



ODPIS

**WYROK  
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 9 września 2019 r.

Sąd Okręgowy w Olsztynie V Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: Sędzia Małgorzata Tomkiewicz  
Sędziowie: Wiesław Kasprzyk, Rafał Kubicki  
Protokolant: p.o sekr.sąd. Agnieszka Wiśniewska

po rozpoznaniu w dniu 3 września 2019r. r. w Olsztynie

na rozprawie

sprawy z odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum firm : ██████████ w ██████████, ██████████

Sp. z o.o. we ██████████,

z udziałem zamawiającego ██████████ i ██████████ Sp. z

o.o. w ██████████ oraz przystępującego po stronie zamawiającego konsorcjum

firm : ██████████ S.A. w ██████████ ██████████

██████████

na skutek skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2019r. sygn. akt KIO 238/19 w przedmiocie odrzucenia odwołania

- I. zmienia zaskarżone postanowienie w ten sposób, że oddala odwołanie;
- II. nie obciąża stron kosztami postępowania skargowego.

Sędziowie

Wiesław Kasprzyk    Małgorzata Tomkiewicz    Rafał Kubicki



Na oryginalne właściwe podpisy  
za zgodność  
p.o. SEKRETARZ SĄDOWY  
Agnieszka Wiśniewska  
Agnieszka Wiśniewska

Uzasadnienie

ODPIS

W wyniku przeprowadzonego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Budowa kolektora centralnego bis w [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE]” Zamawiający – [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE] Sp. z o.o w [REDAKTOWANE] decyzją z dnia 28 stycznia 2019r. wykluczył z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum firm : [REDAKTOWANE] Spółka Akcyjna z siedzibą w [REDAKTOWANE], [REDAKTOWANE] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we [REDAKTOWANE].

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum firm : [REDAKTOWANE] Spółka Akcyjna z siedzibą w [REDAKTOWANE], [REDAKTOWANE] z ograniczoną odpowiedzialnością we [REDAKTOWANE] w odwołaniu od powyższej czynności zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.art.7 ust.1i3 ustawy Pzp w zw. z brzmieniem art.24 ust.1 pkt.12 Pzp , a to poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, z uwagi na dokonanie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej w sposób sprzeczny z postanowieniami siwz;

2.art.92 ust.1 pkt.2 Pzp w zw. z brakiem podania przyczyny wykluczenia z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący się podniósł, iż w rozdziale III ust.3 pkt.2 lit.a) tiret pierwszy siwz Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie zdolności zawodowej żądając, aby Wykonawca ubiegający się o wykonanie zamówienia posiadał doświadczenie w realizacji min. 1 zamówienia dotyczącego wykonania kolektora kanalizacji sanitarnej lub deszczowej z rur o średnicy min. 1000mm i długości min.2000m o złożoności technologicznej porównywalnej z kolektorem będącym przedmiotem zamówienia. Wykonawca na etapie składania ofert posłużył się doświadczeniem podmiotu trzeciego [REDAKTOWANE] S.A. Podmiot ten wykonał, w ramach referencyjnego zadania inwestycyjnego pn.„Budowa systemu odprowadzania wód opadowych z rejonu zachodniej części miasta [REDAKTOWANE]”, kanalizację deszczową z rur o średnicach wskazanych w warunkach przedmiotowego zamówienia na odcinkach:

-I fi 1200/1400-658,23m; fi 800/1000 – 566,10m

-II fi 1200/1490- 988,08m

-III fi 1800-2160-333,05m

co daje łącznie długość 2.545,46m.

Z informacji o wykluczeniu nie wynika, w jaki sposób Zamawiający obliczył, że rur o średnicy min. 1000mm było jedynie 1927,60m. W kwestii tej informacja o wykluczeniu nie

zawiera uzasadnienia faktycznego wykluczenia, co stanowi naruszenie art. 92 ust.1 pkt.2 Pzp. Ponadto Odwołujący wskazał, iż z treści wykluczenia można wnioskować, że Zamawiający zmienił/wyłączył postanowieniami siwz uprawnienie do korzystania z zasobów podmiotów trzecich w ramach spełniania warunku udziału w postępowaniu. Podstawą wykluczenia jest stwierdzenie, że [REDAKTOWANE] S.A nie będzie wykonywał robót kluczowych, w związku z czym jego doświadczenie nie może być brane pod uwagę na okoliczność spełnienia warunków. Składając ofertę Odwołujący nie miał wątpliwości co do prawa korzystania z zasobów podmiotów trzecich, tym bardziej, że takie prawo wynika z siwz – rozdział III pkt.4 również w zakresie zdolności zawodowej. Jeśli Zamawiający celowo wprowadził wykonawców w błąd uznając, że brzmienie rozdziału XIX pkt.2 należy rozumieć jako zakaz korzystania z zasobów podmiotu trzeciego ona okoliczność spełnienia warunku zdolności zawodowej, to postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art.93 ust.1 pkt.7 Pzp.

Stawiając te zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz :

- 1.nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Konsorcjum z postępowania;
- 2.nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 3.dopuszczenie dowodu z dokumentacji postępowania w tym w szczególności złożonych przez odwołującego wyjaśnień i dowodów na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem;
- 4.zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz odwołującego według norm przepisanych.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 25 lutego 2019r. w sprawie sygn. akt 238/19 postanowiła :

I.odrzucić odwołanie;

II.kosztami postępowania odwoławczego obciążyć wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum : [REDAKTOWANE] S.A, [REDAKTOWANE] Sp.z o.o w [REDAKTOWANE] i nakazał zaliczyć w poczet kosztów kwotę 20.000zł. uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu KIO wskazała, iż w dniu 30 listopada 2018r. Zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, przy czym wybór ten zaskarżony został odwołaniem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum [REDAKTOWANE] S.A w [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE]. W uzasadnieniu tego odwołania ówczesny odwołujący podniósł, iż wybrany wykonawca nie wykonał wymaganego kolektora o długości

2000m z rur o średnicy min. 1000 mm. Ze złożonego przez wykonawcę [REDAKTOWANE] poświadczenia wynikało, że omawiane zamówienie obejmowało wykonanie rurociągu z rur o średnicy min.1000 mm o długości 1.979,36m. Ponadto ówczesny odwołujący stwierdził, że wykonawca nie miał prawa korzystać z zasobów podmiotu trzeciego stosownie do art.22a ust.4 Pzp, który znalazł odzwierciedlenie w siwz III ust.4 pkt.5. Zakres robót kluczowych był bowiem zastrzeżony do wykonania osobistego przez wykonawcę. W ich skład zgodnie z XIX siwz wchodziło wykonanie robót technologicznych związanych z ułożeniem kolektora centralnego bis w wykopie, budowa studni i komór.

Zamawiający w odpowiedzi na to odwołanie uwzględnił w całości zarzuty i zobowiązał się do dokonania ponownej weryfikacji przedłożonych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W wyniku przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w stosunku do wykonawcy, którego uprzedni wybór objęty był zarzutami, Zamawiający podjął decyzję o nowym wyniku postępowania, a jej podstawą faktyczną było stwierdzenie braku wykazania spełnienia wymaganego warunku udziału w postępowaniu, skutkujące analizowanym wykluczeniem.

Mając powyższe na uwadze KIO stwierdziła, iż w sprawie zaistniała przesłanka określona w art. 189 ust.2 pkt.5 Pzp uzasadniająca odrzucenie niniejszego odwołania, gdyż odwołanie to dotyczy czynności Zamawiającego wykonanej w wyniku uwzględnienia zarzutów odwołania, a czynność ta została wykonana zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu

**Na powyższe postanowienie skargę wniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zaskarżając to orzeczenie w całości.**

Postanowieniu temu skarżący zarzucił naruszenie:

- art.189 ust.2 pkt.5 Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy i odrzucenie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego : [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE] a z ograniczoną odpowiedzialnością we [REDAKTOWANE] z powodu błędnego przyjęcia, iż odwołanie ww. wykonawców dotyczy czynności, którą Zamawiający – wobec uwzględnienia odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego [REDAKTOWANE] Spółka Akcyjna w [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] – wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w tym odwołaniu.

Wskazując na powyższe Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 198c w zw. z art.198f ust.2 zd.2 oraz art.60 &1 zd.2 i 3 k.p.c w zw. z art.198b ust.4 zd.3 Pzp wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez

merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: █████ Spółka Akcyjna w █████, █████ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we █████

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje :**

Skarga jest uzasadniona.

Zgodnie z art.189 ust.2 pkt. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tj Dz. U. 2018,poz.1986; dalej: Pzp) Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku zarzutów odwołania, którą wykonał zgodnie z żądaniem wskazanym w odwołaniu.

W niniejszej sprawie nie ulega wątpliwości, że zarówno pierwsze z odwołań, które zostało wniesione w analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez konsorcjum █████ jak i drugie wniesione przez konsorcjum █████, nawiązywało do tych samych okoliczności faktycznych tj. do kwestii spełnienia przez konsorcjum █████ warunku zdolności technicznych określonych w rozdziale III ust.3 pkt.2a tiret pierwszy siwz oraz kwestii dopuszczalności powołania się w tym względzie przez konsorcjum █████ na potencjał podmiotu trzeciego - █████ S.A. Rzecz jednak w tym, że sam fakt tożsamości okoliczności faktycznych, które były przedmiotem obu odwołań nie stanowi- zdaniem Sądu Okręgowego- wystarczającej podstawy do uznania, że w sprawie zachodzą przesłanki określone w wymienionym art. 189 ust.2 pkt.5 Pzp. Przepis ten, co wyraźnie podkreślić trzeba, stanowiąc odstępstwo od zasady merytorycznego rozpoznania odwołania, dopuszcza możliwość odrzucenia środka odwoławczego jedynie w sytuacjach konkretnie w tym przepisie określonych. Zgodnie z jego treścią, odrzucenie odwołania dopuszczalne jest jedynie wówczas, gdy odwołanie to dotyczy czynności wykonanej przez Zamawiającego zgodnie z treścią wyroku Izby, sądu albo **zgodnie z żądaniem** wskazanym w odwołaniu.

W przedmiotowej sprawie żadna z wymienionych przesłanek nie zachodzi. Zatrzymując się przy trzeciej z wymienionych ewentualności wskazać należy, iż żądanie zawarte w niniejszym odwołaniu konsorcjum █████ nie tylko nie jest zgodne z czynnością Zamawiającego polegającą na wykluczeniu tego oferenta z udziału w postępowaniu ale wręcz pozostaje w stosunku do tej czynności w oczywistej opozycji. Wykluczenie konsorcjum █████ z udziału w postępowaniu, nie było objęte żądaniem również w pierwszym z odwołań (wniesionym przez konsorcjum █████), co prowadzi to do oczywistego wniosku, że czynność

Zamawiającego polegająca na wykluczeniu konsorcjum [REDAKTOWANE] nie była objęta żądaniem w żadnym z odwołań i nie doszło do podjęcia tej czynności na skutek uwzględnienia stanowiska któregośkolwiek z Odwoływających. Tym samym nie można uznać, aby czynność ta została wykonana „zgodnie z żądaniem wskazanym w odwołaniu” – w rozumieniu wymienionej normy prawnej.

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, iż *ratio legis* instytucji odrzucenia odwołania, o którym mowa w art.189 ust.2 pkt. 5 Pzp sprowadza się – ujmując rzecz w skrócie- do eliminacji takich postępowań, w których albo doszło już do definitywnego rozstrzygnięcia kwestii spornej mocą orzeczenia organu orzekającego, albo w których interes skarżącego został zaspokojony na skutek decyzji Zamawiającego. W niniejszej sprawie tego rodzaju sytuacja niewątpliwie nie zaistniała. Wprawdzie w każdym z obu postępowań inicjowanych wniesieniem odwołania przedmiotem analizy były te same fakty, jednak pomiędzy tymi postępowaniami nie tylko nie zachodzi tożsamość przedmiotu zaskarżenia, żądań i ról, ale wręcz wszystkie kluczowe aspekty tych postępowań są krańcowo odmienne. Dla przypomnienia jedynie nadmienić należy, iż w pierwszym postępowaniu odwoławczym (KIO 2551/18) zaskarżenie dotyczyło decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, który to wybór dotyczył konsorcjum [REDAKTOWANE] a w drugim (KIO 238/19) - decyzji o wykluczeniu konsorcjum [REDAKTOWANE] przy czym w obu tych postępowaniach każdy ze skarżących zmierzał do osiągnięcia różnych rezultatów, powołując się przy tym na odmienne dowody, argumenty i ich ocenę faktyczno-prawną. Ewentualne uznanie, że w niniejszym postępowaniu odwołanie konsorcjum [REDAKTOWANE] należy odrzucić gdyż interes tego Odwoływającego został już zaspokojony pozostawałoby w oczywistej sprzeczności ze wspomnianym *ratio legis* analizowanej normy prawnej. W ocenie Sądu Okręgowego odrzucenie odwołania tego podmiotu pozbawiało go możliwości obrony swych praw, godząc w podstawowy cel implementacji do prawa krajowego postanowień dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007r., zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze w pełni zgodzić się należy ze stanowiskiem wyrażonym w skardze Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, iż stwierdzenie przez Izbę zaistnienia negatywnej przesłanki procesowej, kończącej postępowanie w sposób formalny było bezpodstawne i nastąpiło z naruszeniem art. 189 ust.2 pkt.5 Pzp. W sytuacji gdy Zamawiający uwzględniając zarzuty odwołania konsorcjum [REDAKTOWANE] w zakresie zaniechania wezwania konsorcjum [REDAKTOWANE] do wykazania spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej wezwał konsorcjum [REDAKTOWANE] do uzupełnień w trybie art. 26 ust.3 Pzp, a



odwołanie konsorcjum [REDAKTOWANE] dotyczyło czynności wykluczenia tego konsorcjum z udziału w postępowaniu, która to czynność miała miejsce po dokonaniu przez Zamawiającego ponownej oceny złożonej przez to konsorcjum oferty w oparciu o uzupełnione dokumenty i wyjaśnienia, nie sposób uznać, aby w niniejszej sprawie odwołanie konsorcjum [REDAKTOWANE] dotyczyło czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w uprzednio wniesionym odwołaniu przez konsorcjum [REDAKTOWANE], ani też z żądaniem zawartym w odwołaniu [REDAKTOWANE]

Z tych zatem względów, zawarty w skardze wniosek o zmianę zaskarżonego postanowienia KIO z dnia 25 lutego 2019r. w sprawie 238/19 o odrzuceniu odwołaniu konsorcjum [REDAKTOWANE] uznać należy za zasadny.

Na marginesie, rację ma autor skargi wskazując również, iż wobec odrzucenia odwołania, a więc odstąpienia od jego merytorycznej analizy, wyrażanie przez Izbę stanowiska w sprawie oceny zasadności argumentów podniesionych przez konsorcjum [REDAKTOWANE] w odwołaniu z dnia 10 grudnia 2018r. w sprawie o syg. akt KIO 2551/18 było zabiegiem całkowicie niezrozumiałym i pozbawionym podstawy prawnej.

Przechodząc do drugiego aspektu zawartego w przedmiotowej skardze tj. wniosku o dokonanie przez Sąd Odwoławczy merytorycznej analizy i oceny zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu konsorcjum [REDAKTOWANE] stwierdzić należy, iż co do istoty odwołanie to nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie, zgodzić trzeba się z konsorcjum [REDAKTOWANE] że w toku analizowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn. „Budowa kolektora centralnego bis w ul. [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE]” Zamawiający – [REDAKTOWANE] Sp. z o.o w [REDAKTOWANE] nie ustrzegł się pewnych uchybień. Przede wszystkim – na co słusznie wskazuje Odwołujący- zawarty w rozdziale III ust.3 pkt.2a tiret pierwszy siwz zapis mówiący o tym, iż warunkiem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie zdolności zawodowej jest aby Wykonawca ubiegający się o wykonanie zamówienia posiadał doświadczenie w realizacji min. 1 zamówienia dotyczącego wykonania kolektora kanalizacji sanitarnej lub deszczowej z rur o średnicy min. 1000mm i długości min.2000m o złożoności technologicznej porównywalnej z kolektorem będącym przedmiotem zamówienia, nie jest zapisem w pełni jednoznacznym. Z warunku powyższego nie wynika bowiem w sposób jasny, czy w odniesieniu do wskazanej średnicy rur, podana wartość dotyczy średnicy wewnętrznej czy zewnętrznej (tj. z uwzględnieniem grubości ścianki rury). Sam termin „średnica” wbrew pozorom niczego nie rozstrzyga w sposób pewny, gdyż w obrocie termin ten bywa rozumiany dwojako.

Nieprecyzyjne określenie warunku może być postrzegane w kategoriach naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 Pzp tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości. W tym kontekście Sąd Okręgowy podziela pogląd wyrażony w wyroku TSUE z 14 grudnia 2016r. Connexion Taxi Services BV (C-171/15), iż „ (...) obowiązek przejrzystości wymaga, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność ofrentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i **dokonanie ich wykładni w taki sam sposób**”.

Rację ma Odwołujący również co do tego, że w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Zamawiający powołując się na brak wykazania przez Wykonawcę spełnienia warunku w zakresie wskazanych parametrów rur, nie wyjaśnił bliżej, w jaki sposób poczynił własne wyliczenia w tym względzie i z jakich względów uznał, że podmiot trzeci na którego doświadczenie powołuje się Wykonawca, wykonał kolektor kanalizacji deszczowej o długości jedynie 1.927,60m, co utrudnia Odwołującemu polemikę z tym stanowiskiem.

Na marginesie zauważyć należy, iż działania Zamawiającego nie były jednoznaczne również w zakresie samego postrzegania wspomnianego podmiotu trzeciego tj. ██████████ S.A. Z jednej strony bowiem Zamawiający kilkakrotnie domagał się sprecyzowania roli, jaką odegrał ██████████ S.A. w inwestycji realizowanej w ██████████, dopytując, czy na pewno prace te wykonywał faktycznie czy tylko firmował je jako lider konsorcjum, by następnie uznać, że doświadczenie tego podmiotu w ogóle nie może być brane pod uwagę w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający naruszył również dyspozycję art. 22a ust.6 Pzp. Art. 22 a ust. 1 Pzp stanowi, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych, zaś zgodnie z treścią ust. 6, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust.1 tego przepisu, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy **wykluczenia**, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub



- 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust.1.

W niniejszej sprawie nie ulega wątpliwości, że Zamawiający stwierdzając podstawy do wykluczenia [REDAKT] nie zwrócił się do tego Wykonawcy o ewentualne sanowanie braków w sposób określony w wymienionym przepisie.

Wszystkie mankamenty wskazane powyżej nie mają jednak, w ocenie Sądu Okręgowego, znaczenia zasadniczego i nie podważają tego, że decyzja Zamawiającego o wykluczeniu konsorcjum [REDAKT] z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest prawidłowa i zasadna (wskazane naruszenia przepisów nie miały istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia). Za słusnością wykluczenia konsorcjum [REDAKT] przemawia bowiem ten kluczowy, a jednocześnie i bezsporny fakt, iż konsorcjum [REDAKT] w celu wykazania zdolności technicznej, o której mowa w rozdziale III ust.3 pkt.2a tiret pierwszy siwz, powołało się na potencjał podmiotu trzeciego ([REDAKT] S.A); który zgodnie z przyjętymi ustaleniami, nie miał wykonywać robót, co do których potencjał ten był wymagany. Powołanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego w takim układzie sytuacyjnym pozostawało zatem w oczywistej sprzeczności nie tylko z zapisami rozdziału XIX ust.1i2 siwz, w których Wykonawca zobowiązany był do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia w zakresie robót technologicznych związanych z ułożeniem kolektora Centralnego bis w wykopie oraz robót związanych z budową studni i komór, ale przede wszystkim z wymogami ustawowymi określonymi w art. 22a ust.4 Pzp.

Prezentowana w Odwołaniu teza, jakoby Zamawiający poprzez wskazanie w siwz zakresu kluczowych części zamówienia, których realizacja wymaga osobistego zaangażowania wykonawcy, w sposób niedozwolony i sprzeczny z prawem wyłączył wynikające z ustawy uprawnienia do korzystania z zasobów podmiotów trzecich, i w tym zakresie wprowadził wykonawców w błąd, jest niezrozumiała w zestawieniu z treścią wspomnianego art. 22a ust.4 Pzp. Przepis ten jednoznacznie stanowi wszak, iż w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Jeśli konsorcjum [REDAKT] od początku zdawało sobie sprawę, że sięga do doświadczenia podmiotu trzeciego, który nie będzie wykonywał prac, do których doświadczenie to jest wymagane, to w świetle wskazanej regulacji ustawowej od początku winno również zdawać sobie sprawę, że jego działanie jest sprzeczne z ustawą. Na czym zatem miałyby polegać w takiej sytuacji wprowadzenie Odwołującego w

błąd- trudno ustalić, zwłaszcza, że sam Odwołujący kwestii tej nie wyjaśnia bliżej. Na marginesie odnotować należy, iż pogląd powyższy jest powszechnie ugruntowany także w doktrynie. W literaturze przedmiotu wprost stwierdza się, że „jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub usługi, to w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów tylko, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Podmiot trzeci musi być zatem w takiej sytuacji zawsze podwykonawcą, któremu zleca się określone prace. Nie wystarcza już tylko użyczenie przez niego doświadczenia na potrzeby spełnienia warunków” (vide: M. Janowska, P. Kunicki, *Kiedy oplaca się korzystać z zasobów podmiotu trzeciego*, Zamawiający 2018.27.59); „dopuszczalne jest (...) wykonywanie zastrzeżonej kluczowej części przez podmiot trzeci, jeżeli jego zdolność do wykonania tej części zamówienia była weryfikowana na etapie procedowania wyboru wykonawcy. W konsekwencji możliwe jest wykazywanie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności wykonania zastrzeżonej kluczowej części na podstawie zasobów podmiotu trzeciego, jeżeli podmiot ten udowodni, że będzie realizował tę część zamówienia” (vide: M. Kalamus, *Obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia*, M. Zam. Publ.2018.10.27). W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu powyższy powód został wskazany przez Zamawiającego w sposób jasny, zrozumiały i nie budzący żadnych wątpliwości, co do swej treści.

Zważywszy na fakt, iż konsorcjum [REDAKTOWANE] nie potwierdziło spełnienia warunku udziału w postępowaniu, przy czym brak ten wiązał się z podmiotem trzecim, Zamawiający zaś nie dopełnił wskazanych wyżej wymogów określonych w art. 22a ust.6 Pzp, rozważyć należało, czy w świetle tych okoliczności, wykluczenie konsorcjum [REDAKTOWANE] nie jest decyzją przedwczesną i czy nie należy nakazać Zamawiającemu dokonania czynności, o którym mowa w cytowanym wyżej art. 22a ust. 6 Pzp.

Po przeanalizowaniu materiału dowodowego Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że ewentualne uchylene decyzji o wykluczeniu konsorcjum [REDAKTOWANE] i nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia czynności, o których mowa w wymienionym przepisie, nie byłoby w aktualnym stanie tej sprawy merytorycznie uzasadnione i właściwe. Dochodząc do powyższego wniosku Sąd Odwoławczy miał na uwadze pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 23 października 2018r. w sprawie o sygn. akt 2083/18, zgodnie z którym „wprowadzenie przez wykonawcę po otwarciu ofert nowego podmiotu trzeciego, nieznanego w momencie ofertowania, stanowi o naruszeniu naczelnej zasady, jaką powinien się kierować zamawiający tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,

wynikających zarówno z prawa krajowego, jak i przepisów prawa unijnego” (vide : LEX nr 2620596). Podzielając to stanowisko w pełni, Sąd Okręgowy uznał, że w realiach tej sprawy ewentualne zastąpienie przez konsorcjum [REDAKTOWANE] dotychczasowego podmiotu trzeciego ([REDAKTOWANE] S.A ) innym podmiotem lub podmiotami ( art. 22a ust.6 pkt.1 Pzp) naruszałoby wspomnianą zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Konkluzja ta znajduje oparcie również w wymienionym wyżej judykacie, w którym wprost podano ( a Sąd Okręgowy tezę tę także aprobuje), iż „ dokonując prounijnej wykładni art.22 ust.6 p.z.p stwierdza się, że nie daje on prawa do zastąpienia przez wykonawcę, w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu, jednego podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim, w sytuacji, gdy z pierwotnej oferty wykonawcy nie wynikał zamiar zaangażowania tego drugiego podmiotu” (vide : LEX nr 2620596). Z powyższego wynika zatem, że ewentualne uchylene decyzji o wykluczeniu [REDAKTOWANE] i nakazanie Zamawiającemu wykonanie czynności, o których mowa w art. 22a ust.6 Pzp mogłoby dotyczyć jedynie przypadku wskazanego w pkt. 2 tego przepisu, tj. mogłoby nastąpić jedynie w tym celu, aby Zamawiający zażądał od Wykonawcy, aby ten w terminie określonym przez Zamawiającego, zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, których mowa w art. 22a ust.1 Pzp. Pamiętać jednakże należy, iż zgodnie ze stanowiskiem doktryny, sformułowanie „ w terminie określonym przez Zamawiającego” nie odnosi się do terminu aktualnego lecz do terminu uprzedniego, będącego terminem składania ofert. (vide: M. KołECKI, J. E. Nowicki, *Dokumenty w procedurze odwróconej*, M.Zam.Publ. 2018.6.40). Innymi słowy : jeśli zastosować dyspozycję art. 22a ust.6 pkt. 2 Pzp, Wykonawca miałby udowodnić, że dysponował określonymi zdolnościami technicznymi na dzień składania ofert. W świetle dowodów zgromadzonych w tej sprawie nie ulega wątpliwości, że konsorcjum [REDAKTOWANE] w terminie składania ofert nie dysponowało doświadczeniem wskazanym w rozdziale III ust.3 pkt.2a tiret pierwszy siwz. Oznacza to, że w realiach niniejszej sprawy, nakazanie Zamawiającemu dokonanie czynności, określonej w art.22a ust.6 pkt. 2 Pzp byłoby zabiegiem niecelowym, który w niczym nie mógłby zmienić sytuacji Odwołującego. Wprawdzie w treści Odwołania, konsorcjum [REDAKTOWANE] wskazało, iż posiada doświadczenie w realizacji zamówień tożsamyh z przedmiotem zamówienia na długości 1.844 m, jednakże w odniesieniu do tego argumentu nie sposób nie zauważyć, że podana wartość jest mniejsza od wymogu określonego w siwz o 156m. W niczym nie zmienia zatem faktu, że Odwołujący w dacie składania ofert nie spełniał warunku określonego w rozdziale III ust.3 pkt.2a tiret pierwszy siwz i okoliczności tej obecnie nie jest w stanie już zmienić.

Mając zatem powyższe na uwadze, Sąd Okręgowy podzielając zarzuty i wnioski zawarte w skardze, dokonał zmiany zaskarżonego postanowienia w ten sposób, że odwołanie konsorcjum [REDAKTOWANE] oddalił, uznając, iż w niniejszej sprawie nie doszło do takiego naruszenia przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust.2 Pzp *a contrario*).

Sąd Odwoławczy nie dokonał modyfikacji zaskarżonego postanowienia KIO w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach (pkt. II) mając na uwadze zarówno zasadę wyrażoną w art. 192 ust.10 Pzp (strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku) jak i to, że zgodnie z treścią tego orzeczenia, kosztami postępowania odwoławczego toczonego się przed KIO zostało obciążone Konsorcjum : [REDAKTOWANE] S.A, [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. Z regulacji rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018, poz. 972 ), a zwłaszcza § 5 ust.3 tego rozporządzenia, zdaje się wynikać, iż w ocenie ustawodawcy zasada ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego przed KIO jest analogiczna zarówno w przypadku odrzucenia odwołania, jak i jego oddalenia.

O kosztach postępowania skargowego zainicjowanego skargą Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Sąd Okręgowy orzekł w ten sposób, że odstąpił od obciążania stron kosztami tego postępowania, uznając, że ze względu na specyfikę podmiotu wnoszącego skargę- który nie działa w interesie żadnego z uczestników postępowania- zachodzi szczególny przypadek określony w art. 102 k.p.c uzasadniający nie obciążania stron kosztami tego postępowania.

Sędzia Wiesław Kasprzyk   Sędzia Małgorzata Tomkiewicz   Sędzia Rafał Kubicki

