

**Sygn. akt: KIO 1175/16**

**KIO 1181/16**

**WYROK**

**z dnia 15 lipca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2016 r. przez:

- A. TTcomm Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (KIO 1175/16)
- B. Megmar Logistics & Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie (KIO 1181/16)

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie,

przy udziale:

- A. Megmar Logistics & Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1175/16 po stronie zamawiającego i wnoszącej sprzeciw względem uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego,
- B. Thales Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1181/16 po stronie zamawiającego i wnoszącej sprzeciw względem uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego,
- C. KenBIT K. i Wspólnicy Spółka jawna z siedzibą w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1181/16 po stronie

zamawiającego i wnoszącej sprzeciw względem uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego,

- D. SILTEC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1181/16 po stronie zamawiającego i nie wnoszącej sprzeciw względem uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie KIO 1175/16 w zakresie zarzutów dotyczących oceny wniosku Megmar Logistics & Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie,
2. oddala odwołanie KIO 1181/16 w zakresie zarzutów dotyczących oceny wniosków Thales Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i KenBIT K. i Wspólnicy Spółka jawna z siedzibą w Warszawie,
3. umarza postępowania odwoławcze KIO 1175/16 i KIO 1181/16 w pozostałym zakresie,
4. kosztami postępowania obciąża TTcomm Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Megmar Logistics & Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie i:
  - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez TTcomm Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Megmar Logistics & Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie tytułem wpisów od odwołań,
  - 4.2. zasądza od TTcomm Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz Megmar Logistics & Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 4.3. zasądza od Megmar Logistics & Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie na rzecz KenBIT K. i Wspólnicy Spółka jawna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset

złoty 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 (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący: .....**

**Sygn. akt: KIO 1175/16**

**Sygn. akt: KIO 1181/16**

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający, Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie, prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę dla Sił Zbrojnych RP 29 kpl. Średnich Terminali Satelitarnych (STS).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. Urz. UE nr 2015/S 044-076154 z dnia 4 marca 2015.

W dniu 21.06.2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

**Sygn. akt: KIO 1175/16**

W dniu 1 lipca 2016 TTcomm S.A. w Warszawie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem:

I. niezgodnej z przepisami PZP czynności Zamawiającego polegającej na błędnej ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego, przez Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1 S.A. (w odwołaniu jako „Uczestnik 1”), przez Konsorcjum firm: Wojskowy Instytut Łączności im. prof, dr hab. Janusza Groszkowskiego, W.Z. Wood System Integrator oraz Enamor sp. z o.o. (w odwołaniu jako „Uczestnik 2”), przez Magmar Logistics & Consulting sp. z o.o. (w odwołaniu jako „Uczestnik 3”) i tym samym błędnej ocenie wniosków: Odwołującego, Uczestnika 1, Uczestnika 2 i Uczestnika 3 o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, jak i błędnie przyznanej punktacji i dokonanej klasyfikacji Wykonawców biorących udział w Postępowaniu.

II. niezgodnego z przepisami PZP zaproszenia Uczestników 1-3 do złożenia ofert wstępnych w Postępowaniu, przy naruszeniu postanowień sekcji IV. 1.2. Ogłoszenia o zamówieniu;

III. niezgodnego z przepisami PZP zaniechania zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty wstępnej w Postępowaniu, z naruszeniem postanowień sekcji IV. 1.2. Ogłoszenia o zamówieniu.

Powyższymi czynnościami Odwołujący zarzucił:

A. naruszenie art. 57 ust. 2 i 3 PZP poprzez zaproszenie do składania ofert wstępnych Wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w Postępowaniu lub których klasyfikacja rankingowa została błędnie dokonana, w tym w szczególności:

**wobec Uczestnika 1:**

1. niezgodnym z PZP oraz zapisami z sekcji IV. 1.2) ust.1 oraz sekcji III.2.3) ust. 1 Ogłoszenia o zamówieniu przyznaniu Uczestnikowi 1 maksymalnej liczby 4 pkt za wykazane dostawy, w sytuacji gdy przedłożone przez Uczestnika 1 zobowiązanie innego podmiotu do oddania Uczestnikowi 1 do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia nie określa sposobu wykorzystania przez Uczestnika 1 zasobów, zakresu udziału innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia, jak i zastało podpisane przez osobę do tego nienależycie umocowaną tj. T.C. — poprzez co doszło do naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp.

2. niezgodnym z PZP uznaniu, iż Uczestnik 1 dysponuje odpowiednią wiedzą techniczną i doświadczeniem oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w sytuacji gdy Uczestnik 1 wskazał jako swego podwykonawcę podmiot trzeci, który nieskutecznie oddał mu do dyspozycji swoje zasoby nierozdzielnie związane z przedmiotem zamówienia — poprzez co doszło do naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 PZP w zw. z art. 36b ust. 2 PZP.

**wobec Uczestnika 2:**

3. niezgodnym z PZP oraz zapisami z sekcji IV. 1.2) ust.1 oraz sekcji III.2.3) ust. 1 Ogłoszenia o zamówieniu przyznaniu Uczestnikowi 2 maksymalnej liczby 4 pkt za wykazane dostawy, w sytuacji gdy przedłożone przez Uczestnika 2 zobowiązanie innego podmiotu tj. ASC Signal Corporation do oddania Uczestnikowi 2 do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia nie określa sposobu wykorzystania przez Uczestnika 2 zasobów, zakresu udziału innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia, jak i zastało złożone dla pozorów o czym świadczy jego treść — poprzez co doszło do naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 26 ust. 2b PZP.

4. niezgodnym z PZP uznaniu, iż Uczestnik 2 dysponuje odpowiednią wiedzą techniczną i doświadczeniem, jak i sytuacją ekonomiczną, w sytuacji gdy przedłożone przez Uczestnika 2 zobowiązanie innego podmiotu tj. Cenrex sp. z o.o. do oddania Uczestnikowi 2 do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia nie określa

sposobu wykorzystania przez Uczestnika 2 zasobów, zakresu udziału innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia, jak i zastało złożone dla pozorów o czym świadczy jego treść — poprzez co doszło do naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 26 ust. 2b PZP w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 PZP.

5. Niezgodnym z PZP oraz zapisami z sekcji V1.3) ust. 9 Ogłoszenia o zamówieniu, jak i § 7 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów jakich może Zamawiający żądać od Wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej „Rozporządzenia”), przyzwolenie na ominięcie prawa przez Uczestnika 2 i poświadczanie za zgodność z oryginałem kopii dokumentów dotyczących podmiotów (ASC Signal Corporation i Cenrex sp. z o.o.) na zasobach których Uczestnik 2 polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b PZP — poprzez co doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 PZP w zw. z § 7 ust. 2 Rozporządzenia.

6. Niezgodnym z PZP oraz zapisami IV. 1.2) ust.1 oraz sekcji III.2.3) ust. 1 Ogłoszenia o zamówieniu przyznaniu Uczestnikowi 2 maksymalnej liczby 4 pkt za wykazane dostawy, w sytuacji gdy jedna i ta sama dostawa tj. dostawa mobilnego systemu łączności satelitarnej Swe-Dish DA 150 K została umieszczona zarówno w wykazie członka Uczestnika 2 - W.Z. Wood Integrator, jak i w wykazie podmiotu udostępniającego zasoby Uczestnikowi 2 tj. Cenrex sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - poprzez co doszło do naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP.

7. Niezgodnym z PZP oraz zapisami IV.1.2) ust.1 oraz sekcji III.2.3) ust. 1 Ogłoszenia o zamówieniu przyznaniu Uczestnikowi 2 maksymalnej liczby 4 pkt za wykazane dostawy, w sytuacji gdy jedna z dostaw tj. dostawa okrętowego terminala satelitarnego SHF SATCOM z dwoma antenami 1,15 m na OPU ŚLĄZAK — jest planowaną jednorazową dostawą (w toku) a nie świadczeniem okresowym lub ciągłym realizowanym na rzecz Zamawiającego - poprzez co doszło do naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP.

### **wobec Uczestnika 3:**

8. Niezgodnym z PZP oraz zapisami IV.1.2) ust.1 oraz sekcji III.2.3) ust. 1 Ogłoszenia o zamówieniu przyznaniu Uczestnikowi 3 liczby 2 pkt za wykazane dostawy, w sytuacji gdy Uczestnik 3 w ramach jednej umowy dokonał dostawy 3 terminali satelitarnych YSAT o aperturze anteny 1,2 m, które Zamawiający zakwalifikował jako 3 różne dostawy - poprzez co doszło do naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP.

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów nr. 1 -8:

B. niezgodnego z PZP zaniechaniem wezwania Uczestnika 1 i 2 do przedłożenia dokumentów potwierdzających odpowiednio zdolność techniczną i doświadczenie oraz zdolność techniczną i sytuację ekonomiczną, do czego Zamawiający był zobowiązany na

podstawie art. 26 ust. 3 PZP, jak i zaniechaniem wezwania Uczestnika 3 do przedłożenia wyjaśnień odnośnie wykazanych dostaw w trybie art. 26 ust. 4 PZP;

W dalszej kolejności czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

C. naruszenie art. 57 ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 25 ust. 1 PZP i art. 7 ust. 1 PZP poprzez nieuznanie przez Zamawiającego samodzielnie uzupełnionego przez Odwołującego „Wykazu wykonanych lub wykonywanych dostaw” w dniu 11 maja 2016 roku, w sytuacji gdy Wykaz złożony w dniu 20 kwietnia 2015 roku był w niekompletny, a ustawa PZP nie zabrania „samouzupełniania” dokumentów.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu, ergo unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności punktacji i klasyfikacji Wykonawców, jak i czynności zaproszenia do składania ofert wstępnych w Postępowaniu,
2. nakazanie przywrócenia Odwołującego do Postępowania, gdyż de facto jako wykonawca niezaproszony do składania ofert wstępnych został z Postępowania wykluczony (art. 57 ust. 3 zd. 2 PZP),
3. nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny spełniania warunków udziału i wniosków złożonych przez Wykonawców w Postępowaniu oraz dokonania ich prawidłowej klasyfikacji.
4. ewentualne wezwanie Uczestnika 1 i 2 do uzupełnienia stosownych dokumentów wskazanych w odwołaniu w trybie art. 26 ust. 3 PZP, w przypadku jeśli Uczestnicy 1 i 2 nie byli już wzywani do ich uzupełnienia w tożsamym zakresie.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

A1) Zarzut naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 PZP poprzez zaproszenie do składania ofert wstępnych Wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w Postępowaniu lub których klasyfikacja rankingowa została błędnie dokonana -wobec Uczestnika 1.

1. Uczestnik 1 do wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu załączył dokument stanowiący — rzekomo — zobowiązanie innego podmiotu do oddania Uczestnikowi 1 do dyspozycji niezbędnych zasobów na czas wykonywania zamówienia. W kontekście tego dokumentu należy wskazać na dwie istotne kwestie natury formalnej.

2. Po pierwsze, dokument załączony do wniosku, o którym mowa, nie może być w żadnej mierze uznany za zobowiązanie unormowane w art. 26 ust. 2b zd. 2 in fine PZP. Dokument

ten został podpisany przez osobę nieumocowaną do zaciągnięcia takiego zobowiązania, a tym samym także do podpisania takiego dokumentu. W konsekwencji, przedmiotowe „zobowiązanie” załączone przez Uczestnika 1 jest nie tylko nieskuteczne, ale przede wszystkim obarczone sankcją nieważności. Wynika to z faktu, że w pełnomocnictwie udzielonym p. T.C. wskazuje się, że jest on umocowany (wyłącznie) do „sporządzania, zatwierdzania i podpisywania w imieniu (...) [Ultra Electronics GigaSat—pryp■ własne] wszystkich wymaganych dokumentów do Wojskowych Zakładów Łączności (...), która ubiega się o udzielenie jej kontraktu w Inspektoracie Uzbrojenia Ministerstwa Obrony Narodowe/ (...Nie jest to zatem umocowanie obejmujące także moc prawną do zaciągnięcia w imieniu Uczestnika 1 zobowiązań, w tym zobowiązania o którym mowa w art. 28 ust. 2b in fine PZP. Jest to okoliczność bezsporna i jako taka nie wymaga obszernego uzasadnienia.

3. Jak wskazuje się w doktrynie, źródłem zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b PZP, może być wyłącznie umowa. Jest to zobowiązanie umowne. Zobowiązanie to nie może wynikać z jednostronnej czynności osoby udostępniającej swoje zasoby; prawo polskie, poza konstrukcją przyrzeczenia publicznego, nie zna konstrukcji jednostronnej czynności przyrzeczenia świadczenia. W piśmiennictwie wskazuje się jedynie, że na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego można przyjąć, że pisemne oświadczenie osoby udostępniającej swojej zasoby może stanowić dowód istnienia takiego zobowiązania. Oświadczenie to musi być jednak poprzedzone zawarciem stosownej umowy w przedmiocie zobowiązania do udostępnienia zasobów. W niniejszej sprawie z oświadczenia (tj. dokumentu podpisanego przez p. C.) Giga Communications Ltd. nie wynika, by między Uczestnikiem 1 a tym podmiotem doszło do zawarcia jakiegokolwiek umowy. Co ważniejsze jednak, nawet gdyby uznać treść tego oświadczenia za wystarczającą, należy przyjąć, że p. C. nie mógł skutecznie złożyć takiego oświadczenia, gdyż nie został do tego (skutecznie) umocowany. Z treści pełnomocnictwa nie wynika bowiem, by p. C. został umocowany także do składania oświadczeń woli lub oświadczeń wiedzy w imieniu „mocodawcy”, o którym mowa niżej. Trudno zresztą przyjąć, by tak szerokie i nieprecyzyjne (niezależnie od trudności w postaci subtelności semantycznych między językami oryginału i przekładu dokumentu pełnomocnictwa) umocowanie obejmowało „blankietową zgodę” na dokonywanie wszelkich czynności w postępowaniu, zwłaszcza że nie wszystkie czynności, jakich hipotetycznie może dokonywać p. C. na podstawie takiego „pełnomocnictwa” pozostają immanentnie związane z przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia.

4. Ponadto, nawet gdyby przyjąć, że dokument załączony przez Uczestnika 1 jako „zobowiązanie” podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji jego zasobów ma pełną moc prawną i został skutecznie podpisany przez p. C., czemu Odwołujący zaprzecza, warto

dostrzec jeszcze jeden aspekt ubezskuteczniający to „zobowiązanie”. Przedmiotowe oświadczenie złożone przez p. C. w ogóle nie potwierdza istnienia zobowiązania Giga Communications Ltd, wbrew nadanej mu nazwie (tj. „Zobowiązanie podmiotu do oddania

W tym zakresie wypowiedziała się już

KIO w wyroku z dnia 13 stycznia 2011 r.<sup>3</sup>, stwierdzając, że samo oświadczenie podmiotu trzeciego, że będzie on wspierać swoimi zasobami danego uczestnika nie potwierdza jeszcze eo ipso istnienia zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia w przyszłości swoich zasobów temu uczestnikowi. Oświadczenie takie, zdaniem KIO, nie stanowi wiążącego strony zobowiązania do udostępnienia w przyszłości swoich zasobów, a ma jedynie charakter deklaratoryjny, mało konkretny i lakoniczny. Przede wszystkim nie wynika z tego „zobowiązania”, na czym konkretnie miałyby polegać udostępnienie zasobów (sposób udostępnienie) w postaci wiedzy i doświadczenia.

5. W tym miejscu warto przytoczyć fragment ww. wyroku KIO z 13 stycznia 2011 r.: „Z Oświadczenia IHI można jedynie domniemywać, iż wsparcie IHI wyrażać ma się w ewentualnej dostawie generatora pary dla potrzeb projektu Elektrowni J. III. Nie ulega wątpliwości, iż dysponowanie wymienionymi wart. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia oświadczenie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu będzie czy też nie będzie uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie oraz czy nastąpi udzielenie potencjału innego podmiotu oraz czy podmiot udzielający odpowiednich zasobów rzeczywiście je posiada. Oświadczenie IHI zaproponowane przez Wykonawcę - B. nie posiada doniosłości prawnej w świetle wymogu przewidzianego przez ustawodawcę w art. 26 ust. 2b Ustawy. Nie stanowi ono bowiem dokumentu, który w sposób niezbity potwierdza istnienie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia w przyszłości swoich zasobów wykonawcy celem wykorzystania ich do realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym Wykonawca - B. nie spełnił wymogu postawionego w pkt III.2.3 ppkt B Ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący zaznaczył także, że w tym punkcie postawiono warunek, iż- "Wykonawcy wykażą się wykonaniem zgodnie z Zasadami sztuki budowlanej i prawidłowym ukończeniu przynajmniej jednego zamówienia w formule "pod klucz]", którego zakres przedmiotowy obejmował minimum zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie zakończone przejściem do eksploatacji jednego kompletnego kotła o parametrach nad krytycznych opalanego węglem wraz z niezbędnymi układami (—)"■  
Zatem Oświadczenie IHI dotyczące jak należy domniemywać jedynie intencji wsparcia B. u S.A. poprzez dostawę generatora pary nie obejmuje: zobowiązania do zaprojektowania,

dostarczenia i uruchomienia zakończonego przejęciem do eksploatacji kompletnego kotła [wszystkie wyróżn. własne]”.

6. Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Giga Communications Ltd. wyraziła jedynie niewiążącą intencję wsparcia w przyszłości Uczestnika 1, i to w niejasny sposób oraz w niejasnym zakresie (K!!!).. Z powodów wskazanych powyżej w wyroku KIO dokument złożony przez Uczestnika 1 jako „zobowiązanie podmiotu trzeciego” zasługuje na pominięcie.

7. Jedynie na marginesie można wskazać, że samo umocowanie zawarte w Pełnomocnictwie dla p. T. C. jest wysoce wątpliwe i niejasne pod względem jego zakresu. Jak wskazano powyżej, p. C. został umocowany do dokonywania określonych czynności, tj. do „sporządzania, zatwierdzania i podpisywania (...) dokumentów do Wojskowych Zakładów Łączności Nr 1 S.A. (...), która ubiega się o udzielenie jej kontraktu w Inspektoracie Uzbrojenia (...) [wyróżn. własne] ‘na dostawę dla Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej 29 kompletów Średnich Terminali Satelitarnych (STS)’ Nr ref. postępowania: IU/9/U-87/ZO/NZO/DOS/SS/2015”. Z tego „pełnomocnictwa” nie wynika, w czyim imieniu i na czyją rzecz ma działać „pełnomocnik” (Ld!!) ani też nie wynika z niego, że pełnomocnik ma działać w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia (rzd!!). Należy tymczasem podnieść, że w art. 2 pkt 7a PZP zamieszczono legalną definicję postępowania o udzielenie zamówienia, w tym datę, od której należy liczyć początek tego postępowania, oraz jego koniec<sup>4</sup>. W „pełnomocnictwie” mowa jedynie o pewnym „kontrakcie”. W związku z powyższym, nie jest jasne, kto jest mocodawcą p. C. ani kto jest beneficjentem dokonywanych przez niego czynności, a ponadto jaki charakter i walor prawny mają mieć przedsięwzięte przez niego czynności.

8. W konkluzji należy stwierdzić, że podważenia wymaga pełnomocnictwo dla p. T. C. jak i zakres jego umocowania, w tym zwłaszcza brak umocowania p. C. do zaciągania zobowiązania do oddania do dyspozycji Wykonawcy posiadanych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia w zakresie produkcji anten satelitarnych. Implikacją powyższego jest wniosek, że p. C. nie może skutecznie zaciągnąć takiego zobowiązania na rzecz Uczestnika 1, zaś złożenie przez niego podpisu na ww. dokumencie załączonym do wniosku przez Uczestnika 1 — jako wykraczające poza zakres umocowania — również takiego zobowiązania nie kreuje. W konsekwencji zatem należy przyjąć, że Uczestnik 1 nie złożył skutecznie wraz z wnioskiem dowodu zaciągnięcia zobowiązania do oddania do dyspozycji Wykonawcy posiadanych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia w zakresie produkcji anten satelitarnych. Innymi słowy, dokument ten („zobowiązanie”) uznać wypada za niebyły.

9. Jak wskazano powyżej, Uczestnik 1 wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu przedłożył Dokument — „Zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy posiadanych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia w zakresie produkcji anten satelitarnych (dalej w pkt AI jako „Zobowiązanie” lub „Zobowiązanie Giga”). Jako sposób wykorzystywania w/w zasobów przez Uczestnika 1 wskazano podwykonawstwo. Jednocześnie podmiot udzielający zasoby Giga Communications Limited (dalej „Giga”) zapewniła, że będzie brała udział w realizacji zamówienia a z Uczestnikiem 1 będzie ją łączył stosunek oparty na podwykonawstwie. Zatem Giga zobowiązała się udostępnić zasoby Uczestnikowi 1 poprzez podwykonawstwo w oparciu o umowę o podwykonawstwo.

10. Otóż z takiego zobowiązania nic nie wynika, a już na pewno nie sposób wywieść w jaki sposób i w jakim zakresie Giga zamierza zasoby wiedzy i doświadczenia oraz osób udostępniać Wykonawcy. Co konkretnie oznacza, że wiedza i doświadczenie oraz osoby będą udostępniane przez podwykonawstwo ? Otóż bez dokonania rozwinięcia sposobu wykorzystania udostępnianych zasobów Zamawiający nie jest tak naprawdę w stanie ocenić, czy zobowiązanie takie nie jest udzielone dla pozorów.

11. Giga w swoim Zobowiązaniu winna dokonać rozwinięcia poprzez jakie konkretne działania/czynności nastąpi udostępnienie/wykorzystanie zasobów. Wskazanie wyłącznie jako sposobu wykorzystania zasobów „podwykonawstwa” bez rozwinięcia poprzez co będzie się ono wyrażać np. przekazywania stosownego know-how odnośnie instalacji, zapewnianie usług konsultacyjnych i doradczych, wsparcie szkolenia personelu lub delegowanie personelu własnego itd., sprawia że przedłożone zobowiązanie nie spełnia ani wymogu z art. 26 ust. 2b PZP, ani z Ogłoszenia o zamówieniu.

12. Należy zauważyć, że Zamawiający wskazywał wyraźnie w sekcji III.2.1) ust. 6 Ogłoszenia o zamówieniu, iż polega na zasobach a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia (jak Giga), w celu oceny przez Zamawiającego, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Wykonawca dostarczy: 1) pisemne zobowiązanie podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, określające: a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu; b) sposób wykorzystania przez Wykonawcę zasobów innego podmiotu podczas wykonywania zamówienia; c) charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem; zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia.

13. Pragnę wskazać, że powoływanie się na potencjał podmiotu trzeciego w postaci wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami tylko dla wykazania spełnienia warunku udziału lub zwiększenia pozycji rankingowej w postępowaniu, bez wykazania realnej potrzeby i możliwości wykorzystania takiego potencjału w trakcie realizacji zamówienia, niweluje cel wprowadzenia regulacji art. 26 ust. 2b PZP. Zważyć należy, iż zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wykazywanie przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia postawionych przez zamawiającego warunków samodzielnie, co uprawdopodobnia udzielenie zamówienia wykonawcy zdolnemu do jego należytej realizacji. Z uwagi na powyższe, w sytuacji korzystania przez wykonawcę z wyjątku od wskazanej normy, tj. z możliwości powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego, wykonawca powinien dochować należytej staranności i udowodnić zamawiającemu, iż dysponuje w sposób rzeczywisty określonym zasobem, który będzie w konkretny sposób wykorzystywany w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. W innym przypadku, ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu byłaby jedynie pozorna, a realizacja zamówienia powierzona zostałaby wykonawcy nie posiadającemu wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia lub zasobu kadrowego.

14. Za wypełnienie obowiązku udowodnienia, nałożonego na wykonawcę w art. 26 ust. 2b PZP nie można uznać niezwykle ogólnych oświadczeń, sprowadzających się de facto do dwóch zdań: „Oddamy Wykonawcy zasób wiedzy i doświadczenia oraz osób (...). Wskazany w pkt. 1 zasób będzie wykorzystywany poprzez podwykonawstwo (...)”. Taka treść zobowiązania podmiotu trzeciego nie gwarantuje Zamawiającemu choćby w minimalnym stopniu, że wiedza i doświadczenia podmiotu trzeciego znajdą jakiegokolwiek

wydzźwięk w realizacji przedmiotu zamówienia. Jak owe podwykonawstwo w zakresie wiedzy i doświadczenia będzie się odbywać.

15. Odwołujący wskazuje na treść wyroku KIO z dnia 4 maja 2015 roku (KIO 804/15), która koresponduje z wyżej podniesioną argumentacją. Izba uznała, że: „Z treści przedłożonego zobowiązania powinno wynikać, w jaki sposób podmiot będzie udostępniał posiadaną wiedzę i doświadczenie. Na podstawie takiej treści można dokonać oceny, czy rzeczywiście nastąpi realne udostępnienie wskazanych zasobów. Zamawiający musi znać treść łączącego podmiot trzeci i odwołującego stosunku zobowiązaniowego, wynikających z niego praw i obowiązków, aby móc dokonać analizy czy sposób jego ukształtowania umożliwi odwołującemu rzeczywiste korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego. W przeciwnym wypadku poleganie na zasobach innego podmiotu mogłoby zasadnie być ocenione jako iluzoryczne. W istocie zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia mają być wykorzystane tylko w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu”.

16. Minimum jakie powinien wykonać Zamawiający, w związku z taką z nie inną treścią Zobowiązania Giga, to wezwać Uczestnika 1 na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 PZP m.in. do złożenia dokumentów/wyjaśnień dotyczących w szczególności: a) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Uczestnika 1, przy wykonywaniu zamówienia; b) zakresu udziału Giga, która udostępniła zasoby dla Uczestnika 1. Zamawiający nie otrzymał bowiem w Zobowiązaniu Giga wystarczających informacji, w jaki sposób „podwykonawstwo” deklarowane w zobowiązaniu będzie wykonywane i w jaki sposób wiedza i doświadczenie zostanie przekazana Uczestnikowi 1 podczas wykonywania przedmiotu zamówienia.

17. W związku z uznaniem przez Zamawiającego Zobowiązania Giga za skuteczne, doszło do wypaczenia klasyfikacji rankingowej, poprzez przyznanie dodatkowych punktów Uczestnikowi 1 za dostawy zrealizowane przez Giga i ujęte w wykazie dostaw Giga dołączonym do wniosku Uczestnika 1. Tym samym doszło do naruszenia art. 57 ust. 3 PZP bowiem wyłonienie Uczestnika 1 nastąpiło w sposób nieobiektywny i dyskryminacyjny, nastąpiło bowiem przy uwzględnieniu w klasyfikacji rankingowej dostaw zrealizowanych przez Giga, które nie powinny być przez Zamawiającego brane pod uwagę.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 PZP w zw. z art. 36b ust. 2 PZP poprzez uznanie, iż Uczestnik 1 dysponuje odpowiednią wiedzą techniczną i doświadczeniem oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w sytuacji gdy Uczestnik 1 wskazał jako swego podwykonawcę podmiot trzeci, który nieskutecznie oddał mu do dyspozycji swoje zasoby nierozzerwalnie związane z przedmiotem zamówienia. W związku z zamiarem powierzenia części zamówienia podwykonawcy Giga, na zasobach którego Uczestnik 1 polegał w celu wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz podniesienia swojej pozycji rankingowej pośród Wykonawców biorących udział w Postępowaniu, należy przyjąć, że Uczestnik 1 nie będzie w stanie skutecznie zrealizować przedmiotu zamówienia, z uwagi na nieskuteczne Zobowiązanie Giga. Udostępniane przez Giga zasoby wiedzy i doświadczenia, jak i osób zdolnych do realizacji zamówienia miały być nierozzerwalnie związane z przedmiotem zamówienia. Co więcej, to właśnie Giga w związku z oświadczeniem Uczestnika o powierzeniu części zamówienia podwykonawcy miała dostarczyć antenę satelitarną.

18. Nieskuteczność Zobowiązania Giga pociąga prowadzi do zaistnienia tożsamyh okoliczności, o których mowa w art. 36b ust. 2 PZP. Uczestnik 1 winien zatem wykazać Zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 PZP (w przedmiotowym przypadku art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 PZP).

A2) Zarzut naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 PZP poprzez zaproszenie do składania ofert wstępnych Wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w Postępowaniu lub których klasyfikacja rankingowa została błędnie dokonana - wobec Uczestnika 2 tj.:

Zarzut naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 26 ust. 2b PZP poprzez przyznanie Uczestnikowi 2 maksymalnej liczby 4 pkt za wykazane dostawy, w sytuacji gdy przedłożone przez Uczestnika 2 zobowiązanie innego podmiotu tj. ASC Signal Corporation do oddania Uczestnikowi 2 do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia nie określa sposobu wykorzystania przez Uczestnika 2 zasobów, zakresu udziału innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia, jak i zastało złożone dla pozom o czym świadczy jego treść — poprzez c

Zarzut naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 26 ust. 2b PZP w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 PZP poprzez uznanie, iż Uczestnik 2 dysponuje odpowiednią wiedzą techniczną i doświadczeniem, jak i sytuacją ekonomiczną, w sytuacji gdy przedłożone przez Uczestnika 2 zobowiązanie innego podmiotu tj. Cenrex sp. z o.o. do oddania Uczestnikowi 2 do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia nie określa sposobu wykorzystania przez Uczestnika 2 zasobów, zakresu udziału innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia, jak i zastało złożone dla pozom o czym świadczy jego treść - poprzez co doszło do naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 26 ust. 2b PZP w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 PZP.

19. Uczestnik 2 wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu przedłożył Zobowiązanie firmy ASC Signal Corporation (dalej w pkt A2 jako „Zobowiązanie Signal”), w którym ASC Signal Corporation zobowiązuje się do oddania do dyspozycji Uczestnika 2 kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych w postaci: wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych dostaw w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane lub są wykonywane wraz z załączeniem dowodów (dokumentów) potwierdzających, że dostawa została wykonana lub jest wykonywana należycie. Udostępnienie w/w kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych nastąpić miało na cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia, w sposób, który okaże się konieczny lub użyteczny dla prawidłowej jego realizacji. Powyższe „ustalenie” będzie realizowane w formie umowy cywilnoprawnej. W przedmiotowym postępowaniu firma ASC Signal Corporation występuje jako podwykonawca.

20. Uczestnik 2 wraz wnioskiem o dopuszczeniu do udziału w Postępowaniu przedłożył również drugie Zobowiązanie firmy działającej pod nazwą Cenrex sp. z o.o. (dalej w pkt A2 jako „Zobowiązanie Cenrex”), w którym to Cenrex sp. z o.o. zobowiązuje się do oddania do dyspozycji Uczestnika 2 zasobów ekonomicznych i finansowych oraz kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych w postaci: a) informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy w wysokości co najmniej 20.000.000 zł, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia; b) opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 20.000.000 zł; c) wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane lub są wykonywane wraz z załączeniem dowodów (dokumentów) potwierdzających, że dostawa została wykonana należycie. Udostępnienie w/w zasobów ekonomicznych i finansowych oraz kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych nastąpić miało na cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia, w sposób, który okaże się konieczny lub użyteczny dla prawidłowej jego realizacji przez Wykonawcę. Powyższe „ustalenie” będzie realizowane w formie umowy cywilno-prawnej. W przedmiotowym postępowaniu firma Cenrex sp. z o.o. występuje jako podwykonawca.

21. Z uwagi, że przedłożone przez Uczestnika 2 Zobowiązanie Signal oraz Zobowiązanie Cenrex są niemal tożsame w treści i w konstrukcji, a różnią się wyłącznie zakresem udostępnianych zasobów, zarzuty Odwołującego odnośnie niespełniania przez wymogów z art. 26 ust. 2b PZP oraz z Ogłoszenia o zamówieniu przez przedłożone zobowiązania będą podnoszone łącznie w stosunku do obu zobowiązań.

22. Treść przedłożonych przez Uczestnika 2 zobowiązań nie potwierdza istnienia zobowiązania podmiotów trzecich — Signal i Cenrex - do udostępnienia swoich zasobów (kwalifikacji technicznych, zasobów ekonomicznych i finansowych) celem wykorzystania ich do realizacji przedmiotu zamówienia niniejszego Postępowania. Z Zobowiązanie Signal i Zobowiązania Cenrex nie wynika „zobowiązanie” do udostępnienia zasobów, a do udostępnienia dokumentów tj. wykazu wykonanych dostaw (odnośnie Zobowiązania Signal) oraz informacji z banku, opłaconej polisy, wykazu wykonanych dostaw (odnośnie Zobowiązania Cenrex) — na potrzeby niniejszego Postępowania. Jako rzekomy sposób wykorzystywania udostępnianych „zasobów” (w rzeczywistości dokumentów) Signal i Cenrex

wskazują "sposób, który okaże się konieczny lub użyteczny dla prawidłowej jego realizacji przez Wykonawcę", czyli de facto żaden sposób nie został przez te podmioty wskazany.

23. Otóż z w/w zobowiązań nic nie wynika, a już na pewno nie sposób wywieźć w jaki sposób i w jakim zakresie Signal i Cenrex zamierzają zasoby kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych oraz ekonomiczne i finansowe udostępnić Wykonawcy, poza udostępnieniem dokumentów wyłącznie na potrzeby spełnienia przez Uczestnika 2 warunków udziału w Postępowaniu, bądź w celu uzyskania wyższej pozycji rankingowej w zakresie zrealizowanych dostaw. Co konkretnie oznacza, że zasoby kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych oraz ekonomiczne i finansowe w postaci wykazów wykonanych dostaw, informacji z banku o posiadanych środkach (zdolności kredytowej), polisy będą udostępniane w "sposób, który okaże się konieczny lub użyteczny dla prawidłowej jego realizacji przez Wykonawcę". Odwołujący pragnie podnieść, że bez dokonania rozwinięcia sposobu wykorzystania udostępnianych zasobów i ich zakresu, Zamawiający winien przyjąć, że zobowiązania Signal i Cenrex zostały złożone dla pozorów i są co najwyżej zobowiązaniami do udostępnienia dokumentów.

24. Zarówno Signal, jak i Cenrex w swoich „Zobowiązaniach” winny dokonać rozwinięcia poprzez jakie konkretne działania/czynności nastąpi udostępnienie/wykorzystanie zasobów. Wskazanie wyłącznie jako sposobu wykorzystania zasobów czynności „koniecznych lub użytecznych” bez rozwinięcia poprzez co będą się ono wyrażać np. przekazywania stosownego know-how odnośnie instalacji, zapewnianie usług konsultacyjnych i doradczych, wsparcie szkolenia personelu lub delegowanie personelu własnego — odnośnie zasobów technicznych i/lub zawodowych oraz zapewnianie płynności finansowej Uczestnika 2, zapewnianie niezbędnych środków pieniężnych w toku realizacji przedmiotu zamówienia poprzez udzielanie pożyczek, poręczenie —

odnośnie zasobów ekonomicznych i finansowych. Za absurdalne należy uznać jak to przyjął Zamawiający, że udzielenie dostępu do informacji z banku i polisy jest skutecznym zobowiązaniem się Cenrex do udostępnienia swoich zasobów ekonomicznych i finansowych, bez najmniejszej konkretyzacji w jaki sposób miałyby to nastąpić w toku realizacji zamówienia.

25. Przytoczone powyżej dosłowne brzmienie zobowiązań Signal i Cenrex sprawia, że nie sposób im przypisać spełnienia wymogów z art. 26 ust. 2b PZP oraz z Ogłoszenia o zamówieniu. Należy zauważyć, że Zamawiający wskazywał wyraźnie w sekcji III.2.1) ust. 6 Ogłoszenia o zamówieniu, iż polega na zasobach a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia (podwykonawcy jak Signal czy Cenrex), w celu oceny przez Zamawiającego, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący

Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Wykonawca dostarczy: 1) pisemne zobowiązanie podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, określające: a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu; b) sposób wykorzystania przez Wykonawcę zasobów innego podmiotu podczas wykonywania zamówienia; c) charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem; zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia.

26. Za wypełnienie obowiązku udowodnienia, nałożonego na wykonawcę w art. 26 ust. 2b PZP nie można uznać niezwykle ogólnych oświadczeń, sprowadzających się de facto do dwóch zdań: „Oddamy Wykonawcy zasoby kwalifikacji technicznych i zawodowych oraz ekonomiczne i finansowe w postaci dokumentów (...). Udostępnimy zasoby w sposób, który okaże się konieczny lub użyteczny”. Taka treść zobowiązania podmiotu trzeciego nie gwarantuje Zamawiającemu choćby w minimalnym stopniu, że wiedza techniczna i potencjał ekonomiczny podmiotu trzeciego znajdą jakiegokolwiek wydzźwięk w realizacji przedmiotu zamówienia.

27. Odwołujący wskazuje na treść wyroku KIO z dnia 4 maja 2015 roku (KIO 804/15), która koresponduje z wyżej podniesioną argumentacją. Izba uznała, że: „Z treści przedłożonego zobowiązania powinno wynikać, w jaki sposób podmiot będzie udostępniał posiadaną wiedzę i doświadczenie. Na podstawie takiej treści można dokonać oceny, czy rzeczywiście nastąpi realne udostępnienie wskazanych zasobów. Zamawiający musi znać treść łączącego podmiot trzeci i odwołującego stosunku zobowiązaniowego, wynikających z niego praw i obowiązków, aby móc dokonać analizy czy sposób jego ukształtowania umożliwi odwołującemu rzeczywiste korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego. W przeciwnym wypadku poleganie na zasobach innego podmiotu mogłoby zasadnie być ocenione jako iluzoryczne. W istocie zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia mają być wykorzystane tylko w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu”.

28. Nie ulega wątpliwości, że dysponowanie wymienionymi w art. 26 ust. 2b PZP zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów Zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia oświadczenie/zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu będzie czy też nie będzie uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie oraz czy nastąpi udzielenie potencjału innego podmiotu oraz czy podmiot udzielający odpowiednich zasobów rzeczywiście je posiada, co znalazło swój wyraz w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2010 r. KIO/UZP 1288/10.

29. Minimum jakie powinien wykonać Zamawiający, w związku z taką z nie inną treścią Zobowiązania Signal i Zobowiązania Cenrex, to wezwać Uczestnika 2 na podstawie art. 26

ust. 3 i 4 PZP m.in. do złożenia uzupełnienia dokumentów lub wyjaśnień dotyczących w szczególności: a) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Uczestnika 1, przy wykonywaniu zamówienia; b) zakresu udostępnianych zasobów i zakresu udziału Signa i Genrex, które rzekomo udostępniły zasoby dla Uczestnika 2. Zamawiający nie otrzymał bowiem w zobowiązaniach udzielonych Uczestnikowi 2 wystarczających informacji, chociażby w jaki sposób „konieczny i użyteczny” deklarowany w zobowiązaniach będą zasoby udostępniane podczas wykonywania przedmiotu zamówienia.

30. W związku z uznaniem przez Zamawiającego zobowiązań Signal i Genrex za skuteczne, doszło do wypaczenia klasyfikacji rankingowej, poprzez przyznanie dodatkowych punktów Uczestnikowi 2 za dostawy zrealizowane przez Signal i Genrex, ujęte w ich wykazach dołączonym do wniosku Uczestnika 2. Tym samym doszło do naruszenia art. 57 ust. 3 PZP bowiem wyłonienie Uczestnika 2 nastąpiło w sposób nieobiektywny i dyskryminacyjny, nastąpiło bowiem przy uwzględnieniu w klasyfikacji rankingowej dostaw zrealizowanych przez Signal i Genrex, które nie powinny być przez Zamawiającego brane pod uwagę.

31. Co więcej, w związku z uznaniem przez Zamawiającego Zobowiązania Genrex za skuteczne i wiążące doszło do uznania, że Uczestnik 2 spełnia warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w sekcji III.2.2) ust. 1 pkt 1 i 2 Ogłoszenia o zamówienia, czym Zamawiający w sposób ewidentny naruszył art. 22 ust. 1 pkt 4 PZP. Tymczasem Zobowiązanie Genrex zaproponowane przez Uczestnika 2 nie posiada doniosłości prawnej w świetle wymogu przewidzianego przez ustawodawcę w art. 26 ust. 2b PZP. Nie stanowi ono bowiem dokumentu, który w sposób niezbity potwierdza istnienie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia w przyszłości swoich zasobów wykonawcy celem wykorzystania ich do realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym Uczestnik 2 nie spełnił wymogu postawionego w pkt III.2.2 ust. 1 pkt 1 i 2 Ogłoszenia o zamówieniu.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP w zw. z § 7 ust. 2 Rozporządzenia poprzez, przyzwolenie na ominięcie prawa przez Uczestnika 2 i poświadczanie za zgodność z oryginałem kopii dokumentów dotyczących podmiotów na zasobach których Uczestnik 2 polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b PZP.

32. Odwołujący pragnie wskazać, że § 7 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowi, iż „w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty”. Przepis ten reguluje sytuację dotyczące poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących wykonawcy i podmiotu trzeciego

udostępniającego wykonawcy zasoby. Oznacza to, że poświadczania dokumentów za zgodność z oryginałem dokonuje wyłącznie osoba, której dany dokument dotyczy. Jeśli więc dokument dotyczy wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia poświadczania dokonuje ten wykonawca, jeżeli zaś dokument dotyczy podmiotu, na zasobach którego wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b PZP, to poświadczania dokonuje wyłącznie ten podmiot. Wynika to ze sformułowania „odpowiednio” użytego w treści tego przepisu. Tak jednoznaczne stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 maja 2015 roku (KIO 812/15).

33. § 7 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowi przepis prawa bezwzględnie obowiązujący (ius cogens).

34. Tymczasem Uczestnik 2 w osobie Dyrektora Wojskowego Instytutu Łączności dr inż. K.Ł. poświadczył za zgodność z oryginałem kopie dokumentów odnoszące się do podmiotów trzecich tj. ASC Signal Corporation i Cenrex sp. z o.o., na zasobach których Uczestnik 2 polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b PZP.

35. Najmniejszego znaczenia nie ma fakt, że zarówno w Zobowiązaniu Signal, jak i Zobowiązaniu Cenrex znajduje się zapis, że: „Upoważniamy Wojskowy Instytut Łączności do poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów potwierdzających kwalifikacje techniczne i zawodowe (tak w Zobowiązaniu Signal), zasoby ekonomiczne i finansowe oraz kwalifikacje techniczne i zawodowe (tak w Zobowiązaniu Cenrex)”. Umocowanie takie w świetle brzmienia § 7 ust. 2 Rozporządzenia należy uznać za nieskuteczne i zmierzające do obejścia prawa.

36. Na marginesie należy tylko wskazać, iż umocowanie Uczestnika 2 do poświadczania dokumentów podmiotów trzecich dokonane w zobowiązaniach Signal i Cenrex również samo w sobie jest nieprawidłowe. Umocowanie dotyczy bowiem Wojskowego Instytutu Łączności, a nie osoby dr inż. K.Ł., który poświadczania dokonał.

37. Konkludując mamy do czynienia z ewidentnym naruszeniem przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 PZP w zw. z § 7 ust. 2 Rozporządzenia. Minimum jakie powinien wykonać Zamawiający, w związku z taką formą dokumentów odnoszących się do podmiotów trzecich (Signal, Cenrex) złożonych przez Uczestnika 2, to wezwanie Uczestnika 2 na podstawie art. 26 ust. 3 PZP do uzupełnienia prawidłowo poświadczonych dokumentów odnoszących się do Signal i Cenrex.

Zarzut naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez przyznanie Uczestnikowi 2 maksymalnej liczby 4 pkt za wykazane dostawy m.in. w sytuacji gdy jedna i ta sama dostawa tj. dostawa mobilnego systemu łączności satelitarnej Swe-Dish DA 150 K została umieszczona zarówno w wykazie członka Uczestnika 2 - W.Z. Wood Integrator, jak i w

wykazie podmiotu udostępniającego zasoby Uczestnikowi 2 tj. Cenrex sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - poprzez co doszło do naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP.

38. Odwołujący pragnie wskazać na zmultiplikowanie jednej z dostaw przez Uczestnika 2 w załączonych do jego wniosku wykazach zrealizowanych dostaw. Zamawiający nie dostrzegł swoistego „zabiegu” dokonanego przez Uczestnika 2 i zakwalifikował zrealizowanie dwóch odrębnych dostaw odnośnie dostawy tego samego terminala satelitarnego.

39. Otóż w wykazie dostaw członka Uczestnika 2 - W.Z. Wood Integrator — znajduje się dostawa mobilnego Systemu Łączności Satelitarnej Swe-Dish Drive Away (DA) 150 K, Ku-band, antena 150 cm, zrealizowana w dniu 26.04.2010 na rzecz Cenrex sp. z o.o. o wartości 563.451,02 zł. Następnie w wykazie podmiotu Cenrex sp. zo.o. udostępniającego swoje zasoby (na marginesie Odwołujący tylko wskazuje że w zw. z zarzutem błędnego Zobowiązania Cenrex o którym była mowa wyżej wykaz ten w ogóle nie powinien być brany pod uwagę przez Zamawiającego) Uczestnikowi 2, znajduje się dostawa Terminala satelitarnego Swe-Dish Drive Away 150K, zrealizowana w dniu 06.05.2010 na rzecz Wojskowego Instytutu Łączności o wartości 632.313,80 zł. Pragniemy wskazać, iż dostawa tego samego terminala została wykorzystana przez Uczestnika 2 do uzyskania większej ilości punktów w klasyfikacji rankingowej Wykonawców. Raz bowiem dostawa w/w terminala została wykazana przez uczestnika konsorcjum Uczestnika 2, drugi raz przez podmiot udostępniający zasoby Uczestnikowi 2. Praktyka taka zmierza do obejścia prawa poprzez mnożenie z jednej dostawy kilku dostaw, celem uzyskania większej ilości punktów w klasyfikacji Wykonawców.

40. Minimum jakie winien wykazać Zamawiający w zaistniałej sytuacji to wezwać Uczestnika 2 w trybie art. 26 ust. 4 PZP do złożenia wyjaśnień czy dostawy ujęta w wykazie W.Z. Integrator Wood i Cemex sp. z o.o. dotyczą faktycznie jednego i tego samego terminala, co mając na uwadze wskazany okres realizacji tych dostaw wydaje się być oczywiste. Nie wzywając o dokonanie stosownych wyjaśnień, Zamawiający sklasyfikował Uczestnika 2 w sposób nieobiektywny, przyznając dodatkowy punkt w klasyfikacji za dostawę tego samego terminala na rzecz różnych podmiotów.

Zarzut naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez przyznanie Uczestnikowi 2 maksymalnej liczby 4 pkt za wykazane dostawy, w sytuacji gdy jedna z dostaw tj. dostawa okrętowego terminala satelitarnego SHF SATCOM z dwoma antenami 1,15 m na OPU ŚLAZAK jest planowaną jednorazową dostawą (w toku), a nie świadczeniem okresowym lub ciągłym realizowanym na rzecz Zamawiającego.

41. Odwołujący podnosi, że Zamawiający zakwalifikował jedną z dostaw Uczestnika 2 przyznając za nią dodatkowy punkt w klasyfikacji rankingowej Wykonawców w sytuacji gdy Uczestnik 2 nie załączył do wykazu dowodów potwierdzających należyłą realizację dostawy.

42. W wykazie dostaw członka konsorcjum Uczestnika 2 — ENAMOR sp. z o.o. — ujęta została dostawa okrętowego terminala satelitarnego SHF SATCOM z dwoma antenami 1,15 (45") na OPY ŚLAZAK (w ramach umowy IU/46/B/XI-43/UZ/NEG/DOS/S/2013/348), która została określona jako planowana na rzecz Inspektoratu Uzbrojenia tj. Zamawiającego. ENAMOR sp. z o.o. oświadczyła, że w związku z realizowaną dostawą na rzecz IU MON, zgodnie z postanowieniami sekcji III.2.3 Ogłoszenia o zamówienia nie dołącza dowodów potwierdzających realizację przedmiotowej dostawy. Tymczasem zgodnie z postanowieniem sekcji III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu: „W przypadku gdy Zamawiający (Inspektorat Uzbrojenia) jest podmiotem na rzecz którego dostawy wskazane w wymaganym wykazie zostały wcześniej wykonane, Wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa powyżej.

43. Członek konsorcjum Uczestnika 2 ENAMOR sp. z o.o. nie wykazał, aby dostawa terminala satelitarnego SHF SATCOM została wcześniej wykonana na rzecz Inspektoratu Uzbrojenia, jak nie wykazał, iż dostawa terminala satelitarnego SHF SATCOM mogła być uznana jako dostawy okresowe lub ciągłe. Pomimo, że ujęta w wykazie ENAMOR dostawa jest dostawą planowaną jeszcze nie wykonaną, a jednocześnie nie zalicza się do dostaw okresowych lub ciągłych (wszak mamy do czynienia z dostawą jednego terminala) Zamawiający przyznał za nią dodatkowy punkt w klasyfikacji rankingowej Wykonawców na rzecz Uczestnika 2. Zamawiający uwzględniając w/w dostawę do klasyfikacji rankingowej Uczestnika 2 dopuścił się wyłonienia Uczestnika 2 do dalszej fazy Postępowania w sposób nieobiektywny i dyskryminacyjny w stosunku do pozostałych Wykonawców biorących udział w Postępowaniu, naruszając tym samym naczelną zasadę równości, jak i dyspozycję z art. 57 ust. 3 PZP.

A3) Zarzut naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 PZP poprzez zaproszenie do składania ofert wstępnych Wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w Postępowaniu lub których klasyfikacja rankingowa została błędnie dokonana - wobec Uczestnika 3 tj.:

Zarzut naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez przyznanie Uczestnikowi 3 liczby 2 pkt za wykazane dostawy, w sytuacji gdy Uczestnik 3 w ramach jednej umowy dokonał dostawy 3 terminali satelitarnych VSAT o aperturze anteny 1,2 m, które Zamawiający zakwalifikował jako 3 różne dostawy - poprzez co doszło do naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP.

44. Zamawiający w Informacji z 21 czerwca 2016 roku przyznał 2 dodatkowe punkty Uczestnikowi 3 zgodnie z postanowieniem sekcji IV. 1.2) ust. 1 Ogłoszenia o zamówieniu, gdyż w jego ocenie wykazał się on zrealizowaniem 3 dostaw.

45. Tymczasem Uczestnik 3 faktycznie przedstawił wykaz wykonanych dostaw, w którym w pozycjach 1-3 wskazał iż dostarczył terminale satelitarne o aperturze anteny 1,2 m w terminie 1.04.2015, 2.04.2015, 3.04.2015, dostawy nastąpiły na rzecz Magmar L&C E.M., wartość każdej z dostaw opiewała na 2.300.000 zł.

46. Uczestnik 3 na potwierdzenie należycie zrealizowanych dostaw ujętych w wykazie, załączył dowód w postaci Poświadczenia z dnia 27 kwietnia 2015 roku wystawionego przez właściciela firmy Magmar Logistics & Consulting E.M. (dalej jako „Poświadczenie”)- Z treści Poświadczenia wynika, że Uczestnik 3 w ramach umowy dostawy nr 3/11/MLC/2014 z dnia 3 listopada 2014 roku zrealizował na rzecz Magmar Logistics & Consulting E.M. w miesiącu kwietniu 2015 roku łącznie 3 (trzy) dostawy terminali satelitarnych VSAT o aperturze anteny 1,2 m. Każda z dostaw opiewała na wartość 2.300.000 zł. Dostawy zostały wykonane zgodnie z wymaganiami umowy, w wymaganym terminie i z należytą starannością.

47. Z w/w Poświadczenia wynika zatem jednoznacznie, iż dostawy terminali przez Uczestnika 3 realizowane było w oparciu o jedną umowę — „w ramach umowy dostawy nr 3/11/MLC/2014 z dnia 3 listopada 2014 roku”, „Dostawy zostały wykonane zgodnie z wymaganiami umowy”. Uczestnika 3 dokonał w swoim wykazie „sztucznego” rozbicia dostaw zrealizowanych na rzecz Magmar Logistics & Consulting E.M., które realizował w ramach jednej umowy. Dokonane przez Uczestnika rozbicie zostało dokonane wyłącznie na potrzeby przedmiotowego Postępowania i miało na celu uzyskanie dodatkowych punktów za rzekomo zrealizowane 3 dostawy terminali, a nie 1 dostawę obejmującą kilka terminali.

48. Zamawiający nie wiedząc czemu, mając na uwadze treść Poświadczenia przyjął, że Uczestnik 3 zrealizował 3 dostawy i przyznał dodatkowe 2 pkt w klasyfikacji rankingowej wykonawców. Należy zauważyć, iż Zamawiający w związku z powyższą czynnością przyjmował wobec różnych wykonawców różne kryteria, ile dostaw zrealizowali. Dla przykładu Odwołujący wykazał się bowiem zrealizowaniem dostaw terminali na rzecz Jednostki Wojskowej nr 4226. W ramach jednej umowy (nr 53/07/2014) zrealizował dostawę 12 kompletów terminali a w ramach drugiej (nr 563/07/2014) zrealizował dostawę 9 kompletów terminali. Nie dokonywał przy tym „sztucznego” rozbicia poszczególnych umów jak Uczestnik 3, iż przykładowo w ramach umowy nr 53/07/2014 dokonał 6 dostaw po 2 terminale, w celu zdobycia maksymalnej liczby 4 pkt za zrealizowane dostawy. Zamawiający winien wobec wszystkich wykonawców przyjmować jedno kryterium i przyznawać punkt za każdą umowę w ramach której nastąpiła dostawa terminali, a nie za każdą odrębną dostawę terminala/terminali, realizowaną choćby w różnym terminie, ale w ramach jednej umowy.

49. Zamawiający uwzględniając w klasyfikacji rankingowej Wykonawców u Uczestnika 3, trzy odrębne dostawy zrealizowane w ramach jednej umowy, dopuścił do dopuszczenia

Uczestnika 3 do dalszej fazy Postępowania w sposób nieobiektywny i dyskryminacyjny w stosunku do pozostałych Wykonawców biorących udział w Postępowaniu, naruszając tym samym naczelną zasadę równości, jak i dyspozycję z art. 57 ust. 3 PZP.

50. Subsydiarnie należy podnieść, że minimum jakim powinien wykazać się Zamawiający, w związku z wyżej przywołanym wykazem Uczestnika 3 i załączonym Poświadczeniem, to wezwanie Uczestnika 3 na podstawie art. 26 ust. 4 PZP do złożenia wyjaśnień odnośnie braku korelacji pomiędzy treścią Poświadczenia a wykazem zrealizowanych dostaw.

Ci) Zarzut naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 25 ust. 1 PZP i art. 7 ust. 1 PZP poprzez nieuznanie przez Zamawiającego samodzielnie uzupełnionego przez Odwołującego „Wykazu wykonanych lub wykonywanych dostaw” w dniu 11 maja 2016 roku, w sytuacji gdy Wykaz złożony w dniu 20 kwietnia 2015 roku był w niekompletny, a ustawa PZP nie zabrania „samouzupelniania” dokumentów.

51. Zgodnie z uwagami poczynionymi przez Zamawiającego w Informacji, Zamawiający „nie uznał samodzielnie przedłożonego dodatkowo w dniu 11.05.2016 r. „Wykazu wykonanych lub wykonywanych dostaw” ponieważ Wykonawca (TTcomm) spełnia warunek udziału w postępowaniu na podstawie Wykazu złożonego w dniu 20.04.2015 r. wraz z Wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

52. Odwołujący w dniu 11 maja 2015 roku dokonał samodzielnego uzupełnienia Wniosku złożonego w dniu 20.04.2015 r., o zaktualizowany i uzupełniony „Wykaz wykonanych lub wykonywanych dostaw” przez TTcomm wraz z potwierdzeniami i dowodami poświadczającymi, że dostawy ujęte w wykazie zostały wykonane należycie przed datą złożenia Wniosku.

53. Odwołujący skorzystał z przysługującego mu prawa ugruntowanego w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż może samodzielnie, bez wezwania zamawiającego, złożyć wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP oraz, że Zamawiający nie ma podstawy do odmowy dokonania oceny spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu na podstawie samodzielnie złożonego oświadczenia lub dokumentu (zob. KIO 1551/10, KIO 268/13, KIO 270/13, KIO 1169/11; KIO/UZP 37/10, KIO/UZP 38/10; KIO/UZP 1333/09). Odwołujący dostrzegł bowiem, że pierwotnie załączony do Wniosku wykaz wykonanych dostaw był niekompletny i nie uwzględniał zrealizowanych dostaw terminali, którymi legitymował się TTcomm na dzień składania Wniosku. Samodzielne uzupełnienie wykazu przez Odwołującego nastąpiło przed wydaniem jakiegokolwiek wiążącej decyzji przez Zamawiającego w Postępowaniu.

54. Odwołujący pragnie wskazać, iż w wyroku KIO 1169/11 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń jest czynnością

zastrzeżoną dla zamawiającego, jednakże ustawa nie zawiera zakazu samodzielnego uzupełniania dokumentu lub oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy przez wykonawcę. Tym samym zamawiający nie ma podstawy prawnej do zwrotu wykonawcy dokumentu lub oświadczenia złożonego bez wezwania, nie ma także podstawy do odmowy dokonania oceny złożonego dokumentu. Wykonawca jednak samodzielnie, bez wezwania, składając dokument musi przyjąć na siebie ryzyko, że przedłożony dokument nie będzie dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku. W wezwaniu bowiem do uzupełnienia dokumentu lub oświadczenia zamawiający wskazuje, co powoduje, że dokument złożony jest błędny, albo jakiego dokumentu brak we wniosku wykonawcy. Natomiast samodzielnie wykonawca składając dokument taką wiedzą nie dysponuje i może jedynie domyślać się, w czym tkwi wadliwość złożonego przez niego wniosku". Wykonawca przyjmuje na siebie ryzyko, o którym mowa w/w wyroku.

55. Odwołujący podnosi również, że w wyroku KIO 268/13, KIO 270/13 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż „(...) brak jest ustawowego zakazu samodzielnego uzupełniania dokumentu lub oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP przez wykonawcę”. Analogicznie Izba orzeka na gruncie najnowszego orzecznictwa czemu dała wyraz w wyroku z dnia 27 maja 2015 roku (KIO 1009/15). Izba przyjęła, że: „[W] związku z możliwością złożenia oświadczeń i dokumentów do oferty mimo upływu terminu składania ofert zamawiający wzywa do złożenia takich oświadczeń i dokumentów gdy natknie się na braki w ofertach. Jednak sam wykonawca może wnieść takie uzupełnienie oferty bez wezwania zamawiającego i zamawiający bez zbytecznego formalizmu i wystosowania - zbędnego w takich okolicznościach - nowego wezwania może te oświadczenia i dokumenty brać pod uwagę w trakcie oceny spełnienia warunków w postępowaniu i badania ofert.

Jednak samodzielne wniesienie przez wykonawcę dokumentów może narazić wykonawcę na późniejszą blokadę możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) do danego zakresu braków w ofercie". Przedmiotowe orzeczenie znajduje również zastosowanie w stosunku do wniosków o dopuszczenie.

56. Odwołujący mając na uwadze powyższe, jak i fakt, że Zamawiający nie dokonał jeszcze wiążącej oceny wniosków w Postępowaniu, jak i okoliczność, iż inni Wykonawcy biorący udział w Postępowaniu dokonywali aktualizacji/uzupełnienia Wykazu o stosowne dane na skutek wezwań Zamawiającego, przedłożył uzupełniony „Wykaz wykonanych lub wykonywanych dostaw” wraz z potwierdzeniami i dowodami poświadczającymi, że usługi ujęte w wykazie zostały wykonane należycie przez TTcomm i zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem dokument ten winien być przez Zamawiającego oceniony.

57. Nie uwzględniając samodzielnego uzupełnienia wykazu przez TTcomm, Zamawiający dokonał naruszenia art. 57 ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 25 ust. 1 PZP i art. 7 ust. 1 PZP. Nie uwzględnił bowiem w klasyfikacji rankingowej Wykonawców należycie zrealizowanych i udowodnionych przez TTcomm dostaw zrealizowanych na dzień składania Wniosku, ujętych w uzupełnionym wykazie dostaw.

58. Odwołujący pragnie wskazać, iż każdy z Wykonawców biorących udział w Postępowaniu mógł dokonać samodzielnego uzupełnienia wykazu dostaw, czy innych dokumentów. Naczelna zasada równości ujęta w art. 7 PZP nie doznała zatem uszczerbku.

[...]"

Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania.

Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o. w Kutnie wniosła sprzeciw względem uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

#### **Sygn. akt: KIO 1181/16**

W dniu 1 lipca 2016 Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o. w Kutnie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego dotyczącej poinformowania wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, polegającej na niezakwalifikowaniu wykonawcy Megmar Logistics & Consulting Sp. z o. o. do dalszego etapu, tj. zaproszenia do złożenia ofert wstępnych, przyznania poszczególnym wykonawcom punktów za wykonane dostawy i ich zakwalifikowania w rankingu, wykonawców zaproszonych do składania ofert wstępnych, a także zaniechania wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 57 ust. 1 - 3 ustawy Pzp poprzez niezakwalifikowanie Odwołującego do dalszego etapu Postępowania, pomimo że Odwołujący winien był otrzymać maksymalną ilość 4 pkt za wskazane w wykazie dostawy co dawało mu - po uwzględnieniu wartości dostaw - miejsce w rankingu wykonawców wśród wykonawców, którzy winni być zaproszeni do złożenia ofert wstępnych;

2) art. 57 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp w zw. z § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te

dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231) - dalej „rozporządzenie o dokumentach”- poprzez nieuznanie przez Zamawiającego w ramach obiektywnych kryteriów wyboru ograniczonej liczby wykonawców dostaw wykonanych przez podmiot trzeci za spełniające ww. kryteria;

3) art. 131j ust. 1 w zw. z art. 57 ust. 2 ustawy Pzp w konsekwencji poprzez ulokowanie wniosku Odwołującego pośród wniosków wykonawców, którzy nie zostaną zaproszeni do złożenia oferty wstępnej, pomimo, iż Odwołujący wykazał odpowiednią ilość dostaw dla uzyskania wystarczającej ilości punktów, aby takie zaproszenie otrzymać;

4) art. 26 ust. 2b w zw. z § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia o dokumentach poprzez błędne przyjęcie, że przedstawiony w zobowiązaniu spółki L-3 Communications Corporation GCS Division (dalej „L- 3”) sposób udostępniania zasobów podmiotu trzeciego nie daje możliwości realnego wykorzystania wsparcia, a w rezultacie błędne nieuwzględnienie dostaw wykonanych przez spółkę L-3, nieprzyznanie Odwołującemu 4 punktów za dokonanie łącznie sześciu dostaw oraz niewzięcie pod uwagę wartości dostaw przekraczającej kwotę 90 milionów złotych, co skutkowało sklasyfikowaniem Odwołującego na szóstą pozycję;

5) art. 26 ust. 2b w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 oraz art. 57 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że konsorcjum firm: Wojskowy Instytut Łączności im. Prof. dr hab. Janusza Groszkowskiego, W.Z. Wood System Integrator, Enamor Sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum WİŁ”) wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu w postaci ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, a w rezultacie zaniechanie wykluczenia Konsorcjum WİŁ z postępowania oraz błędne przyjęcie, że Konsorcjum WİŁ spełnia warunki udziału w przetargu, zakwalifikowanie go w rankingu wniosków na pozycji drugiej i zaproszenie go do składania ofert wstępnych;

6) art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zw. z § 3 ust. 4 rozporządzenia o dokumentach, polegające na uwzględnieniu w klasyfikacji i przyznaniu Konsorcjum WİŁ punktów tytułem dostaw wykonanych przez podmiot ASC Signal Corporation, podczas gdy w odniesieniu do tego podmiotu Konsorcjum WİŁ nie przedstawiło wymaganych przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających brak zaległości w zapłacie podatków i składek na ubezpieczenie społeczne;

7) art. 57 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia o dokumentach, polegające na uwzględnieniu w odniesieniu do Konsorcjum WİŁ na potrzeby klasyfikacji punktowej dostawy wykonanej przez firmę W.Z. Wood System Integrator przed dniem 26 kwietnia 2010 r., podczas gdy zgodnie z przepisami rozporządzenia oraz treścią Sekcji 111.2.3) ust.2 ogłoszenia o zamówieniu wykonawcy dla wykazania

doświadczenia mogą powoływać się na dostawy wykonane w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

8) art. 57 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia o dokumentach polegające na uwzględnieniu w odniesieniu do Konsorcjum WİŁ na potrzeby klasyfikacji punktowej dostawy, która dopiero ma zostać wykonana, podczas gdy zgodnie z przepisami oraz treścią Sekcji 111.2.3) ust.2 ogłoszenia o zamówieniu wykonawcy dla wykazania doświadczenia mogą powoływać się na dostawy wykonane lub wykonywane, a nie dopiero mające być wykonane,

9) art. 57 ust. 3 ustawy Pzp polegające na zakwalifikowaniu Konsorcjum WİŁ na pozycji drugiej rankingu, pomimo że należyte i obiektywne zbadanie przedłożonych przez Konsorcjum WİŁ dokumentów i dowodów nie uzasadnia tej pozycji,

10) art. 57 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 96 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp, poprzez rozpatrywanie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu opisanego jako złożony w imieniu spółki Thales Polska Sp. z o.o. (dalej „Thales”) oraz zaproszenie Thales do składania ofert wstępnych, podczas gdy wnioski oraz wszystkie dołączone do niego dokumenty zostały podpisane bądź poświadczane przez osobę, która nie legitymowała się ważnym pełnomocnictwem do działania w postępowaniu w imieniu Thales,

11) art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zw. z § 3 ust. 4 rozporządzenia o dokumentach, polegające na uwzględnieniu w klasyfikacji i przyznaniu Thales punktów tytułem dostaw wykonanych przez podmiot Thales Communications & Security S.A.S., podczas gdy w odniesieniu do tego podmiotu Thales nie przedstawił wymaganych przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających brak zaległości w zapłacie podatków oraz brak orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie,

12) art. 57 ust. 3 ustawy Pzp polegające na nieprawidłowym ustaleniu liczby dostaw wykonanych przez Thales Communications & Security S.A.S. i w konsekwencji przyznaniu Thales 4 punktów za dokonanie łącznie 7 dostaw, co skutkowało sklasyfikowaniem Thales w pierwszej piątce rankingu, podczas gdy w rzeczywistości Thales Communications & Security S.A.S. powołała się w postępowaniu wyłącznie na dwie dostawy, dokonane na podstawie dwóch umów,

13) art. 26 ust. 2b w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 oraz art. 57 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że wykonawca Thales wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia, a w rezultacie zaniechanie wykluczenia Thales z postępowania oraz błędne przyjęcie, że Thales spełnia warunki udziału w przetargu, zakwalifikowanie go w rankingu wniosków na pozycji trzeciej i zaproszenie go do składania ofert wstępnych,

14) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw. z § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia o dokumentach oraz art. 57 Ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że konsorcjum firm: Indra Sistemas Polska Sp. z o.o. oraz Indra Sistemas S.A. (dalej: „Konsorcjum Indra”) wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu w postaci ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, a w rezultacie zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Indra z postępowania oraz błędne przyjęcie, że Konsorcjum Indra spełnia warunki udziału w przetargu, zakwalifikowanie go w rankingu wniosków na pozycji czwartej i zaproszenie go do składania ofert wstępnych;

15) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania wykonawcy KenBIT Koenig i Wspólnicy Sp.j. (dalej „KenBIT”), podczas gdy KenBIT nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu,

16) art. 57 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Odwołujący nie kwalifikuje się do pierwszej piątki wykonawców, którzy uzyskali największą liczbę punktów w rankingu wniosków.

17) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, ustalenia wyników oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym klasyfikacji Wykonawców do zaproszenia do złożenia ofert wstępnych i obiektywnych kryteriów kwalifikacji z uwzględnieniem zarzutów odwołania;
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz ustalenia wyników oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i obiektywnych kryteriów kwalifikacji, poprzez zakwalifikowanie Odwołującego do dalszego etapu Postępowania, tj. zaproszenia do złożenia oferty wstępnej;

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

I. Uwagi ogólne

(1) W dniu 21 czerwca 2016 roku Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu Informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w

postępowaniu oraz o liczbie punktów przyznanej zgodnie z zapisami w sekcji IV.1.2 Ogłoszenia o zamówieniu. Z informacji tej wynikało, że w wyniku dokonania czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Zamawiający ustalił m.in., iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, określone w Ogłoszeniu o zamówieniu, jednakże uzyskana liczba punktów nie pozwoliła na zakwalifikowanie Odwołującego do dalszego etapu Postępowania. Zamawiający poinformował jednocześnie, że do kolejnego etapu zostanie zaproszonych 5 wykonawców, w tym Konsorcjum WŁ, wykonawcę Thales i Konsorcjum Indra, którzy uzyskali po 4 punkty.

(2) Odwołujący kwestionuje dokonaną przez Zamawiającego ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jako dokonaną w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp, a także sprzeczny z zasadami określonymi przez samego Zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu.

(3) Na marginesie Odwołujący wskazuje, że dokonany pismem z dnia 21 czerwca 2016 r. wybór wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do dalszego etapu Postępowania, był już drugą czynnością wyboru wykonawców w tym Postępowaniu. Pierwotnie informacją z dnia 25 kwietnia 2016 r. Zamawiający dokonał oceny wniosków i spełniania warunków udziału w Postępowaniu. W wyniku tej oceny Odwołujący został sklasyfikowany na 3 miejscu, z liczbą punktów 4 oraz wartością dokonanych dostaw 96,9 milionów złotych. Zdaniem Odwołującego to pierwotna ocena dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa, a w wyniku ponowienia czynności Zamawiający postąpił w sposób sprzeczny z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz z obowiązującymi przepisami.

II. Zarzut zaniechania przyznania Odwołującemu punktów za dostawy zrealizowane przez podmiot trzeci

(4) Zgodnie z sekcją IV.1.2) Obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów: 1. W przypadku gdy wymagane warunki spełni więcej niż 5 Wykonawców, Zamawiający dokona ich klasyfikacji w oparciu o oświadczenia i dokumenty, które Wykonawcy zobowiązani są dostarczyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. 2. W celu dokonania wyboru Wykonawców w maksymalnej liczbie 5 (którzy zostaną zaproszeni do składania ofert wstępnych), Zamawiający będzie przyznawał punkty za wykazanie się, że Wykonawca wykonał (wykonuje) więcej niż jedną dostawę terminala satelitarnego o aperturze anteny powyżej 1 m, spełniającego wymagania określone w sekcji

III. 2.3 ust. 1 niniejszego ogłoszenia, Zamawiający przyzna: za wykazanie przez Wykonawcę wykonania dwóch (2) dostaw - 1 pkt, za wykazanie przez Wykonawcę wykonania trzech (3) dostaw - 2 pkt, za wykazanie przez Wykonawcę wykonania czterech (4) dostaw - 3 pkt, za wykazanie przez Wykonawcę wykonania pięciu (5) lub więcej dostaw-4 pkt; W

przypadku uzyskania przez Wykonawców, w wyniku powyższej klasyfikacji, jednakowej ilości punktów, wyższe miejsce w klasyfikacji zajmie Wykonawca, który wykazał się wykonaniem dostaw STS, spełniających wymagania określone w sekcji III.2.3 ust.I o sumarycznej wyższej wartości.

(5) Odwołujący wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył wykaz, w którym wskazał 3 dostawy wykonane samodzielnie i 3 dostawy wykonane przez podmiot trzeci. Wszystkie ze wskazanych dostaw spełniały wymagania określone w sekcji 111.2.3 ust.I. Tymczasem - jak wynika z lakonicznego uzasadnienia Zamawiającego - za dostawy wykonane przez podmiot trzeci nie zostały przez Zamawiającego przyznane punkty. Zamawiający podał, iż w jego ocenie przedstawiony w „Zobowiązaniu do oddania do dyspozycji sposób udostępnienia zasobów podmiotów trzecich nie daje możliwości realnego wykorzystania wsparcia, a wręcz może świadczyć o pozorności złożonej deklaracji, której celem jest formalne przedłożenie wymaganego dokumentu”. Powody takiego stwierdzenia nie zostały podane. Stąd Odwołujący ma dużą trudność w odniesieniu się do przyjętych przez Zamawiającego podstaw podjęcia takiej a nie innej decyzji.

(6) Podejmując jednak taką próbę, Odwołujący wskazuje:

Nie ulega wątpliwości, że udostępnienie zasobów wymaga pewnego zaangażowania podmiotu udostępniającego w realizację przedmiotu umowy. Zaangażowanie to może jednak przybrać formę przekazania know-how, szkolenia, doradztwa lub nadzoru. Takiej formy zaangażowania, która - co należy z całą stanowczością podkreślić - jest wystarczająca dla realnego i faktycznego przekazania wykonawcy wiedzy i doświadczenia, nie można utożsamiać ani z udziałem w realizacji zamówienia, ani z podwykonawstwem - tak m.in. KIO w wyroku z dnia z 29 lipca 2014 r. (KIO 1451/14). Ustawodawca dopuścił możliwość realizacji zamówienia przy udziale podmiotu trzeciego. Sposób tego uczestnictwa nie został jednak określony - może więc mieć dowolną, „prawem określoną formę, w tym podwykonawstwo, doradztwo, czy konsultacje. Tym samym, samo stwierdzenie Zamawiającego, że w jego ocenie przedstawiony w „Zobowiązaniu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów sposób udostępnienia zasobów podmiotów trzecich nie daje możliwości realnego wykorzystania wsparcia, a wręcz może świadczyć o pozorności złożonej deklaracji, której celem jest formalne przedłożenie wymaganego dokumentu”, jest niezrozumiałe. Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił swojego stanowiska, dlaczego uznał sposób udostępnienia zasobu za niewystarczający i nie wskazujący na realność udostępnienia tego potencjału. Tym samym argumentacja Zamawiającego jest niewystarczająca do uznania, że dostawy wykonane przez podmiot trzeci nie zasługują na uwzględnienie przy punktowaniu, skoro z przepisów prawa nie wynika obowiązek osobistego uczestniczenia jako podwykonawca w

realizacji zamówienia i skoro dopuszczona jest forma konsultacji i doradztwa jako sposobu wykorzystania przez wykonawcę zasobu podmiotu trzeciego. Należy również podkreślić, że nie jest tak, iż aby skutecznie udostępnić swój potencjał, osoba trzecia musi brać udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy.

(7) Co istotne Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił (o czym była mowa wcześniej), dlaczego w jego ocenie sposób udostępnienia tego potencjału nie daje Odwołującemu realnych możliwości skorzystania z deklarowanego sposobu wykorzystania tego potencjału poprzez doradztwo i konsultacje na etapie realizacji zamówienia. Jeśli chodzi o sposób wykorzystania zasobów, stwierdzić należy, że sposób ten wynika wprost ze zobowiązania, gdzie użyczający podał, tj. z oświadczenia, że będzie wspierał firmę Megmar Logistics & Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Kutnie w zakresie realizacji zamówienia (przez cały okres realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania) - w formie doradztwa i konsultacji. Dodatkowo przy piśmie z dnia 19 maja 2016 r. Odwołujący wskazał, iż konsultacje i doradztwo będą realizowane m.in. poprzez telekonferencje, wideokonferencje, korespondencję e-mail bądź organizację specjalistycznych szkoleń dla pracowników Megmar Logistics & Consulting sp. z o.o. Sposób udostępnienia wypełnia zatem żądanie Zamawiającego. Zamawiający w sekcji 111.2.1) pkt 6 wymagał jedynie dostarczenia pisemnego zobowiązania określającego m.in. sposób wykorzystania przez Wykonawcę zasobów innego podmiotu podczas wykonywania zamówienia. Nie narzucił jednocześnie sposobu udostępnienia potencjału, wręcz przeciwnie umożliwił wykonawcom w sposób swobodny uregulowanie tej kwestii z podmiotem trzecim.

(8) Całkowicie niezrozumiały jest dla Odwołującego jego zarzut dotyczący pozorności złożonej deklaracji (czyt. w zakresie sposobu udostępnienia zasobu), ponieważ Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił postawionego zarzutu. Zgodnie z treścią art. 57 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest poinformować wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o wynikach oceny spełniania warunków i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Tymczasem z uzasadnienia Zamawiającego zawartego w tabeli z uwagami, nie sposób jest „wyczytać” powodów dla których Zamawiający nie uznał, a tym samym nie przyznał punktów za dostawy realizowane przez podmiot trzeci. W konsekwencji, również w tym zakresie, Zamawiający postąpił wbrew brzmieniu cytowanego przepisu.

(9) Zgadując dalej intencje Zamawiającego, nie można nie odnieść się do kwestii udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Zgodnie z treścią z § 3 ust. 4 rozporządzenia o dokumentach Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych

w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1-3. Zapis ten znalazł swoje literalne odzwierciedlenie w treści Ogłoszenia o zamówieniu (sekcja 11.2.1 pkt 6). Przepis formułuje dwa warunki, od których ziszczenia uzależnione jest prawo Zamawiającego do żądania dokumentów na brak podstaw od wykluczenia, wystawionych dla innych niż wykonawca podmiotów. Po pierwsze wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, posługuje się potencjałem podmiotu trzeciego. Po drugie podmiot udostępniający potencjał będzie brał udział w realizacji części zamówienia. A contrario w sytuacji, gdy podmiot udostępniający swój potencjał nie będzie brał udziału w realizacji części zamówienia, nie jest zobowiązany do składania ww. dokumentów. W konsekwencji wskazać należy, iż ustawodawca dopuścił sytuację jako umożliwiającą realne udostępnienie potencjału, gdy podmiot trzeci - pomimo udostępniania swoich zasobów - nie bierze udziału w realizacji części zamówienia. Analogicznie możliwość zaistnienia takiej sytuacji została przewidziana przez Zamawiającego i wynikała z zapisów ogłoszenia o zamówieniu przyjętych przez Zamawiającego. Zamawiający potwierdził swoje stanowisko w piśmie z dnia 6 maja 2016 r. wzywającym Odwołującego do uzupełnienia m.in. zobowiązania do udostępnienia potencjału i dokumentów dla podmiotu trzeciego, z potencjału którego Odwołujący korzystał. W pierwszym akapicie na str. 2 przedmiotowego pisma Zamawiający wskazał Zgodnie z sekcją III.2.1) ust. 6 pkt 2 jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1-3. Tym samym należy przyjąć, iż Zamawiający pozostawał w świadomości, iż dopuszczalny jest odmienny sposób udostępnienia potencjału wiedzy i doświadczenia, niż tylko poprzez udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.

(10) Podsumowując tę część Odwołania należy wskazać, iż zarówno sposób realizacji zamówienia, jak i zaangażowanie tego podmiotu w realizację zamówienia może przybierać różne formy i nie zawsze musi się to wiązać z udziałem tego podmiotu w realizacji zamówienia. Stąd też niezasadne było nie tylko w kontekście ustawy Pzp i rozporządzenia o dokumentach, ale i biorąc pod uwagę brzmienie ogłoszenia o zamówieniu nieprzyznanie Odwołującemu punktów za dostawy zrealizowane przez podmiot trzeci.

(11) Jednocześnie, wskazać należy, iż już sam fakt lakoniczności uzasadnienia dla braku przyznania punktów za dostawy zrealizowane i udostępnione przez podmiot trzeci, wskazuje na zasadność niniejszego odwołania. Zamawiający nie może bowiem na etapie postępowania odwoławczego uzupełniać podstawy i uzasadnienia podjętej wcześniej decyzji.

Uzasadnienie Zamawiającego podane w piśmie z dnia 21 czerwca 2016 r. jest natomiast całkowicie bezpodstawne i oderwane od treści zobowiązania podmiotu trzeciego, w którym wskazano sposób udostępniania potencjału podmiotu trzeciego zdecydowanie zapewniający realność udostępnieniu tego potencjału.

III. Zarzut bezpodstawnego uznania spełnienia przez Konsorcjum Wł. warunku wykazania sytuacji ekonomicznej i finansowej

(12) Wśród warunków ubiegania się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Zamawiający sformułował między innymi warunek wykazania przez wykonawcę, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę 20.000.000 złotych (Sekcja III.2.2) ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu).

(13) Dla potwierdzenia spełnienia tego wymogu, Konsorcjum Wł. przedłożyło dwie polisy ubezpieczeniowe, wystawione przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., w których jako ubezpieczający i ubezpieczony wskazana jest spółka Cenrex Sp. z o.o. (dalej „Cenrex”). Jednocześnie Konsorcjum Wł. przedłożyło zobowiązanie Cenrex do udostępnienia Konsorcjum Wł. posiadanych zasobów między innymi w postaci opłaconej polisy. Konsorcjum Wł. nie przedstawiło innych dokumentów potwierdzających ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej któregośkolwiek z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum.

(14) Zamawiający nie wykluczył Konsorcjum Wł. z postępowania, a zatem uznał za spełniony wymóg ubezpieczenia OC w przypadku tego podmiotu. Ocena taka była nieuzasadniona.

(15) Zasadą jest, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca może posłużyć się zasobami innych podmiotów, jeżeli samodzielnie nie jest w stanie spełnić warunków udziału w

postępowaniu. Przesłanką uwzględnienia takiego udostępnienia zasobów w ocenie, czy dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, jest udowodnienie przez wykonawcę, że będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp). Przepisy rozporządzenia o dokumentach precyzują, że w razie powoływania się przez wykonawcę na potencjał innych podmiotów, zamawiający ma dokonać oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów (§ 1 ust. 6 rozporządzenia o dokumentach). W okolicznościach, w jakich Konsorcjum Wł. chciało się powołać na zasoby Cenrex, ocena ta musi wypaść negatywnie. Nie ma bowiem takiego stosunku łączącego Konsorcjum Wł. ze spółką Cenrex, który umożliwiłby wykorzystanie polisy, w której ubezpieczającym i

ubezpieczonym jest Cenrex, dla zaspokojenia roszczeń wynikających z odpowiedzialności członków Konsorcjum WİŁ.

(16) Przez wykorzystanie w toku wykonania zamówienia zasobu w postaci ubezpieczenia OC należy rozumieć umożliwienie podmiotowi (zamawiającemu lub osobie trzeciej), który poniósł szkodę, za którą odpowiada wykonawca, dochodzenia roszczeń od ubezpieczyciela, zamiast lub obok osoby odpowiedzialnej. Celem nie jest samo formalne wylegitymowanie się istnieniem polisy, ale faktyczne zabezpieczenie ewentualnych roszczeń. Przedstawienie dokumentu polisy stanowi tylko sposób udowodnienia wprowadzanego przez zamawiającego wymogu posiadania ubezpieczenia.

(17) Poprzez dokonane pomiędzy Cenrex i Konsorcjum WİŁ udostępnienie zasobu doszło w rzeczywistości wyłącznie do udostępnienia zasobu w postaci kart papieru - polisy, a nie zasobu w postaci ochrony ubezpieczeniowej. Aby udostępnienie przez Cenrex swoich zasobów mogło mieć rzeczywiste znaczenie, musiałoby dojść do zmiany treści umowy ubezpieczenia poprzez objęcie nią także działań co najmniej jednego z członków Konsorcjum WİŁ, a do tego byłoby wymagane złożenie oświadczenia również przez ubezpieczyciela - w tym przypadku PZU S.A. Jednostronnym oświadczeniem ubezpieczającego nie może dojść do zmiany zakresu ochrony, jakiej udziela ubezpieczyciel, a z taką zmianą mielibyśmy do czynienia, gdyby ubezpieczenie OC wykupione przez Cenrex miało zacząć obejmować także działania członków Konsorcjum WİŁ. Dokonując porównania - posiadacz pojazdu, który ma wykupioną polisę OC, nie może zaproponować swojemu sąsiadowi - również posiadaczowi pojazdu, ale nieubezpieczonego — że będzie udostępniał mu swoje ubezpieczenie na wypadek zaistnienia jakichkolwiek szkód. Tak samo jednostronne zobowiązanie Cenrex nie może doprowadzić do udzielenia rzeczywistego dostępu do zasobu, jakim jest ochrona ubezpieczeniowa.

(18) Sytuację udostępnienia polisy OC przez podmiot trzeci na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp należy odróżnić od układu, w którym ubezpieczenie OC przysługuje jednemu z wykonawców wspólnie wykonujących zamówienie publiczne (konsorcjum). W odniesieniu do członków konsorcjum przepis art. 141 ustawy Pzp wprost przewiduje solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy, nawet zatem jeżeli jakaś szkoda nie będzie wprost związana z działaniem ubezpieczonego konsorcjanta, ponieważ dana część zamówienia jest realizowana przez innego współwykonawcę, ubezpieczony konsorcjant będzie także za nią odpowiedzialny, a w konsekwencji - strona poszkodowana będzie mogła dochodzić roszczeń od ubezpieczyciela.

(19) Bez znaczenia pozostaje także wskazanie w treści zobowiązania Cenrex, że w Postępowaniu podmiot ten występuje jako podwykonawca. Zakres, w jakim Cenrex ma

udostępniać swoje zasoby, obejmuje tylko udostępnienie dokumentów bankowych i ubezpieczeniowych oraz wykazu wykonanych dostaw. Cenrex nie ma w rzeczywistości wykonywać dostaw na rzecz Zamawiającego, a więc w razie powstania ewentualnych szkód w toku wykonywania zamówienia - nie będzie za nie ponosił odpowiedzialności i w konsekwencji - nie będzie za nie odpowiadał jego ubezpieczyciel, a zasób w postaci ochrony ubezpieczeniowej nie będzie mógł zostać wykorzystany.

(20) Powyższa ocena została wyrażona także w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 8 stycznia 2014 r. (KIO 2931/13) Izba wyraziła pogląd, że posiłkowanie się potencjałem ekonomicznym innych podmiotów musi mieć charakter realny, dający podstawy do uznania, że jakkolwiek wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne samodzielnie nie spełnia danego warunku udziału w postępowaniu, to na podstawie złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego znajdzie się w takiej sytuacji, jakby dany zasób posiadał. Odnosząc się wprost do kwestii udostępnienia ubezpieczenia OC Izba wskazała, że: „Nie można przyjąć, że Odwołujący wykazał spełnianie warunku tylko dlatego, że przedłożył polisę ubezpieczenia OC innego podmiotu i zobowiązanie, z którego nie wynika, że zdolność ekonomiczna w jakikolwiek sposób w praktyce zostanie rzeczywiście udostępniona. (...) Polisa OC ma dotyczyć sytuacji wykonawcy i jeśli jest to ubezpieczenie zawarte przez inny podmiot i na jego rzecz, to nie wystarczy samo złożenie dokumentu polisy, aby w jakikolwiek sposób sytuacja ekonomiczna wykonawcy, który samodzielnie warunku udziału w postępowaniu nie spełnia, uległa zmianie. Ani zobowiązanie podmiotu trzeciego, ani stanowisko Odwołującego zaprezentowane na rozprawie w żaden sposób nie potwierdzają, że poprzez udostępnienie polisy OC w celu jej przedłożenia Zamawiającemu, nastąpiło jakiegokolwiek wsparcie ekonomiczne wykonawcy przez podmiot trzeci. Odwołujący nie wskazał, w jaki sposób miałyby zostać objęte ochroną ubezpieczeniową na podstawie umowy ubezpieczenia zawartej przez inny podmiot, nie wykazał żadnej łączącej go z ubezpieczycielem więzi prawnej, która gwarantowałaby możliwość skorzystania z ubezpieczenia za zdarzenia wywołane działaniem lub zaniechaniem Odwołującego.”

IV. Zarzut zaliczenia na rzecz Konsorcjum WİŁ zasobów podmiotu, co do którego nie przedłożono wymaganych dokumentów

(21) Dla wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia, Konsorcjum WİŁ powołało się na zasoby w postaci doświadczenia amerykańskiego podmiotu ASC Signal Corporation (dalej „ASC”). Wezwaniem do uzupełnienia dokumentów z dnia 6 listopada 2015 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum WİŁ do przedłożenia dokumentów, jakich zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający domagał się w odniesieniu do podmiotów zagranicznych, na których zasoby wykonawcy powołują się dla wykazania spełnienia

warunków udziału w Postępowaniu. Konsorcjum WİŁ zostało wezwane do przedłożenia dokumentów potwierdzających, że ASC nie pozostaje w likwidacji bądź upadłości, nie zalega z uiszczaniem podatków i składek na ubezpieczenie społeczne oraz nie orzeczono wobec ASC zakazu ubiegania się o zamówienie. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz obowiązujących przepisów, dokumentami takimi mogą być bądź dokumenty wydane przez właściwe organy państwa, w którym podmiot ma siedzibę, bądź dokumentem takim może być własne oświadczenie podmiotu, złożone przed właściwymi organami lub notariuszem, jeżeli w danym kraju dokumentów takich się nie wydaje. W reakcji na otrzymane wezwanie, Konsorcjum WİŁ nie podjęło działań zmierzających do wzruszenia żądania Zamawiającego, w postaci złożenia odwołania od czynności Zamawiającego niezgodnej z ustawą, należy zatem interpretować, że zgodziło się z zasadnością wezwania. Pomimo to jednak żądane dokumenty nie zostały przez Konsorcjum WİŁ przedstawione. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 13 listopada 2015 r. wykonawca ten przedstawił tylko wyjaśnienia, w których wskazał, że w jego ocenie już uprzednio przedłożony dokument podpisany przez Sekretarza Stanu Delaware potwierdza wszystkie okoliczności, których urzędowego potwierdzenia domagał się Zamawiający.

(22) Po pierwsze wskazać należy, że jeżeli wykonawca kwestionuje zasadność wezwania kierowanego do niego przez Zamawiającego pod rygorem wykluczenia z postępowania, to albo powinien się do wezwania zastosować, albo powinien czynność Zamawiającego zaskarżyć. Brak zaskarżenia oznacza zaakceptowanie działań Zamawiającego, wymuszające z kolei dostosowanie się do nich.

(23) Ponadto Odwołujący podnosi, że twierdzenia Konsorcjum WİŁ nie są zasadne. Przedłożony dokument podpisany przez Sekretarza Stanu Delaware potwierdza wyłącznie należyte zarejestrowanie spółki ASC, jej istnienie i osobowość prawną oraz uiszczanie stanowego podatku od zarejestrowanych korporacji (tzw. franchise tax, przetłumaczony w tłumaczeniu przysięgłym jako opłaty licencyjne). Dokument taki nie potwierdza braku zaległości spółki w zapłacie innych podatków, w szczególności podatku dochodowego, oraz w zapłacie składek na ubezpieczenie. W tej sytuacji, gdy spółka ASC nie była w stanie uzyskać urzędowego potwierdzenia braku zaległości, mogła złożyć oświadczenie w tym przedmiocie przed notariuszem, zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia o dokumentach oraz Sekcją 111.2.1) ust. 5 ogłoszenia o zamówieniu. Tymczasem takiego dokumentu nie dostarczono, choć przedłożono inne oświadczenia złożone przez osoby reprezentujące ASC przed notariuszem.

(24) W tym stanie rzeczy nie można przyjąć, aby Konsorcjum WİŁ przedłożyło wymagane dokumenty dotyczące spółki ASC, a w konsekwencji - aby mogło powoływać się na potencjał doświadczenia tego podmiotu. Niezasadnie zatem Zamawiający uwzględnił w

ustalonej wartości dokonanych dostaw, kwoty wynikające z oświadczeń dotyczących dostaw zrealizowanych przez ASC.

V. Zarzut nieprawidłowego uwzględnienia dostaw wykonanych wcześniej niż 5 lat przed dniem składania wniosków o dopuszczenie do Postępowania oraz dostaw jeszcze niewykonanych

(25) Wśród dostaw wskazywanych przez członków Konsorcjum WİŁ dla wykazania posiadania odpowiedniego doświadczenia znalazła się dostawa „Sprzedaż i dostawa mobilnego Systemu Łączności Satelitarnej SweDish DA 150K Ku-band, antena 150 cm” wykonana przez W.Z.. Zgodnie z treścią złożonego wykazu dostaw, dostawa ta została wykonana w dniu 26 kwietnia 2010 r. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w niniejszym Postępowaniu upływał w dniu 29 kwietnia 2015 r. Oznacza to, że, zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz z treścią rozporządzenia o dokumentach, wykonawcy mogli powoływać się na prace wykonane nie wcześniej niż w dniu 29 kwietnia 2010 r. W konsekwencji, powołana przez Konsorcjum WİŁ dostawa z 26 kwietnia 2010 r. nie mogła zostać uwzględniona.

(26) Niezasadnie także Zamawiający uwzględnił na rzecz Konsorcjum WİŁ dostawę, jaka miała dopiero być wykonana przez trzeciego konsorcjanta - Enamor Sp. z o.o. na rzecz Zamawiającego - „Dostawa okrętowego terminala satelitarnego SHF SATCOM z dwoma antenami l,15m (45") na OPV Ślązak". Dla udowodnienia posiadania doświadczenia możliwe jest powołanie się tylko na dostawy, które już zostały wykonane. Jedynie w przypadku dostaw o charakterze okresowym lub ciągłym, a zatem trwających dłuższy czas, przepisy dopuszczają możliwość powoływania się na dostawy będące w toku. Także w takim przypadku konieczne jest przedstawienie poświadczeń, dotyczących już wykonanej części umowy. Gdyby kwestionowana dostawa była realizowana dla innego podmiotu niż Zamawiający, wykonawca byłby zobowiązany przedłożyć dowód należytego jej wykonania, co wobec niedojścia jeszcze dostawy do skutku oczywiście nie byłoby możliwe. Fakt, że wykonawca powołuje się na dostawę wykonaną na rzecz zamawiającego nie powinien go stawiać w lepszej sytuacji jeżeli chodzi o wymogi udokumentowania powoływanego doświadczenia.

(27) Bez znaczenia pozostaje ewentualne wykonanie dostawy po dniu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, ponieważ wykonawcy konkurują między sobą swoimi zasobami według stanu na dzień składania wniosku. Tak jak inni wykonawcy nie mogą po czasie powołać późniejszych dostaw, jakie z powodzeniem zrealizowali, tak i nie jest możliwe wyprzedzające powołanie się na dostawy, które mają być wykonane dla tego samego Zamawiającego.

VI. Zarzut braku umocowania przedstawiciela wykonawcy Thales

(28) Wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu został złożony w imieniu spółki Thales Polska Sp. z o.o. przez Pana K.B.. Do wniosku został dołączony oryginał dokumentu pełnomocnictwa z dnia 14 kwietnia 2015 r., w którym osoba upoważniona do reprezentacji Thales Polska Sp. z o.o. oświadczyła, że upoważnia „Pana T.Z. Nr pesel (...) lub Pana J.S. Nr pesel (...) lub Pana K.B.". W ocenie Odwołującego powyższe pełnomocnictwo, wobec braku stanowczości, nie stanowi ważnej podstawy umocowania Pana K.B. do działania w imieniu Thales. Osoba działająca za Thales nie wskazała w sposób kategoryczny, komu udziela upoważnienia. Zamiast tego, w dokumencie osoby pełnomocnika wskazano w sposób alternatywny. Lektura dokumentu nie umożliwia ustalenia w sposób niepozostawiający wątpliwości, czy zamiarem podpisującego było udzielenie pełnomocnictwa do łącznego działania wszystkich osób wskazanych w pełnomocnictwie, czy też tylko niektórych z nich, a jeśli tak, to których. Na dokonanie jednoznacznej wykładni nie pozwalają też zasady współżycia społecznego czy ustalone zwyczaje (art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego), bowiem w obrocie spotyka się zarówno udzielanie pełnomocnictw dla pełnomocników działających samodzielnie, jak i łącznie.

(29) Przyjęcie przez Zamawiającego, że pomimo tych nieprawidłowości dokumentu pełnomocnictwa, wniosek został złożony przez osobę uprawnioną do reprezentacji Thales Polska Sp. z o.o. stanowiło działanie z naruszeniem art. 96 k.c., który pozwala opierać wniosek o istnieniu pełnomocnictwa na oświadczeniu reprezentowanego. W niniejszej sprawie natomiast nie mamy do czynienia z oświadczeniem reprezentowanego, które w sposób ważny i skuteczny udzielałoby pełnomocnictwa.

VII. Zarzut zaliczenia na rzecz Thales zasobów podmiotu, co do którego nie przedłożono wymaganych dokumentów

(30) W postępowaniu wykonawca Thales powołuje się na udostępnienie mu zasobów w postaci doświadczenia we wcześniej wykonanych dostawach przez spółkę Thales Communications & Security S.A.S. (dalej „TCS S.A.S."). Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz obowiązującymi przepisami, w przypadku powoływania się na zasoby innego podmiotu, którego siedziba znajduje się poza granicami Polski, Zamawiający wymaga od wykonawcy przedłożenia dokumentów potwierdzających, że podmiot ten nie pozostaje w likwidacji bądź upadłości, nie zalega z uiszczaniem podatków i składek na ubezpieczenie społeczne oraz nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie.

(31) W przypadku podmiotu TCS S.A.S. dla potwierdzenia braku zaległości w zapłacie podatków na stronie 78 wniosku przedłożono zaświadczenie wydane przez Dyрекcję Generalną ds. Finansów Publicznych. Zaświadczenie to zostało wydane w dniu 17 marca 2015 r., a zatem w terminie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed dniem upływu terminu na

składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Na podkreślenie jednakże zasługuje, że zaświadczenie to potwierdza brak istnienia zaległości w zapłacie podatków na dzień 31 grudnia 2014 roku, a zatem czas przypadający poza wyznaczonym przez przepisy okresem trzech miesięcy przed dniem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W tym stanie rzeczy przedłożony dokument nie może być uznany za wystarczający dla wykazania faktu nieistnienia zaległości podatkowych podmiotu, na którego zasoby powołuje się wykonawca Thales. W konsekwencji, w odniesieniu do podmiotu TCS S.A.S. nie zostały przedłożone wszystkie wymagane dokumenty, a Thales nie mógł powoływać się na doświadczenie tego podmiotu na potrzeby dokonywanej klasyfikacji wykonawców.

(32) Ponadto, wezwanie Zamawiającego z dnia 28 sierpnia 2015 r. obejmowało także żądanie przedłożenia dokumentu potwierdzającego, że wobec podmiotu trzeciego nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 ppkt a) rozporządzenia o dokumentach. Jeżeli chodzi o ten ostatni wymóg, to jest on odpowiednikiem wymagania od podmiotów krajowych zaświadczenia potwierdzającego, że w stosunku do podmiotu zbiorowego nie został orzeczony zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (art. 24 ust. 1 pkt 9 Ustawy Pzp). W przypadku podmiotów polskich przedstawia się odpowiednie zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego. W przypadku podmiotów zagranicznych może wchodzić w grę zaświadczenie wydane przez odpowiedni organ sądowy lub administracyjny, a jeżeli tego rodzaju dokumenty nie są wydawane w danym kraju - oświadczenie własne podmiotu złożone przed właściwym organem lub notariuszem. Wymogi dotyczące takiego oświadczenia określone są w § 4 ust. 3 rozporządzenia o dokumentach. Przepis ten wskazuje, że oprócz deklaracji co do okoliczności, jakie mają podlegać wykazaniu tą drogą, oświadczenie składane przed właściwym organem lub notariuszem ma określać także osoby uprawnione do reprezentacji podmiotu, którego oświadczenie dotyczy.

(33) W odniesieniu do podmiotu TCS S.A.S. nie zostało złożone sądowe zaświadczenie potwierdzające brak orzeczenia wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 sierpnia 2015 r., wykonawca Thales złożył m.in. akt notarialny, w którym osoba działająca w imieniu TCS S.A.S. oświadczyła, że spółka ta nie jest przedmiotem żadnego zakazu ani wykluczenia z udziału w zamówieniach publicznych. W powyższym oświadczeniu nie znalazło się natomiast określenie osób uprawnionych do reprezentacji TCS S.A.S. Zatem oświadczenie to, jako niespełniające określonego przepisami wymogu formalnego, nie może zostać uznane za ważne złożone i potwierdzające spełnianie warunków udziału w Postępowaniu. W rezultacie, w odniesieniu do TCS S.A.S. wykonawca nie złożył dokumentu potwierdzającego, że nie

orzeczone wobec tego podmiotu zakazu ubiegania się o zamówienie, co nie pozwala wykonawcy Thales na powoływanie się na doświadczenie tego podmiotu. Dalszą konsekwencją takiego ustalenia jest wniosek, że wykonawca Thales, który w Postępowaniu powoływał się wyłącznie na doświadczenie spółki TCS S.A.S., nie wykazał posiadania jakiegokolwiek doświadczenia w wykonywaniu dostaw objętych zamówieniem i w konsekwencji, jako niespełniający warunków udziału w Postępowaniu, powinien zostać wykluczony na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 131e ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

#### VIII. Zarzut nieprawidłowego ustalenia liczby dostaw zrealizowanych przez Thales

(34) Niezależnie od powyższego zarzutu niezasadnego uwzględnienia na rzecz Thales dostaw wykonanych przez podmiot, na którego doświadczenie Thales nie miał prawa się powoływać, z ostrożności procesowej Odwołujący kwestionuje także prawidłowość dokonanej klasyfikacji z powodu bezpodstawnego uwzględnienia na rzecz Thales łącznie 7 dostaw, podczas gdy w rzeczywistości zrealizowano wyłącznie dwie dostawy, na podstawie dwóch umów, na rzecz dwóch podmiotów. Potwierdzają to dokumenty przedłożone przez Thales dla wykazania prawidłowego wykonania tych dostaw. Są to dwa pisma wskazujące, że dostawy odbywały się na podstawie dwóch umów na przestrzeni kilku lat. Dokonany przez wykonawcę podział jednej dostawy na części według poszczególnych lat wykonywania umowy ma charakter sztuczny i zmierza wyłącznie do niezasadnego zwielokrotnienia liczby zrealizowanych dostaw i uzyskania dodatkowych punktów w klasyfikacji.

#### IX. Zarzut zaniechania wykluczenia z Postępowania wykonawcy KenBIT

(35) W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp także przez to, że zaniechał wykluczenia wykonawcy KenBIT z Postępowania z uwagi na niewykazanie przez ten podmiot spełniania warunków udziału. Wezwaniem z dnia 9 lutego 2016 r. Zamawiający wezwał KenBIT do uzupełnienia złożonych dokumentów poprzez przedłożenie dokumentu potwierdzającego, że wobec podmiotu, na którego zasoby KenBIT powoływał się w Postępowaniu (spółki niemieckiej ND SatCom GmbH), nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie. Zgodnie z obowiązującymi przepisami, w przypadku uzupełniania dokumentów po terminie składania ofert lub wniosków, złożone na wezwanie oświadczenia lub dokumenty muszą potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upływał termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tymczasem przedłożony przez KenBIT dokument został wystawiony w dniu 18 lutego 2016 r. i potwierdzał stan istniejący w dniu jego wystawienia. Nie było zatem możliwe ustalenie na jego podstawie, jaki stan istniał w dniu upływu terminu do składania wniosków, to jest w dniu 29 kwietnia 2015 r.

(36) Odwołujący wskazuje, że odmiennie niż w skarżonej czynności, podczas oceny spełnienia warunków udziału w Postępowaniu dokonanej w dniu 25 kwietnia 2016 r., Zamawiający wykluczył wykonawcę KenBIT z Postępowania. Wówczas Zamawiający prawidłowo przyjął, że przedłożone przez KenBIT dokumenty nie są wystarczające dla wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu określonych w ogłoszeniu o zamówieniu, wobec niewykonania wezwania do przedłożenia dokumentów, wystosowanego z zagrożeniem wykluczeniem z Postępowania. Skoro wykonawca nie wykonał zobowiązania, które na niego nałożono, powinien zostać wykluczony z Postępowania.

#### X. Zarzut zaniechania wykluczenia z Postępowania Konsorcjum Indra

(37) Dla wykazania spełnienia warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, Konsorcjum Indra przedstawiło dokument polisy wystawionej przez Mapfre Global Risks S.A., jednak nie przedstawiło dowodu potwierdzającego, aby polisa ta była opłacona. Z treści samej polisy i wskazanych w niej terminów płatności składek można wnioskować, że w istocie w dniu, w którym upływał termin składania wniosków o dopuszczenie do postępowania, polisa opłacona nie była, o czym świadczy umownie ustalony termin zapłaty pierwszej raty składki - dzień 1 lipca 2015 r. O ile nie jest kwestionowana dopuszczalność takiego postanowienia stron umowy ubezpieczenia, zgodnie z zasadą swobody umów, o tyle w niniejszym Postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający wyraźnie wymagał od wykonawców przedłożenia „opłaconej polisy” (Sekcja III.2.2) ust. 2 ogłoszenia o zamówieniu). Taki sam wymóg wynika z treści Rozporządzenia o dokumentach (§ 1 ust. 1 pkt 9 Rozporządzenia). Przedłożenie przez Konsorcjum Indra polisy bez przedłożenia dowodów, że została ona choć częściowo opłacona, musi zostać uznane jako niespełnienie warunków udziału w

Postępowaniu, a w konsekwencji - uzasadniać wykluczenie wykonawcy z Postępowania przez Zamawiającego.

#### XI. Zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

(38) W świetle powyższego, nie ulega wątpliwości, że Zamawiający naruszył wskazane w petitum przepisy ustawy Pzp, naruszając jednocześnie zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Dokonywana przez Zamawiającego ocena przedkładanych przez wykonawców dokumentów i przekazywanych informacji była niejednorodna, w przypadku niektórych wykonawców bardzo drobiazgową, w przypadku innych - bardziej liberalną. W szczególności w zakresie dokonywanej oceny realnej dostępności udzielanych przez podmioty trzecie zasobów ocena

Zamawiającego okazała się niejednakowa, co doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, na niekorzyść Odwołującego.

XII. Zarzuty naruszenia art. 57 ust. 3 ustawy Pzp przez niewłaściwe zakwalifikowanie wykonawców na liście rankingowej

(39) Z powołanych powyżej względów, czynność dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem została przeprowadzona nieprawidłowo, co skutkowało uwzględnieniem w rankingu podmiotów, które w ogóle w nim nie powinny się znaleźć bądź przyznania wykonawcom niewłaściwej liczby punktów oraz sumy wartości dostaw, co skutkowało przyjęciem nieprawidłowej kolejności wykonawców w klasyfikacji. To działanie Zamawiającego stanowiło naruszenie art. 57 ust. 3 ustawy Pzp, który nakazuje Zamawiającemu wyłonić wykonawców, których zaprosi do składania ofert wstępnych, w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny.

[...]"

Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania.

KenBIT Koenig i Wspólnicy Sp. j. w Warszawie oraz Thales Polska Sp. z o.o. w Warszawie wniosły sprzeciw względem uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Podając, zgodnie z dyspozycją art. 196 ust. 4 Pzp podstawę prawną rozstrzygnięcia wraz z przytoczeniem przepisów prawa, odnośnie zakresu orzekania w przedmiotowych sprawach, Izba wskazuje na dyspozycją art. 186, która stanowiła właściwie całość regulacji

ustawowej dotyczącej instytucji uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego oraz sprzeciwu wykonawcy przystępującego po stronie zamawiającego.

Otóż zgodnie z kolejnymi jednostkami redakcyjnymi tego przepisu, w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia i znajdującym zastosowanie do rozpatrywanej sprawy:

Art. 186. 1. Zamawiający może wnieść odpowiedź na odwołanie. Odpowiedź na odwołanie wnosi się na piśmie lub ustnie do protokołu.

2. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

3. Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

4. Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba rozpoznaje odwołanie.

5. Sprzeciw wnosi się na piśmie lub ustnie do protokołu.

6. Koszty postępowania odwoławczego:

- 1) w okolicznościach, o których mowa w ust. 2, znosi się wzajemnie;
- 2) w okolicznościach, o których mowa w ust. 3:
  - a) ponosi zamawiający, jeżeli uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu po otwarciu rozprawy,
  - b) znosi się wzajemnie, jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy;
- 3) w okolicznościach, o których mowa w ust. 4, ponosi:
  - a) odwołujący, jeżeli odwołanie zostało oddalone przez Izbę,
  - b) wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę.

W świetle powyższej regulacji należy podkreślić, że ustawa nie przewiduje instytucji częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania oraz częściowego sprzeciwu względem uwzględnienia wszystkich zarzutów odwołania. Również kazuistyczne uregulowania dotyczące kosztów postępowania odwoławczego, zawarte w znajdujących zastosowanie w sprawie przepisach wykonawczych, nie przewidują tego typu sytuacji.

Powyższe prowadzi do konkluzji, że zastana regulacja „działa” bezproblemowo jedynie w przypadku odwołań jednowątkowych, tzn. najlepiej jednozarzutowych i zwróconych przeciwko jednemu wykonawcy. W przypadku odwołań złożonych, zawierających szereg różnorodnych zarzutów i zwróconych przeciwko wielu wykonawcom, umorzenie postępowania oraz określenie zakresu orzekania w danej sprawie budzi szereg kontrowersji. Kwestia ta omówiona została szerzej w Informacji rocznej KIO za rok 2012 (Załącznik nr 1 do uchwały nr 3/2013 Zgromadzenia Ogólnego Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lipca 2013 r. – Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2012 r.).

Pierwszym niezwykle trudnym do rozstrzygnięcia zagadnieniem proceduralnym była kwestia uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w przypadku, gdy jedynie część zarzutów była według niego zasadna. Uwzględnienie całości zarzutów odwołania (w tym niezasadnych) i umorzenie postępowania, przeważnie oznaczało konieczność dalszego działania zamawiającego wbrew żądaniom odwołania, które uwzględnił. Natomiast uwzględnienie jedynie części zarzutów (tych zasadnych) prowadziło do sytuacji, w której całe odwołanie było uwzględniane przez Izbę ze względu na zasadność zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego, a zamawiający ponosił całość kosztów postępowania odwoławczego, albo pozostawiano zarzuty uwzględnione poza zakresem orzekania, co powodowało, że ich status pozostawał właściwie nieokreślony - nie zapadało w ich przedmiocie żadne rozstrzygnięcie procesowe znajdujące odzwierciedlenie w sentencji jakiegokolwiek orzeczenia Izby: uwzględnienie, oddalenie, ani umorzenie (*vide ww. Informacja roczna Izby*).

Nie jest to jednak sytuacja z tego postępowania – w tym przypadku Zamawiający uwzględnił odwołania w całości – i z tej racji nie będzie dalej ogólnie rozważana.

Natomiast drugim przypadkiem ujawniającym niedostatki legislacyjne art. 186 ustawy, jest sytuacja, która miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym:

Odwołania, a ściślej zarzuty i żądania przedmiotowych odwołań dotyczą wielu wykonawców, ich udziału w postępowaniu i punktacji ich wniosków. Zamawiający w całości odwołania uwzględnił. Wykonawcy przystępujący po stronie Zamawiającego, których dotyczyły zarzuty odwołań, stanęli wobec alternatywy nie wnoszenia sprzeciwu i pogodzenia się np. z ewentualnym ich wykluczeniem/niezakwalifikowaniem do dalszego etapu postępowania przez Zamawiającego, którego nie będą mogli zakwestionować na drodze środków ochrony prawnej

(w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp), albo wniesienia sprzeciwu i pomimo ewentualnego obronienia swoich wniosków, narażenia się na konsekwencje finansowe uwzględnienia odwołania przez Izbę w związku z prawdopodobną zasadnością zarzutów odwołań dotyczących wykonawców, którzy do postpowania odwoławczego nie przystąpili. Natomiast Izba zmuszona byłaby rozstrzygać zarzuty, co do których spór pomiędzy stronami (odwołującym a przystępującym wnoszącym sprzeciw) właściwie nie istnieje – przystępujący nie są często zainteresowani ani zdolni do powoływania okoliczności faktycznych i argumentów zwalczających zarzuty odwołania dotyczące ich konkurentów.

Opisana powyżej sytuacja i jej konsekwencje związane z brakiem instytucji częściowego sprzeciwu względem uwzględnionych przez zamawiającego zarzutów odwołania stanowi techniczną lukę w prawie, której brak wypełnienia prowadzi do procesowych skutków rażąco naruszających poczucie sprawiedliwości i zwykłą racjonalność w stosowaniu przepisów prawa. Lukę tę należało więc wypełnić posługując się analogiami do uregulowanych instytucji procesowych – orzekania o całości odwołania, względem którego uwzględnienia przez zamawiającego wniesiono sprzeciw oraz umorzenia całości postępowania odwoławczego przy braku sprzeciwu. Należało się również kierować przy tym sposobem w jaki lukę tę wypełnił ustawodawca nowelą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020).

Z powyższych względów odwołania rozpoznano tylko w zakresie zarzutów rzeczywiście spornych, tj. takich, których *de facto* dotyczyły wniesione sprzeciwy Przystępujących, co wynika m.in. z zakresu w jakim podjęli oni polemikę z zarzutami odwołań. Ponadto zakres i możliwość wniesienia sprzeciwu należało oceniać również w granicach interesu w przystąpieniu do danej strony postępowania odwoławczego.

Natomiast, co do pozostałych zarzutów odwołań, które *in corpore* zostały również uwzględnione przez Zamawiającego, uznano, że nie zostały objęte sprzeciwami Odwołujących, a w związku z tym nie podlegały rozpoznaniu i postępowanie w tym zakresie umorzono. Izba wydała w tym zakresie wzorem praktyki sądowej stosowne postanowienie pomieszczone w wyroku. W jej ocenie koresponduje to ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w uzasadnieniu uchwały z 17 lutego 2016 r. (sygn. akt III CZP 111/15) i pozostaje w zgodzie z wynikającym zeń postulatem, aby zakres i rodzaj orzeczenia w przedmiocie całości odwołania wynikał z sentencji orzeczeń Izby a nie dopiero z lektury ich uzasadnień.

Zarzuty rozpoznane, których uwzględnieniu sprzeciwiali się Przystępujący, a które Odwołujący podtrzymali i popierali, Izba uznała za niezasadne z niżej opisanych powodów.

Zarzut dotyczący Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o. w Kutnie (Uczestnika nr 3) uznano za niezasadny.

Zarzut sprowadza się w tym przypadku do kwestionowania możliwości wykazywania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt III.2.3) ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu i uzyskiwania dodatkowej punktacji w myśl pkt IV.1.2) za pomocą wielu dostaw terminali wykonywanych w ramach jednego stosunku umownego.

U podstawy jego rozstrzygnięcia leży więc interpretacja postanowień pkt III.2.3) ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu, według których wykonawcy „wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują, co najmniej jedną dostawę terminala satelitarnego o aperturze anteny powyżej 1 m o wartości co najmniej 2 000 000 PLN” oraz pkt IV.1.2) ogłoszenia, zgodnie z którym „Zamawiający będzie przyznawał punkty za wykazanie się, że Wykonawca wykonał (wykonuje) więcej niż jedną dostawę terminali satelitarnych spełniających wymagania określone w sekcji III.2.3) ust. 1 niniejszego ogłoszenia”.

W świetle powszechnie akceptowanego w orzecznictwie postulatu konieczności interpretowania budzących wątpliwości postanowień dokumentów przetargowych na korzyść wykonawców (wykładnia, która prowadzi do rozszerzania, a nie ograniczania konkurencji w postępowaniu), można i należy przyjąć, że rzeczony warunek posługuje się pojęciem dostawy rozumianej nie jako jeden stosunek umowny, ale jako dające się wyodrębnić rzeczowo świadczenie polegające na dostawie jednego zestawu satelitarnego.

Przystępujący Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o. wykazał w tym przypadku – przy pomocy protokołów przekazania nr 1/MLC/2015, nr 1/MLC/2015, nr 1/MLC/2015 złożonych na rozprawie - że wszystkie trzy dostawy podawane Zamawiającemu spełniają powyższe postulaty, tj. są odrębnymi rzeczowo świadczeniami wykonanymi w innym czasie i w innych lokacjach. Jak już wskazano, pobawiona znaczenia jest tu okoliczność, iż dotyczy ich jeden stosunek umowny.

Na marginesie, odnośnie wątku argumentacyjnego dotyczącego równego traktowania wykonawców, Izba wskazuje, że Zamawiający oceniał takie ilości dostaw, jakie wskazali mu sami wykonawcy w swoich wykazach dostaw.

### **KIO 1181/16**

Zarzuty dotyczące KenBIT Koenig i Wspólnicy Sp. j. opisane w pkt IX uzasadnienia odwołania są równie niezasadne, co niezrozumiałe.

Wezwanie do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego udostępniającego Wykonawcy swoje doświadczenie, nie warunkowało wykazania spełniania

minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale punktowanie dodatkowych dostaw, które na doświadczenie podmiotu trzeciego się składały.

Natomiast niezuzupełnienie dokumentów zgodnie z żądaniem Zamawiającego nie jest przesłanką wykluczenia wykonawcy opisaną w przepisach. Przesłanką taką jest w myśl art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zarzuty opisane w pkt VI-VIII uzasadnienia odwołania dotyczące Thales Polska Sp. z o.o. w Warszawie uznano za niezasadne.

Odnosnie zarzutu braku umocowania przedstawiciela Thales Polska Sp. z o.o. Izba wskazuje, iż załączone do wniosku Wykonawcy pełnomocnictwo jest jak najbardziej „stanowcze”, a pan K.B. był umocowany do samodzielnego podpisania wniosku, o czym przesądza chociażby alternatywa przy wymienieniu pełnomocników umocowanych na podstawie opisanego w odwołaniu pełnomocnictwa.

Odnosnie zarzutu zaliczenia na rzecz Thales zasobów podmiotu, co do którego nie przedłożono wymaganych dokumentów Izba stwierdza, że Wykonawca prawidłowo wykazał, iż podmiot trzeci udostępniający mu swoje zasoby, francuskiej spółki Thales Communications & Security S.A.S. nie pozostaje w likwidacji bądź upadłości, nie zalega z uiszczaniem podatków i składek na ubezpieczenie społeczne oraz nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie, składając w tym zakresie odpowiednie dokumenty wystawione przez francuskie władze i prawidłowe oświadczenia przed notariuszem.

Co do zarzutu nieprawidłowego ustalenia liczby dostaw zrealizowanych przez Thales, Izba wskazuje, że zarzut ten opiera się na takim samym rozumieniu warunku udziału w postępowaniu, jak zarzut odwołania KIO 1175/16 skierowany przeciwko Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o. i jako taki był zwalczany przez Odwołującego, który występował w tamtym postępowaniu w charakterze przystępującego.

Tym samym zarzut oddalono z uzasadnieniem analogicznym, jak w przypadku jedynego zarzutu rozpoznanego w sprawie KIO 1175/16.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencjach.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10, art. 186 ust. 6 Pzp oraz zgodnie z § 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – w brzmieniu znajdującym zastosowanie do niniejszego postępowania.

W myśl art. 186 ust. 6 pkt 2 lit b ustawy koszty w sytuacji uwzględnienia zarzutów odwołania i braku sprzeciwów znoszą się wzajemnie – przy orzekaniu o kosztach postępowania nie były więc brane pod uwagę zarzuty uwzględnione, co do których nie wniesiono sprzeciwów i o których nie orzekano. Na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit a Pzp kosztami postępowania obciążono więc odwołujących ze względu na wynik postępowania w zakresie zarzutów rozpoznanych i ich oddalenie.

.....