takiej sytuacji nie wiadomo, do których konkretnie części przypisać jego doświadczenie. Najbardziej racjonalne, i dla tego wykonawcy najkorzystniejsze, by było, aby doświadczenie to przypisać do części, w której ma największe szanse na wybranie jego oferty. Jednak oznacza to jednocześnie, że szanse innych wykonawców na uzyskanie zamówienia w danej części maleją, co z kolei może powodować ich przekonanie, że wykonawca ten jest traktowany w sposób korzystniejszy, niż oni – w szczególności, gdy nie wszyscy wykonawcy złożyli oferty na wszystkie części zamówienia (np. z braku potencjału dla złożenia oferty na wszystkie części) i ma dla nich znaczenie, ilu wykonawców konkuruje w konkretnej części.

Jasne jest, że wykonawcy co do zasady wolą uzyskać zamówienie w odleglejszej, mniejszej czy trudniejszej dzielnicy, niż nie uzyskać go wcale. Przy podejmowaniu decyzji, na którą z kilku części zamówienia powinni złożyć ofertę, analizują też, na które części oferty mogą złożyć konkurenci. Zatem złożenie ofert na jak najwięcej części zamówienia podnosi prawdopodobieństwo jego uzyskania.

Zamawiający słusznie zauważył, że nie może być tak, że wykonawca dysponujący potencjałem wymaganym dla np. jednej części składa ofertę na wszystkie części, sprawdza, kto złożył ofertę dla danej części i wybiera sobie część priorytetową (albo robi to za niego

zamawiający). Wykonawcy znają wzajemnie swój potencjał, zatem mogą ocenić szanse uzyskania zamówienia przy ofertach konkurentów. Wybierając kolejność części priorytetowych wykonawca kierował się jakimiś subiektywnymi kryteriami i wybrał kolejność, w której ocenił swoje szanse na uzyskanie zamówienia na największe.

Zamawiający nie myli się też, że zezwolenie wykonawcy na wybór części, co do której ma być zaliczony jego potencjał, mogłoby być uznane przez innych wykonawców za niedopuszczalne konsultacje i negocjacje oferty pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Podobne dylematy można mieć w kwestii unieważnienia przeprowadzonej aukcji i powtórzenia aukcji elektronicznej w przypadku, gdy została ona przeprowadzona w istotny sposób nieprawidłowo, np. nie zostali zaproszeni do niej wszyscy wykonawcy, którzy złożyli prawidłowe oferty. Ze względu na brak obowiązku poinformowania wykonawców o ocenie ofert zarówno w zakresie podstaw do wykluczenia wykonawcy, jak i ich odrzucenia oraz oczekania na złożenie i rozstrzygnięcie odwołań w tym zakresie, aukcja może zostać przeprowadzona w warunkach, w których nie wezmą w niej udziału wszyscy wykonawcy, którzy powinni zostać zaproszeni – albo przeciwnie – wezmą w niej udział wykonawcy, którzy nie złożyli dopuszczalnych ofert.

O ile co do pierwotnych ofert – składanych najczęściej w formie dokumentów w wersji „papierowej” – istnieje jednoznaczny pogląd, że nie mogą być one składane powtórnie, o tyle w kwestii aukcji elektronicznej opinie co do możliwości jej powtórzenia są rozbieżne.

Możliwość unieważnienia aukcji nie budzi szczególnych wątpliwości w przypadku, gdy zamawiający w sposób nieuprawniony zakwalifikował do aukcji minimalną liczbę wykonawców (bez trzech poprawnych ofert aukcja taka nie powinna się odbyć) – wtedy samo unieważnienie aukcji i powrót do ofert pierwotnych stanowi jedynie unieważnienie nieprawidłowej czynności/zdarzeń w postępowaniu i przywrócenie go na prawidłowy tok. Ewentualnie, gdy w aukcji, w której brała udział większa niż minimalna liczba wykonawców, wziął udział nieuprawniony wykonawca (a więc aukcja odbyłaby się nawet bez udziału tego wykonawcy), pominięcie jego postępień tak, jakby nie brał udziału w aukcji. W obu tych wypadkach wybrana zostaje bowiem oferta, która i tak zostałaby wybrana, zatem uchybienie procedurze nie jest istotne.

Inna jest natomiast sytuacja, w której w aukcji nie bierze udziału wykonawca, który powinien zostać do niej dopuszczony. W takim wypadku stosowne byłoby unieważnienie przeprowadzonej aukcji i przeprowadzenie kolejnej, już z udziałem tego wykonawcy.

Jednak z prawnego punktu widzenia nie ma istotnego znaczenia, czy oferta została złożona w trakcie aukcji (mowa tu o ostatecznych ofertach wykonawców w chwili zamknięcia aukcji, a nie kolejnych postąpieniach) i wykonawca, którego oferta została najkorzystniejszą po

przeprowadzeniu aukcji, ma takie same prawo uzyskania zamówienia, jak wykonawca, który złożył pierwotną ofertę, na podstawie której został zakwalifikowany do aukcji. Kolejna aukcja może ten wynik zmienić – zarówno w zakresie wyboru wykonawcy, jak i zaproponowanej przez niego ceny. Tym samym powstaje pytanie, czy taka praktyka jest zgodna z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak też z zasadą przejrzystości postępowania.

Z drugiej strony nie wiadomo, czy wykonawca, który nieprawidłowo nie został dopuszczony do aukcji, w jej wyniku złożyłby najkorzystniejszą ofertę, zatem nie można stwierdzić, czy błąd zamawiającego był istotny dla postępowania. Niemożność unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej prowadziłaby zaś do konieczności unieważnienia postępowania, gdyż nie można by było udzielić go wykonawcy niezgodnie z zasadami procedury.

Z kolei, zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia można unieważnić, gdy obarczone jest ono nie jakąkolwiek wadą, lecz wadą niemożliwą do usunięcia, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7). Z kolei unieważnienie umowy może nastąpić w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 6 ustawy Pzp). Inne przesłanki unieważnienia postępowania i umowy nie mają tu zastosowania.

Zatem w przypadku, gdy oferta najkorzystniejsza została wybrana w wyniku aukcji, w której nie wzięli udziału wszyscy wykonawcy, a nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby jej wynik, być może unieważnianie aukcji, a zwłaszcza unieważnianie całego postępowania, być może jest nadmierną reakcją zamawiającego.

Zdaniem Izby przedstawione powyżej wątpliwości związane z interpretacją przepisów prawa unijnego uzasadniają zawieszenie postępowania odwoławczego i zwrócenie się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z przedstawionymi na wstępie pytaniami prejudycjalnymi.

.....
