

Sygn. akt: KIO 2975/13

WYROK

z dnia 15 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska
Anna Chudzik
Przemysław Dzierzędzki**

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 24 grudnia 2013 r. przez wykonawcę: NDI S. A. z siedzibą w Sopocie w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S. A., z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: NDI S. A. z siedzibą w Sopocie i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę: NDI S. A. z siedzibą w Sopocie tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od wykonawcy: NDI S. A. z siedzibą w Sopocie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S. A., z siedzibą w Warszawie stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa – Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S. A., z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej nr 272 na odcinku Środa Wlkp.-Kórnik od km 166,653 do km 181,781 w ramach zadania pn. „Wymiana nawierzchni wraz z robotami towarzyszącymi na stacjach i szlakach w torze nr 1 linii kolejowej nr 272 Kluczbork - Poznań od km 131,500 do km 181,781”*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 16 grudnia 2013 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 grudnia 2013 r. pod numerem 2013/S 245-425781.

Wykonawca NDI S. A. z siedzibą w Sopocie (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 28 grudnia 2013 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez jego wadliwą interpretację i uznanie, iż przepis ten nie dopuszcza posłużenia się przez wykonawcę zasobami udostępnionymi przez podmioty trzecie na zasadach w nim określonych w celu wykazania nie tylko minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale też w przypadku, gdy miałyby to skutkować uzyskaniem wyższej punktacji przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym zwiększeniu szans wykonawcy w uzyskaniu zaproszenia do złożenia oferty;
2. art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przez jego wadliwą interpretację i uznanie, że przepis ten może być w trybie przetargu ograniczonego stosowany odmiennie od reguł przyjętych w trybie przetargu nieograniczonego;
3. art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp poprzez wprowadzenie dyskryminującego i nieobiektywnego sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu;

4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób, nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu :

1) usunięcia zapisu pkt IV. 1.2) ogłoszenia o zamówieniu o brzmieniu: „Dla ograniczenia liczby Wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert Zamawiający weźmie pod uwagę wyłącznie własny/e potencjał techniczny i osoby (określony/e powyżej), którym/i dysponuje Wykonawca bez powoływania się na inny podmiot. Powyższe oznacza, że w przypadku gdy Wykonawca będzie polegał na potencjale technicznym i/lub osobach innych podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) - Zamawiający nie będzie uwzględniał danego/yh potencjału technicznego i/lub osób tych podmiotów w punktacji w celu ograniczenia liczby Wykonawców i wówczas przyzna 0 (zero) punktów (w odniesieniu do pozycji dla, której Wykonawca polega na potencjale technicznym i/lub osobach innych podmiotów)”;

2) obciążenie w całości Zamawiającego kosztami postępowania, tj. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu w wysokości: 20.000,00 złotych wraz z ewentualnymi pozostałymi kosztami przedstawionymi na wykazie podczas rozprawy, w tym ewentualnymi kosztami zastępstwa procesowego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu - jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie niniejszego odwołania Izba przeprowadziła rozprawę, merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący w zakresie jakim kwestionował postanowienie pkt IV.1.2 ogłoszenia o zamówieniu odnośnie dysponowania potencjałem technicznym legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Co do żądania Odwołującego wykreślenia postanowienia

z pkt IV.1.2 ogłoszenia o zamówieniu w zakresie dysponowania osobami, - jak wskazał Odwołujący na rozprawie – zapis ogłoszenia w spornym zakresie nie godzi w interes Odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Co do osób jest on bowiem w stanie wykazać się takim własnym potencjałem kadrowym. Zatem powyższy zarzut i towarzyszące mu żądanie nie było przedmiotem rozpoznania przed Krajową Izbą Odwoławczą, wobec nieprzysługiwania Zamawiającemu legitymacji do wniesienia odwołania.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 24 grudnia 2013 r.

W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron, Izba uznała, iż odwołanie należy uznać za niezasadne i niezasługujące na uwzględnienie.

Izba rozpatrzyła zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7, art. 26 ust. 2b, art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie dyskryminującego i nieobiektywnego sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Pkt IV. 1.2) ogłoszenia o zamówieniu stanowi: „Dla ograniczenia liczby Wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert Zamawiający weźmie pod uwagę wyłącznie własny/e potencjał techniczny i osoby (określony/e powyżej), którym/i dysponuje Wykonawca bez powoływania się na inny podmiot. Powyższe oznacza, że w przypadku gdy Wykonawca będzie polegał na potencjale technicznym i/lub osobach innych podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) - Zamawiający nie będzie uwzględniał danego/ych potencjału technicznego i/lub osób tych podmiotów w punktacji w celu ograniczenia liczby Wykonawców i wówczas przyzna 0 (zero) punktów (w odniesieniu do pozycji dla, której Wykonawca polega na potencjale technicznym i/lub osobach innych podmiotów)”.

Mając powyższe na względzie Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym istnieją obiektywne przesłanki przemawiające za tym, iż dysponowanie przez wykonawcę własnym potencjałem kadrowym i technicznym daje Zamawiającemu większą pewność co do terminowej i należytej realizacji inwestycji, niż dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego, t.j. potencjałem „pożyczonym” wykonawcy. Może zatem stanowić obiektywne i niedyskryminacyjne kryterium kwalifikacji wykonawców do składania ofert, w rozumieniu art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp.

Wobec powyższego – w ocenie składu orzekającego - nieprzyznawanie przez Zamawiającego punktów w oparciu o zasoby „pożyczone” nie prowadzi – jak twierdził Odwołujący - do naruszenia art. 7 ust. 1, 26 ust. 2b oraz 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp, i nie utrudnia dostępu do dalszego etapu postępowania wykonawcom, korzystającym z zasobów obcych.

Izba przywołuje w tym zakresie treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

Ponadto zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp – wprowadzonym nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. - ogłoszenie o zamówieniu, w przetargu ograniczonym, zawiera co najmniej opis obiektywnego i niedyskryminacyjnego sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu.

Należy pamiętać, że w przetargu ograniczonym kwalifikacja wykonawców odbywa się w dwóch etapach. Najpierw Zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, następnie zaś o ile liczba wykonawców jest większa niż liczba wykonawców, którzy mają zostać zaproszeni do składania ofert, zamawiający zobowiązany jest (o ile zaistnieje taka sytuacja) dokonać dodatkowej czynności polegającej na zhierarchizowaniu ocen, wybierając tych wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania

postawionych wymagań. Zaproszeni do składania ofert powinni być ci wykonawcy, którzy spełniają wymagania w największym, najlepszym stopniu, a więc otrzymali największą ilość punktów.

Zatem celem wprowadzenia art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy – jak wynika z uzasadnienia nowelizacji – było rozszerzenie możliwości stosowania metod prekwalfikacji wykonawców w trybie przetargu ograniczonego w oparciu o obiektywne i nieskryminacyjne kryteria. W ramach tego przepisu Zamawiający może ograniczyć liczbę kandydatów w procedurze ograniczonej, jednak ograniczenie to musi mieć swoje uzasadnienie – jak wskazano powyżej – w obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriach.

Wobec treści przytoczonych przepisów, nie ulega wątpliwości, że czym innym jest spełnianie warunków udziału (i możliwość skorzystania w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu z potencjału podmiotu trzeciego na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp), a czym innym etap prekwalfikacji w przetargu ograniczonym, który może zostać - w sposób przyjęty w przez Zamawiającego w ogłoszeniu – określony w przypadku, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu, z zastrzeżeniem że kryteria prekwalfikacji muszą być obiektywne i nieskryminacyjne.

W ocenie Izby inne rozumienie przywołanych przepisów przeczyłoby istocie przetargu ograniczonego, którą jest zaproszenie do dalszego etapu wszystkich którzy spełniają postawione warunki, jednak z zastrzeżeniem, że w przypadku spełnienia warunków przez większą liczbę wykonawców niż wskazana w ogłoszeniu, Zamawiający do składania ofert zaprasza wyłącznie najlepszych, w celu wyboru jak najbardziej wiarygodnego wykonawcy zdolnego w przyszłości w sposób rzetelny zrealizować przedmiotowe zamówienie, nie zaś wykonawcę posiadającego większe możliwości w zdobyciu partnerów gospodarczych celem uzyskania zasobów obcych.

Zatem zastrzeżenie Zamawiającego zawarte w pkt IV. 1.2) ogłoszenia o zamówieniu jest obligatoryjnym elementem ogłoszenia o zamówieniu w trybie przetargu ograniczonego. Powyższe postanowienie – w ocenie Izby – nie można uznać za nieobiektywne i dyskryminacyjne, w szczególności wobec przedstawionej przez Zamawiającego argumentacji.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający powołał się na racjonalne przesłanki uzasadniające wprowadzenie takiego postanowienia w ogłoszeniu. Należy zgodzić się za

Zamawiającym, że dopuszczenie sytuacji, o której mówi Odwołujący prowadziłyby w rzeczywistości do sztucznego mnożenia punktacji przy samej kwalifikacji wykonawców oraz problemy praktyczne, w postaci zastoju w realizacji inwestycji kolejowych (zamknięcia torów), z uwagi na nieosiągalność sprzętu „pożyczanego”, a zadeklarowanego przez wykonawcę w ofercie, co niejednokrotnie ma miejsce wobec korzystania z takiego sprzętu na innej inwestycji. Ponadto niedostępność sprzętu zadeklarowanego w ofercie niewątpliwie doprowadzić może do wydłużenia przewidzianego przez zamawiającego terminu realizacji inwestycji.

Podobne stanowisko zostało również wyrażone w publikacji: Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. – wprowadzenie do przepisów ustawy, pod red. J. Sadowego oraz B. Brańko, str. 65, z której wynika: *„Wyraźnie wskazać należy na możliwość posłużenia się przez zamawiającego podczas prekwalfikacji obiektywnymi i niedyskryminacyjnymi kryteriami odnoszącymi się wyłącznie do potencjału własnego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, co w tym zakresie wyłączać może odwoływanie się do potencjału podmiotów trzecich przedstawionego przez wykonawców w oparciu o treść normy z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, celem spełnienia żądanego wymogu i znalezienia się w gronie zaproszonych podmiotów. Co do zasady zamawiający może promować wykonawców samodzielnie spełniających warunki (lub wskazany, określony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu np. w zakresie wiedzy lub potencjału finansowego), jeżeli wskazał taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu. Powyższa konstrukcja nie ma charakteru dyskryminującego, albowiem nie ulega wątpliwości, iż z wykonawcą nie spełniającym samodzielnie warunków, łączy się więcej ryzyk związanych z zapewnieniem prawidłowej realizacji zamówienia publicznego”*.

Zasadnicze znaczenie miało dla Odwołującego również przywołane przez niego orzecznictwo. Jednak – w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej - nie może mieć ono zastosowania w niniejszej sprawie, gdyż wydane zostało w innym stanie faktycznym oraz prawnym, nieuwzględniającym nowelizacji ustawy z dnia 12 października 2012 r., a w szczególności dodanego przepisu art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp.

Konkludując, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 7, art. 26 ust. 2b, art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp i wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....

.....