

WYROK

z dnia 15 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Katarzyna Brzeska
Daniel Konicz

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2015 r. przez wykonawcę **NSSL Global GmbH, Hanskampring 4; D-22885 Barsbbuttel (Niemcy)**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy – **Thales Polska sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Józefa Zajączka 9; 01-518 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy – **KenBIT K. i wspólnicy sp. j., ul. Żytnia 15 lik. 22; 01-014 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 w zw. z art. 51 ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne przyznanie wykonawcom: KenBIT, Siltec, Thales punktów za dostawy wykazane na podstawie zobowiązań do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w stopniu wyższym niż tylko mającym na celu potwierdzenie spełniania warunków w postępowaniu i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności oceny**

wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu, powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz powtórzenia czynności przyznania ocen spełniania tych warunków.

1a. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez NSSL Global GmbH, Hanskampring 4; D-22885 Barsbuttel (Niemcy), tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego – Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa na rzecz odwołującego NSSL Global GmbH, Hanskampring 4; D-22885 Barsbuttel (Niemcy), kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Dostawa, montaż, uruchomienie oraz przeprowadzenie szkolenia, „Terminalu satelitarnego w technologii SATCOM BROADBAND (protokół TCP/IP) - VSAT okrętowy w ilości 6 kpl.”.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 marca 2015 roku, pod numerem 2015/S 062-108511.

Dnia 23 września 2015 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonej oceny wniosków.

Dnia 2 października 2015 roku wykonawca NSSL Global GmbH, Hanskampring 4; D-22885 Barsbüttel (Niemcy) (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec czynności zamawiającego, podjętych oraz zaniechanych w toku postępowania, a polegających na:

- wadliwej czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. zawyżeniu oceny za spełnianie warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia przyznanej wykonawcy KenBIT K. Wspólnicy Sp. j. z siedzibą w Warszawie przy ul. Żytniej 15 lok. 22, 01-014 Warszawa (dalej zwanej jako „KenBIT”), wykonawcy Siltec sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Orzeszkowej 5, 02-374 Warszawa (dalej zwanej jako „Siltec”) oraz wykonawcy Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa (dalej zwanej jako „Thales”), poprzez przyznanie punktów za dostawy wykazane na podstawie zobowiązań do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w stopniu wyższym niż tylko mającym na celu potwierdzenie spełniania warunków w postępowaniu,

- zaniechaniu wezwania wykonawcy KenBIT do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 w zw. z art. 51 ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne przyznanie wykonawcom: KenBIT, Siltec, Thales punktów za dostawy wykazane na podstawie zobowiązań do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w stopniu wyższym niż tylko mającym na celu potwierdzenie spełniania warunków w postępowaniu,

- 2) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oraz zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania KenBIT do uzupełnienia pisemnego zobowiązania do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz powtórzenia czynności przyznania ocen spełniania tych warunków,
2. przyznanie niższej oceny za spełnianie warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do wykonawców: KenBIT, Siltec, Thales, tj. w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
3. dokonania wezwania wykonawcy KenBIT do uzupełnienia pisemnego zobowiązania do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu przedmiotowego zamówienia. Ponadto odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący może ponieść szkodę. Zgodnie z przekazaną przez zamawiającego dnia 23 września 2015 r., informacją o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu odwołujący otrzymał 1 pkt, co daje mu (biorąc pod uwagę zsumowane kwoty zrealizowanych dostaw) 6 miejsce w rankingu wykonawców. Ponieważ zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu zamawiający zaprosił do składania ofert tylko 5 wykonawców, odwołujący, ze względu na otrzymaną ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zostanie zaproszony do złożenia oferty. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy i nie przyznawałby wykonawcom: KenBIT, Siltec, Thales punktów za zasoby udostępnione przez podmioty trzecie, to odwołujący zostałby zaproszony do złożenia oferty. Odwołujący byłby bowiem jednym z 5 wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków udziału określonych w ogłoszeniu o zamówieniu. Ponadto, gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy i wykluczyłby wykonawcę KenBIT z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, to w tym przypadku odwołujący również byłby jednym z 5 wykonawców, którzy uzyskaliby zaproszenie do złożenia oferty. Także wezwanie wykonawcy KenBIT do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu może doprowadzić do zakwalifikowania się odwołującego do kolejnego etapu postępowania, w sytuacji gdy ww. wykonawca nie uzupełniłby skutecznie wymaganych oświadczeń lub dokumentów.

Ze względu na powyższe odwołujący stwierdził, że zamawiający doprowadził do sytuacji, w której odwołujący nie zostanie zaproszony do złożenia oferty. W takim przypadku oferta

odwołującego, jako wykonawcy niezaproszonego do składania ofert nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. W rezultacie odwołujący nie uzyska przedmiotowego zamówienia i nie osiągnie zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*).

Powyższe, zdaniem odwołującego, stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanej powyżej czynności i zaniechać zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie odwołującemu uzyskania zaproszenia do złożenia oferty, a w rezultacie uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, co może w istotny sposób wpłynąć na wynik postępowania.

Ponadto odwołujący wskazał, iż że wykonawcy - KenBIT, Thales oraz Siltec, aby spełnić warunki udziału w postępowaniu posiłkowali się, na zasadzie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, potencjałem udostępnionym przez podmioty trzecie tj. w przypadku KenBIT - potencjał wiedzy i doświadczenia udostępniła spółka PRO NAUTAS GMBH, w przypadku wykonawcy Thales - spółka Thales Communications & Security S.A.S., a wykonawca Siltec wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia korzystając z potencjału jaki został mu udostępniony przez Selex ES S.p.A.

Zdaniem odwołującego, w toku oceny wniosków, udostępniony potencjał nie został oceniony przez zamawiającego zgodnie z art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, tj. jedynie i wyłącznie na potrzeby wykazania spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający postępując wbrew dyspozycji w/w przepisu w sposób sztuczny „powiększył” posiadane doświadczenie ww. wykonawców i w oparciu o udostępniony potencjał przyznawał im dodatkowe punkty w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ten sposób został ustalony ranking 5 wykonawców, którzy mają następnie zostać zaproszeni do składania ofert na podstawie art. 51 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący stoi na stanowisku, że przyznawanie punktów za dostawy wykazane na podstawie zobowiązań do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, w stopniu wyższym niż tylko mającym na celu potwierdzenie spełniania minimalnych warunków w postępowaniu, jest niezgodne z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wskazał, że zgodnie z literalnym brzmieniem art. 26 ust. 2b zd. 2 ustawy Pzp, podmiot trzeci może udostępnić zasoby wyłącznie w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia. Zasób jest niezbędny do realizacji zamówienia, jeśli bez jego wykorzystania wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia. Możliwość wykonania zamówienia stanowi spełnienie ustalonych przez zamawiającego minimalnych warunków

udziału w postępowaniu. Stopień spełnienia warunków ma znaczenie wyłącznie dla uzyskania zaproszenie do składania ofert. W konsekwencji potencjał podmiotu trzeciego stanowić winien wyłącznie, jak to określono w wyroku KIO z dnia 5 listopada 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 2287/10; KIO/UZP 2307/10), *„conditio sine qua non wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na poziomie wskazanym przez zamawiającego zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 6) p.z.p.. Jakość spełnienia tego warunku, ocena skutkująca miejscem w rankingu wykracza poza ramy art. 26 ust. 2b p.z.p.”*.

Odwołujący podniósł, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w żadnym wypadku nie może być wykorzystywany do sztucznego „powiększania” doświadczenia wykonawcy i uzyskiwania dodatkowych punktów w ramach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1549/11, KIO 1569/11, w którym Izba wskazała, że: *„Korzystanie z „pożyczonego doświadczenia” ma bowiem na celu jedynie potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie może służyć podwyższeniu punktacji celem uzyskania wyższej pozycji w liście rankingowej wykonawców, którzy mają następnie zostać zaproszeni do składania ofert na podstawie art. 51 ust. 2 ustawy Pzp”*. Zamawiający w ramach oceny spełnienia warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia przyznał wykonawcom KenBIT, Siltec oraz Thales punkty za wiedzę i doświadczenie udostępnione przez podmioty trzecie, co odwołujący uważa za bezpodstawne. Zdaniem odwołującego, w ramach ponownej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zamawiający nie powinien przyznawać punktów za ww. udostępnioną wiedzę i doświadczenie. Odwołujący podniósł, że nie tylko wykładnia literalna, ale również wykładnia systemowa, przemawia za przyjęciem powyższego stanowiska. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, znajduje się bowiem w Rozdziale I Działu II Ustawy tj. w tym samym Rozdziale, co przepisy dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z wykładni systemowej wysnuć można zatem zasadny wniosek, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, znajduje zastosowanie tylko i wyłącznie do warunków udziału w postępowaniu, tj. minimalnych wymogów, jakie musi spełnić wykonawca ubiegający się o zamówienie, określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast nie ma zastosowania do przewidzianych w art. 51 ust. 2 ustawy Pzp, ocen spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz zarzutu naruszenia 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy KenBIT do uzupełnienia pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, odwołujący wskazał, iż wykonawca KenBIT chcąc wykazać, że spełnia określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia i wiedzy, powołał się na zasoby podmiotu trzeciego - spółki działającej pod nazwą PRO NAUTAS GMBH -

oraz przedstawił wykaz dostaw wykonanych przez w/w spółkę jak również referencje dotyczące wykonanych prac. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca KenBIT przedłożył również dokument mający być zobowiązaniem PRO NAUTAS GmbH do udostępnienia posiadanych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia (str. 93 wniosku).

Odwołujący podniósł, że udostępnienie zasobów przez PRO NAUTAS GmbH jest fikcyjne (pozorne), a sam dokument mający je potwierdzać jest nieprawidłowy.

Zdaniem odwołującego, w pisemnym zobowiązaniu: nie wskazano w ogóle, jaka konkretnie wiedza i doświadczenie (jakie dostawy, referencje) są przedmiotem użyczenia, nie wykazano w ogóle sposobu wykorzystania zasobów, nie wiadomo bowiem w jaki sposób ma być świadczone wsparcie oraz konsultacje w trakcie realizacji zamówienia oraz brak jest wskazania charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem. Zobowiązanie PRO NAUTAS GmbH nie nawiązuje w jakikolwiek sposób do udziału podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia w charakterze podwykonawcy, a wskazywane nader ogólnie w zobowiązaniu „wsparcie” czy „konsultacje” nie są w ogóle sprecyzowane. Wszystkie w/w wady złożonego przez PRO NAUTAS GmbH zobowiązania przemawiają za tym, że przedmiotowe udostępnienie zasobów jest nieskuteczne i ma charakter jedynie pozorny. W ocenie odwołującego wykonawca KenBIT nie wykazał więc, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, bowiem zobowiązanie PRO NAUTAS GmbH do udostępnienia wiedzy i doświadczenia jest wadliwe i niewystarczające dla skutecznego wykazania spełnienia przez wykonawcę KenBIT warunków udziału w postępowaniu. W ocenie odwołującego, pomimo tego, że art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, nie określa minimalnej treści zobowiązania udzielanego przez podmiot trzeci do udostępnienia zasobów, to jednak ustawodawca w sposób wyraźny wskazał, że wykonawca powołujący się na potencjał podmiotu trzeciego, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Należy więc przyjąć, iż wykonawca powołujący się na zasoby podmioty trzeciego musi wykazać, że udostępnienie tych zasobów - w tym przypadku wiedzy i doświadczenia - jest realne. Z tego względu zawarty w zobowiązaniu PRO NAUTAS GmbH opis udostępnienia zasobów należy uznać za co najmniej niewystarczający.

Przepis 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. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004 r., ze zm.). Celem wprowadzenia tego przepisu było wdrożenie postanowień dyrektywy oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia przez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału

w postępowaniu przez poleganie przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, w zakresie możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich wynika, że powołanie się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty (realny), co oznacza, że wykonawca musi faktycznie mieć do swojej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do realizacji zamówienia.

Odwołujący zwrócił również uwagę na okoliczność, że zobowiązanie miało być wystawione przez spółkę PRO NAUTAS GmbH, tymczasem w treści tłumaczenia zobowiązania na język polski wskazane jest, że inna spółka pod nazwą ND SatCom GmbH, a nie PRO NAUTAS GmbH zobowiązana jest do wspierania wykonawcy KenBIT w czasie realizacji zamówienia. W istocie z tłumaczenia zobowiązania wynika, że pisemne zobowiązanie dotyczy zupełnie innego podmiotu niż ten, który rzekomo ma wspierać wykonawcę KenBIT przy realizacji zamówienia. Także więc z tego powodu złożone wraz z wnioskiem zobowiązanie należy uznać za wadliwe, zgodnie bowiem z art. 9 ust. 2 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim, zaś zgodnie z sekcją VI.3) ust. 5 Ogłoszenia o zamówieniu dokumenty sporządzane w języku obcym należało złożyć wraz z tłumaczeniem na język polski.

Zdaniem odwołującego, wykonawca KenBIT nie wykazał, że spełnia warunki do udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Tym samym zamawiający poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez KenBIT warunków udziału w postępowaniu naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego – skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy:

- Thales Polska sp. z o.o., ul. Gen. Józefa Zajączka 9; 01-518 Warszawa,
- KenBIT K. i wspólnicy sp. j., ul. Żytnia 15 lik. 22; 01-014 Warszawa.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, iż uwzględnił tylko 2 (dwie) dostawy, co dało odwołującemu 1 pkt (ponad wymagane minimum), a tym samym spowodowało, iż odwołujący znalazł się w gronie 3 wykonawców, którzy otrzymali jednakową liczbę punktów. Po przeliczeniu sumarycznej wartości wykonanych dostaw spełniających warunki, o których mowa w sekcji III 2.3 ust. 1, wykazanych w załączonym przez wykonawcę wykazie, odwołujący wykazał się

najmniejszą wartością, a tym samym nie zaliczył się do grona 5 wykonawców, którym zostanie przesłane zaproszenie do składania ofert.

Zamawiający podniósł, że dokonał należytej staranności w ocenie oraz przyznaniu punktacji zawartej w informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający wyłonił 5 (pięciu) wykonawców, którym zamierza przesłać s.i.w.z., przyznając punkty zgodnie z zapisami określonymi w ogłoszeniu, tym samym wykluczył z postępowania odwołującego.

Zamawiający wskazał, że dla rozstrzygnięcia sprawy przyjął ugruntowany już pogląd prezentowany szeroko w doktrynie i orzecznictwie, np. wyrok KIO z dnia 19 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1400/10 gdzie wyrażono pogląd, iż przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp pozwala na korzystanie z zasobów innych podmiotów nie tylko po to, by wykazać spełnienie minimalnych warunków udziału w postępowaniu, lecz także w celu uzyskania większej liczby punktów, a w konsekwencji - wyższej pozycji na liście rankingowej wykonawców, czy też wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 września 2012 r. w sprawie o sygn. akt XIX Ga 461/12 i sprowadza się do uznania, iż przepis ten dopuszcza również możliwość zaliczenia udzielonego przez osobę trzecią doświadczenia i wiedzy dla potrzeb związanych z prowadzoną przez zamawiającego punktacją podmiotów ubiegających się o zakwalifikowanie na listę uczestników przetargu. Na tle treści ogłoszenia o zamówieniu, w sekcji IV.1.2. pkt 3, zgodnie z którym zamawiający ustalił, że ocenie miało podlegać doświadczenie na podstawie złożonego wykazu dostaw i dołączonych do niego dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie i bez stworzenia opisu dodatkowych zastrzeżeń dla spełnienia warunków na potrzeby liczenia punktów podwyższających miejsce w rankingu (np. zastrzeżenia, iż punktowane będą jedynie dostawy własne) ujawnia się nietrafność postawionego w tym zakresie zarzutu, polegającego na takiej interpretacji przez odwołującego art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, która w tej sprawie po prostu nie może mieć zastosowania. Gdyby wolą zamawiającego było dopuszczenie powoływania się przez wykonawców na doświadczenie podmiotu trzeciego tylko w tzw. minimalnym zakresie - jedynie na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, okoliczność ta znalazłaby wyraz w treści ogłoszenia. Tymczasem treść ogłoszenia nie budzi wątpliwości w tym zakresie, bowiem wolą zamawiającego było dopuszczenie posiłkowania się przez wykonawców zasobami podmiotu trzeciego, nie tylko w celu wykazania się spełnieniem minimalnych warunków udziału w postępowaniu lecz także, w celu uzyskania tzw. „dodatkowej punktacji” decydującej o wyłonieniu podmiotów zakwalifikowanych do dalszego postępowania. Zamawiający będąc dysponentem postępowania decyduje, w ramach obowiązujących przepisów prawa, a także przy uwzględnieniu specyfiki danego przedmiotu zamówienia, jakie wymagania winien spełnić wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji jakie kryteria wyboru

zostaną zastosowane w danej sytuacji faktycznej. Zamawiający zastrzegł, że w przypadku uzyskania tej samej liczby punktów przez wykonawców, o kolejności będzie decydować sumaryczna wartość wykonanych dostaw brutto spełniających warunki, o których mowa w sekcji III.2.3 ust. 1, wykazanych w załączonych przez wykonawców wykazach i w konsekwencji zasadę tę wprost zastosował nie dyskryminując przy tym żadnego podmiotu poddanego ocenie. Wbrew twierdzeniu odwołującego, literalne brzmienie przepisu art. 26 ust. 2b zd. 2 ustawy Pzp, nie wskazuje, aby wykonawca mógł posłużyć się zasobami podmiotu trzeciego jedynie dla spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, bowiem zwrot „niezbędne zasoby” odnosi się do udostępnienia ich w zakresie umożliwiającym prawidłowe zrealizowanie zamówienia, zaś im większe doświadczenie, tym większa pewność po stronie zamawiającego, iż zamówienie zostanie zrealizowane prawidłowo. W ocenie zamawiającego nie może być mowy o tzw. „sztucznym powiększaniu doświadczenia Wykonawcy”, jak już to zostało powyżej wskazane im bardziej doświadczony podmiot udziela „wsparcia” w realizacji zamówienia tym większa szansa na prawidłowe jego wykonanie.

Odnosnie zarzutu nr 2, zdaniem zamawiającego, załączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy KenBIT K. i Wspólnicy sp. j. oświadczenie, stanowiące zobowiązanie spółki PRO NAUTAS B.V. GmbH do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (str. 93 wniosku) jest na gruncie ustawy Pzp i w świetle treści ogłoszenia o zamówieniu dopuszczalne i zostało ocenione przez zamawiającego, jako wystarczające.

W ocenie zamawiającego, żaden z przepisów ustawy Pzp, nie wymaga, aby w treści pisemnego zobowiązania były wskazane konkretne dostawy wykonane przez podmiot trzeci. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zobowiązuje jedynie wykonawcę do udowodnienia, iż w rzeczywistości będzie dysponował zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia, co też wykonawca uczynił przedstawiając listy zrealizowanych przez podmiot trzeci dostaw, co znajduje odzwierciedlenie w załączonych do wniosku dokumentach postępowania. Ponadto z treści dokumentu wynika wprost, iż podmiot trzeci zobowiązał się do udzielenia wsparcia technicznego jak również do udzielenia konsultacji przy instalacji, testach jak też uruchomieniu terminali. Z treści dokumentu wynika również okoliczność, iż pomiędzy wykonawcą, a podmiotem trzecim (spółką prawa niemieckiego) istnieje stosunek zobowiązaniowy o zakresie określonym w tym oświadczeniu, a zawarty jest on w celu wykonania zamówienia, co też czyni go realnym.

W ocenie zamawiającego rangę dokumentu (oświadczenia o udostępnieniu zasobów podmiotu trzeciego) dodatkowo wzmacnia norma z art. 26 ust. 2e ustawy Pzp, która nadaje ww. zobowiązaniu charakter solidarny za szkodę powstałą wskutek nieudostępnienia opisanych tam zasobów.

Zamawiający wskazał również, że odwołujący w dalszej części swego pisma sugeruje wadliwość dokumentu wystawionego przez Spółkę ProNautas, tymczasem dokument ten załączony w oryginale i podpisany przez przedstawicieli spółki nie posiada w swej treści żadnych uchybień. Jak zauważył odwołujący, jest on sporządzony w języku obcym, jednakże zrozumiałym dla zamawiającego, zaś jedynie ze względu na wymogi formalne postępowania - prowadzenie postępowania w języku polskim, dołączono do tego dokumentu tłumaczenie na język polski. Zamawiający nie zaprzeczył, iż w tłumaczeniu pojawia się błędnie uwidoczniła nazwa spółki „ND SatCom GmbH”, która w oryginale dokumentu nie występuje, to jednak okoliczność ta nie ma żadnego wpływu na treść złożonego oświadczenia przez podmiot trzeci, w szczególności zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, co do treści, jak też jasności, rzetelności i prawidłowości złożonego oświadczenia. W ocenie zamawiającego oryginał jak też tłumaczenie musi być rozpatrywane łącznie, a nie w oderwaniu od siebie, zaś zestawienie tych dokumentów w ocenie zamawiającego powoduje, iż uchybienie w tłumaczeniu pozostaje bez wpływu na ogólną ocenę załączonego dokumentu. Zamawiający nie miał żadnej wątpliwości jaki podmiot złożył oświadczenie oraz o jakiej treści. Nie istniała zatem, wbrew twierdzeniom odwołującego, konieczność zastosowania przez zamawiającego instytucji wezwania do uzupełnienia dokumentów, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, żądanie to byłoby niczym nieuzasadnione. Zamawiający podkreślił, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się, co do zasady, z zachowaniem formy pisemnej (art. 9 ust. 1 ustawy Pzp) i jednocześnie wskazać należy, że ustawa Pzp określa szczegółową w tym przypadku zasadę tj. pisemności przedmiotowego zobowiązania podmiotu trzeciego (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp). W takim przypadku zastosowanie ma art. 14 ustawy Pzp, który stanowi, iż do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców należy stosować przepisy K.c. tj. art. 78 par. 1 zd. 1 K.c. zgodnie, z którym dla zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie (w tym przypadku - pisemnym zobowiązaniu podmiotu trzeciego) obejmującym treść oświadczenia woli (złożenie oświadczenia woli regulują zaś przepisy art. 56 - 65 K.c). I jak już stwierdzono powyżej pisemne oświadczenie PRO NAUTAS B.V. GmbH złożone w formie pisemnej nie budzi zastrzeżeń zamawiającego w żadnym zakresie, co też powoduje, iż uchybienie osoby dokonującej tłumaczenia dokumentu nie ma istotnego znaczenia i pozostaje bez wpływu na dotychczasowy wynik tego postępowania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są częściowo zasadne.

Izba za zasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 7 w zw. z art. 51 ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne przyznanie wykonawcom: KenBIT, Siltec, Thales punktów za dostawy wykazane na podstawie zobowiązań do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w stopniu wyższym niż tylko mającym na celu potwierdzenie spełniania warunków w postępowaniu.

Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa, montaż, uruchomienie oraz przeprowadzenie szkolenia, „Terminalu satelitarnego w technologii SATCOM BROADBAND (protokół TCP/IP) - VSAT okrętowy w ilości 6 kpl.”, a realizacja prac montażowych, integracyjnych, odbiorczych, a także realizacji serwisu gwarancyjnego wiąże się z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli „ZASTRZEŻONE”. Ponadto zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 131d ust. 1 ustawy Pzp, mogą ubiegać się wykonawcy mający siedzibę albo miejsce zamieszkania w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła umowę międzynarodową dotyczącą tych zamówień. Przedmiot umowy będzie podlegał ocenie w zakresie zgodności z ustawą z dnia 17 listopada 2006 r. o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz. U. Nr 235, poz. 1700, ze zm.) oraz rozporządzeniem 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. z 2013 poz. 136) - (grupa 9 poz. 11 załącznika do ww. rozporządzenia - tryb oceny II).

Już powyższy opis wskazuje, że przedmiot zamówienia obejmuje swoim zakresem specjalistyczną dostawę i usługi, które wiążą się z koniecznością posiadania przez

wykonawców dostępu do informacji niejawnych oraz będzie weryfikowany na podstawie szczegółowych przepisów.

W celu wykazania spełnienia przez wykonawców warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. posiadania wiedzy i doświadczenia, zamawiający wymagał, aby wykonawca wykonał należycie, przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, minimum 1 (jedną) dostawę urządzeń typu Terminal satelitarny VSAT w technologii SATCOM BROADBAND, o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł brutto (słownie: trzy miliony złotych).

Na potwierdzenie spełnienia warunku należało złożyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw (tj. jednej głównej dostawy urządzeń typu Terminal satelitarny VSAT w technologii SATCOM BROADBAND) w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu (nazwy zamówienia), dat wykonania i podmiotów na rzecz, których dostawy zostały wykonane oraz z załączeniem dowodów (dokumentów potwierdzających), że dostawa została wykonana lub jest wykonywana należycie, sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do ogłoszenia zamieszczonego na stronie internetowej zamawiającego. Dowodami, o których mowa wyżej jest poświadczenie, z tym, że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw okresowych lub ciągłych, poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w przypadku jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, stosowne oświadczenie wykonawcy. W przypadku, gdy zamawiający jest podmiotem na rzecz, którego dostawy wykazane w ww. wykazie zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku składania dowodów.

Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wykonawca przedstawia w odniesieniu do tych podmiotów oświadczenie, o którym mowa w ust 3. pkt. 1. (sekcja III.2.1. ogłoszenia).

W dziale IV.1.2. ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał na możliwość ograniczenia liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału. W przypadku, gdy wymagane warunki spełni więcej niż 5 (pięciu) wykonawców, zamawiający zaprosi 5 (pięciu) wykonawców na podstawie dokonanej klasyfikacji wykonawców w oparciu o wykaz wykonanych dostaw. Ocenie punktowej podlegać będzie doświadczenie na podstawie złożonego wykazu dostaw i dołączonych do niego dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Wykonawcy, za każdą dodatkową dostawę spełniającą warunki, o których mowa w sekcji III.2.3, ust. 1. zostaną przyznane odpowiednio punkty w następujący sposób:

- 1) za wykazanie przez wykonawcę wykonania 2 (dwóch) dostaw o wartości min. 3 000 000,00 zł brutto każda - 1 pkt;
- 2) za wykazanie przez wykonawcę wykonania 3 (trzech) dostaw o wartości min. 3 000 000,00 zł brutto każda - 2 pkt;
- 3) za wykazanie przez wykonawcę wykonania 4 (czterech) dostaw o wartości min. 3 000 000,00 zł brutto każda - 3 pkt;
- 4) za wykazanie przez wykonawcę wykonania 5 (pięciu) dostaw o wartości min. 3 000 000,00 zł brutto każda - 4 pkt;
- 5) za wykazanie przez wykonawcę wykonania 6 (sześciu) lub więcej dostaw o wartości min. 3 000 000,00 zł brutto każda - 5 pkt.

W przypadku uzyskania jednakowej ilości punktów, o kolejności będzie decydować sumaryczna wartość wykonanych dostaw brutto spełniających warunki, o których mowa w sekcji III.2.3 ust. 1, wykazanych w załączonym przez wykonawcę wykazie. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, będzie niższa niż 5 (pięć), zamawiający zaprosi do składania ofert wszystkich wykonawców spełniających te warunki.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przyznawanie punktów za dostawy wykazane na podstawie zobowiązań do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w stopniu wyższym niż tylko mającym na celu potwierdzenie spełniania minimalnych warunków w postępowaniu w kontekście specyfiki przedmiotu zamówienia, co związane jest również z wybranym przez zamawiającego trybem udzielenia zamówienia publicznego, nie znajduje zastosowania w przedmiotowym postępowaniu. Należy bowiem zwrócić uwagę, że z treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wynika, że celem oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w odróżnieniu od oceny punktowej, jest dokonanie badania, czy dany wykonawca może w ogóle zostać dopuszczony do wzięcia udziału w postępowaniu. Natomiast celem oceny punktowej jest dokonanie klasyfikacji wniosków od „najlepszego” do „najgorszego” oraz wskazanie, którzy z wykonawców mogą zostać dopuszczeni do dalszego etapu postępowania. W ocenie Izby przyznawanie wykonawcy jakichkolwiek punktów za potencjał podmiotu trzeciego, który nie zamierza w ogóle brać udziału w realizacji części zamówienia, mija się z celem systemu prekwalfikacji (zaproszenie do złożenia oferty „najlepszych” wykonawców). To bowiem podmiot trzeci, a nie sam wykonawca, będzie w tym przypadku podlegał weryfikacji i będzie faktycznie oceniany w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. W ocenie Izby, ocena prawna, a przede wszystkim, charakter przedmiotu zamówienia wyklucza możliwość uwzględniania przy kwalifikacji zasobów podmiotów trzecich w stopniu wyższym niż potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie sposób bowiem uznać, iż wykonawca, który w ogóle nie posiada własnego

doświadczenia lub posiada go w stopniu niewystarczającym, daje lepszą rękojmię należytego wykonania zamówienia niż wykonawca posiadający doświadczenie własne.

Krajowa Izba Odwoławcza popiera dotychczas wypracowane i podtrzymywane stanowisko Izby, co do rozumienia i stosowania przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w zakresie możliwości posługiwania się zasobami podmiotów trzecich, udostępnianymi wykonawcy w celu otrzymania wyższej oceny punktowej w zakresie prekwalfikacji wykonawcy w przetargu dwuetapowym. Wskazać w tym zakresie należy na wyrok KIO z dnia 7 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11 w myśl którego *„Przepis art. 26 ust 2 b ustawy pzp, dopuszczając możliwość powołania się na zasoby podmiotu trzeciego, stanowi wyjątek od reguły wykazania przez samego wykonawcę potencjału i zdolności w zakresie wiedzy, doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym i kadrowym, niezbędnego do realizacji zamówienia. Zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu podmiot trzeci udostępnia zasoby „niezbędne” do realizacji zamówienia, czyli takie, bez których realizacja zamówienia nie jest możliwa. Zatem należy przyjąć, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego jest możliwe wyłącznie do spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a nie do uzyskania dodatkowej punktacji, zajęcia wyżej pozycji w rankingu wykonawców, celem otrzymania zaproszenia do składania ofert, czyli do tzw. „zawyżania punktacji”. Odmienna interpretacja i dopuszczenie możliwości „użyczania” sobie wzajemnie zasobów przez wykonawców jedynie dla „zawyżenia punktacji” i wyeliminowania konkurencji, mogłaby prowadzić do zaburzenia celu, w jakim implementowano do krajowego ustawodawstwa przepis art. 26 ust. 2 b, a jest nim zwiększenie konkurencyjności podmiotów, biorących udział w postępowaniu przez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba popiera w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 5 listopada 2010 roku Sygn. akt KIO 2287/10 i Sygn. akt KIO 2307/10, który został potwierdzony wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 lutego 2011 roku, sygn. akt V CA 3036/10.”.*

Warto również powołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2012 r. o sygn. akt sygn. akt: KIO 232/12, KIO 243/12, w którym Izba zawarła szczególnie obszerną kompleksową i wyczerpującą argumentację, z którą skład orzekający (w przedmiotowej sprawie) w pełni się identyfikuje. Zgodnie z ww. wyrokiem, cyt. *„Stanowisko Zamawiającego uznające, iż z zasobów podmiotów trzecich w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp korzystać można wyłącznie na potrzeby wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, natomiast nie na potrzeby tworzenia rankingu wykonawców zapraszanych następnie do złożenia ofert, uznać należy za słuszne. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych*

podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim 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 wykonywaniu zamówienia. Tym samym art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy Pzp wyraźnie wiąże możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zasobów należących do innego podmiotu z istnieniem rzeczywistej potrzeby wykazania tego zasobu w związku z jego niezbędnością dla realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Wynika to z literalnego brzmienia tego przepisu, gdzie dwukrotnie akcentuje się niezbędny charakter udostępnianych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W ocenie Izby zasób jest niezbędny do realizacji zamówienia, jeśli bez jego wykorzystania wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia, a o możliwości wykonania zamówienia stanowi spełnienie ustalonych przez zamawiającego minimalnych warunków udziału w postępowaniu.”.

Zgodnie natomiast z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1549/11, KIO 1569/11: "Niewątpliwym jest, iż art. 26 ust. 2b ustawy Pzp daje wykonawcy możliwość wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu także poprzez poleganie "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 (...)". Celem tego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, który dopuszcza poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Przepis ten wprowadzono bowiem jako szczególną regulację umożliwiającą wykonawcy, który samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu – i z tą sytuacją samodzielnego niespełnienia warunku powiazaną - ubieganie się o zamówienie, jeśli w sposób opisany w tym przepisie udowodni, że odpowiednimi zasobami w momencie realizacji zamówienia będzie dysponował jak własnymi. Skorzystanie z potencjału podmiotów trzecich jest więc możliwe wyłącznie w ściśle określonym celu, a mianowicie dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Natomiast art. 51 ustawy Pzp dotyczy kwalifikacji wykonawców, a więc wyłonienia grupy wykonawców, do których zostanie wystosowane zaproszenie do składania ofert spośród wykonawców spełniających warunki. I tak art. 51 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż kwalifikacji zostaną poddani wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu, przy uwzględnieniu postanowień tego przepisu. Z kolei art. 51 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje, że „jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż

określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się za wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia.” Oznacza to, iż 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 spełniania warunków przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, wybierając tych wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Warunki, których ocena spełniania będzie podlegała wartościowaniu powinny być wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający powinien bowiem podać spełnianie których warunków ma dla niego większe znaczenie oraz w jaki sposób będzie oceniał spełnianie w większym lub mniejszym stopniu. Określony warunek ma więc mieć przypisaną wagę. Wykonawca otrzymuje bowiem punkty nie za samo spełnianie poszczególnych warunków udziału w postępowaniu, ale za spełnianie danego warunku w większym, lepszym stopniu. Zaproszeni do składania ofert powinni być bowiem ci wykonawcy, którzy spełniają warunki w największym, najlepszym stopniu, a więc otrzymali największą ilość punktów, a co za tym idzie – odnosząc się do tego konkretnego przypadku - posiadają największe doświadczenie w realizacji tego rodzaju zamówienia. Regulacja zawarta w tym przepisie (art. 51 ustawy Pzp) służy więc innemu celowi niż regulacja zawarta w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Przepis ten (art. 51 ustawy Pzp) pozwala bowiem dokonać oceny w celu dopuszczalnego, przewidzianego treścią ogłoszenia zawężenia listy wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu na podstawie pewnego kryterium, którym będzie jeden lub więcej warunków udziału w postępowaniu, a w kształtowaniu którego ustawodawca pozostawił Zamawiającemu względną swobodę. Mogą one przecież „wykraczać poza te, co do których ustawodawca dopuścił udostępnianie przez podmioty trzecie na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy, obejmując dodatkowo sytuację ekonomiczną; uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; niektóre z nich z natury mogą nie nadawać się do spełnienia funkcji dla których wprowadzono art. 51 ust. 2 ustawy” (wyrok KIO z dnia 9 listopada 2010 r., sygn. akt KIO/2359/10). Dla celów ustalenia kręgu wykonawców, których Zamawiający zaprosi w przetargu ograniczonym do złożenia oferty, a więc dla ich większego czy też lepszego spełnienia, nie znajduje więc uzasadnienia samo spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w tym wykazane z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Korzystanie z „pożyczonego doświadczenia” ma bowiem na celu jedynie potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie może służyć podwyższeniu

punktacji celem uzyskania wyższej pozycji w liście rankingowej wykonawców, którzy mają następnie zostać zaproszeni do składania ofert na podstawie art. 51 ust. 2 ustawy Pzp.”.

Ponadto należy wskazać również na inne orzeczenia Izby, stanowiące o słuszności stanowiska, że udostępnione zasoby nie podlegają punktowaniu w ramach oceny wniosków (vide: wyrok KIO dnia 2 kwietnia 2015 r. KIO 548/15, cyt. „Z tych też względów art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. powinien mieć przede wszystkim zastosowanie do celu, dla którego został wdrożony w oparciu o postanowienia dyrektyw zamówieniowych do polskiego porządku prawnego - polskiej ustawy P.z.p., tj. do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.”; wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2975/13, cyt. „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, tj. 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, art. 26 ust. 2b oraz art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp, i nie utrudnia dostępu do dalszego etapu postępowania wykonawcom, korzystającym z zasobów obcych.”.

Zarzut dotyczący naruszenia zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oraz zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania KenBIT do uzupełnienia pisemnego zobowiązania do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, Izba uznała za niezasadny.

Na wstępie Izba wskazuje, że zgodnie z postanowieniami Ogłoszenia o zamówieniu (*vide: III.2.3. pkt 6) Jeżeli wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w celu oceny przez zamawiającego, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny czy stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów wykonawca dostarczy (..) dokumenty dotyczące w szczególności: zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.”.*

Odwołujący podniósł, że w pisemnym zobowiązaniu firmy PRO NAUTAS GmbH: nie wskazano w ogóle, jaka konkretnie wiedza i doświadczenie (jakie dostawy, referencje) są przedmiotem użyczenia, nie wykazano w ogóle sposobu wykorzystania zasobów, nie wiadomo bowiem w jaki sposób ma być świadczone wsparcie oraz konsultacje w trakcie realizacji zamówienia, brak jest wskazania charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem.

W ocenie Izby stanowisko odwołującego jest niezasadne. Odnośnie zarzutu, że w zobowiązaniu nie wskazano, jaka konkretnie wiedza i doświadczenie, są przedmiotem użyczenia, to Izba wskazuje, że z zobowiązania firmy Pro Nautus wynika, że użyczający przekazał wiedzę i doświadczenie uzyskaną z prawie 15 letniej realizacji dostaw jako producent, dostawca i integrator systemów łączności satelitarnej, a zakres wiedzy i doświadczenia wynika wprost z tabeli – wykazu wykonanych dostaw (strony 9-10 wniosku wraz z tłumaczeniem strony 11-12 wniosku).

Co do sposobu wykorzystania zasobów, Izba stwierdziła, że sposób wynika wprost ze zobowiązania, gdzie użyczający podał, że będzie wspierał firmę KenBIT w zakresie realizacji zamówienia (przez cały okres realizacji umowy, aż do jej zakończenia) – czyli w zakresie dostawy, oraz udzieli niezbędnego wsparcia technicznego (konsultacji) przy instalacji, testach i uruchomieniu terminali. Sposób udostępnienia wypełnia zatem żądanie zamawiającego.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku wskazania charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, Izba wskazuje, że co prawda charakter stosunku nie został wprost wyrażony (jego forma) to jednak z treści zobowiązania wynika, że użyczający zasoby pozostaje w stosunku zobowiązaniowym z wykonawcą. Nadto z pisma firmy Pro Nautas, złożonego przez przystępującego na rozprawie (które w ocenie Izby ma charakter *stricte* intencyjny) zostało wskazane, że strony wiąże umowa cywilno-prawna. Tym samym zarzut odwołującego Izba uznała za bezpodstawny.

Co do zarzutu odnoszącego się do tłumaczenia, Izba stwierdziła, że najbardziej wiarygodnym dokumentem jest zobowiązanie sporządzone w języku angielskim (oryginał), a jego treść w żadnym akapicie nie powołuje się na nazwę własną podmiotu ND Satcom GmbH, stąd pojawienie się tej nazwy w tłumaczeniu uznać należało za oczywistą omyłkę, której poprawienie poprzez wezwanie do uzupełnienia tego dokumentu nie spowoduje zmiany sytuacji faktycznej tego wykonawcy w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 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), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....