

Sygn. akt: KIO 333/16

WYROK
z dnia 21 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2016 r. przez wykonawcę **Wojskowy Zakład Łączności nr 1 S.A., z siedzibą w Zegrzu Południowym,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia,**

przy udziale wykonawcy **Siltec sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Wojskowy Zakład Łączności nr 1 S.A., z siedzibą w Zegrzu Południowym** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Wojskowy Zakład Łączności nr 1 S.A., z siedzibą w Zegrzu Południowym** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W dniu 7 marca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Wojskowy Zakład Łączności nr 1 S.A. (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Skarbowi Państwa – Inspektorat Uzbrojenia (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności ustalenie kryteriów oceny wykonawców zależnych od dowolnego uznania Zamawiającego, w sposób nieproporcjonalny, nieprecyzyjny, bezpodstawnie ograniczający i tym samym wyłączający uczciwą konkurencję - poprzez brak określenia w Sekcji III pkt III.2.3 ppkt 1 wartości brutto do której odsyła pkt III.2.3 ppkt 2 ogłoszenia oraz postawienie znaku równości pomiędzy jedną dostawą i jedną umową w pkt III.2.3 ppkt 1 i 2 oraz w Załączniku nr 4 do ogłoszenia bez precyzyjnego zdefiniowania dostawy i umowy;
- art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności ustalenie kryteriów oceny wykonawców zależnych od dowolnego uznania Zamawiającego, w sposób nieproporcjonalny, nieprecyzyjny, bezpodstawnie ograniczający i tym samym wyłączający uczciwą konkurencję - poprzez brak spójności przy formułowaniu warunków wiedzy i doświadczenia w Sekcji III w pkt III.2.3 ppkt 1 oraz w Załączniku nr 4 do ogłoszenia z określonym w Sekcji II pkt II. 1.5 przedmiotem zamówienia i sformułowanie warunku wykazania się dostawami terminali przenośnych o aperturze do 100 cm mimo że w pkt II. 1.5 brak takiego opisu przedmiotu zamówienia - a oczywiste jest, iż terminalami przenośnymi są również terminale o aperturze ponad 100 cm przez co zaistniały sformułowany warunek narusza interes Odwołującego w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie;
- art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 2 b i art. 29 ust. 2 oraz art. 57 ust. 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności ustalenie kryteriów oceny wykonawców zależnych od

dowolnego uznania Zamawiającego, w sposób nieproporcjonalny, nieprecyzyjny, bezpodstawnie ograniczający i tym samym wyłączający uczciwą konkurencję - poprzez niezrozumiałe i nie znajdujące potwierdzenia w przepisach prawa oraz naruszające zasadę obiektywizmu i niedyskryminacji wskazaną w art. 57 ust. 3 Pzp określenie w pkt IV. 1.2, iż: „Punktowane będą tylko te dostawy, które Wykonawca zrealizował osobiście (bez polegania na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp) oraz dla których Wykonawca załączył dowody, że zostały wykonane należycie.” - co w sposób oczywisty narusza zasadę określoną w art. 7 ust. 1 i art. 26 ust. 2 b, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 57 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu celem dostosowania do wymagań Pzp oraz przedłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na zasadzie art. 182 ust. 5 Pzp, a z ostrożności procesowej o powołanie biegłego z zakresu wojskowości o specjalizacji uwzględniającej wiedzę o terminalach satelitarnych SHF szczebla taktycznego w wersji przenośnej w celu oceny jakie parametry apertury terminali satelitarnych są właściwe aby uznać je za terminale przenośne.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, Zamawiający w Sekcji II Przedmiot zamówienia w pkt II.I .5 Ogłoszenia wskazał, iż: „Przedmiotem zamówienia jest:

- 1) dostawa 100 kpl. Terminala satelitarnego SHF szczebla taktycznego w wersji przenośnej,
- 2) dostawa wyposażenia, w tym:
 - a) 10 kpl. dodatkowego wyposażenia Terminala (elementów toru radiowego) do pracy w paśmie satelitarnym X,
 - b) 10 modemów MF-TDMA/SCPC w wersji Rack 19,
 - c) 3 kontrolerów (modemów) DVB S2 w wersji Rack 19,
 - d) przeprowadzenie szkoleń użytkowników, instruktorów, personelu technicznego.”

Zamawiający wskazał również, iż: „Używany w niniejszym ogłoszeniu skrót SHF (Super High Frequency) należy rozumieć jako częstotliwości: 3-30 GHz albo zakres długości fal promieniowanych: 100-10 mm.”

W Sekcji III Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym w pkt III.I .4 ppkt 3 Zamawiający wskazał ponadto, iż:

„3. Terminal musi posiadać możliwość współpracy z satelitami telekomunikacyjnymi operatorów satelitarnych co najmniej takich jak INTELSAT i EUTELSAT dla pasma Ku oraz SKYNET dla pasma X.

4. Przedmiot umowy (Terminal) podlegać będzie ocenie zgodności dla wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa w trybie pierwszym określonym w ustawie z dnia 17 listopada 2006 r. o systemie zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz. U. Nr 235, poz.1700 z późn. zm.) oraz rozporządzeniu Ministra Obrony Narodowej z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowego wykazu wyrobów podlegających ocenie zgodności oraz sposobu i trybu przeprowadzania oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności państwa (Dz.U. poz. 136).

5. Terminal będzie podlegać testom Sprzętu Wojskowego, o których mowa w decyzji Nr 72/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 25 marca 2013 r. w sprawie pozyskiwania sprzętu wojskowego i usług dla Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. Urz. Min. Obr. Nar. poz. 78 z późn. zm.). 6. Przedmiot umowy będzie podlegał nadzorowaniu jakości realizowanemu przez Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe w zakresie AQAP 2130.”

Odwołujący wskazał, że posiada w swojej ofercie przenośny, wielozakresowy terminal satelitarny SHF spełniający warunki wskazane powyżej przez Zamawiającego m. in. o aperturze 130 cm.

W Sekcji III pkt III.2 Warunki udziału w pkt III.2.1 Sytuacja podmiotowa Zamawiający określił, iż:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1 i 1a ustawy oraz spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczące:

1.1. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;

1.2. posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie określonym w sekcji III.2.3);

(...)”

W ocenie Odwołującego z niezrozumiałych i niespójnych z opisem przedmiotu zamówienia względów Zamawiający wskazał natomiast w pkt sekcji III.2.3 Kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe następujące zapisy:

„Kryteria dotyczące kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych wykonawców (które mogą prowadzić do ich wykluczenia)

Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów:

1. Zamawiający uzna za spełniony warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, należycie wykonał co najmniej jedną dostawę minimum 20 zestawów terminali satelitarnych SHF w wersji przenośnej składających się z anteny satelitarnej o aperturze do 100 cm (przez „1 dostawę” Zamawiający rozumie 1 zrealizowaną umowę).
2. Na potwierdzenie spełniania warunku Wykonawca zobowiązany jest złożyć wykaz wykonanych głównych dostaw, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączyć dowody, czy dostawy zostały wykonane należycie sporządzony zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego na stronie internetowej Zamawiającego: www.iu.wp.mil.pl. Co najmniej 1 dostawa wskazana w wykazie i poświadczona dowodem o należyтым wykonaniu musi spełniać warunek wartości brutto określony w pkt 1 (W pkt 1 brak wartości brutto umowy - Odwołujący).

ZARZUT NR 1

ZARZUT 1 DOSTAWA = 1 UMOWA ZARZUT BRAKU WARTOŚCI UMOWY:

W ocenie Odwołującego określenie w pkt III.2.3 warunku wskazanego w pkt 1, że Wykonawca ma wykazać, iż należycie wykonał co najmniej jedną dostawę minimum 20 zestawów terminali satelitarnych SHF w wersji przenośnej składających się z anteny satelitarnej o aperturze do 100 cm (przez „1 dostawę” Zamawiający rozumie 1 zrealizowaną umowę) narusza zasadę określoną w art. 7 ust. 1 Pzp tj. zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co więcej taki opis warunku wiedzy i doświadczenia może wskazywać na konkretnego wykonawcę. Zdaniem Odwołującego nieuzasadnione i naruszające zasadę określoną w art. 7 ust. 1 Pzp jest stawianie znaku równości pomiędzy 1 dostawą i 1 umowa - powoduje to nieproporcjonalność sformułowanego warunku bowiem taką samą ilość punktów uzyska Wykonawca, który wykonał 1 dostawę 20 sztuk terminali i taka samą ilość punktów uzyska Wykonawca który wykonał 100 dostaw 20 sztuk terminali w ramach 1 umowy.

Powyższe, w ocenie Odwołującego, powoduje rażąca nieproporcjonalność sformułowanego warunku - co więcej przy braku wartości brutto umowy w pkt III.2.3 ppkt 1 - do której odnosi się pkt III.2.3 ppkt 2,

ZARZUT NR 2

ZARZUT DŁUGOŚCI APERTURY:

W ocenie Odwołującego określenie w pkt III.2.3 warunku wskazanego w pkt 1, iż Wykonawca ma wykazać, iż należycie wykonał co najmniej jedną dostawę minimum 20 zestawów terminali satelitarnych SHF w wersji przenośnej składających się z anteny satelitarnej o aperturze do 100 cm (przez „1 dostawę” Zamawiający rozumie 1 zrealizowaną umowę) narusza zasadę określona w art. 7 ust. 1 Pzp tj. zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co więcej taki opis warunku wiedzy i doświadczenia może wskazywać na konkretnego wykonawcę. Zdaniem Odwołującego za Terminale satelitarne SHF szczelbła taktycznego w wersji przenośnej można w równym stopniu uznać terminale satelitarne składające się z anteny satelitarnej o aperturze ponad 100 cm, np. jak oferowane przez Odwołującego Terminale satelitarne SHF szczelbła taktycznego w wersji przenośnej składające się z anteny satelitarnej o aperturze 130 cm. Z tego też względu za nieuzasadniony należy uznać opis określony w sekcji III.2.3 warunku wskazanego w pkt 1, iż Wykonawca ma wykazać, iż należycie wykonał co najmniej jedną dostawę minimum 20 zestawów terminali satelitarnych SHF w wersji przenośnej składających się z anteny satelitarnej o aperturze do 100 cm.

ZARZUT NR 3

ZARZUT PUNKTOWANIA WYŁĄCZNIE WŁASNEGO DOŚWIADCZENIA - rażące naruszenie art. 57 ust.3 w związku z art. 26 ust. 2b Pzp

W ocenie Odwołującego określenie w sekcji III.2.3 warunku wskazanego w pkt 1, że Wykonawca ma wykazać, iż należycie wykonał co najmniej jedną dostawę minimum 20 zestawów terminali satelitarnych SHF w wersji przenośnej składających się z anteny satelitarnej o aperturze do 100 cm (przez „1 dostawę” Zamawiający rozumie 1 zrealizowaną umowę) narusza zasadę określoną w art. 7 ust. 1 Pzp tj. zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co więcej taki opis warunku wiedzy i doświadczenia może wskazywać na konkretnego wykonawcę.

Powyższy zapis wraz z kolejnym wskazanym w sekcji: IV. 1.2

IV. 1.2) Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału (procedura ograniczona i negocjacyjna, dialog konkurencyjny)

Przewidywana liczba wykonawców 5

Obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów:

Jeżeli liczba Wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania i spełniają warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, będzie większa niż 5 (pięciu), Zamawiający będzie przyznawał po jednym punkcie za drugą i następną(-e) wykonaną dostawę spełniającą postanowienia zawarte w sekcji III.2.3). Punktowane będą tylko te dostawy, które Wykonawca zrealizował osobiście bez polegania na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp) oraz dla których Wykonawca załączył dowody, że zostały wykonane należycie. Zamawiający zaprosi do składania ofert wstępnych 5 (pięciu) Wykonawców, którzy uzyskają największą liczbę punktów zgodnie z powyższymi zasadami przyznawania punktacji. W przypadku, gdy dwóch lub więcej Wykonawców uzyska jednakową ilość punktów, Zamawiający dokona wyboru na podstawie sumarycznej największej wartości punktowanych dostaw. Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie mniejsza niż 5 (pięciu), Zamawiający zaprosi do składania ofert wszystkich Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału, bez przyznawania punktów.

W ocenie Odwołującego punktowanie wyłącznie dostaw własnych rażąco narusza zdaniem Odwołującego art. 57 ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2b Pzp - potwierdzają to orzeczenia Sądów Okręgowych: tj. Wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 grudnia 2012 r.. Sygn. akt.: V CA 936/12 oraz Wyrok Sadu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 6 grudnia 2012 r., Sygn. akt.: II CA 757/12.

Odwołujący wskazał, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp został wprowadzony w dniu 22 grudnia 2009 r., kiedy to weszła w życie nowelizacja 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). Nowelizacja ta w sposób zasadniczy wprowadziła zmiany w zakresie wymagań stawianych wykonawcom zainteresowanym realizacją zamówień publicznych, sposobu oceny ich spełniania oraz zasad wykazywania przez wykonawców spełniania tych wymagań. Dokonane zmiany miały na celu rozszerzenie możliwości uczestnictwa w realizacji zamówień publicznych przez przedsiębiorców wykorzystujących wspólną wiedzę i doświadczenie. Wprowadzone zmiany realizują podstawowy cel przepisów Prawa zamówień publicznych, a mianowicie zapewnienia

przedsiębiorcom dostępu do zamówień publicznych na zasadach niedyskryminacyjnych. Uczestnictwo to odbywa się w różnej formule przede wszystkim jako bezpośrednie wykonawstwo, ale również jako podwykonawstwo.

Dalej Odwołujący wskazał, że art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi transpozycję do prawa krajowego postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 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 (Dz.U.UE.L 2004.134.114 z 30 kwietnia 2004 r. z późn. zm.) - tzw. Dyrektywy Klasycznej. Celem wprowadzenia tego przepisu, jak wynika z uzasadnienia ustawy było wdrożenie postanowień dyrektywy oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia przez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez oparcie się przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków.

Odwołujący wskazał, że przepisowi art. 47 ust. 2 Dyrektywy klasycznej odpowiada regulacja art. 53 ust. 4 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U.UE.L 2004.134.1 z 30 kwietnia 2004 r.) - tzw. Dyrektywa sektorowa. Przepis art. 53 ust. 4 Dyrektywy sektorowej wskazuje, że jeżeli kryteria i zasady kwalifikacji, o których mowa w art. 53 ust. 2 tej Dyrektywy, obejmują wymagania dotyczące możliwości gospodarczych i finansowych wykonawcy, wówczas w uzasadnionych przypadkach wykonawca taki może zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju powiązań pomiędzy nim a tymi podmiotami. Wykonawca musi wtedy udowodnić podmiotowi zamawiającemu, że będzie miał dostęp do tych zasobów przez cały okres ważności systemu kwalifikowania, przedstawiając odpowiednie zobowiązanie tych podmiotów. Obie dyrektywy zatem dopuszczają możliwość posłużenia się podmiotami trzecimi w celu wykazania spełnienia warunków udziału w konkretnym postępowaniu, pod warunkiem udowodnienia zamawiającemu dysponowania niezbędnymi zasobami przez podmiot trzeci.

W ocenie Odwołującego skoro przyjęto postanowienia dyrektywy i nie wprowadzono w art. 26 ust. 2b PZP żadnych ograniczeń co do zakresu powoływania się przez wykonawców na zasoby podmiotów trzecich w każdym z postępowań przetargowych objętych prawem zamówień publicznych, to nieuprawnione jest wprowadzanie dodatkowych, niewyrażonych w powołanym przepisie ani w Ogłoszeniu o zamówieniu ograniczeń uprawnień wykonawcy.

W ocenie Odwołującego obowiązek przestrzegania zasady równego traktowania odpowiada samej istocie dyrektyw Parlamentu Europejskiego (tekst jedn.: klasycznej i sektorowej) co oznacza, że wykonawcy muszą być traktowani na równi tak w chwili przygotowania ofert, jak i wówczas, gdy oferty te są oceniane. Powyższe zasady obowiązują na wszystkich etapach prowadzonego postępowania i odnoszą się w równym stopniu do obowiązku wyznaczania kryteriów oceny ofert na jego początku, jak i dokonywania badania i oceny złożonych ofert. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza również jednakowe traktowanie wszystkich wykonawców bez podziału na korzystających z własnych i korzystających z udostępnionych zasobów, na każdym etapie postępowania, a także zakaz stosowania środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu dopuścił możliwość podwykonawstwa (pkt II. 1.7 ogłoszenia), sformułował również wymagania względem podmiotów z art. 26 ust. 2 b Pzp jeśli podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia (pkt II.2.2 ppkt 8, pkt III.2.3 ppkt 9 ogłoszenia) - niezrozumiałą zatem i naruszającą zasadę uczciwej konkurencji jest zapis pkt IV.1.2) i nieobiektywne, bowiem naruszające art. 57 ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2b Pzp jest punktowanie wyłącznie dostaw własnych;

Z wyżej wymienionych względów konieczna jest zdaniem Odwołującego zmiana przez Zamawiającego treści ogłoszenia o zamówieniu, aby zachować spójność z opisem przedmiotu zamówienia i wyeliminować naruszenia przepisów Pzp.

Odwołujący zaproponował następujący zapis pkt III.2.3 ppkt 1 i 2 ogłoszenia:

II 1.2.3 Kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe

Kryteria dotyczące kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych wykonawców (które mogą prowadzić do ich wykluczenia)

Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów:

Obecne brzmienie:

1. Zamawiający uzna za spełniony warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, należycie wykonał co najmniej jedną dostawę minimum 20 zestawów terminali satelitarnych SHF w

wersji przenośnej składających się z anteny satelitarnej o aperturze do 100 cm (przez „1 dostawę” Zamawiający rozumie 1 zrealizowaną umowę).

2. Na potwierdzenie spełniania warunku Wykonawca zobowiązany jest złożyć wykaz wykonanych głównych dostaw, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączyć dowody, czy dostawy zostały wykonane należycie sporządzony zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego na stronie internetowej Zamawiającego: www.iu.wp.mil.pl. Co najmniej 1 dostawa wskazana w wykazie i poświadczona dowodem o należyтым wykonaniu musi spełniać warunek wartości brutto określony w pkt 1? (W pkt 1 brak wartości brutto umowy - Odwołujący).

Proponowane brzmienie:

1. Zamawiający uzna za spełniony warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, należycie wykonał co najmniej jedną dostawę minimum 20 kompletów terminali satelitarnych SHF szczebla taktycznego w wersji przenośnej (przez „1 dostawę” Zamawiający rozumie 1 zrealizowaną dostawę minimum 20 kompletów terminali satelitarnych SHF szczebla taktycznego w wersji przenośnej).
2. Na potwierdzenie spełniania warunku Wykonawca zobowiązany jest złożyć wykaz wykonanych głównych dostaw, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączyć dowody, czy dostawy zostały wykonane należycie sporządzony zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego na stronie internetowej Zamawiającego: www.iu.wp.mil.pl.

Odwołujący zaproponował następujący zapis pkt IV.1.2 ogłoszenia IV. 1.2) Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału (procedura ograniczona i negocjacyjna, dialog konkurencyjny)

Obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów:

Obecne brzmienie:

Jeżeli liczba Wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania i spełniają warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, będzie większa niż 5

(pięciu), Zamawiający będzie przyznawał po jednym punkcie za drugą i następną(-e) wykonaną dostawę spełniającą postanowienia zawarte w sekcji III.2.3). Punktowane będą tylko te dostawy, które Wykonawca zrealizował osobiście (bez polegania na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp) oraz dla których Wykonawca załączył dowody, że zostały wykonane należycie. Zamawiający zaprosi do składania ofert wstępnych 5 (pięciu) Wykonawców, którzy uzyskają największą liczbę punktów zgodnie z powyższymi zasadami przyznawania punktacji. W przypadku gdy dwóch lub więcej Wykonawców uzyska jednakową ilość punktów, Zamawiający dokona wyboru na podstawie sumarycznej największej wartości punktowanych dostaw. Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie mniejsza niż 5 (pięciu), Zamawiający zaprosi do składania ofert wszystkich Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału, bez przyznawania punktów.

Proponowane brzmienie:

Jeżeli liczba Wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania i spełniają warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, będzie większa niż 5 (pięciu), Zamawiający będzie przyznawał po jednym punkcie za drugą i następną(-e) wykonaną dostawę spełniającą postanowienia zawarte w sekcji III.2.3). Zamawiający zaprosi do składania ofert wstępnych 5 (pięciu) Wykonawców, którzy uzyskają największą liczbę punktów zgodnie z powyższymi zasadami przyznawania punktacji. W przypadku gdy dwóch lub więcej Wykonawców uzyska jednakową ilość punktów, Zamawiający dokona wyboru na podstawie sumarycznej największej wartości punktowanych dostaw. Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie mniejsza niż 5 (pięciu), Zamawiający zaprosi do składania ofert wszystkich Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału, bez przyznawania punktów.

Z uwagi na powyższe wnioskowane zmiany zmianie winna ulec również treść Załącznika Nr 4 do ogłoszenia o zamówieniu

Odwołujący proponuje następujący zapis Załącznika Nr 4 do ogłoszenia o zamówieniu:

Obecne brzmienie:

oświadczam, że wykonałem/wykonuję minimum jedną dostawę (umowę) obejmującą minimum 20 zestawów terminali satelitarnych SHF w wersji przenośnej składających się z anteny satelitarnej o aperturze do 100 cm, w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu¹. Wymienione

poniżej dostawy potwierdzam odpowiednim dowodem poświadczającym (dokumentem potwierdzającym), że zostały one wykonane lub są wykonywane należycie:

Proponowane brzmienie:

oświadczam, że wykonałem/wykonuję minimum jedną dostawę obejmującą minimum 20 zestawów terminali satelitarnych SHF w wersji przenośnej, w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu¹. Wymienione poniżej dostawy potwierdzam odpowiednim dowodem poświadczającym (dokumentem potwierdzającym), że zostały one wykonane lub są wykonywane należycie:

Na marginesie zaznaczenia wymaga, iż w żadnym miejscu przedmiotowego ogłoszenia Zamawiający nie wskazał czy postępowanie przekracza kwoty z art. 11 ust. 8 Pzp.

Izba ustaliła co następuje:

Pismem z dnia 16 marca 2016 r. Odwołujący cofnął odwołanie w części. Odwołujący oświadczył, że cofa zarzuty w zakresie pkt 1 i 2 petitum odwołania oraz w zakresie ewentualnego wniosku o powołanie biegłego (pkt 4 odwołania). Odwołujący oświadczył, iż podtrzymuje zarzut przedstawiony w pkt 3 odwołania tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 2b i art. 29 ust. 2 oraz art. 57 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego ogłoszenie o zamówienie z dnia 1 marca 2016 r. na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem pn. Dostawa terminala satelitarnego SHF szczebla taktycznego w wersji przenośnej.

Przedmiotem zamówienia jest:

- 1) dostawa 100 kpl. Terminala satelitarnego SHF szczebla taktycznego w wersji przenośnej,
- 2) dostawa wyposażenia, w tym:
 - a) 10 kpl. dodatkowego wyposażenia Terminala (elementów toru radiowego) do pracy w paśmie satelitarnym X,
 - b) 10 modemów MF-TDMA/SCPC w wersji Rack 19,
 - c) 3 kontrolerów (modemów) DVB S2 w wersji Rack 19,

- d) przeprowadzenie szkoleń użytkowników, instruktorów, personelu technicznego. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, która zostanie przekazana Wykonawcom zaproszonym do składania ofert wstępnych.

W sekcji: IV. 1.2 Zamawiający wskazał:

IV. 1.2) Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału (procedura ograniczona i negocjacyjna, dialog konkurencyjny) - Przewidywana liczba wykonawców 5.

Obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów: Jeżeli liczba Wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania i spełniają warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, będzie większa niż 5 (pięciu), Zamawiający będzie przyznawał po jednym punkcie za drugą i następną(-e) wykonaną dostawę spełniającą postanowienia zawarte w sekcji III.2.3). Punktowane będą tylko te dostawy, które Wykonawca zrealizował osobiście bez polegania na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp) oraz dla których Wykonawca załączył dowody, że zostały wykonane należycie. Zamawiający zaprosi do składania ofert wstępnych 5 (pięciu) Wykonawców, którzy uzyskają największą liczbę punktów zgodnie z powyższymi zasadami przyznawania punktacji. W przypadku, gdy dwóch lub więcej Wykonawców uzyska jednakową ilość punktów, Zamawiający dokona wyboru na podstawie sumarycznej największej wartości punktowanych dostaw. Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie mniejsza niż 5 (pięciu), Zamawiający zaprosi do składania ofert wszystkich Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału, bez przyznawania punktów.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu a także opisu sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, sporządzenie opisu w taki sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję jak również w sposób, który może uniemożliwić wykonawcy złożenie wniosku lub ograniczać

jego szanse na zaproszenie do składania ofert, prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący opisu sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu – naruszenie art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 2b i art. 29 ust. 2 oraz art. 57 ust. 3 ustawy Pzp

Istota sporu pomiędzy stronami sprowadzała się do tego, czy Zamawiający – w sytuacji, gdy liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu okaże się większa niż określona w ogłoszeniu, w ramach dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert (tzw. „prekwalifikacji”) – może zdecydować się na przyznawanie punktów wyłącznie tym wykonawcom, którzy będą dysponowali własną wiedzą i doświadczeniem.

Stosownie do przepisu art. 57 ust. 3 ustawy Pzp, *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 niedyskryminujący*. Jak wynika z art. 58 w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp, ogłoszenie o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie w negocjacji z ogłoszeniem musi zawierać *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*.

Przypomnienia wymaga, że kwalifikacja wykonawców w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem 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 wstępnych, 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.

Celem regulacji art. 57 ust. 3 oraz art. 58 w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp jest rozszerzenie możliwości stosowania metod prekwalfikacji wykonawców w trybie negocjacji z ogłoszeniem w oparciu o obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria. W ramach tego przepisu zamawiający może ograniczyć liczbę kandydatów, jednak ograniczenie to musi mieć swoje uzasadnienie – jak wskazano powyżej – w obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriach.

Odwołujący w przedmiotowej sprawie nie wykazał żadnych szczególnych okoliczności faktycznych, które wskazywałyby na to, że kryteria kwalifikacji podmiotowej wykonawców („prekwalfikacji”) – np. ze względu na charakter przedmiotu zamówienia, jego dostępności, konkurencji na tym rynku - miały charakter dyskryminacyjny czy nieobiektywny. Podstawą jego zarzutu jest jedynie okoliczność niedopuszczenia do weryfikacji w ramach tej procedury powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego. Nie wykazywał on, że kryteria kwalifikacji odnoszące się do oczekiwanego od wykonawców doświadczenia (niezależnie od warunków udziału w postępowaniu) mają charakter nieobiektywny. Nie wskazywał, że ograniczenie weryfikacji wykonawców w ramach „prekwalfikacji” wyłącznie do własnego doświadczenia wykonawców prowadzi do znaczącego ograniczenia konkurencji na tym rynku usług, z uwagi np. na ograniczony rynek tego rodzaju usług, których w ramach opisu kryterium kwalifikacji oczekuje Zamawiający. Podkreślenia wymaga bowiem okoliczność, że to na Odwołującym – zgodnie z art. 190 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 6 Kc- spoczywa ciężar wykazania okoliczności, na które się powołuje. Takie zaś okoliczności nie zostały przez Odwołującego wykazane.

W ocenie Izby sama w sobie okoliczność braku możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich przy „prekwalfikacji” wykonawców jest dopuszczalna w świetle obowiązujących przepisów prawa. Takie wyłączenie nie ma samo w sobie charakteru dyskryminującego czy nieobiektywnego. Zamawiający w ramach tej procedury może określić zasady doboru wykonawców, którzy w jego ocenie w sposób najbardziej efektywny zabezpieczą należyte wykonanie zamówienia. To z wykonawcą wybranym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostanie bowiem podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego i pomiędzy zamawiającym, a tym wykonawcą powstanie stosunek zobowiązaniowy, w oparciu o który zamawiający może dochodzić określonych świadczeń objętych przedmiotem zamówienia właśnie od wykonawcy, a nie od podmiotu trzeciego, który w trakcie realizacji zamówienia może występować formalnie w charakterze podwykonawcy, ale także nie musi pełnić takiej funkcji. To czy dany podmiot trzeci będzie podwykonawcą zamówienia, czy nie, będzie zależne od konkretnej sytuacji faktycznej – rodzaju udostępnianego potencjału, charakteru przedmiotu zamówienia, stosunku istniejącego pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim. Z treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp

nie wynika wprost obowiązek podwykonawstwa w związku z udostępnieniem przez podmiot trzeci wykonawcy danego potencjału. Niezależnie jednak od tego, czy w danym stanie faktycznym podmiot trzeci będzie na etapie realizacji zamówienia formalnym podwykonawcą, czy też w ogóle nie będzie realizował żadnej części zamówienia, zamawiający nie będzie miał prawa dochodzić od niego realizacji przedmiotu zamówienia. Z tych też choćby względów zamawiający ma prawo w ramach dodatkowej procedury weryfikacji wykonawców („prekwalifikacji”) wyłączyć możliwość powoływania się przez wykonawców na potencjał podmiotu trzeciego. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że taki sposób postępowania w ogóle eliminuje możliwość stosowania w trybach wieloetapowych art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Jak wskazano powyżej przepis ten ma zastosowanie do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i w tym zakresie dopuszczona jest możliwość poszerzenia dostępu do zamówienia przez większy krąg podmiotów, także takich, które dotychczas nie miały doświadczenia w realizacji określonych przedsięwzięć, w tym małych i średnich przedsiębiorstw. W przypadku zaś procedury dodatkowej kwalifikacji wykonawców, jeśli okaże się, że liczba zakwalifikowanych przez zamawiającego wykonawców, także w oparciu o dyspozycję art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przekracza minimalną liczbę wykonawców, z którymi zamawiający będzie dalej procedował, zamawiający ma prawo preferowania wykonawców z własnym potencjałem, w szczególności własnym doświadczeniem. W przeciwnym bowiem razie mogłoby dojść do sytuacji, że zamawiający dyskwalifikuje wykonawców posiadających własne doświadczenie, a – jak słusznie wskazał Zamawiający – preferuje tych wykonawców, którzy samodzielnie takiego doświadczenia nie posiadają, ale są stanie pozyskać większą ilość partnerów gospodarczych (podmiotów trzecich). Rodzi się zatem pytanie z jakich względów odmówić zamawiającemu prawa preferowania wykonawców z własnym doświadczeniem, jeśli ma do wyboru wykonawców z doświadczeniem własnym oraz wykonawców, którzy doświadczenie takiego nie posiadają, ale niejako pożyczają go od podmiotów trzecich? Jeśli wykonawca chce skorzystać z potencjału takich podmiotów w zakresie „prekwalifikacji” ma możliwość nawiązania z nimi współpracy na zasadzie - formalnie wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego według reguł określonych w art. 23 ustawy Pzp. Taka forma współpracy (wspólne ubieganie się o zamówienie) prowadzi w przypadku udzielenia zamówienia takim podmiotom do nawiązania przez zamawiającego wprost współpracy także z tym podmiotem w ramach stosunku zobowiązaniowego. W oparciu o taki stosunek zamawiający będzie mógł dochodzić realizacji zamówienia od wszystkich podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, zweryfikowanych w danym postępowaniu, także pod kątem formalnoprawnym. Takiej możliwości zamawiający nie posiada w odniesieniu do podmiotu trzeciego, na którego potencjał wykonawca powołuje się w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zasada obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriów wyboru wykonawców zaproszonych do składania ofert wstępnych nie może sprowadzać się, jak chciałby Odwołujący, to postawienia znaku równości pomiędzy wykonawcami legitymującymi się własnym doświadczeniem, a tymi którzy go nie posiadają, ale powołują się na zasoby podmiotów trzecich. Możliwość powoływania się na zasoby podmiotów trzecich nie może być absolutyzowana w systemie zamówień publicznych i prowadzić do patologicznych sytuacji na rynku zamówień publicznych. Prawdą jest, że ustawodawca europejski wprowadził możliwość udostępniania potencjału wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia publicznego przez osoby trzecie w dyrektywie 2004/18/WE. Przepisy art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 2 dyrektywy klasycznej stanowią, że wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia polegać na zdolności innych podmiotów w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz kwalifikacji technicznych lub zawodowych. Wykonawca korzystający z tej możliwości musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami. Do powyższych przepisów odwołuje się art. 54 ust. 5 i 6 dyrektywy 2004/17/WE. Ustawodawca krajowy implementował powyższe regulacje wprowadzając do ustawy Pzp art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W świetle przywołanej regulacji wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia, zdolności finansowych lub ekonomicznych, które zostały przez zamawiającego opisane dla danego zamówienia, może powoływać się na potencjał podmiotu trzeciego. Wskazana norma ma faktycznie – jak wskazał Odwołujący – charakter normy *ius cogens*, której obowiązywania zamawiający nie może wyłączyć poprzez zapisy treści ogłoszenia o zamówieniu, czy postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z literalnej wykładni przywołanej regulacji wynika, że odnosi się ona jedynie do etapu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Na powyższe wskazuje dyspozycja samego art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, która odwołuje się do warunków udziału w postępowaniu, opisanych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, jak też usytuowanie tego przepisu wśród przepisów odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu. Zaś art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp w zw. z art. 57 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że ustawodawca niezależnie od opisu warunków udziału w postępowaniu, przywołanego w pkt 6 wskazanego przepisu, przewidział odrębną instytucję kwalifikacji podmiotowej wykonawców, zwanej potocznie „prekwalifikacją” (opis obiektywnego i niedyskryminacyjnego sposobu dokonywania wyboru wykonawców), do której obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie przewidują wprost zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W ramach tzw. „prekwalifikacji” zamawiający ma zatem prawo określenia takich zasad kwalifikacji wykonawców do dalszego etapu postępowania, które w jego ocenie dają mu największe szanse na weryfikację wykonawców pod kątem możliwości wykonania

danego zamówienia w sposób pewny, wykonawców najbardziej sprawdzonych na rynku, najbardziej wiarygodnych i bezpiecznych. Zamawiający w konkretnej sytuacji, mając na względzie dany przedmiot zamówienia, może przyjąć zasady podmiotowej weryfikacji możliwości wykonawcy, niezależnie od opisanego warunku udziału w postępowaniu, w oparciu wyłącznie o własne możliwości wykonawcy, albo też dopuścić możliwość powoływania się w tym zakresie na potencjał podmiotu trzeciego w sposób określony w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, czy też w sposób bardziej lub mniej zaostrzony. Istotne w tym zakresie jest tylko to, aby określone kryteria kwalifikacji wykonawców miały charakter obiektywny i niedyskryminacyjny w konkretnych warunkach faktycznych danego przedmiotu zamówienia.

Stanowisko zaprezentowane przez Izbę jest w sposób konsekwentny prezentowane w orzecznictwie Izby. Dopuszczalności określenia w ogłoszeniu o zamówieniu takich zasad prekwalifikacji, zgodnie z którymi dodatkowe punkty dostaną ci wykonawcy spełniający warunki w postępowaniu, którzy osobiście wykonali roboty budowlane, Izba orzekła w wyrokach wydanych w sprawach o sygn. akt KIO 2716/13, KIO 2975/13, KIO 548/15, KIO 2183/15, KIO 95/16.

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 prekwalifikacji 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”*.

Za niezwiązane z rozpatrywanym stanem faktycznym należało uznać orzeczenia sądów okręgowych, które Odwołujący przywołał w treści odwołania. Podkreślenia wymaga, że orzeczenia te są nieaktualne, gdyż zapadły na tle stanu prawnego sprzed wejścia w życie

ustawy nowelizującej z 12 października 2012 r., co nastąpiło 20 marca 2013 r. Ponadto należy wskazać, że ww. orzeczenia zostały wydane w odmiennych stanach faktycznych. Zamawiający bowiem nie wskazali w treści ogłoszenia o zamówieniu postanowień opisujących zasady prekwalfikacji, co skłaniało sądy do zmiany orzeczeń Izby, gdyż uznawały, że zamawiający, którzy nie zawarli w ogłoszeniach odrębnych zasad prekwalfikacji, powinni stosować do nich analogiczne reguły jak przy ocenie spełniania warunków, a więc i uwzględniać wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich, użyczone w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Jednakże stan faktyczny w analizowanej sprawie okazał się całkowicie odmienny od analizowanego przez oba sądy. Odwołanie w analizowanej sprawie złożono wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu, w którym zasady prekwalfikacji zostały określone.

Biorąc powyższe pod uwagę, odwołanie w analizowanej części podlegało oddaleniu jako niezasadne. Izba nie stwierdziła ani naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, ani art. 57 ust. 3 ustawy Pzp, ani też art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 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: