Sygn. akt: KIO 548/15

WYROK
z dnia 2 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk
Członkowie: Marek Szafraniec
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2015 r. przez wykonawcę **JP W. D. Sp. k., ul. Rynek 39/40, 50-142 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających prowadzących wspólnie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, tj.: **PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. (Pełnomocnik zamawiających) oraz PGE EJ 1 Sp. z o.o. z siedzibą dla Pełnomocnika zamawiających: ul. Mysia 2, 00-496 Warszawa**

przy udziale:

1) wykonawcy **D. Z. P. Sp. k., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa**
2) wykonawcy **W. i Wspólnicy Sp. k., Al. Ujazdowskie 10, 00-478 Warszawa,**

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **JP W. D. Sp. k., ul. Rynek 39/40, 50-142 Wrocław** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **JP W. D. Sp. k., ul. Rynek 39/40, 50-142 Wrocław** 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 2013 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: ……

……

Sygn. akt: KIO 548/15

Uzasadnienie

PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. z siedzibą w Warszawie oraz PGE EJ 1 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie prowadzą wspólnie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (dalej: „Zamawiający") w trybie negocjacji z ogłoszeniem na: „Świadczenie *usług doradztwa prawnego przy realizacji projektu budowy elektrowni jądrowej w Polsce".* Pełnomocnikiem zamawiających w tym postępowaniu została ustalona PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa *Pzp".* Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 14 lutego 2015 r. pod nr 2014/S 032-055143.

W postępowaniu tym wykonawca JP W. D. Sp.k. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący") w dniu 20 marca 2015 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu, wprowadzonej przez Zamawiającego zmianą z dnia 11 marca 2015 r., która została opublikowana w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 13 marca 2015 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania zamieścił na stronie internetowej w dniu 23 marca 2015 r. W dniu 26 marca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły dwa zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, złożone przez wykonawcę D. Z. P. Sp.k. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący *D. Z. P.")* i wykonawcę W. i Wspólnicy Sp.k. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący *W. i Wspólnicy").*

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 1 kwietnia 2015 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący złożył odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na:

1) wyjaśnieniu pytań do treści ogłoszenia o zamówieniu oraz zmianie treści ogłoszenia o zamówieniu z dnia 11.03.2015 r.
2) zmianie treści ogłoszenia opublikowanej w dniu 13.03.2015 r. pod numerem 2015/S 051-089383, Dz. U./S 51, 13/03/2015, 89383-2015-PL.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu podjęcie wyżej wymienionych czynności z naruszeniem następujących przepisów:

1) art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, poprzez niedopuszczalne w świetle tego przepisu wyłączenie możliwości polegania przez wykonawców na potencjale osób trzecich w odniesieniu do rankingowej oceny wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu,
2) art. 57 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez ustanowienie zasad wyłaniania wykonawców zaproszonych do składania ofert wstępny w sposób nieobiektywny i dyskryminacyjny,
3) art. 7 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie i dyskryminowanie części wykonawców oraz niedochowanie zasad uczciwej konkurencji, stworzenie nierównych warunków udziału przedsiębiorców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego co stanowi praktyki ograniczające konkurencję,
4) art. 12a ust. 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie istotnej zmiany ogłoszenia bez zmiany terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

a ponadto:

5) art. 22 Konstytucji RP, poprzez naruszenie zasady państwa prawa i ograniczenie wolności prowadzenia działalności gospodarczej,
6) art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej poprzez ograniczenie wolności prowadzenia działalności gospodarczej,
7) art. 44 ust. 3 akapit 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 z dnia 30 kwietnia 2004 r.),
8) art. 65 ust. 2 akapit 1 Dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, Dz. U. UE L z dnia 28 marca 2014 r., poprzez ustalenie nieobiektywnych i dyskryminacyjnych kryteriów ograniczenia liczby wykonawców,
9) art. 173 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dawny artykuł 157 TWE), poprzez wprowadzanie nieuzasadnionych barier w dostępie do rynku małych i średnich przedsiębiorstw.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

---

1. nakazanie unieważnienia czynności udzielenia wyjaśnień pytań do ogłoszenia / zmiany ogłoszenia w zakresie objętym punktem I (jeden rzymskie) pisma Zamawiającego z dnia 11.03.2015 r. nr pisma DZ/KCH/60/2015,
2. nakazanie powtórzenia czynności udzielenia wyjaśnień do ogłoszenia, poprzez

wskazanie, że potencjał i zasoby, którymi legitymują się wykonawcy na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jest uznawany w punktacji rankingowej, o której mowa w sekcji VI.3.) pkt 18) ogłoszenia i oceniany na równi z doświadczeniem własnym wykonawcy,

3. nakazanie unieważnienia w całości zmiany ogłoszenia z dnia 13.01.2015 r. 2015/S 051-089383,
4. nakazanie określenia warunków ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do składania ofert wstępnych w sposób niedyskryminujący, tj. wskazujący, że zdolności (potencjał techniczny), którym wykonawca dysponuje na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jest punktowany w punktacji rankingowej, o której mowa w pkt. VI.3) pkt 18) ogłoszenia na równi ze zdolnościami (potencjałem technicznym) wykonawcy.

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodów z dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu 2015/S 032-055143, pisma Zamawiającego z dnia 11.03.2015 DZ/KCH/60/2015, oraz zmiany ogłoszenie 2015/S 051-089383.

W uzasadnieniu odwołania podkreślił, że kryterium ograniczenia liczby wykonawców obwarowane zastrzeżeniem, że nie będzie uwzględniany do rankingowej punktacji wniosków złożonych przez wykonawców potencjał / doświadczenie udostępnione wykonawcy przez osoby trzecie, jest niezgodne z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz narusza przywołane przepisy. Wskazał, że zgodnie z dominującą linią orzeczniczą artykuł 26 ust. 2b ustawy Pzp wprowadza możliwość polegania przez wykonawcę na potencjale udostępnionym przez osoby trzecie również dla celów tzw. punktacji rankingowej. Powyższe – w jego ocenie - wynika z literalnego brzmienia przepisu, który nie rozróżnia okoliczności polegania na zasobach osób trzecich dla celów spełnienia warunków „minimalnych" od polegania na zasobach dla celów udziału w postępowaniu na późniejszych etapach. Podkreślił, że zgodnie z tym przepisem wykonawca może polegać na zasobach „w niezbędnym zakresie" przy czym niezbędny zakres to taki, który gwarantuje mu uczestniczenie i konkurowanie w postępowaniu. Takie rozumowanie - jego zdaniem - jest słuszne i uzasadnione przede wszystkim mając na uwadze, iż wykonawcę niezakwalifikowanego wg rankingowej oceny wniosków do kolejnego etapu postępowania traktuje się jak wykluczonego z postępowania (art. 57 ust. 3 ustawy Pzp i art. 60d ust. 3 ustawy Pzp). Odwołujący podniósł także, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ma charakter normy *ius cogens* w związku z czym

---

płynącego z przepisu uprawnienia wykonawcy nie można wyłączyć przez czynność prawną. Odwołujący na poparcie swojego stanowiska powołał się na wyroki SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 6 grudnia 2012 r. II CA 757/12 oraz SO w Katowicach z dnia 13 września 2012 r. XIX Ga 461/12. Podkreślił też, że w przypadku odmiennej interpretacji wskazanego przepisu możliwość polegania na zasobach osób trzecich uregulowana w art. 26 ust. 2b ustawie Pzp stałaby się fikcją w odniesieniu do takich trybów postępowania, jak: przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny. Wobec właściwości innych trybów (zamówienie z wolnej ręki i negocjacji bez ogłoszenia), w jego ocenie, wykonawcy polegający na potencjale osób trzecich w praktyce mieliby możliwość złożenia oferty jedynie w trybie przetargu nieograniczonego. W jego ocenie interpretacja przepisu, zgodnie z którą wykonawca nie może korzystać z potencjału podmiotu trzeciego dla celów punktacji rankingowej, prowadziłaby w konsekwencji do dyskryminacji podmiotów, które chciałyby na tej możliwości ustawowej polegać. Odwołujący podkreślił też, że 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), a wprowadzone zmiany realizują podstawowy cel przepisów ustawy Pzp, a mianowicie zapewnienia przedsiębiorcom dostępu do zamówień publicznych na zasadach niedyskryminacyjnych. Podniósł, że Prawo zamówień publicznych jest dziedziną prawa zmierzającą nie tylko do zapewnienia przejrzystości wydatkowania środków publicznych, ale również realizacji innych celów przy wydatkowaniu tych środków, które to wydatki mają znaczący udział w gospodarkach krajowych, a prawo to jest silnie zinstrumentalizowane, tj. poprzez wprowadzanie zasad udzielania zamówień realizowane są cele związane z rozwojem gospodarki w oparciu o zasady równego dostępu do rynku, zakazu dyskryminacji, faworyzowania innowacji i innych (vide Program Europa 2020). Wskazał, że jednym z założeń unijnych jest promowanie i zapewnienie dostępu do rynku małym i średnim przedsiębiorcom (MŚP), a w szczególności dopuszczalność polegania na zasobach osób

trzecich przywołana jest w wydanym przez Komisję Europejską Europejskim kodeksie najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych, jako element gwarantujący szerszy udział MŚP w zamówieniach (pkt 4.2. tego kodeksu). Powołał się także na wyrok KIO w sprawie o sygn. akt 1125/08, gdzie Izba wskazała, że MŚP nie powinni być traktowani gorzej niż duże korporacje o ogromnym i uniwersalnym doświadczeniu. Odwołujący, powołując się na art. 57 ust. 3 ustawy Pzp, podkreślił, że zasady ograniczania liczby wykonawców powinny mieć charakter obiektywny, co oznacza między innymi, że zasady te powinny być odpowiednie do przedmiotu zamówienia oraz wykluczające arbitralny wybór wykonawców przez zamawiającego w oparciu

---

o nieuzasadnione przesłanki. Podkreślił też, że z dniem 19.10.2014 r. wszedł w życie przepis art. 26 ust. 2e ustawy Pzp, zgodnie z którym podmioty udostępniające potencjał wykonawcom ponoszą odpowiedzialność odszkodowawczą w stosunku do zamawiającego za udostępnienie potencjału, co - jego zdaniem - wskazuje, że ustawodawca w wyraźny sposób zrównuje potencjał udostępniany przez osoby trzecie z potencjałem własnym wykonawcy. W tych okolicznościach - w jego ocenie - jest niedopuszczalne, aby Zamawiający takie rozróżnienie wobec doświadczenia wykonawców stosował i tym samym opieranie wyboru wykonawców na takim kryterium jest arbitralne i nieobiektywne.

Co do zarzutu braku przedłużenia terminu składania ofert wstępnych podkreślił, że zgodnie z art. 12 ust. 2a ustawy Pzp, jeżeli zmiana, o której mowa w ust. 1, jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach. W jego ocenie zmiana ogłoszenia w sposób oczywisty wpływa na możliwość (szanse) wykonawców udziału w postępowaniu, co wskazuje, że jest to zmiana bardzo istotna. W tej sytuacji - jego zdaniem - powinien zostać przedłużony termin do składania ofert wstępnych. Powołując się na piśmiennictwo podkreślił, że zmiana istotna to zmiana dotycząca takich elementów ogłoszenia, które stanowią o warunkach przetargu, a przepis art. 12a ust 2 ustawy Pzp podaje katalog takich elementów, przy czym nie jest on wyczerpujący, gdyż w okolicznościach danego przypadku o warunkach przetargu mogą stanowić też inne elementy, zaś do zmian istotnych zalicza się zmianę dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełniania, czyli takie zmiany, które warunkują decyzję o przystąpieniu do postępowania przetargowego przez wykonawców.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o odwołania i na jego rzecz kosztów uwzględnienie zasądzenie postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamawiający złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Zamawiający podniósł, że wprowadzona przez niego zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu dotycząca braku zgody na powoływanie się przez wykonawców na potencjał podmiotów trzecich celem uzyskania przez nich większej liczby punktów w dodatkowej kwalifikacji jest zgodna z przepisami prawa. Powołał się przy tym na art. 57 ust. 3 ustawy

---

Pzp, zgodnie z którym Zamawiający ma uprawienie do określenia w sposób niedyskryminacyjny i obiektywny zasad, na podstawie których będzie zapraszał do składania ofert wstępnych. Podkreślił, że w treści ogłoszenia o zamówieniu wprost wskazał, że kwalifikacja wykonawców do dalszego etapu postępowania będzie odbywać się na podstawie zdobytych punktów, punkty zaś będą przyznawane za liczbę zrealizowanych usług prawnych (doświadczenie wykonawcy), a powyższa zasada kwalifikacji wykonawców na podstawie posiadanego przez nich doświadczenia nie była podważana przez wykonawców po publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Wskazał, że art. 57 ust. 3 ustawy Pzp koresponduje z art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp, który odnosi się do obiektywnego i niedyskryminacyjnego sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu. Wskazał, że

przywołany przepis został wprowadzony do przepisów ustawy Pzp nowelizacją ustawy z dnia 12 października 2012 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 1271) i stanowi implementację motywu 40 dyrektywy klasycznej. Powołał się na uzasadnienie tej nowelizacji, której celem było rozszerzenie możliwości stosowania metod „prekwalifikacji" wykonawców w trybie negocjacji z ogłoszeniem w oparciu o obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria. Powołał się na publikację UZP zawartą w Informatorze UZP nr 2/2013 (str. 51), gdzie wskazywano, że nowe regulacje przyczynią się do uporządkowania zasad dotyczących „prekwalifikacji" w trybach dwuetapowych i będą służyły wyeliminowaniu niekorzystnych zjawisk występujących w szczególności w związku z powoływaniem się przez wykonawców na zasoby podmiotów trzecich, gdyż „prekwalifikacja" dotychczas pozostawała poza regulacjami ustawy. Wedle Zamawiającego wprowadzone zasady „prekwalifikacji" w niniejszym postępowaniu nie naruszają dyspozycji art. 57 ust. 3 ustawy Pzp, tj. nie mają charakteru i zasady nieobiektywnego dyskryminacyjnego. Zamawiający przywołał prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, wskazując też, iż czym innym jest procedura spełniania warunków udziału w postępowaniu, w ramach której wykonawcy mają prawo powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego, a czym innym jest etap „prekwalifikacji", w oparciu o który Zamawiający dokonuje ograniczenia liczby wykonawców w oparciu o kryteria „prekwalifikacji" opisane w sposób niedyskryminacyjny i obiektywny. Inne rozumienie przywołanych regulacji wedle Zamawiającego przeczyłoby istocie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego we wskazanym trybie, w którym Zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych wykonawców, którzy są najbardziej wiarygodni i zdolni rzetelnie, w przyszłości wykonać zamówienie, a nie wykonawców, którzy posiadają większe zdolności i możliwości w zdobyciu partnerów gospodarczych celem uzyskania zasobów obcych. Na poparcie swojej

---

argumentacji przywołał orzecznictwo KIO w sprawach: KIO 2287/10 i KIO 2307/10 oraz KIO 2255/11, KIO 2260 i KIO 2283/11. Zamawiający podniósł też, że w niniejszym stanie faktycznym istnieją obiektywne przesłanki przemawiające za tym, że dysponowanie przez wykonawcę własnym doświadczeniem daje Zamawiającemu większą pewność co do terminów i należytej realizacji zamówienia niż dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego. Zwrócił uwagę na szczególny charakter niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które dotyczy doradztwa prawnego przy realizacji jednej z kluczowych i unikalnych inwestycji w skali kraju, jaką jest budowa pierwszej w Polsce elektrowni jądrowej, a projekt ten ma strategiczne znaczenie z punktu widzenia bezpieczeństwa energetycznego państwa i jest elementem realizacji „Programu polskiej energetyki jądrowej" przyjętego przez Radę Ministrów w dniu 10 listopada 2009 r. Według Zamawiającego dopuszczenie rozwiązania, które postuluje Odwołujący, tj. uwzględnienia przy „prekwalifikacji" doświadczenia podmiotów trzecich, prowadziłoby w rzeczywistości do sztucznego mnożenia punktacji przy samej kwalifikacji wykonawców oraz ryzyka wystąpienia problemów praktycznych podczas realizacji zamówienia w postaci możliwych opóźnień lub świadczenia usług niskiej jakości, w sytuacji gdy wybrany wykonawca nie ma wymaganego doświadczenia i musi go szukać na zewnątrz. Powyższe mogłoby prowadzić do sytuacji, gdy wykonawca dysponujący „pożyczonym" doświadczeniem mógłby wyprzedzić wykonawcę doświadczonego i sprawdzonego. Powyższe z kolei miałoby wpływ nie tylko na wykonywanie tych usług, ale również w konsekwencji wpływałoby na terminowość oraz sposób realizacji strategicznego projektu budowy elektrowni jądrowej. Zamawiający zwrócił też uwagę na możliwość łączenia się przez wykonawców w konsorcja celem zwiększenia w ten sposób przysługującej danemu wykonawcy punktacji w ramach „prekwalifikacji". Na poparcie swojej argumentacji powołał się także na stanowisko zaprezentowane przez UZP w publikacji „Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r.- wprowadzenie do przepisów ustawy" pod red. J. Sadowego i B. Brańko (str. 65), gdzie wskazuje się na możliwość promowania wykonawców samodzielnie spełniających warunki, jeżeli zamawiający wskazał taką możliwość w treści ogłoszenia o zamówieniu, a powyższa konstrukcja nie ma charakteru dyskryminującego, albowiem nie ulega wątpliwości, że z wykonawcą nie spełniającym samodzielnie warunków łączy się mniej ryzyk związanych z zapewnieniem prawidłowej realizacji zamówienia publicznego. Według Zamawiającego przywoływane przez Odwołującego orzecznictwo nie ma zastosowania do przedmiotowej sprawy, bowiem orzeczenia te zapadły w innym stanie faktycznym i prawnym, nie uwzględniającym nowelizacji ustawy Pzp z dnia 12 października 2012 r., która wprowadziła w życie art. 48 ust. 2 pkt 8a i art. 57 ust. 3 ustawy Pzp. W tym zakresie

przywołał orzecznictwo KIO zapadłe po wejściu w życie przepisów wskazanej nowelizacji,

---

tj. orzeczenia w sprawach: KIO 2975/13 i KIO 2716/13, które potwierdzają słuszność stanowiska Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 57 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez ustanowienie zasad wyłaniania wykonawców w sposób nieobiektywny i dyskryminacyjny Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie wykazał na czym owo naruszenia miałoby polegać. Wskazał na charakter przedmiotu zamówienia i podkreślił, że każdy z podmiotów, w tym małe i średnie przedsiębiorstwa, mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli dysponują wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem i mogą to czynić samodzielnie, bądź łącząc się w konsorcja. Podkreślił, że z uwagi na charakter projektu nie powinno się stawiać znaku równości przy takim projekcie pomiędzy zasobami własnymi wykonawcy a zasobami udostępnionymi. Podkreślił, że nie wyobraża sobie premiowania wykonawców, którzy własnego doświadczenia nie posiadają, bowiem forma udziału tak udostępnionych zasobów w realizacji zamówienia nie gwarantuje ich realnego udostępnienia, gdyż wiedza i doświadczenie ze swej istoty będące składnikami przedsiębiorstwa nie mogą w całości zastąpić zorganizowanego przedsiębiorstwa, a ewentualne konsultacje czy szkolenia, zdaniem Zamawiającego, nie będą wystarczające i nie zapewnią dobrej jakości usług prawnych. Nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, że art. 26 ust. 2e ustawy Pzp zrównuje potencjał własny z potencjałem udostępnionym. Podkreślił, że przepis ten wprowadza jedynie zasadę solidarnej odpowiedzialności wykonawcy oraz podmiotu trzeciego, ale tylko i wyłącznie za szkodę zamawiającego powstałą w wyniku zasobów, chyba że za nieudostępnienia nieudostępnienie zasobów nie ponosi on winy. Z przepisu tego - zdaniem Zamawiającego – nie można wywieźć obowiązku uwzględniania potencjału podmiotu trzeciego przy kwalifikacji wykonawców do dalszego etapu postępowania.

Co do zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurenci i równego traktowania wykonawców w postępowaniu Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie wykazał na czym powyższe naruszenie miałoby polegać, a ponadto wskazał, że zasady te nie zostały w postępowaniu naruszone. Powołując się na stanowisko doktryny przywołał na czym polega realizacja wskazanych zasad w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i podkreślił, że obowiązkiem Zamawiającego jest wybór wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia i określone przez niego warunku w postępowaniu muszą stanowić równowagę pomiędzy interesem Zamawiającego, a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogliby zostać wyeliminowani z postępowania. Zgodnie z tymi zasadami Zamawiający nie jest zobowiązany do dopuszczenia do postępowania każdego z wykonawców, niezależnie od tego, czy ma odpowiednie doświadczenie czy nie.

Odnosząc się do zarzutu braku zmiany terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w związku z wprowadzeniem istotnych zamian w treści ogłoszenia o zamówieniu podkreślił, że Zamawiający nie mógł w tym przypadku naruszyć art. 12a ustawy Pzp. Podkreślił, że niniejsze postępowanie jest postępowanie sektorowym, do którego zastosowanie ma art. 134 ust. 3a ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem w przypadku dokonywania istotnych zmian treści ogłoszenia o zamówieniu, w szczególności dotyczących określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach z tym, że termin składania wniosków nie może być krótszy niż 15 dni od dnia przekazania zmiany treści ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE. Wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu w momencie dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w dniu 11.03.2015 r. (data przekazania do publikacji zmiany treści ogłoszenia) termin na składanie wniosków upływał w dniu 30.03.2015 r., tym samym termin ten nie był krótszy niż 15 dni. W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, nie został naruszony w tym przypadku art. 12a ustawy Pzp, ani też art. 134 ust. 3a ustawy Pzp, który w tym przypadku ma zastosowanie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisów Konstytucji RP i ustawy o swobodzie działalności gospodarczej Zamawiający stwierdził, że w odwołaniu nie zostało wykazane na czym owo naruszenie miałoby polegać. Wskazał na art. 6 Kc, zgodnie z którym ciężar

udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne oraz na art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym to strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W ocenie Zamawiającego zmiany wprowadzone przez niego w treści ogłoszenia o zamówieniu w żadnej mierze nie prowadzą do ograniczenia wolności prowadzenia działalności gospodarczej przez Odwołującego. Ponownie powołał się na możliwość ubiegania się o zamówienie w ramach konsorcjum.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisów dyrektyw wskazanych przez Odwołującego Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie wskazał na czym owo naruszenia miałoby polegać i nie udowodnił w jako sposób kryteria ograniczenia liczby wykonawców są nieobiektywne i dyskryminujące. Podobne stanowisko Zamawiający wyraził co do zarzutu naruszenia postanowień Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

W toku rozprawy podtrzymał swoją argumentację, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący D. Z. P. w swoim zgłoszeniu przystąpienia, jak i na rozprawie, poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Szczegółową argumentację wykonawca ten zaprezentował w piśmie procesowym złożonym do akt sprawy.

Przystępujący W. i Wspólnicy w swoim zgłoszeniu przystąpienia, jak i na rozprawie, poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Szczegółową argumentację wykonawca ten zaprezentował w piśmie procesowym złożonym do akt sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestników postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że wymogi formalne związane ze skutecznym wniesieniem przystąpień do postępowania odwoławczego, wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, zostały wypełnione co do obydwy przystąpień złożonych w postępowaniu po stronie Zamawiającego. Izba oddaliła opozycje złożone w tym względzie przez Odwołującego w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania. Izba uznała, iż obydwaj wykonawcy (w tym Przystępujący W. i Wspólnicy) wykazali w treści swoich przystąpień interes w zgłoszeniu przystąpienia. Przy czym Izba podkreśliła, że interes w zgłoszeniu przystąpienia - zgodnie z dyspozycją art. 185 ust. 2 ustawy Pzp - ma szerokie rozumienie. W ocenie Izby interes ten w szczególności na etapie zarzutów dotyczących treści ogłoszenia o zamówieniu, rozumiany jako interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której dany wykonawca przystępuje (w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego) uprawnia do zgłoszenia przystąpienia szeroki krąg potencjalnych wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia na warunkach określonych przez Zamawiającego. W ocenie Izby nie stanowi okoliczności dyskwalifikującej wykonawcę zainteresowanego zgłoszeniem przystąpienia do postępowania odwoławczego, który aktualnie ubiega się o uzyskanie zamówienia poprzez wyrażenie zainteresowania warunkami postępowania i który w przyszłości zamierza złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu to, iż podmiot ten aktualnie świadczy jakiegokolwiek usługi na rzecz

---

Zamawiającego. Świadczenie aktualnie usług prawnych na rzecz Zamawiającego przez Przystępującego D. Z. P. nie może pozbawiać go możliwości ubiegania się o inne zamówienie publiczne prowadzone przez tego Zamawiającego. Tak więc Przystępujący D. Z. P., jak i Przystępujący W. i Wspólnicy uzyskali status uczestników niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia odwołania,

o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ jest zainteresowany złożeniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie oferty w niniejszym postępowaniu, a warunki związane z uczestnictwem w tym postępowaniu, które kwestionuje, w jego ocenie, utrudniają mu dostęp do tego zamówienia. Odwołujący zatem w wystarczający sposób wykazał się możliwością uzyskania niniejszego zamówienia publicznego w przypadku uwzględniania zarzutów odwołania i w konsekwencji możliwością poniesienia przez niego szkody związanej z udzieleniem niniejszego zamówienia innemu wykonawcy.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający opublikował ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 14 lutego 2015 r. (Dz. U. UE nr 2015/S 032-055143), opisując w nim stosowne warunki udziału w postępowaniu (pkt III.2 ogłoszenia o zamówieniu) oraz odrębnie (pkt VI.3) ogłoszenia o zamówieniu) kryteria kwalifikacji wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert wstępnych w liczbie nie większej niż pięciu wykonawców. W dniu 11 marca 2015 r. na skutek zapytania skierowanego do Zamawiającego przez jednego z wykonawców Zamawiający wyjaśnił treść ogłoszenia o zamówieniu i wprowadził zmianę w treści tego ogłoszenia, wskazując, że nie wyraża zgody na odwoływanie się przez wykonawców do potencjału podmiotów trzecich w oparciu o art. 26 ust. 2b ustawy Pzp celem uzyskiwania przez wykonawców większej liczby punktów w dodatkowej kwalifikacji. Podkreślił, że Zamawiający będzie punktował w tej dodatkowej kwalifikacji tylko i wyłącznie doświadczenie własne wykonawcy. W związku powyższym zmodyfikował treść ogłoszenia o zamówieniu w pkt VI.3) pkt 18 poprzez dodanie w pkt 18 lit. h. o treści: „Zamawiający *w oparciu o art. 48 ust. 2 pkt 8a w zw. z art. 56 ust. 1 Ustawy Pzp informują, iż w ramach*

---

dodatkowej kwalifikacji będą punktowali tylko i wyłącznie doświadczenie własne Wykonawcy. Zamawiający w tym zakresie wyłączają możliwość odwoływania się przez Wykonawców do potencjału podmiotu trzeciego w oparciu o treść normy z art. 26 ust. 2b Ustawy Pzp, celem spełniania powyższych wymagań." Zamawiający powyższą zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu wysłał do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 11 marca 2015 r., a publikacja tej zmiany nastąpiła we wskazanym publikatorze w dniu 13 marca 2015 r. (Dz. U. UE nr 2015/S 051-089383).

Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu ustalił w pkt IV.3.4) termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu na dzień 16 marca 2015 r. godz. 12:00. W dniu 5 marca 2015 r. skierował do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu we wskazanym zakresie, wyznaczając nowy termin składania wniosków na dzień: 30 marca 2015 r. godz. 12:00. Zmiana powyższa została zamieszczona we wskazanym publikatorze w dniu 10 marca 2015 r. (Dz. U. UE nr 2015/S - 48-084205). Zamawiający pismem z dnia 20 marca 2015 r. ponownie wprowadził zmianę w zakresie terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wydłużając ten termin do dnia 8 kwietnia 2015 r. godz. 12:00. Zmiana ta została skierowana do Dziennika Urzędowego UE w dniu 20 marca 2015 r., a opublikowana w dniu 24 marca 2015 r. (Dz. U. UE nr 2015/S 058/102661).

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutu niedopuszczenia możliwości powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego co do rankingowej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ustaleniu zasad wyłaniania wykonawców w postępowaniu w sposób nieobiektywny i dyskryminacyjny, a przez to doprowadzenie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Podstawą zarzutu Odwołującego jest jedynie kwestia związana z brakiem możliwości dopuszczenia powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego w ramach ustalonych przez Zamawiającego kryteriów kwalifikacji wykonawców. Odwołujący nie kwestionuje jako takich wymogów (kryteriów kwalifikacji wykonawców, tzw. „prekwalifikacji"), określonych w tym konkretnie postępowaniu, które mają stanowić podstawę do weryfikacji wykonawców pod

kątem zakwalifikowania ich na listę rankingową pięciu wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składnia ofert wstępnych w postępowaniu. W ramach zarzutu odwołania Odwołujący wskazuje z jednej strony, że wymóg ograniczenia dopuszczenia weryfikacji wykonawców w ramach tzw. „prekwalifikacji" jedynie do wykonawców, którzy dysponują

---

własnym doświadczeniem, jest niedopuszczalny w świetle obowiązujących przepisów prawa (art. 26 ust. 2b, art. 57 ust. 3 ustawy Pzp), a z drugiej strony, że wymóg ten ma dyskryminacyjny charakter.

Izba, rozpoznając przedmiotowe odwołanie stwierdziła, że żadna ze wskazanych okoliczności nie potwierdziła się.

Podstawą weryfikacji wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w trybach wieloetapowych (przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem i dialog konkurencyjny) jest z jednej strony – jak w każdym postępowaniu – ustalenie warunków udziału w postępowaniu (opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu) w oparciu o dyspozycję art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Warunki te ze swej natury i z woli ustawodawcy mają charakter podmiotowy – odnoszą się do możliwości podmiotowych wykonawcy (jego uprawień, wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia, którymi dysponuje wykonawca, czy też jego zdolności finansowej czy ekonomicznej), które w sposób potencjalny weryfikują wykonawców pod kątem możliwości wykonania przez nich danego zamówienia publicznego z uwzględnieniem charakteru tego zamówienia - jego przedmiotu, wielkości i stopnia skomplikowania. Warunki udziału w postępowaniu każdy zamawiający opisuje samodzielnie, uwzględniając dany przedmiot zamówienia oraz warunki uczciwej konkurencji i swoje w tym wglądzie potrzeby, tak, aby weryfikacja podmiotów dopuszczonych do dalszego etapu postępowania miała najbardziej efektywny charakter. Niespełnienie tych warunków (któregokolwiek z nich) skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania, co pozbawia go szansy na uzyskanie zamówienia i tym samym wskazuje też, że podmiot ten nie posiada odpowiednich właściwości, wskazujących na potencjalne możliwości należytego wykonania przez niego danego zamówienia. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu opiera się na tzw. zasadzie: „spełnia – *nie spełnia"* (metoda zero-jedynkowa).

Niezależnie od warunków udziału w postępowaniu ustawodawca przyjął, że w trybach wieloetapowych, w celu ograniczenia liczby wykonawców, którzy będą mogli ubiegać się o udzielenie danego zamówienia, do określonej ilości (nie mniejszej niż pięciu wykonawców) zamawiający określa system kwalifikacji wykonawców („sposób *dokonywania wyboru wykonawców"),* który ma mieć charakter niedyskryminacyjny i obiektywny (powszechnie w doktrynie i praktyce udzielania zamówień publicznych określany jako system „prekwalifikacji"). System „prekwalifikacji" ma więc na celu ustalenie - również w oparciu o kryteria podmiotowe - zasad, w oparciu o które zamawiający, jedynie spośród wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, dokona wyboru wykonawców zakwalifikowanych do dalszego etapu postępowania (w przedmiotowej sprawie do etapu składania ofert wstępnych). System ten z natury rzeczy zmierza do ograniczenia

---

liczby wykonawców, z którymi zamawiający będzie w dalszym ciągu procedował w toku postępowania co do przedmiotu zamówienia (prowadził negocjacje, oceniał oferty), tak, aby efektywnie mógł on dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Prowadzenie negocjacji z dużą liczbą wykonawców nie dawałoby wskazanego efektu, stąd też ustawodawca – tak polski jak i europejski - przewidział legalną możliwość ograniczenia kręgu wykonawców ubiegających się o dane zamówienie w trakcie trwania procedury udzielenia zamówienia publicznego, poprzez wskazaną procedurę „prekwalifikacji". Procedura ta została przez ustawodawcę krajowego określona jako: „opis *obiektywnego i niedyskryminacyjnego sposobu dokonywania wyboru wykonawców"* (art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp).

Wskazane powyżej dwie procedury weryfikacji podmiotowej wykonawców w trybach wieloetapowych mają inne cele i zostały przez ustawodawcę uregulowane odrębnie. Reguły związane z ich przeprowadzeniem zamawiający powinien określić w treści ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z art. 48 ust. 2 ustawy Pzp. W przepisie tym, mającym zastosowanie do trybu negocjacji z ogłoszeniem w związku z art. 56 ust. 1 ustawy Pzp, ustawodawca w pkt 6 określił nakaz odrębnego opisania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu (warunki wynikające z art. 22 ust.1 ustawy Pzp i art. 24 ust. 1 ustawy Pzp) i opisu sposobu dokonywania oceny spełnia warunków udziału w postępowaniu

ze znaczeniem tych warunków (opisu warunków podmiotowych, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp adekwatnie do konkretnego przedmiotu zamówienia). Jednocześnie też ustawodawca w pkt 8a art. 48 ust. 2 ustawy Pzp wskazał na nakaz opisu obiektywnego i niedyskryminacyjnego sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu.

W ocenie Izby wedle reguł opisanych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp 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. W ocenie Izby obowiązujące przepisy ustawy Pzp odnoszą zastosowanie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jedynie do 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. Zastosowanie tego przepisu w odniesieniu do oceny spełniania

---

warunków udziału w postępowaniu ma też charakter wyjątkowy – stanowi wyjątek od zasady, że spełnianie warunków udziału w postępowaniu powinien wykazać przede wszystkim wykonawca, który ubiega się o dane zamówienie, z którym zostanie w efekcie podpisania umowa w sprawie realizacji danego zamówienia publicznego (art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, czy art. 26 ust. 2a ustawy Pzp). Z tych też względów art. 26 ust. 2b ustawy Pzp należy traktować jako wyjątek od wskazanej zasady, a co za tym idzie jego wykładnia nie powinna mieć charakteru rozszerzającego. Z tych też względów art. 26 ust. 2b ustawy Pzp powinien mieć przede wszystkim zastosowanie do celu dla jakiego został wdrożony w oparciu o postanowienia dyrektyw zamówieniowych do polskiego porządku prawnego – polskiej ustawy Pzp, tj. do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Art. 48 ust. 2 pkt 8a 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.

Odwołujący w przedmiotowej sprawie nie wykazał jakiś szczególnych okoliczności faktycznych, które wskazywałyby na to, że kryteria kwalifikacji podmiotowej wykonawców („prekwalifikacji") w niniejszym postępowaniu – 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

„prekwalifikacji” 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 „prekwalifikacji” 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). Można zatem w tym zakresie postawić retoryczne pytanie, z jakich względów odmówić zamawiającemu prawa preferowania wykonawców z własnym doświadczeniem, ma do wyboru wykonawców z doświadczeniem własnym jeśli i „pożyczonym”? 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.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, w której przywołuje on dotychczasowe

orzecznictwo sądów okręgowych rozpoznających skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w podobnych sprawach, Izba uznała, że orzecznictwo to nie ma zastosowania do niniejszej sprawy. Przywołane przez Odwołującego wyroki sądów okręgowych (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach w sprawie XIX Ga 461/12 oraz Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim w sprawie II Ca 757/12), jak też inne wyroki sądów okręgowych, które dotychczas zapadły w sprawie możliwości ograniczania oceny wykonawców w ramach „prekwalifikacji" wyłącznie do potencjału wykonawcy, bez możliwości powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego (wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku w sprawie II Ca 373/12 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawie V Ca 936/12) wydane zostały w innym stanie prawnym. Wskazać bowiem należy, że do przepisów ustawy Pzp, nowelizacją z dnia 12 października 2012 r. (ustawa o zmianie ustawy – Prawo zamówień

---

publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi - Dz. U. poz. 1271), której regulacje zasadniczo weszły w życie co do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczynanych od dnia 20 lutego 2013 r., wprowadzono nowy przepis – art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp, a także - w odniesieniu do trybu negocjacji z ogłoszeniem - art. 57 ust. 3 ustawy Pzp. Przepisy te wprowadzają do regulacji ustawy Pzp szczególną procedurę kwalifikacji wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert w trybach wieloetapowych (ofert wstępnych lub właściwych). Procedura ta nie była dotychczas w żaden sposób uregulowana w przepisach ustawy Pzp. Przed wprowadzeniem w życie wskazanych regulacji wywodzono ją z dyspozycji art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, który to przepis – jak słusznie zauważyły sądy okręgowego w przywołanych powyżej orzeczeniach – wprost odwołuje się oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (warunków „minimalnych"). W tym zakresie zatem zamawiający, opisując nawet tę procedurę „prekwalifikacji", zgodnie z literalną wykładnią art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp zobowiązani byli do uwzględniania w ramach tej procedury także potencjału podmiotu trzeciego (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp), który służy ocenie właśnie warunków udziału w postępowaniu. Po wprowadzeniu do ustawy Pzp art. 48 ust. 2 pkt 8a sytuacja ta uległa zasadniczej zamianie. Ustawodawca, opisując wskazaną procedurę „prekwalifikacji", nie posługuje już się w tym zakresie pojęciem warunków udziału w postępowaniu. Wskazuje jedynie, że jeżeli zaistnieje sytuacja, w której warunki udziału w postępowaniu będzie spełniała większa liczba wykonawców niż określona przez zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający będzie dokonywał wyboru tych wykonawców w oparciu o odrębną procedurę, która ma mieć charakter niedyskryminacyjny i obiektywny wedle szczegółowego opisu zamawiającego zamieszczonego w ogłoszeniu o zamówieniu. Mając zatem na względzie literalną wykładnię wskazanych przepisów ustawy Pzp, na której pierwszeństwo wskazywały sądy okręgowe w przywołanych orzeczeniach, aktualnie nie sposób uznać, że tzw. „prekwalifikacja" nie stanowi odrębnej od oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu procedury podmiotowej weryfikacji wykonawców.

Nie można w tym zakresie także pominąć uzasadnienia do projektu wskazanej nowelizacji ustawy Pzp (druk sejmowy nr 455 z dnia 31 maja 2012 r.) i wprowadzenia do ustawy Pzp art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy, gdzie wskazuje się na istotny i stosowany do niedawna w praktyce udzielania zamówień publicznych w trybach wieloetapowych element handlu referencjami przy wykorzystywaniu w procesie „prekwalifikacji" potencjału podmiotu trzeciego. Także Urząd Zamówień Publicznych w swoich publikacjach dotyczących przywołanej nowelizacji ustawy Pzp wskazywał na możliwość odwoływania się - w ramach ustalenia przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu zasad „prekwalifikacji" w oparciu o art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp - wyłącznie do potencjału własnego wykonawcy. Podobne

---

stanowisko zostało wyrażone w wyrokach KIO zapadłych już po wejściu w życie art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp – wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2014 r. w sprawie KIO 2975/13 i wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2013 r. w sprawie KIO 2716/13. Izba w aktualnym składzie orzekającym w pełni podziela stanowisko wyrażone we wskazanych orzeczeniach Izby.

Dla przyjęcia odmiennego poglądu w tej sprawie nie ma także znaczenia - w ocenie Izby - dyspozycja art. 26 ust. 2e ustawy Pzp. Przywołany przepis wskazuje jedynie na solidarną odpowiedzialność podmiotu trzeciego wraz z wykonawcą w określonym w tym przepisie zakresie. Jest to odpowiedzialność za szkodę zamawiającego, która powstała wskutek nieudostępniania określonych zasobów przez podmiot trzeci z zastrzeżeniem, że podmiot trzeci nie ponosi tej odpowiedzialności, jeśli nie ponosi winy za nieudostępnienie

zasobów. Przywołany przepis ma służyć innemu celowi - dotyczy zabezpieczenia zamawiającego na etapie realizacji zamówienia, w sytuacji gdy dla celów spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca w postępowaniu powoływał się na potencjał podmiotu trzeciego, a na etapie realizacji zamówienia z tego tytułu wynikają określone zagrożenia dla wykonania przedmiotu zamówienia, związane z brakiem faktycznego udostępnienia zamawiającemu tego potencjału. Przepis ten nie odnosi się w żadnej mierze do zasad „prekwalifikacji".

Wykazywany przez Odwołującego jako naruszony art. 57 ust. 3 ustawy Pzp, także wprowadzony przywołaną nowelizacją ustawy Pzp, stanowi jedynie konsekwencję dyspozycji art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp. Wskazuje on na zaproszenie wykonawców do składania ofert wstępnych, skierowane przez zamawiającego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, według zasad kwalifikacji wykonawców określonych w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny w treści ogłoszenia o zamówieniu, stosownie do art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp. Przepis ten wskazuje więc na sposób zachowania się zamawiającego na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, która to ocena zmierza do zaproszenia wykonawców do składania ofert wstępnych.

Izba nie stwierdziła zatem w tym zakresie ani naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, ani art. 57 ust. 3 ustawy Pzp, ani też art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Co do wykazywanych przez Odwołującego naruszeń ustawy zasadniczej, czy też ustawy o swobodzie działalności gospodarczej Izba nie oceniała takiego naruszenia, uznając się za organ niewłaściwy do orzekania w oparciu o wskazane przepisy. Do kognicji Izby w ramach kompetencji ustawowej należy bowiem ocena czynności i zaniechań zamawiającego w kontekście ich zgodności wyłącznie z przepisami ustawy Pzp (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp).

Podobnie jeśli chodzi o kwestię naruszenia postanowień dyrektywy 2004/18/WE z 31 marca 2004 r. Przepisy dyrektyw europejskich, w tym przywołanej dyrektywy dotyczącej zamówień publicznych, skierowane są do państwa członkowskiego, które ma zadanie odpowiedniego ich wdrożenia do porządków prawnych prawa krajowego. Przywołane w odwołaniu regulacje dyrektywy 2004/18/WE zostały wdrożone do polskiej ustawy Pzp nowelizacją ustawy Pzp z 2009 r. i brak w tym zakresie podstaw do oceny, że wdrożenie to jest sprzeczne z przywołaną dyrektywą. Choćby z tych względów, brak jest też podstaw do bezpośredniego stosowania postanowień dyrektywy i stwierdzenia naruszenia przepisów dyrektywy.

Z podobnych względów brak jest też podstaw do stwierdzenia naruszenia postanowień Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

Co do naruszenia regulacji dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. dodatkowo należy stwierdzić, że czas na wdrożenie tej dyrektywy do porządków prawnych państw członkowskich jeszcze nie upłynął (termin ten upływa dopiero w kwietniu 2016 r.). Z tych też względów powoływanie się na postanowienia tej dyrektywy jest dodatkowo nieuprawnione.

Odnosząc się do zarzutu braku zmiany terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwagi na dokonanie istotnej zmiany ogłoszenia o zamówieniu i w konsekwencji naruszenia art. 12a ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zgodzić należy się z Odwołującym, że zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu, wprowadzona przez Zamawiającego do treści ogłoszenia w dniu 13 marca 2015 r., ma charakter istotny, dotyczy ona bowiem podmiotowej kwalifikacji wykonawców, wpływającej na możliwość uzyskania zamówienia przez wykonawcę, bądź nie. W tym jednak zakresie nie można mówić o naruszeniu art. 12a ustawy Pzp. Niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest przez Zamawiającego zgodnie z zasadami określonymi w rozdziale 5 działu III ustawy Pzp, tj. w przepisach odnoszących się do zamówień sektorowych. Zamawiający bowiem udziela tego zamówienia w celu wykonywania działalności, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W tym zakresie ustawodawca ustalił dla zamówień sektorowych szczególną w zasadzie kompleksową procedurę udzielenie takiego zamówienia, odsyłając tylko w określonym zakresie do przepisów ogólnych ustawy Pzp. Jeśli chodzi o kwestię związaną ze zmianą treści ogłoszenia o zamówieniu i w konsekwencji wydłużenia terminu na składanie wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, to art. 12a ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - uwzględniając dyspozycję art. 134 ust. 3a zdanie drugie ustawy Pzp - wprost nie ma w tym zakresie (do zamówień sektorowych) zastosowania. W przypadku udzielania zamówień

---

sektorowych zastosowanie znajdzie art. 134 ust. 3a zdanie pierwsze ustawy Pzp, zgodnie z którym, jeśli zamawiający dokonuje istotnych zmian treści ogłoszenia o zamówieniu, powinien przedłużyć termin na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach, z tym że termin składania wniosków nie może być krótszy niż 15 dni od dnia przekazania zmiany treści ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający, wprowadzając zmianę do treści ogłoszenia o zamówieniu, odnoszącą się do kryteriów kwalifikacji podmiotowej wykonawców, przekazał ją do Dziennika Urzędowego UE w dniu 13 marca 2015 r. W tej dacie ustalony przez niego i obowiązujący termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu upływał w dniu 30 marca 2015 r. Zatem pozostały jeszcze termin na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w momencie przesłania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu do oficjalnego publikatora był dłuższy niż minimalny termin 15 dni określony we wskazanym przepisie ustawy Pzp, który określa zasady wydłużania tego terminu. Odwołujący tymczasem w ramach zarzutu odwołania nie podnosił, iż wyznaczony przez Zamawiającego termin nie jest wystarczający na wprowadzenie zmian we wnioskach, nie wskazywał z jakich względów powyższe byłoby uzasadnione i jaki byłby ewentualnie – według niego – wystarczający, minimalny czas tego wydłużenia. Podstawą jego zarzutu była wyłącznie okoliczność braku wydłużenia w ogóle terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w związku z wprowadzonymi zmianami treści ogłoszenia o zamówieniu. Z tych też względów zarzut nie mógł być uznany przez Izbę za zasadny.

Tym samym Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……