

Sygn. akt XXIII Ga 2113/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 marca 2016r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący:	SSO Andrzej Sobieszczański (spr.)
Sędziowie:	SO Małgorzata Siemianowicz-Orlik SR (del.) Anna Juchniewicz
Protokolant:	Prot.sąd. Ilona Jagiełło-Zajac

po rozpoznaniu w dniu 17 marca 2016 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy na skutek skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i skargi (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P.

przeciwko (...) spółce akcyjnej w W.

z udziałem (...) spółki akcyjnej w (...) spółki akcyjnej w W.,

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z 9 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2328/15, KIO 2361/15

o udzielenie zamówienia publicznego

I. zmienia zaskarżony wyrok w pkt 1 B. i oddala odwołanie (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. w sprawie o sygn. akt KIO 2361/15 oraz uchyla pkt 2.2 wyroku,

II. odstępuje od obciążenia stron kosztami postępowania skargowego,

III. umarza postępowanie wywołane wniesieniem skargi przez (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w P. w zakresie odwołania rozpoznawanego pod sygn. akt KIO 2328/15.

SSO Małgorzata Siemianowicz-Orlik	SSO Andrzej Sobieszczański	SSR (del.) Anna Juchniewicz
-----------------------------------	----------------------------	-----------------------------

Sygn. akt XXIII Ga 2113/15

UZASADNIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 9 listopada 2015 r. w połączonych sprawach o sygn. akt KIO 2328/15 oraz KIO 2361/15 po rozpoznaniu odwołań wniesionych przez wykonawcę (...) sp. o.o. w P. w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego (...) S.A. w W. przy udziale wykonawców (...) S.A. i (...) S.A. w P. zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

1. A. oddaliła odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2328/15,

B. uwzględniła odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2361/15 i nakazała zamawiającemu zmianę zasad kwalifikacji wykonawców do etapu składania ofert (pkt IV.1.2 ppkt 1.4 ogłoszenia o zamówieniu), poprzez rezygnację z przyznawania punktów za doświadczenie udostępnione wykonawcy przed podmioty trzecie,

2. Kosztami postępowania obciążyła wykonawcę (...) sp. z o.o. w P. oraz zamawiającego (...) S.A. w W.,

2.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł uiszczoną przez wykonawcę (...) sp. z o.o. w P., w tym:

A. kwotę 20 000 zł uiszczoną przez wykonawcę (...) sp. z o.o. w P. tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2328/15,

B. kwotę 20 000 zł uiszczoną przez wykonawcę (...) sp. z o.o. w P. tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2361/15,

2.2. zasądziła kwotę 23 600 zł od zamawiającego (...) S.A. w W. na rzecz wykonawcy (...) sp. z o.o. w P. stanowiącą koszty poniesione w sprawie o sygn. akt KIO 2361/15 z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

W części uzasadnienia wyroku w sprawie zainicjowanej na skutek odwołania wniesionego przez (...) sp. z o.o. w P. (sygn. akt KIO 2361/15) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż w jej ocenie przepis art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm., dalej: „Pzp”) umożliwia posłużenie się przez zamawiającego podczas „prekwalifikacji” obiektywnymi i niedyskryminacyjnymi kryteriami odnoszącymi się wyłącznie do potencjału wykonawcy, co wyłącza możliwość odwoływania się przez wykonawców do potencjału podmiotu trzeciego w oparciu o art. 26 ust. 2b Pzp, w celu spełnienia kryteriów prekwalifikacji i w konsekwencji przejścia do drugiego etapu przetargu w gronie wykonawców zaproszonych do składania ofert. Izba podniosła, że przepis art. 26 ust. 2b Pzp ma zastosowanie do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, co wynika jednoznacznie z jego brzmienia. Celem wprowadzenia tego przepisu było rozszerzenie dostępu małych i średnich wykonawców do zamówień publicznych, w których nie spełniają oni samodzielnie warunków udziału. Przepis art. 48 ust. 2 pkt 8a Pzp przewiduje natomiast odrębną instytucję – kwalifikacji podmiotowej wykonawców. Opis sposobu prekwalifikacji wykonawców w postępowaniu dwuetapowym służyć ma zatem wyborowi grupy wykonawców, którzy spełniają dodatkowe wymagania, przewyższające warunki udziału w postępowaniu, ustalone w kontekście specyfiki przedmiotu zamówienia. Izba wskazała, że nie chodzi tu o zwiększenie dostępu wykonawców do zamówienia, lecz raczej podniesienie progu wymagań w celu wyłonienia wykonawców najlepiej przygotowanych do realizacji przedmiotu zamówienia.

Ponadto Izba podniosła, że zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp powołanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego jest możliwe tylko i wyłącznie przez podmiot, który samodzielnie nie posiada wymaganych zasobów, tj. sam nie spełnia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Z art. 26 ust. 2b Pzp wynika w związku z tym konieczność udowodnienia przez wykonawcę, że będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego w niezbędnym zakresie do realizacji zamówienia. Izba wskazała, że o ile jest to w pełni uzasadnione przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, niezbędnych do realizacji zamówienia, to w przypadku wykazywania spełnienia wymagań na potrzeby prekwalifikacji (wyłącznie w celu podwyższenia uzyskanej punktacji) wykazywanie realności udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego (ponad warunki udziału w postępowaniu) nie jest niezbędne do realizacji zamówienia w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp.

Konkludując, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że przepis art. 26 ust. 2b Pzp nie ma zastosowania do etapu kwalifikacji wykonawców, o którym mowa w art. 48 ust. 2 pkt 8a. Przepis ten ma zdaniem Izby charakter szczególny,

wprowadzając wyjątek od zasady, że zamówienie może być udzielone wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu (samodzielnie), a zatem nie może służyć w celu wyłonienia wykonawców, którzy w stopniu najwyższym spełniają wymagania zamawiającego w postępowaniu dwuetapowym. Tym samym umożliwienie wykazywania przez wykonawców „pożyczonego” doświadczenia w ramach prekwalfikacji wykonawców narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, a opis sposobu dokonywania oceny wykonawców w takim przypadku należy uznać za nieobiektywny i dyskryminujący w odniesieniu do wykonawców posiadających doświadczenie własne.

Skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2015 r. wniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zaskarżył wyrok w części, tj. w zakresie punktu 1 B sentencji, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2361/15 i nakazała zamawiającemu zmianę zasad kwalifikacji wykonawców do etapu składania ofert (pkt IV.1.2 ppkt I.4 ogłoszenia o zamówieniu), poprzez rezygnację z przyznawania punktów za doświadczenie udostępnione wykonawcy przez podmioty trzecie.

Wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej w zaskarżonej części Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zarzucił naruszenie:

1) art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji uznanie, że ww. przepis uprawnia wykonawcę do polegania na zasobach należących do podmiotu trzeciego wyłącznie w celu wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego, podczas gdy prawidłowa interpretacja ww. przepisu prowadzi do wniosku, że dopuszczalne jest posłużenie się przez wykonawcę zasobami udostępnionymi przez podmioty trzecie w celu wykazania nie tylko minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale też w przypadku, gdy miałyby to skutkować uzyskaniem wyższej punktacji przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym zwiększeniu szans wykonawcy w uzyskaniu zaproszenia do złożenia oferty,

2) art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez ich błędną interpretację, polegającą na uznaniu przez Izbę, że działania zamawiającego polegające na dopuszczeniu posłużenia się przez wykonawcę zasobami udostępnionymi przez podmioty trzecie w celu wykazania nie tylko minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale też w celu uzyskania wyższej punktacji przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu naruszały zasady uczciwej konkurencji, podczas gdy ww. działanie zamawiającego było zgodne z przepisami ustawy Pzp i zapewniało konkurencję w postępowaniu w jak największym zakresie,

3) art. 192 ust. 2 ustawy Pzp poprzez uwzględnienie odwołania i błędne stwierdzenie przez Izbę, że zamawiający naruszył przepisy ustawy, tj. art. 7 ustawy w zw. z art. 51 ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, poprzez uznanie, że umożliwienie wykazywania przez wykonawców „pożyczonego” doświadczenia w ramach prekwalfikacji wykonawców narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, a tak sformułowany opis sposobu dokonywania oceny wykonawców jest nieobiektywny i dyskryminujący w odniesieniu do wykonawców posiadających doświadczenie własne, podczas gdy do naruszenia takiego nie doszło i w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp sformułowanie opisu sposobu dokonywania oceny wykonawców w ww. sposób było dopuszczalne.

Wskazując na powyższe zarzuty, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez odwołującego w sprawie o sygn. akt 2361/15. Ponadto wniósł o:

1. rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp,

2. nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego, zgodnie z art. 102 k.p.c.

W odpowiedzi na skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, (...) sp. z o.o. w W. wniósł o jej oddalenie jako bezzasadnej.

Skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2015 r. wniósł również wykonawca (...) sp. z o.o. zaskarżając go w części dotyczącej rozstrzygnięcia w sprawie o sygn. akt KIO 2328/15.

Pismem z dnia 28 grudnia 2015 r. skarżący (...) sp. z o.o. cofnął skargę złożoną w dniu 27 listopada 2015 r. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2015 r.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługiwała na uwzględnienie.

W rozpoznawanej sprawie kluczowe znaczenie dla oceny zasadności odwołania, a co za tym idzie również skargi, miał sposób interpretacji przepisu art. 26 ust. 2b Pzp. Istotą sporu było czy treść tego przepisu dopuszcza, czy też wyklucza możliwość przyznawania punktów za doświadczenie osób trzecich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego w fazie prekwalifikacji. Zgodnie ze wspomnianym przepisem art. 26 ust. 2b Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

(...) S.A. w treści ogłoszenia o zamówienia zawarł informację na temat przyznawania punktów wykonawcy za doświadczenie osób trzecich. Rzeczone postanowienie, będące przedmiotem odwołania (...) sp. z o.o., a następnie skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, znajdujące się w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt IV.1.2 ppkt 4, zostało sformułowane przez zamawiającego w następujący sposób: „Zamawiający w ramach kwalifikacji oceniał będzie doświadczenie własne Wykonawcy (tj. zamówienia wykonane siłami własnymi Wykonawcy – jako Wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca) a także doświadczenia podmiotu trzeciego, na które powołuje się Wykonawca, z zastrzeżeniem że za każde zamówienie wykonane siłami własnymi wykonawcy, tj. jako wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca liczba punktów zostanie przyznana w pełnej wysokości, zgodnie ze wskazaniem w pkt 1, 2, 3 i 4 powyżej, natomiast za każde zamówienie wykonane przez podmiot trzeci wykonawca otrzyma liczbę punktów wskazaną w pkt 1, 2, 3 i 4 powyżej, podzieloną przez 5”. Zamawiający zdecydował się zatem na takie kryteria wyboru, zgodnie z którymi następuje przyznawanie punktów wykonawcy również za doświadczenie podmiotów trzecich, aczkolwiek liczba tych punktów miała być dzielona przez pięć, a więc była pięciokrotnie mniejsza aniżeli w przypadku punktów za doświadczenie własne wykonawców.

W zaskarżonym wyroku z dnia 9 listopada 2015 r. Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając odwołanie wniesione przez wykonawcę (...) sp. z o.o. wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, opowiedziała się za stanowiskiem, zgodnie z którym przepis art. 26 ust. 2b Pzp ma zastosowanie wyłącznie do wykazania spełniania przez wykonawcę minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem I. przepis ten nie może być rozumiany w ten sposób, iż pozwala wykonawcy korzystającemu z doświadczenia podmiotów trzecich na uzyskanie większej liczby punktów na etapie prekwalifikacji w przetargu ograniczonym.

Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie braku możliwości przyznawania wykonawcy powołującemu się na potencjał osób trzecich punktów za doświadczenie tych podmiotów. W związku z powyższym zarzuty podniesione w skardze Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych należało uznać za zasadne, co w konsekwencji doprowadziło do zmiany zaskarżonego wyroku w kierunku postulowanym przez skarżącego, tj. oddalenia odwołania (...) sp. z o.o.

W pierwszej kolejności należy dostrzec, iż ustawa Prawo zamówień publicznych w swej treści nie zawiera jakiegokolwiek ograniczenia związanego z możliwością przyznawania punktów wykonawcy powołującemu się na doświadczenie podmiotów trzecich w ramach prekwalfikacji wykonawców. Ograniczenia tego w szczególności nie zawiera przepis art. 26 ust. 2b Pzp, który został dodany przez art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r. nr 206, poz. 1591) zmieniającej ustawę Prawo zamówień publicznych z dniem 22 grudnia 2009 r. Brzmienie przepisu art. 26 ust. 2b o treści „wykonawca może polegać” wskazuje na możliwość powoływania się na potencjał podmiotów trzecich przez wykonawcę, przy czym przepis nie zawiera ograniczenia co do zakresu, w jakim może nastąpić to powołanie. Należy zatem stwierdzić, że ograniczenia takiego w żadnym razie nie sposób wywieść czy to wprost, czy to w drodze wykładni tego przepisu, wniosok o istnieniu takich ograniczeń uznać zatem należy za nieuprawniony, a wręcz oderwany od jego treści. Za prawidłowe uznać należy stanowisko skarżącego, który wskazał, że wykonawca może nie tylko korzystać z zasobów podmiotów trzecich celem wykazania spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale również celem wzmocnienia swojej pozycji, dzięki czemu może otrzymać wyższą liczbę punktów, a w konsekwencji znaleźć się na wyższym miejscu w rankingu punktowym. W ocenie Sądu nie ma uzasadnionych podstaw, aby na gruncie ustawy Pzp odmiennie traktować warunki minimalne udziału w postępowaniu od warunków, za które zamawiający przyznaje punkty w postępowaniu. Dostrzec należy, iż w samej ustawie brak jest rozróżnienia warunków minimalnych od warunków punktowanych. Ustawodawca posługuje się wyłącznie jednym pojęciem, a mianowicie pojęciem „warunków udziału w postępowaniu”. Wobec tego podzielić należy jednocześnie pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim w wyroku z dnia 6 grudnia 2012 r. (II Ca 757/12), który stwierdził, iż gdyby zamiarem ustawodawcy było ograniczenie dopuszczalności polegania na zasobach podmiotów trzecich, stosowna regulacja znalazłaby się w przepisach ustawy.

Sądowi Okręgowemu znana jest rozbieżność w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i istnienie dwóch odmiennych sposobów interpretacji art. 26 ust. 2b Pzp przez Izbę. Podkreślić jednak należy, iż w orzecznictwie sądów okręgowych istnieje ustabilizowana linia orzecznicza negująca prezentowane przez Krajową Izbę Odwoławczą stanowisko leżące u podstaw zaskarżonej części wyroku. Uznać wręcz należy, że konsekwentnie kwestionowana jest taka metoda wykładni art. 26 ust. 2b Pzp, która ogranicza prawo wykonawców do otrzymywania punktów za wskazywany przez nich potencjał osób trzecich w ramach oceny ofert. Tytułem przykładu przytoczyć w tym miejscu należy fragment uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 grudnia 2012 r., (V Ca 936/12, Lex nr 1583347), w którym wskazano, iż „posłużenie się zasobami osób trzecich w rozumieniu przepisu art. 26 ust. 2b Pzp może mieć miejsce nie tylko na potrzeby wykazania warunków brzegowych udziału w postępowaniu, których niespełnienie skutkuje wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykazanie tych zasobów może przekraczać również i tę bazową granicę udziału w postępowaniu celem zwiększenia atrakcyjności oferty, uatrakcyjnienia jej, czy też uzyskania wyższej pozycji w rankingu wykonawców”. Podobne stanowisko zostało zawarte w wyrokach Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 kwietnia 2015 r., XII Ga 108/15, Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 6 grudnia 2012 r., II Ca 757/12, Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 września 2012 r., XIX Ga 461/12 i Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 13 maja 2012 r., II Ca 373/12, jak również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – tytułem przykładu – w wyrokach z dnia 12 listopada 2012 r., KIO 2357/2012, KIO 2369/2012, z dnia 19 lipca 2010 r., KIO/UZP 1400/10, KIO 1401/10 i z dnia 10 czerwca 2011 r., KIO 1099/11.

Nie sposób również zgodzić się z Krajową Izbą Odwoławczą, iż odwoływanie się przez wykonawców do potencjału podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia w jak największym stopniu wymagań zamawiającego narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie można zarazem uznać opisu sposobu dokonywania oceny wykonawców zawartego w przedmiotowym ogłoszeniu za nieobiektywny i dyskryminujący w stosunku do wykonawców posiadających doświadczenie własne.

Zgodnie z art. 51 ust. 1 Pzp zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20. Przepis art. 51 ust. 2 Pzp stanowi, iż jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców wyłonionych w sposób

obiektywny i niedyskryminacyjny. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wskazał, iż na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu punkty będą przyznawane wykonawcy także za doświadczenie osób trzecich. Co istotne, punkty przyznane w powyższy sposób miały być dzielone przez pięć. Oznacza to, że zamawiający, ustalając kryteria punktowania ofert, wręcz preferował tych wykonawców, którzy legitymują się własnym doświadczeniem. Uznać należy to za działanie racjonalne, bowiem oznacza to, że zamawiający wyżej oceniał wykonawców, którzy bez współdziałania innych podmiotów posiadają określony potencjał wymagany do zrealizowania zamówienia. W szczególności należy wskazać, że o dyskryminacji można by z pewnością mówić, gdyby zamawiający dokonał odwrotnego zabiegu, tj. mnożyłby liczbę punktów przyznawanych wykonawcom powołującym się na zasoby podmiotów trzecich. W takiej sytuacji podmioty korzystające wyłącznie z doświadczenia własnego, a więc z reguły lepiej przygotowane do udziału w postępowaniu, w sposób nieuzasadniony byłyby dyskryminowane. Ewentualną dyskryminację i brak obiektywizmu w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu należałoby rozważyć również w przypadku zrównania wagi punktów przyznawanych wykonawcom samodzielnie spełniającym warunki z punktami przyznawanymi wykonawcami korzystającymi z „pożyczonego” doświadczenia. Jednakże jak wskazano, zamawiający dokonał odmiennego zabiegu, wskutek czego preferencyjnie byli traktowani wykonawcy korzystający z doświadczenia własnego.

Dokonując wykładni przepisu art. 26 ust. 2b Pzp w kontekście możliwości przyznawania punktów za potencjał podmiotów trzecich wskazać należy na art. 48 ust. 2 pkt 8a Pzp, który został dodany w związku z wejściem w dniu 20 lutego 2013 r. ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271). Zgodnie z przepisem art. 48 ust. 2 pkt 8a Pzp ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 47, 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. Wskutek wejścia w życie ww. ustawy zmieniającej znowelizowano również art. 51 ust. 2 Pzp, który w brzmieniu obecnie obowiązującym stanowi, iż jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców wyłonionych w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny.

W uzasadnieniu projektu ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi wskazano natomiast, iż „celem projektowanej części ustawy niezwiązanej bezpośrednio z implementacją dyrektywy obronnej jest zapewnienie większej elastyczności zamawiającym przy udzielaniu zamówień publicznych (klasycznych, sektorowych i obronnych) oraz zwiększenia transparentności udzielania zamówień publicznych”. W dalszej kolejności uzasadnienie wspomina o poszerzeniu zakresu kryteriów prekwalfikacji stosowanych przez zamawiających w celu wyłonienia wykonawców zaproszonych do kolejnego etapu w trybie przetargu ograniczonego, dialogu konkurencyjnego oraz negocjacji z ogłoszeniem o możliwość stosowania innych, obok kryteriów odnoszących się do spełniania w największym stopniu warunków udziału w postępowaniu dotyczących najczęściej wiedzy i doświadczenia, kryteriów niedyskryminacyjnych. Co więcej, w uzasadnieniu zaznaczono, iż proponowane zmiany mają przyczynić się do wsparcia małych i średnich przedsiębiorstw i zwiększenia przejrzystości systemu zamówień publicznych. Uzasadnienie zmian stanowi jednocześnie, iż zmiany mają na celu zwiększanie udziału małych i średnich przedsiębiorców w rynku zamówień publicznych, w związku z czym „rozszerzone zostaną możliwości stosowania metod prekwalfikacji wykonawców w trybie przetargu ograniczonego, dialogu konkurencyjnego oraz negocjacji z ogłoszeniem w oparciu o obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria”. Z kolei uzasadniając zmianę przepisu art. 51 ust. 2 Pzp wskazano, iż „projektowany przepis ma służyć przede wszystkim zwiększeniu szans na zaproszenie do udziału w następnym etapie postępowania małych i średnich przedsiębiorstw, jak również handlu referencjami, którym sprzyja wymaganie od wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu w największym stopniu”.

Przywołane wyżej fragmenty uzasadnienia projektu ustawy zmieniającej świadczą, iż celem ustawodawcy obok zwiększenia przejrzystości postępowań było również ich uelastycznienie i zwiększenie konkurencji wśród wykonawców poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniach podmiotów z grupy małych i średnich przedsiębiorstw. Środkiem prowadzącym do realizacji wskazanych celów musiało być zatem dopuszczenie w jeszcze szerszym zakresie niż dotychczas możliwości korzystania z doświadczenia podmiotów trzecich, tak aby możliwe było nie tylko spełnienie kryteriów udziału w postępowaniu, ale by możliwe było uzyskanie jak najlepszej oceny w prekwalifikacjach, tam gdzie przewidziany został przetarg ograniczony. Zaproponowana przez Krajową Izbę Odwoławczą interpretacja art. 26 ust. 2b Pzp z powołaniem się na treść art. 48 ust. 2 pkt 8a Pzp nie tylko nie służy realizacji wspomnianych celów ustawodawcy, ale stoi z nimi w wyraźnej sprzeczności. Brak możliwości uwzględnienia doświadczenia podmiotów trzecich w pierwszym etapie postępowania mającym wyłonić wykonawców zaproszonych do składania ofert w sposób ewidentny w dużo trudniejszej sytuacji stawia właśnie małych i średnich przedsiębiorców, którzy z oczywistych względów nie zawsze dysponują własnym doświadczeniem. Rozumowanie przedstawione przez Izbę prowadzi zatem do sytuacji kiedy to właśnie małe i średnie firmy, nie mogąc powoływać się w prekwalifikacjach na doświadczenie podmiotów trzecich, zostaną w istocie pozbawione możliwości osiągnięcia takiej oceny, która umożliwi im przejście do drugiego etapu i w konsekwencji uzyskanie zamówienia. Takie kryteria dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert (tj. z pominięciem tzw. „pożyczanego doświadczenia”) prowadzą zaś do coraz większego zamykania się kręgu podmiotów mogących uzyskać zaproszenie do składania ofert, zamiast otwierania i poszerzania tego kręgu. Wykonawcy mający i tak duże własne doświadczenie, wygrywając kolejne przetargi, doświadczenie to będą mieli coraz większe, zaś wykonawcy takiego doświadczenia nie mający, pozbawione możliwości powołania się w prekwalifikacjach na doświadczenie podmiotów trzecich nie będą mieli nawet możliwości zdobycia własnego doświadczenia.

O tym, że zmiany wprowadzone do ustawy Prawo zamówień publicznych, które weszły w życie dnia 20 lutego 2013 r. nie mogą uzasadniać omawianego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej dodatkowo przemawia to, że jak to już zostało wspomniane jednym z celów tej nowelizacji było uelastycznienie postępowań. Ustawodawca zmierzał zatem do tego aby pozostawić zamawiającym możliwie dużo swobody, tak aby to oni najlepiej znając przedmiot zamówienia, warunki jego realizacji i związane z tym potrzeby mogli w taki sposób sformułować SiWZ, aby w postępowaniu wzięli udział wykonawcy jak najlepiej przygotowani do wykonania zamówienia i jak najpełniej spełniający oczekiwania zamawiającego. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem wyłonienie wykonawcy, najlepiej odpowiadającemu właśnie zamawiającemu, dającego najwyższą pewność prawidłowej realizacji zamówienia. Dlatego zdaniem Sądu Okręgowego nie należy nakładać na zamawiających ograniczeń przy formułowaniu SiWZ, które nie wynikają wprost z ustawy, a które usztywniają postępowanie i w efekcie mogą utrudnić wybór najlepszej oferty. To zamawiającemu należy zatem pozostawić swobodę czy przy wyborze wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert uwzględni doświadczenie podmiotów trzecich, czy też nie i w jakim ewentualnie stosunku. Nie może być bowiem celem samym w sobie korzystniejsze traktowanie wykonawców niekorzystających ze wsparcia osób trzecich, lecz wybór wykonawcy, który spełnia oczekiwania zamawiającego w najwyższym stopniu.

Oczywiście przy formułowaniu ogłoszenia zamawiający musi pamiętać o kolejnym celu, który przyświecał ustawodawcy wprowadzającemu nowelę ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r., a mianowicie o przejrzystości postępowań. To właśnie realizacji tego celu służyć miało w istocie wprowadzenie przepisu art. 48 ust. 2 pkt 8a Pzp, który wprost wskazuje, że ogłoszenie o zamówieniu zawiera co najmniej opis obiektywnego i niedyskryminacyjnego sposobu dokonywania wyboru wykonawców. Ustawodawca mówi zatem, że wykonawca ma swobodę w określeniu kryteriów i sposobu wyboru wykonawców zaproszonych do składania ofert, byleby te kryteria i sposób oraz ich opis były obiektywne i niedyskryminacyjne. Jak to już wyżej wyjaśniono Sąd Okręgowy nie doszukał się przyczyn, dla których zakwestionowany przez Krajową Izbę Odwoławczą sposób wyboru wykonawców zaproszonych do składania ofert, uwzględniający doświadczenie podmiotów trzecich, miał być nieobiektywny i dyskryminacyjny.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Okręgowy uznając skargę za uzasadnioną w całości, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198a ust. 2 Pzp zmienił zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w pkt 1 B i oddalił odwołanie (...) sp. z o.o. w sprawie o sygn. akt KIO 2361/15.

Zmiana rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej co do zasadności odwołania pociągnęła za sobą konieczność zmiany rozstrzygnięcia w zakresie kosztów postępowania odwoławczego.

Zgonie z art. 192 ust. 10 strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosowanie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Ponieważ w wyniku zmiany wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2015 r. oba odwołania skarżącego (...) sp. z o.o. zostały oddalone, to odwołujący powinien zostać obciążony kosztami postępowania odwoławczego. Z uwagi jednak na to, że zamawiający reprezentowany przez pełnomocnika będącego racą prawnym do chwili zamknięcia rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą nie złożył wniosku o zwrot kosztów postępowania, jego roszczenie z tego tytułu wygasło stosowanie do treści art. 109 § 1 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. i w zw. z art. 198a ust. 2 Pzp. Dlatego Sąd Okręgowy zmieniając wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o kosztach postępowania ograniczył się do uchylecia pkt 2.2 tegoż wyroku, nie rozstrzygając o kosztach postępowania.

Odstępując od obciążenia stron kosztami postępowania skargowego Sąd Okręgowy kierował się treścią art. 106 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 in fine Pzp. Zgodnie z tym przepisem udział prokuratora w sprawie (odpowiednio Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych) nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów na rzecz Skarbu Państwa ani od Skarbu Państwa. Dodatkowo w samej skardze Prezes Urzędu wniósł o nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego powołując się na treść art. 102 k.p.c., a zamawiający nie wnosił o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania skargowego. Dlatego mimo, że skarga Prezesa Urzędu została uwzględniona w całości Sąd nie obciążył przegrywającego postępowanie skargowe wykonawcy (...) sp. z o.o. kosztami tegoż postępowania.

O umorzeniu postępowania wywołanego wniesieniem skargi przez (...) sp. z o.o. w zakresie odwołania rozpoznawanego pod sygn. akt KIO 2328/15 Sąd Okręgowy orzekł w pkt III wyroku, ponieważ w związku z cofnięciem skargi umorzeniu na podstawie art. 203 § 4 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198a ust. 2 Pzp ulegało postępowanie wywołane jej wniesieniem. Sąd Okręgowy nie znalazł przy tym podstaw, aby cofnięcie skargi uznać za niedopuszczalne, nie jest ono bowiem sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego, nie zmierza również do obejścia prawa.

SSO Małgorzata Siemianowicz - Orlik SSO Andrzej Sobieszczański SR (del.) AnnaJuchniewicz