Sygn. akt: KIO 316/16

POSTANOWIENIE
z dnia 17 marca 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 17 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2016 r. przez wykonawcę: **FONBUD S.A. – Sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Redycka 71, 51-169 Wrocław,**
w postępowaniu prowadzonym przez: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **FONBUD S.A. – Sp.k. z siedzibą we Wrocławiu,** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy),** uiszczoną przez wykonawcę: **FONBUD S.A. – Sp.k. z siedzibą we Wrocławiu,** tytułem wpisu od odwołania.
   2.2. zasądza od wykonawcy: **FONBUD S.A. – Sp.k. z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……..…….

Sygn. akt: KIO 316/16

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie [zwana dalej: *„zamawiającym"]* prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: *Budowa infrastruktury systemu ERTMS/GSM-R na liniach kolejowych PKP Polskie Linie kolejowe S.A. w ramach NPW ERTMS,* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) zwanej dalej *„ustawą Pzp".*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 września 2015 roku pod numerem 2015/S 187-340003. Ogłoszenie to było następnie zmieniane przez zamawiającego. Zmiana ogłoszenia, której dotyczy odwołanie, została opublikowana w Dzienniku Urzędowym

Unii Europejskiej w dniu 25 lutego 2016 roku pod numerem 2016/S 039-064218.
Zamówienie jest podzielone na 2 części.

W dniu 4 marca 2016 roku wykonawca - FONBUD S.A. – Sp.k. z siedzibą we Wrocławiu [zwany dalej: *„odwołującym"]* wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej – w formie pisemnej - odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na zmianie treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie części II.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 48 ust. 1 pkt 8a ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp poprzez sporządzenie nieobiektywnego i dyskryminacyjnego opisu sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert dla II części zamówienia, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu (dalej także „opis zasad prekwalifikacji"),
- art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 2 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 2004, Nr 134, poz. 114, dalej „Dyrektywa 2004/18/WE") poprzez nierówne traktowanie części uczciwej i dyskryminowanie wykonawców oraz niedochowanie zasad konkurencji,
- art. 44 ust. 3 akapit 3 Dyrektywy 2004/18/We Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień

publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi Dz.U.UE z dnia 30 kwietnia 2004 roku z art. 65 ust. 2 akapit 1 Dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, marca 2014 roku poprzez ustalenie nieobiektywnych Dz.U.UE z dnia 28 i dyskryminacyjnych kryteriów ograniczenia liczby wykonawców,

- art. 173 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej poprzez wprowadzenie nieuzasadnionych barier w dostępie do rynku małych i średnich przedsiębiorstw.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany i opisu zasad prekwalifikacji dla II części zamówienia poprzez:

- alternatywnie albo określenie przez zamawiającego, jaka maksymalna wartość zdolności finansowej (posiadane środki finansowane lub zdolność kredytowa) będzie brana pod uwagę w ramach prekwalifikacji albo usunięcie oceny zdolności finansowej z kryteriów prekwalifikacji,
- doprecyzowanie opisu zasad prekwalifikacji w zakresie odnoszącym się do okoliczności, w badał jakich zamawiający będzie zdolność finansową wykonawców,
- a także rozstrzygnięcie ewentualnej możliwości lub braku możliwości dysponowania przez wykonawców zasobami finansowymi podmiotów trzecich w zakresie odnoszącym się do prekwalifikacji.

Następnie odwołujący stwierdził, że to zamawiający pełni rolę gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia, w związku z czym odwołujący przedstawia jedynie propozycję, sugestię modyfikacji wprowadzonego kryterium decydującego o ostatecznym kształcie listy podmiotów zaproszonych do składania ofert.

Propozycja I:

W przypadku, gdy dwóch lub więcej wykonawców uzyska tę samą liczbę punktów w zakresie wiedzy i doświadczenia na ostatniej pozycji kwalifikującej do zaproszenia do składania ofert, dodatkowej ocenie podlegać będzie zdolność finansowa wykonawców sklasyfikowanych na przywołanej powyżej ostatniej pozycji, według następującej zasady - za posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości wyższej niż określone jako minimalne 6.500.000 PLN - zamawiający przyzna 1 punkt za każdy dodatkowy 1.000.000 PLN, jednak nie więcej niż 100 punktów. W przypadku, gdy po przyznaniu punktów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz zdolności finansowej i dokonaniu klasyfikacji wykonawców z ostatniej pozycji, dwóch lub więcej Wykonawców nadal uzyska tyle samo punktów, wówczas zamawiający zaprosi wszystkich tych wykonawców. Zamawiający zastrzega jednocześnie, iż przy ocenie punktowej wniosków weźmie pod uwagę wyłącznie

zasoby własne wykonawcy w zakresie zdolności finansowej lub sumę tych zasobów w przypadku działania wykonawców na zasadzie art. 23 PZP, a wykonawca nie może polegać na zasobach w zakresie zdolności finansowej innych podmiotów, w celu uzyskania wyższej pozycji w rankingu podmiotów zaproszonych do składania ofert.
Propozycja II (alternatywnie):
W przypadku, gdy dwóch lub więcej wykonawców uzyska tę samą liczbę punktów na ostatniej pozycji kwalifikującej do zaproszenia do składania ofert, a ilość przekroczy przewidywaną liczbę 5 wykonawców, to zamawiający zaprosi tych wszystkich Wykonawców do składania ofert.

W pierwszej kolejności odwołujący zwrócił uwagę na wielokrotność wprowadzonych zmian w okresie od 6 października 2015 roku do dnia 23 lutego 2016 roku, co w ocenie odwołującego prowadzi do braku przejrzystości warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia. Przedmiotowe zmiany odwołujący przedstawił w ujęciu tabelarycznym. Podniósł, że zamawiający wielokrotnie wprowadzał nową treść nie wskazując jednoznacznie, w jakim zakresie poprzednie brzmienie ogłoszenia zostało uchylone, w związku z czym, zdaniem odwołującego, istnieje konieczność sporządzenia przez zamawiającego tekstu jednolitego ogłoszenia, który umożliwi wykonawcom przygotowanie prawidłowych dokumentów się na o do składających wniosek dopuszczenie przedmiotowego postępowania.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, odwołujący wskazywał, co następuje.

1. Zarzut dotyczący niezasadnego dyskryminowania niektórych wykonawców w trakcie prekwalifikacji.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z treścią sekcji II ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający w ramach prekwalifikacji będzie oceniał doświadczenie wykonawcy we wdrożeniu sieci oraz DWDM lub IP-MPLS. szkieletowych węzłów routerów Podał, iż w dniu 23 lutego 2016 roku zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej informację, zgodnie z którą: *„Maksymalna liczba punktów przyznanych w ramach kryteriów określonych w punkcie 1 powyżej wynosi 100",* a zarazem zgodnie z nowym brzmieniem opisu zasad prekwalifikacji: *„W przypadku, gdy po przyznaniu punktów i dokonaniu klasyfikacji Wykonawców, dwóch lub więcej Wykonawców uzyska tyle samo punktów (na pozycjach od 1 do 5), wówczas o tym którzy Wykonawcy zostaną zaproszeni do składania ofert, decydować będzie wykazana wysokość posiadanych* środków *finansowych oraz zdolność kredytowa Wykonawcy (suma wykazanych posiadanych* środków *finansowych oraz zdolności kredytowej)."*

Podkreślił, że zamawiający uchylił pierwotną treść w zakresie zasady, że im więcej środków finansowych lub większa zdolność kredytowa, tym wyższe miejsce w klasyfikacji, jednocześnie wprowadzając jednak nową zasadę w zakresie sumy wykazanych posiadanych środków finansowych oraz zdolności kredytowej.

Zdaniem odwołującego tak sporządzony opis zasad prekwalifikacji jest nieobiektywny oraz dyskryminujący dla małych oraz średnich przedsiębiorców ubiegających się o udział w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zauważył, że na tym etapie postępowania (etap składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) nie jest określona jeszcze wartość przedmiotu zamówienia, ale ze względu na wysokość wadium, wartość II części zamówienia odwołujący szacuje na kwotę powyżej 100 mln złotych, co oznacza, że zainteresowanie tym postępowaniem będzie duże. Następnie odwołujący podniósł, że opis doświadczenia wykonawców badanego w ramach prekwalifikacji odnosi się do świadczeń typowych dla rynku telekomunikacyjnego, wiele bowiem podmiotów dysponuje znaczącym doświadczeniem w tym zakresie. Zdaniem odwołującego, biorąc pod uwagę również to, że zamawiający zaprosi do składania ofert tylko pięciu wykonawców, to jest niemal pewne, iż o tym kto zostanie zaproszony do składania ofert decydować będzie faktycznie zdolność finansowa wykonawcy. Podkreślił, że zamawiający nie ustanawia żadnego górnego limitu zdolności finansowej branej pod uwagę. Odwołujący stwierdził, że wobec tych okoliczności, jedynie najwięksi przedsiębiorcy na międzynarodowym rynku telekomunikacyjnym, dysponujący największymi zasobami finansowymi zostaną zaproszeni do składania ofert. Zatem, takie ukształtowanie opisu zasad prekwalifikacji w sposób bezzasadny dyskryminuje małych i średnich przedsiębiorców. W ocenie odwołującego,

jedynie zdolność finansowa na poziomie wartości II części zamówienia lub też nieznacznie wyższa ma znacznie dla niezakłóconego finansowania zamówienia. Zauważył, że posiadanie zdolności finansowej znacząco lub też wielokrotnie przewyższającej wartość zamówienia pozostaje bez związku z obowiązkami wykonawcy. Na zasadzie analogi odniósł się w tym zakresie do Informacji o wyniku kontroli doraźnej, znak: UZP/DKD/KND/12/11, dotyczącej opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdzie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że: *„Ustalone przez zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia - nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionego preferowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców. Formułując warunki udziału w postępowaniu zamawiający musi mieć pewność,* że *nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie.".* Odwołujący podniósł, że zamawiający wprowadzając rozwiązanie, które może prowadzić do umożliwienia udziału w przetargu uzależnionego od posiadania zdolności finansowej znacząco przewyższającej

wartość zamówienia, ustanawia nadmierne wymaganie. Podkreślił też, iż w przypadku oceny posiadanego przez wykonawcę doświadczenia, większe posiadane doświadczenie przedkładać się będzie na większą zdolność do wykonania zamówienia, natomiast w przypadku zasobów finansowych, powyżej pewnego poziomu skorelowanego z wartością zamówienia, zamawiający oceniać będzie potencjał wykonawcy w oderwaniu od zdolności do wykonania zamówienia. Zdaniem odwołującego, sposób oceny w tym zakresie może zostać uznany za nieproporcjonalny, przy czym powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2011 roku, sygn. akt KIO 173/11, odnoszący się do kwestii nieproporcjonalności warunku. Zauważył też, iż jednym z założeń unijnych jest promowanie i zapewnienie dostępu do rynku małym i średnim przedsiębiorcom, 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). Zwrócił również uwagę na istotny dla systemu zamówień publicznych postulat wyrównania szans podmiotów dysponujących różnym potencjałem i w tym zakresie przywołał stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych, zawarte w: „Nowe podejście do zamówień publicznych — zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne", Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, 2011 rok. Następnie, przytoczył opinię Komisji Europejskiej wyrażoną w „Europejskim kodeksie najlepszych praktyk ułatwiających dostęp małym i średnim przedsiębiorstwom do zamówień publicznych", z której wynika m.in., iż: „Dyrektywy *WE dotyczące zamówień publicznych w sposób jednoznaczny potwierdzają orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, w myśl którego kryteria w zakresie zdolności finansowych i ekonomicznych muszą odnosić się i być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia".*

W ocenie odwołującego, bezzasadnym jest promowanie w ramach kryteriów prekwalifikacji zasobów finansowych wykonawcy w oderwaniu od wartości przedmiotu zamówienia, wobec czego zamawiający powinien zatem alternatywnie albo określić, jaka wartość maksymalna będzie brana pod uwagę (skorelowana w wartością zamówienia) lub też zrezygnować z tego elementu opisu zasad prekwalifikacji.

2. Zarzut dotyczący niejednoznaczności opisu zasad prekwalifikacji.

Odwołujący podniósł, że zmiana ogłoszenia o zamówieniu wprowadziła odmienny sposób tworzenia przez zamawiającego listy rankingowej, ponieważ zamawiający określił, że maksymalna liczba punktów przyznanych w ramach kryteriów określonych w punkcie 1 wynosi 100, z następującym zastrzeżeniem, że maksymalna liczba punktów przyznanych w ramach kryteriów określonych łącznie w punkcie 1.1. i 1.3. wynosi 50, natomiast

maksymalna liczba punktów przyznanych w ramach kryteriów określonych łącznie w punkcie 1.2, 1.4, 1.5 wynosi 50. Zdaniem odwołującego, wprowadzenie maksymalnej liczby punktów za wykazane doświadczenie nadaje nowe znaczenie, okoliczności, że ostateczne znaczenie w tym postępowaniu będzie odgrywać wykazana wysokość posiadanych środków

finansowych lub zdolności kredytowej. Stwierdził, że bardzo prawdopodobna jest sytuacja uzyskania takiej samej liczby punktów przez dwóch lub więcej wykonawców. Zauważył też, że czołowe, światowe korporacje z branży telekomunikacyjnej niezależnie od podstawy prawnej będą legitymować się taką ilością wdrożonych sieci, jednak maksymalnie niezależnie od ich liczby wartość ta zostanie zrównana tą samą liczbą punktów. Tym samym, w jego ocenie, sytuacja uzyskania takiej samej liczby punktów na pierwszej lub drugiej pozycji jest wysoce prawdopodobna i graniczą z pewnością. Zdaniem odwołującego, w tej sytuacji, o ostatecznym kształcie listy rankingowej decydować będzie wykazana wysokość posiadanych środków finansowych oraz zdolność kredytowa. Wskazał, że odwołanie staje się konieczne wobec niejasnych postanowień tego kryterium. Zwrócił też uwagę, że może dojść do udziału podmiotów, które nie mają doświadczenia dającego rękojmię rzetelnego wykonania zamówienia, lecz będą brały udział w postępowaniu dla wykazania potencjału finansowego. Podniósł, że z uwagi na powyższe, postawił zarzut sporządzenia niejednoznacznego, niejasnego opisu zasad prekwalifikacji. Zauważył, że literalna wykładania postanowienia wskazywałaby na to, że w każdym przypadku, gdy dwóch lub więcej wykonawców uzyska tyle samo punktów na pozycjach od 1 do 5, o tym którzy wykonawcy zostaną zaproszeni do składania ofert decydować będzie ich zdolność finansowa, a nie doświadczenie. Wskazał również, iż obowiązkiem zamawiającego jest zmierzać do zapewnienia transparentnych dla wykonawcy postanowień ogłoszenia, zwłaszcza tych opisujących sposób oceny wniosków oraz kryteriów decydujących o ostatecznej liście wykonawców po prekwalifikacji. Zauważył też, że odstąpienie od metody wykładni językowej jest możliwe jedynie w sytuacji, gdy jej rezultat prowadzi do sprzeczności z inną obowiązującą normą prawną, powoduje oczywistą i rażącą niesprawiedliwość, czy też wniosek wypływający z takiej wykładni jest absurdalny z punktu widzenia porządku społecznego lub logiki.

Odwołujący podniósł, że literalne odczytywanie zmienionego postanowienia może prowadzić do co najmniej trzech wariantów tworzenia listy rankingowej wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, a mianowicie:

a) wariant nr 1:

W przypadku, gdy na której którejkolwiek pozycji od 1 do 5, wystąpi sytuacja uzyskania przez wykonawcę takiej samej liczby punktów, wówczas lista rankingowa jest tworzona

w oparciu o wysokość wykazanego potencjału finansowego lub sumy potencjałów spośród wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do dialogu.

b) wariant nr 2:

Gdy na którymkolwiek miejscu od 1 do 5 zostanie zakwalifikowanych dwóch lub więcej wykonawców z tą samą liczbą punktów, to zgodnie z przyjętymi zasadami, jeśli pięciu wykonawców uzyska tyle samo punktów na pozycji 1, to o tym, który z tych wykonawców zajmujących pozycję ex aequo zostanie zaproszony do składania ofert decydować będzie jego zdolność finansowa. Jeżeli wystąpi taka sytuacja, że więcej niż pięciu wykonawców uzyska taką samą, maksymalną liczbę punktów (100), wówczas zamawiający będzie uprawniony do przeprowadzenia badania wartości wysokości potencjału finansowego i wyboru jednego wykonawcy.

c) wariant nr 3:

Trzeci możliwy wariant, według odwołującego, to sytuacja, gdy na miejscu od 1 do 5 dwóch lub więcej wykonawców uzyska taką samą liczbę punktów. Badanie zdolności finansowej będzie prowadzone wobec wszystkich wykonawców, którzy zajmą pięć pozycji, przewidzianych w ogłoszeniu, niezależnie od tego, czy daną pozycję zajmuje jeden czy ex aequo więcej wykonawców. Zatem o ile zdolność finansowa wykonawców na miejscu piątym będzie większa niż zdolność wykonawcy z miejsca pierwszego, to oni zostaną zaproszeni do składania ofert (z pominięciem wykonawcy pierwotnie zakwalifikowanego na miejscu pierwszym).

W ocenie odwołującego kwestionowane postanowienie jest niejednoznaczne, a działanie zamawiającego jest możliwe według każdego z przywołanych wariantów ze względu na nieprecyzyjność zapisów.

Następnie odwołujący stwierdził, że zamawiający w treści ogłoszenia jednoznacznie przesądził o możliwości posłużenia się udostępnionym doświadczeniem podmiotów trzecich w ramach prowadzonej prekwalifikacji oraz, że brak jest takiego rozstrzygnięcia,

czy w ramach wykazywanej w trakcie prekwalifikacji zdolności finansowanej także możliwym będzie wskazywanie na zasoby cudze, udostępnione wykonawcy przez podmioty trzecie. Wskazał, iż niejednoznaczność treści ogłoszenia w tym zakresie skutkować będzie powstaniem sporów na etapie badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Podniósł, że w analizowanym postępowaniu możliwy jest udział światowych korporacji w celowych, działających grupach kapitałowych, spółkach utworzonych przez macierzyste podmioty i każdy z nich może potraktować zdolność kredytową czy finansową spółki -"matki" jako własną, co przy luce w tym zakresie w ogłoszeniu, może stanowić dowolność przy uwzględnianiu zdolności dla celów przyznania punktacji

i to stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Natomiast ograniczenie przez zamawiającego zdolności finansowej i kredytowej do własnych zasobów wykonawcy oznacza konieczność ścisłego traktowania zdolności finansowej i kredytowej wykonawcy, a nie pozwala na rozciągnięcie tej zdolności na zasoby należące do podmiotu macierzystego. Podał, że problem ten kształtuje się również w przypadku wykonawców działających wspólnie, czy również wtedy będą te potencjały sumowane. Jego zdaniem konieczne jest doprecyzowanie treści ogłoszenia w tym zakresie.

W dniu 17 marca 2016 roku w trakcie posiedzenia z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o odrzucenie odwołania, a w przypadku nie uwzględnienia tego wniosku o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W pierwszej kolejności, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu: wykonawcę Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 7 marca 2016 roku zamieścił na swojej stronie internetowej kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W dniu 10 marca 2016 roku Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej doręczone zostało pismo zawierające zgłoszenia przystąpienia wykonawcy, o którym mowa powyżej, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony oraz załączył do przystąpienia dowody przesłania stronom kopii zgłoszenia przystąpienia.

Wobec powyższego należało uznać, że ww. wykonawca skutecznie dokonał zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, a tym samym stał się uczestnikiem tego postępowania.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem tj. w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu oraz zmianę ogłoszenia, której dotyczy odwołanie, tj. opublikowaną w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 lutego 2016 roku pod numerem 2016/S 039-064218, biorąc również pod uwagę odpowiedź zamawiającego na odwołanie z dnia 16 marca 2016 roku, a także stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestnika postępowania, Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zgodnie, z którym: *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi,* że: *odwołanie zostało wniesione*

po upływie terminu określonego w ustawie.

Przepis art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, iż: *Odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie:*
1) 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Odwołujący wskazywał w treści odwołania, że wnosi odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na zamianie treści ogłoszenia o zamówieniu z dnia 23 lutego 2016 roku. Zmiana ta została opublikowana w dniu 25 lutego 2016 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 039-064218. W ocenie Izby jednak przeczą temu okoliczności faktyczne sprawy, z których wynika, że sformułowanie zarzutów przez odwołującego w sposób określony w odwołaniu, prowadzi w istocie do obejścia przepisów prawa, dotyczących terminów wnoszenia odwołań. Słusznie, zdaniem Izby, zamawiający stwierdził, że podniesione przez odwołującego zarzuty tylko pozornie dotyczą zmiany treści ogłoszenia z dnia 23 lutego 2016 roku (opublikowanej w dniu 25 lutego 2016 roku).

Analiza treści odwołania, w tym zarzutów i żądań podniesionych w odwołaniu, a które zostały szerzej przytoczone powyżej, prowadzi do wniosku, że odwołujący kwestionuje zasadę prekwalifikacji wykonawców w ramach części II zamówienia w zakresie zdolności finansowej, którą zamawiający wprowadził na podstawie ogłoszenia opublikowanego w dniu 26 września 2015 roku.

Mianowicie, w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 września 2015 roku pod numerem 2015/S 187-340003 w sekcji II w Informacji o częściach zamówienia dla części 2 zamówienia w pkt 5 (Informacje dodatkowe na temat części zamówienia) ppkt 3 zamawiający zawarł postanowienie o treści następującej: *„W przypadku, gdy po przyznaniu punktów i dokonaniu klasyfikacji Wykonawców, dwóch lub więcej Wykonawców uzyska tyle samo punktów i nie będzie można ustalić miejsca w klasyfikacji tych Wykonawców na pozycjach od 1 do 5, o miejscu w klasyfikacji tych Wykonawców decydować będzie posiadanie* środków *finansowych lub zdolności kredytowej, według zasady im więcej* środków *finansowych lub im większa zdolność kredytowa, tym wyższe miejsce w klasyfikacji.”.*

Natomiast, po zmianie ogłoszenia opublikowanej w dniu 25 lutego 2016 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 039-064218, postanowienie, o którym mowa powyżej, *„W przypadku,* brzmi następująco: *gdy po przyznaniu punktów i dokonaniu klasyfikacji Wykonawców, dwóch lub więcej Wykonawców uzyska tyle samo punktów (na pozycjach od 1 do 5), wówczas o tym którzy Wykonawcy zostaną zaproszeni do składania ofert, decydować będzie wykazana wysokość posiadanych* środków *finansowych oraz zdolność kredytowa Wykonawcy (suma wykazanych posiadanych* środków *finansowych oraz zdolności kredytowej).”.*

Z powyższego wynika, że jedyna zmiana dotycząca opisu sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, w zakresie zdolności finansowej, w sytuacji, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu i po dokonaniu klasyfikacji w związku z przyznaniem punktów za wykazane doświadczenie, będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu (czyli jak w tym przypadku 5) polegała na tym, iż o zaproszeniu tym ma decydować suma posiadanych środków finansowych oraz zdolności kredytowej, a nie jak poprzednio alternatywnie wysokość środków finansowych albo wielkość zdolności kredytowej. Natomiast sama zasada w tym zakresie nie uległa zmianie, albowiem już od początku (tj. od ogłoszenia opublikowanego w dniu 26 września 2015 roku) zamawiający przewidywał, iż w przypadku, gdy po przyznaniu punktów w zakresie doświadczenia i dokonaniu klasyfikacji wykonawców, dwóch lub więcej wykonawców uzyska tyle samo punktów, w związku z czym na podstawie tak określonej liczby punktów nie będzie można wyłonić 5 wykonawców, którzy zostaliby zaproszeni do składania ofert, wówczas, o tym, którzy z nich zostaną zaproszeni do kolejnego etapu postępowania decydować będzie ocena ich zdolności finansowej.

Podkreślić również należy, że od początku, zamawiający nie przewidywał w zakresie oceny zdolności finansowej górnego limitu punktów, czego obecnie domaga się odwołujący. Jedyna różnica, jak już wcześniej wspomniano, polegała na tym, że pierwotnie ocenie miała

podlegać wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej, a po zmianie – suma środków finansowych i zdolności kredytowej, czego odwołujący w ogóle nie kwestionował. Konkludując, stwierdzić należy, iż odwołujący nie postawił zarzutu w zakresie w jakim nastąpiła zmiana ogłoszenia, lecz w istocie odwoływał się do zasad już poprzednio ustalonych.

Nie sposób też zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że odwołanie jest wniesione w terminie, bo zmieniła się kompleksowa ocena sytuacji wykonawcy w związku z wprowadzeniem przez zamawiającego, maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium odnoszącego się do doświadczenia. Zdaniem odwołującego, ze względu na specyfikę branży telekomunikacyjnej, gdzie jest bardzo prawdopodobne, że dwóch lub więcej wykonawców uzyska taką samą liczbę punktów za wykazane doświadczenie, wprowadzenie maksymalnej liczby punktów za doświadczenie nadaje nowe znaczenie okoliczności, że ostateczne znaczenie w tym postępowaniu będzie odgrywać wykazana wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej. Odnosząc się do tak przedstawionej argumentacji odwołującego stwierdzić należy, że jednak odwołujący nie sformułował zarzutów ani żądań w tym zakresie. Odwołujący wskazując, że opis zasad dokonywania prekwalifikacji kandydatów w oparciu o ocenę zdolności finansowej, bez ustanowienia maksymalnego limitu punktowego w ramach tej oceny, ma charakter dyskryminujący małych i średnich przedsiębiorców i jest nieproporcjonalny w stosunku do zamówienia, wnosił o określenie przez zamawiającego, jaka maksymalna wartość zdolności finansowej będzie brana pod uwagę w ramach prekwalifikacji albo alternatywnie o usunięcie oceny zdolności finansowej z kryteriów prekwalifikacji. Nie wnosił natomiast zarzutów, ani nie formułował żądań, w zakresie odnoszącym się do wprowadzenia maksymalnej ilości punktów przyznawanych za wykazane doświadczenie. A zatem, do zakreślenia granicy punktowej w zakresie doświadczenia, odnosił się jedynie w kontekście oceny zdolności finansowej i dyskryminującego, według niego, opisu sposobu dokonania wyboru wykonawców, którzy mają zostać zaproszeni do kolejnego etapu, wskazując właśnie na brak określenia górnej granicy zdolności finansowej jaką zamawiający weźmie pod uwagę. Stwierdzał też, że alternatywą może być usunięcie oceny zdolności finansowej z kryteriów prekwalifikacji. Wielokrotnie podkreślał, że wykazana suma środków finansowych i zdolności kredytowej będzie decydować o ostatecznym kształcie listy rankingowej.

Jednakże, jak już powyżej wskazano, sama zasada oceny zdolności finansowej, która jest kwestionowana przez odwołującego nie została zmieniona ogłoszeniem, opublikowanym w dniu 25 lutego 2016 r., zaś okoliczności, że zamawiający zmienił zasadę

tej oceny w ten sposób, że weźmie pod uwagę sumę posiadanych środków i zdolności kredytowej, odwołujący w ogóle nie kwestionował.

Co do pozostałych zarzutów, w tym w zakresie kwestii niejednoznaczności opisu zasad prekwalifikacji czy braku określenia czy przy zdolności finansowej można wykazać się zasobami podmiotów trzecich, sytuacja jest identyczna, tzn. nie zmieniło się nic w stosunku do poprzedniego brzmienia ogłoszenia, co by uzasadniało wniesienie tych zarzutów w związku z ostatnio dokonaną zmianą ogłoszenia (opublikowaną w dniu 25 lutego 2016 roku), a nie uprzednio.

Tym samym należy uznać, że odwołanie oparte na okolicznościach faktycznych i prawnych podnoszonych przez odwołującego winno być wniesione w terminie liczonym od daty opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 września 2015 r.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. b) oraz § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 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).

W związku z powyższym Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł, uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł, stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie przedstawionej faktury VAT.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: ……....……..