

**Sygn. akt: KIO 2816/10**

**Sygn. akt: KIO 14/11**

## **WYROK**

**z dnia 13 stycznia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołań skierowanych zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2011 r. do łącznego rozpoznania wniesionych przez:

- A. **Hewlett – Packard Polska sp. z o.o. w Warszawie** w dniu 31 grudnia 2010 r. (sygn. akt: KIO 2816/10);
- B. **Telekomunikacja Polska S.A. w Warszawie** w dniu 3 stycznia 2011 r. (sygn. akt: KIO 14/11);

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie**

przy udziale uczestników postępowania:

- **Logon S.A. w Bydgoszczy**, który zgłosił przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygnaturach akt: **KIO 2816/10, KIO 14/11 po stronie zamawiającego;**
- **Telekomunikacja Polska S.A. w Warszawie**, która zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt **KIO 2816/10 po stronie zamawiającego;**
- **Trecom sp. z o.o. w Warszawie**, który zgłosił przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygnaturach akt: **KIO 2816/10, KIO 14/11 po stronie zamawiającego;**
- **Unizeto Technologies S.A. w Szczecinie**, który zgłosił przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygnaturach akt: **KIO 2816/10, KIO 14/11 po stronie zamawiającego;**
- **Centrum Informatyki Zeto S.A. w Białymstoku**, które zgłosiło przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygnaturach akt: **KIO 2816/10, KIO 14/11 po stronie zamawiającego;**
- **Zeto – Rzeszów sp. z o.o. w Rzeszowie**, które zgłosiło przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygnaturach akt: **KIO 2816/10, KIO 14/11 po stronie zamawiającego;**
- **Hewlett – Packard Polska sp. z o.o. w Warszawie**, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt **KIO 14/11 po stronie odwołującego;**
- **Betacom S.A. w Warszawie**, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt **KIO 2816/10 po stronie odwołującego;**

**orzeka:**

1. oddala obydwa odwołania;
2. kosztami postępowania obciąża:

A. **Hewlett – Packard Polska sp. z o.o. w Warszawie** w ten sposób, że nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Hewlett – Packard Polska sp. z o.o. w Warszawie**;

B. **Telekomunikację Polską S.A. w Warszawie** w ten sposób, że nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Telekomunikację Polską S.A. w Warszawie**.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

**Sygn. akt: KIO 2816/10**

**Sygn. akt: KIO 14/11**

## **Uzasadnienie**

Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie w celu zawarcia umowy na dostawę i wdrożenie przełączników sieciowych w sieciach LAN w Oddziałach oraz routerów w sieci WAN w Centrali i Terenowych Jednostkach Organizacyjnych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto 21 lipca 2010 r. publikując ogłoszenie na stronie internetowej zamawiającego oraz wywieszając ogłoszenie w swojej siedzibie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2010/S 142-218892, następnie zmienione ogłoszeniem opublikowanym pod numerem 2010/S 162-249077.

W dniu 23 grudnia 2010 r. pismem z dnia 22 grudnia 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców za pośrednictwem faksu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

### **Sygn. akt: KIO 2816/10**

Dnia 31 grudnia 2010 r. wykonawca Hewlett – Packard Polska sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02 – 678 Warszawa (dalej „odwołujący HP”) wniósł do Prezesa Izby odwołanie (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą). Kopię odwołania przekazał zamawiającemu tego samego dnia (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą).

Odwołanie zostało wniesione od niezgodnej z przepisami ustawy:

- a) czynności zamawiającego, tj. oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez odwołującego HP, w szczególności czynności przyznawania punktacji odwołującemu HP niezgodnej z zasadami określonymi w przepisach ustawy oraz w ogłoszeniu o zamówieniu,
- b) czynności zamawiającego, tj. oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu następujących wykonawców:

- i. Logon S.A. - ul. Piotrowskiego 7-9, 85-098 Bydgoszcz,
  - ii. Centrum Informatyki Zeto S.A. - ul. Skorupska 9, 15-048 Białystok,
  - iii. Zeto - Rzeszów sp. z o.o. - Al. Rejtana 55, 35-326 Rzeszów,
  - iv. Trecom sp. z o.o. - ul. Mokotowska 4/6, 00-641 Warszawa,
  - v. Unizeto Technologies S.A. - ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin,
  - vi. NetLine Group sp. z o.o. - ul. Wyścigowa 56F, 53-012 Wrocław,
- c) zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania odwołującego HP do uzupełniania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy,
- d) zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania przez zamawiającego czynności zaproszenia odwołującego HP do składania oferty w postępowaniu,

oraz:

- e) zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania następujących wykonawców:

- i. Logon S.A. - ul. Piotrowskiego 7-9, 85-098 Bydgoszcz,
- ii. Centrum Informatyki Zeto S.A. - ul. Skorupska 9, 15-048 Białystok,
- iii. Zeto - Rzeszów sp. z o.o. - Al. Rejtana 55, 35-326 Rzeszów,
- iv. Trecom sp. z o.o. - ul. Mokotowska 4/6, 00-641 Warszawa,
- v. Unizeto Technologies S.A. - ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin,
- vi. NetLine Group sp. z o.o. - ul. Wyścigowa 56F, 53-012 Wrocław,

ze względu na naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a także którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy.

W ocenie odwołującego HP zamawiający poprzez w/w czynności oraz zaniechania czynności naruszył następujące przepisy ustawy: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 3 oraz art. 51 ust. 1 i 2 ustawy.

Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący HP domagał się:

- I. uwzględnienie odwołania poprzez:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności czynności przyznawania punktacji poszczególnym wnioskowi oraz czynności zaproszenia wykonawców do składania oferty,

2. nakazanie zamawiającemu wykonania czynności wezwania odwołującej do uzupełniania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

oraz

3. nakazanie zamawiającemu wykonania czynności wykluczenia z postępowania następujących wykonawców:

i. Logon S.A. - ul. Piotrowskiego 7-9, 85-098 Bydgoszcz,

ii. Centrum Informatyki Zeto S.A. - ul. Skorupska 9, 15-048 Białystok,

iii. Zeto - Rzeszów sp. z o.o. - Al. Rejtana 55, 35-326 Rzeszów,

iv. Trecom sp. z o.o. - ul. Mokotowska 4/6, 00-641 Warszawa,

v. Unizeto Technologies S.A. - ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin,

vi. NetLine Group sp. z o.o. - ul. Wyścigowa 56F, 53-012 Wrocław

oraz

4. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,

5. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności zaproszenia wykonawców do składania oferty w postępowaniu, a w szczególności poprzez zaproszenie do składania oferty odwołującego HP.

II. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego HP kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Uzasadniając zarzuty odwołania odwołujący HP podniósł, iż w sekcji IV ogłoszenia o zamówieniu zamawiający ustalił, że przewidywana liczba wykonawców w postępowaniu, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert wynosi 5, a ograniczenie liczby tych wykonawców nastąpi na podstawie kryterium wyboru ukształtowanego w pkt. IV.1.2. ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający ocenił wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (dalej „wniosek”) odwołującego HP, informując w pkt. 12 pisma z dnia 22 grudnia 2010 r. m.in., iż otrzymał 247 punktów, a warunki udziału w postępowaniu nie spełniają dostawy wskazane w pozycjach 13 i 14 wykazu dostaw zawartego we wniosku, ponieważ:

a) dostawa wskazana pod lp. 13, jak wynika z listu referencyjnego zawartego we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwołującego HP, została zrealizowana przez

podmiot trzeci, którego zobowiązania, o oddaniu wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, nie zostało dołączone do wniosku;

b) dostawa wskazana w pozycji 14, jak wynika z wyjaśnień odwołującego HP z dnia 19 października 2010 r. (wyjaśnienia wykonawcy na wezwanie zamawiającego z dnia 14 października 2010 r.) została zrealizowana przez podmiot trzeci, którego zobowiązania, o oddaniu odwołującemu HP do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, nie został dołączony do wniosku. Ponadto do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie został dołączony dokumentu mający potwierdzać należyte wykonanie tej umowy. Zamawiający wskazał dalej, iż w związku z tym, że odwołujący HP spełnia warunek udziału w postępowaniu, zamawiający nie mógł go wezwać do uzupełnienia ww. dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Zdaniem Odwołującego HP zamawiający powinien wezwać go do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie:

a) zobowiązania do oddania odwołującemu HP do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, dla dostawy wskazanej w pozycji 13 wniosku,

b) zobowiązania do oddania odwołującemu HP do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, dla dostawy wskazanej w pozycji 14 wniosku,

c) dokumentu mającego potwierdzać należyte wykonanie umowy, dla dostawy wskazanej przez odwołującego HP w pozycji 14 wniosku.

Podkreślił dalej odwołujący HP, iż powyższe zaniechanie zamawiającego przesądza o wadliwości postępowania w jego obecnym kształcie. Argumentował, iż do wskazanego błędu w działaniu zamawiającego doszło w wyniku nieuzasadnionego uznania, iż zamawiający nie musi zastosować art. 26 ust. 3 ustawy wobec odwołującego HP „w związku z tym, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu”. Odwołujący HP zwrócił uwagę, iż art. 26 ust. 3 ustawy nie zawiera w sobie wyjątku dla procedury ograniczonej, polegającego na prawie do niezastosowania, czy też na zakazie jego stosowania w sytuacji, w której wniosek wykonawcy spełnia dyspozycję przewidzianą w tymże przepisie. Dowodził, iż w postępowaniu dwuetapowym samo spełnienie wymagań na etapie oceny wniosku, nie jest celem wykonawców. Jest nim takie spełnienie wymagań, które klasyfikuje wniosek na pozycji pozwalającej zaprosić wykonawcę do złożenia oferty.



Odnosząc się do treści. 26 ust. 3 ustawy odwołujący HP wskazał, iż przepis ten dotyczy wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp oraz pełnomocnictw. Zatem dokumenty takie jak brakujące we wniosku odwołującego HP, są oświadczeniami i dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. W celu uzasadnienia swojego poglądu odwołujący HP powołał wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1503/08).

W dalszej części odwołania odwołujący HP wskazał, iż wnioski wykonawców Logon S.A., Centrum Informatyki Zeto S.A., Zeto - Rzeszów sp. z o.o., Trecom sp. z o.o., Unizeto Technologies S.A., NetLine Group sp. z o.o. nie zawierają właściwego dokumentu mającego potwierdzać zobowiązanie się do oddania tym wykonawcom do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, a także możliwość skorzystania z tego potencjału przez w/w wykonawców (dotyczy doświadczenia i wiedzy oraz tzw. referencji uzyskanych przez firmę Huawei Technologies z Chin).

Spółka Huawei Technologies z Chin przedstawiła dokument potwierdzający zakres działalności (chiński odpowiednik polskiego KRS), w którym wśród wskazanych rodzajów działalności brak zakresu wymaganego przez zamawiającego w ogłoszeniu do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. zakresu świadczenia usług serwisowych, czy serwisu gwarancyjnego. Oznacza to, że spółka Huawei Technologies nie mogła świadczyć 2 letniej gwarancji, gdyż tego typu usługi nie są w zakresie prowadzonej przez nią działalności, czego wykazania wymagał zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu jako warunek udziału w postępowaniu oraz warunek tzw. kwalifikacji wykonawców do zaproszenia do składania ofert.

Tym samym zadaniem odwołującego HP należy uznać, że zamawiający zobowiązany był wykluczyć wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, tj. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Ponadto spółka Huawei Technologies w oświadczeniu wskazała, iż „zamierza wspierać powyższą firmę jako Dostawca i Doradca”, a zatem nastąpiło istotne zawężenie wymaganego zakresu polegania na potencjale przez wykonawców zaproszonych przez zamawiającego do składania oferty, poprzez niespełnienia wymagania wykazania wiedzy i doświadczenia (potencjału) w zakresie usługi serwisowania przez okres co najmniej dwóch lat. Spółka Huawei Technologies jedynie „zamierza wspierać powyższą firmę jako Dostawca i Doradca”, a nie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia („wspierać” nie oznacza podwykonywać).

Odwołujący HP przytoczył pkt III.2.3. podpunkt 1.1. ogłoszenie o zamówieniu, z którego wynika, iż wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawi w tym celu pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, a nie tylko do sprzedaży towaru i doradztwie. Odwołujący HP wyjaśnił, iż wiedza i doświadczenie wykazywane w systemie zamówień publicznych poprzez tzw. referencje, nie polega na prostym udostępnianiu możliwości zakupu urządzeń, bo możliwość zakupu urządzeń Huawei, ma każdy wykonawca, także bez oświadczenia Huawei Technologies. Zamawiający wymagał natomiast realnego „dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia”, poprzez „oddanie (...) do dyspozycji” takich elementów jak w/w „suma doświadczeń zawodowych, posiadanych zdobyczy myśli technicznej i organizacyjnej”, „renomy przedsiębiorstwa” itp. Tym samym należało w ocenie odwołującego HP uznać, że zamawiający naruszył obowiązek wykluczenia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Odwołujący HP podniósł także, iż wykonawców Logon S.A., Centrum Informatyki Zeto S.A., Zeto - Rzeszów sp. z o.o., Trecom sp. z o.o., Unizeto Technologies S.A., NetLine Group sp. z o.o. zamawiający wezwał do uzupełnienia wniosków, gdyż każdy z tych wykonawców nie dołączył do wniosku, podobnie jak odwołujący HP, należytych dokumentów o udostępnieniu zasobów innych wykonawców. Tym samym zamawiający wykazał wybiórczość stosowania prawa wobec wykonawców, naruszając zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji ( art. 7 ust. 1 i 3 ustawy).

Przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2816/10 po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy:

- Logon S.A. - ul. Piotrowskiego 7-9, 85-098 Bydgoszcz,
- Centrum Informatyki Zeto S.A. - ul. Skorupska 9, 15-048 Białystok,
- Zeto - Rzeszów sp. z o.o. - Al. Rejtana 55, 35-326 Rzeszów,
- Trecom sp. z o.o. - ul. Mokotowska 4/6, 00-641 Warszawa,
- Unizeto Technologies S.A. - ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin,
- Telekomunikacja Polska S.A. - ul. Twarda 18, 00 – 105 Warszawa.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili:

- wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie ATM Systemy Informatyczne sp. z o.o. – ul. Grochowska 21 a, 04 – 186 Warszawa oraz ATM S.A. w Warszawie – ul. Grochowska 21 a, 04 – 186 Warszawa oraz
- Betacom S.A. - ul. Połczyńska 31 a, 01 – 377 Warszawa.

**Sygn. akt: KIO 14/11**

W dniu 3 stycznia 2011 r. wykonawca Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00 – 105 Warszawa (dalej „odwołujący TP S.A.”) wniosła do Prezesa Izby odwołanie (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu tego samego dnia (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą).

Odwołanie zostało wniesione na czynność oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz przyznania ocen za spełnianie tych warunków w odniesieniu do wniosków: Trecom sp. z o.o., Centrum Informatyki Zeto S.A., Unizeto Technologies S.A., Logon S.A., Netline Group sp. z o.o., Zeto-Rzeszów sp. z o.o. oraz Hewlett-Packard Polska sp. z o.o., Betacom S.A., Copi S.A., Henwar Anna Zagrodzka - Maliszewska, ATM Systemy Informatyczne sp. z o.o. i ATM S.A. oraz zaniechanie wykluczenia wymienionych wykonawców z postępowania.

Zamawiającemu zostało zarzucone naruszenie:

- 1) art. 7, art. 14, art. 82 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 58 § 1 kc i 5 kc, poprzez przyjęcie, iż przepisy te nie ustanawiają normy, która nakazuje wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawców składających wnioski dla upozorowania konkurencji;
- 2) art. 7, art. 14, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 3, art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 e zm.), zwanej dalej „UZNK”, w związku z art. 58 kc i 5 kc, poprzez przyjęcie, iż przepisy te nie ustanawiają normy, która nakazuje wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawców składających wnioski dla upozorowania konkurencji;

3) art. 7, art. 51 ust. 1, 1a i 2, art. 26 ust. 2b ustawy oraz art. 3, art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK, w związku z art. 58 i 5 kc, poprzez przyjęcie, że z przepisy te nie ustanawiają normy, która zakazuje przyznania punktów za ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w przypadku, gdy postużenie się zobowiązaniem do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, narusza zasady uczciwej konkurencji;

4) art. 7, art. 51 ust. 1, 1a i 2, art. 26 ust. 2b ustawy, poprzez przyznanie punktów za ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu wnioskowi wykonawców Trecom sp. z o.o., Centrum Informatyki Zeto S.A., Unizeto Technologies S.A., Logon S.A., Netline Group sp. z o.o., Zeto-Rzeszów sp. z o.o., podczas gdy pismo z Huawei Technologies nie zawiera zobowiązania do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący TP S.A. wniósł o:

1) unieważnienie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz przyznaniu ocen za spełnianie tych warunków,

2) dokonanie ponownej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz przyznaniu ocen za spełnianie tych warunków, z pominięciem zobowiązań do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia przedstawionych przez wykonawców Trecom sp. z o.o., Centrum Informatyki Zeto S.A., Unizeto Technologies S.A., Logon SA, Netline Group sp. z o.o., Zeto-Rzeszów sp. z o.o. oraz Hewlett-Packard Polska sp. z o.o., Betacom S.A., Copi S.A., Henwar Anna Zagrodzka - Maliszewska, ATM Systemy Informatyczne sp. z o.o. i ATM S.A.,

3) wykluczenie wykonawców Trecom sp. z o.o., Centrum Informatyki Zeto S.A., Unizeto Technologies S.A., Logon S.A., Netline Group sp. z o.o., Zeto-Rzeszów sp. z o.o. oraz Hewlett-Packard Polska sp. z o.o., Betacom S.A., Copi S.A., Henwar Anna Zagrodzka - Maliszewska, ATM Systemy Informatyczne sp. z o.o. i ATM S.A.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów wnosząca odwołanie TP S.A. wskazała, iż w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, wnioski złożyli między innymi wykonawcy: Trecom sp. z o.o., Centrum Informatyki Zeto S.A., Unizeto Technologies S.A., Logon S.A., Netline Group sp. z o.o., Zeto-Rzeszów sp. z o.o. Wykonawcy: Trecom S.A., Zeto S.A., Logon S.A., Zeto-Rzeszów sp. z o.o., przedstawili jednobrzmiące zobowiązanie do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia, wystawione przez Huawei Technologies Co Ltd. oraz wykaz dostaw zrealizowanych przez tą spółkę wykonanych na rzecz: China Mobile, China Telecom i China

Unicom. Liczba oraz wartość wykazanych dostaw we wszystkich wskazanych wnioskach jest tożsama. Identyczna jest również liczba punktów uzyskana przez tych wykonawców z tytułu tych dostaw, tj. 2814, z tym zastrzeżeniem, że Trecom sp. z o.o. jako jedyny dodatkowo wykazał swoją dostawę na rzecz Mc Donald's Polska uzyskując łącznie 2821 pkt. Również wykonawca Netline Group sp. z o.o. przedstawił zobowiązanie do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia, wystawione przez Huawei Technologies Co Ltd. oraz wykaz dostaw zrealizowanych przez tą spółkę wykonanych na rzecz China Telecom i China Unicom. W związku z brakiem referencji wystawionej przez China Mobile wykonawca ten uzyskał 2683 pkt. Wykonawca Unizeto Technologies S.A. utajnił wykaz dostaw wraz z referencjami, jednak uzyskana liczba punktów (2814), pozwala zasadnie przyjąć, że wykonawca ten posłużył się identycznym zestawem dokumentów jak wyżej wymienieni wykonawcy. Podobna sytuacja zaistniała w przypadku wykonawców: Hewlett-Packard Polska sp. z o.o., Betacom S.A., Copi S.A., Henwar Anna Zagrodzka - Maliszewska, ATM Systemy Informatyczne sp. z o.o. i ATM S.A., którzy posłużyli się zobowiązaniami do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w postaci wiedzy i doświadczenia, przekazanymi przez odwołującego HP. Zamawiając w informacji o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu z dnia 22 grudnia 2010 r. stwierdził in fine, że zaprosi do złożenia ofert pięciu wykonawców, którzy otrzymali najwyższą liczbę punktów, a więc będzie to pięciu spośród sześciu wykonawców, których wnioski zostały zaprezentowane powyżej.

Odwołujący TP S.A. argumentował, iż w niniejszym postępowaniu zamawiający zaaprobował praktykę niedopuszczalną w świetle zasad uczciwej konkurencji: zakwalifikował do fazy składania ofert pięć wniosków pochodzących od firm, które uzgodniły z podmiotem udostępniającym zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, zasady konkurencji celem wyeliminowania z postępowania pozostałych jego uczestników. Podobnie zamawiający w trakcie oceny wniosków przyznał punkty wnioskowi wykonawców: odwołującego HP, Betacom S.A., Copi S.A., Henwar Anna Zagrodzka - Maliszewska, ATM Systemy Informatyczne sp. z o.o. i ATM S.A.

Odwołujący TP S.A. stwierdził, iż określając ogólnie treść zasady uczciwej konkurencji w sposób pozytywny jej istota odnosi się do obowiązku uczciwego ubiegania się o zamówienie publiczne ze strony wykonawców. Działania podejmowane przez wykonawców nie zaburzają konkurencji, o ile wynikają wyłącznie z jej istoty. Definiując uczciwą konkurencję w sensie negatywnym, możemy powiedzieć czym uczciwa konkurencja z pewnością nie jest - jakkolwiek manipulacja przetargiem, czy wynikami postępowania, jest sprzeczna z zasadą uczciwej konkurencji, w szczególności jeżeli jest to działanie

wypełniające znamiona czynów określonych w UZNK (posługiwanie się przepisami tej ustawy uzasadnione jest tym, że art. 7 ust. 1 ustawy nie zawiera samodzielnych kryteriów oceny nieuczciwej konkurencji). Jak podkreśla się w piśmiennictwie, zamawiający dopuszcza się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w przypadku tolerowania zachowań wykonawców sprzecznych z dobrymi obyczajami, polegających na jakimkolwiek uzgadnianiu stawiania do konkurencji, gdyż od każdego z nich oczekuje się rzeczywistej, a nie pozornej konkurencji (tak R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*. Kraków 2005, s. 119-120). Zatem każda czynność lub zaniechanie zamawiającego podlega ocenie z perspektywy klauzuli generalnej wyrażonej w art. 7 ust.1 ustawy. Klauzula uczciwej konkurencji wyznacza granice, w ramach których dopuszczalne jest korzystanie z uprawnień określonych w ustawie, a także możliwość zaniechania pewnych czynności określonych ustawą. Taki wniosek wypływa również z treści art. 5 zdanie 2 kc, który ma zastosowanie do postępowania w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 14 ustawy. Zgodnie wyrażoną w tym przepisie normą działanie polegające na czynieniu ze swego prawa użytku sprzecznego z zasadami współzycia społecznego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Podstawową zasadą współzycia społecznego, w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, jest nakaz prowadzenia tego postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, zatem klauzula generalna wyrażona w art. 7 ustawy, stanowi konkretyzację zasad współzycia społecznego. Ustalenie, że dany czyn lub zaniechanie (wykonawcy, zamawiającego czy podmiotu trzeciego) narusza zasady uczciwej konkurencji jest tożsame z ustaleniem, że narusza on zasady współzycia społecznego. Czynność prawna, dokonywana na podstawie szczegółowego przepisu kompetencyjnego, jeżeli jest sprzeczna z zasadami współzycia społecznego, jest czynnością prawną dokonywaną poza zakresem kompetencji, a więc nieważną na podstawie art. 58 § 1 kc (tak P. Machnikowski w *Kodeks cywilny. Komentarz pod redakcją E. Gniewka*, Warszawa 2006, s. 21).

W konsekwencji zdaniem odwołującego TP S.A. zachowanie wyżej wskazanych wykonawców oraz podmiotu udostępniającego swoje zasoby (spółki Huawei Technologies), od którego wykonawcy ci uzyskali tożsame oświadczenia o udostępnieniu zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia wraz z referencjami, skutkuje otrzymaniem przez pięciu spośród sześciu z nich liczby punktów, która gwarantuje zaproszenie tylko i wyłącznie tych wykonawców do składania ofert oraz eliminację z postępowania pozostałych wykonawców. Dalej odwołujący TP S.A. przywołał treść zobowiązania do udostępnienia zasobów, w którym spółka Huawei Technologies zobowiązuje się m.in. do dostarczania swoich produktów oraz wspierania ww. firm jako dostawca. Oznacza to, że niezależnie od tego, który z ww. wykonawców złoży swoją ofertę, zamawiający de facto uzyska ofertę

na produkty firmy Huawei Technologies. Ponadto w takiej sytuacji Huawei Technologies, poprzez warunki umów negocjowanych z uczestnikami przetargu, będzie miał wpływ na cenę ofert wykonawców (ustali cenę minimalną ofert). Tym samym jest to działanie stanowiące przejaw nieuczciwej konkurencji, a mające na celu wymuszenie na zamawiającym wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy, poprzez ograniczenie w istotny sposób lub wyłączenie możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy, co wypełnia dyspozycję art. 3 UZNK, art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK oraz art. 7 ustawy. Działania powyższe, jako sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji, były prowadzone poza zakresem kompetencji wynikającej z art. 26 ust. 2b Pzp (argument z art. 5 kc).

Zaniechanie przez zamawiającego czynności wskazanych w petitum odwołania w opinii odwołującego TP S.A. pozwala na przyjęcie, że uznał on, że na etapie oceny wniosków nie ma podstaw prawnych do usunięcia z postępowania jego uczestników uzgadniających wspólnie z podmiotem udostępniającym swoje zasoby konkurencję celem wyeliminowania z postępowania pozostałych jego uczestników. Odwołujący TP S.A. wskazał podstawy prawne, które zobowiązywały zamawiającego do „usunięcia” z postępowania jego uczestników uzgadniających pozorną konkurencję celem wyeliminowania z postępowania pozostałych konkurentów. Wnoszący odwołanie wykonawca TP S.A. wskazał na trzy podstawy prawne uzasadniające w jego ocenie postulowane działanie zamawiającego:

- wykonawcy, którzy uzgodnili z podmiotem udostępniającym swoje zasoby stawanie do konkurencji, tylko formalnie biorą udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako odrębni, niezależni konkurenci. Uzgadniając (pozorując) konkurencję faktycznie stają do przetargu jako jeden konkurent. Składając kilka wniosków mają na widoku możliwość złożenia kilku ofert, a więc zmierzają do zrealizowania stanu faktycznego zakazanego przez art. 82 ust. 1 ustawy, zgodnie za którym wykonawca może złożyć jedną ofertę (tak. P. Machnikowski w: Kodeks cywilny. Komentarz pod redakcją E. Gniewka, Warszawa 2006, s. 21.). Wnioski zmierzające do obejścia normy art. 82 ust. 1 ustawy są nieważne na podstawie art. 58 § 2 kc. w zw. z art. 14 Pzp. Wnioski składa się celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 51 ustawy). Nieważny wniosek nie wywołuje żadnych skutków prawnych, a zatem wykonawca składając taki wniosek nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Należy go wykluczyć z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

- uzgodnienie, pomiędzy wykonawcami i podmiotem udostępniającym swoje zasoby, zasad konkurencji dotyczyło składania wniosków oraz przekazywania dołączonych do wniosków pisemnych zobowiązań o oddaniu do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 26 ust. 2b Pzp. Uzgodnione składanie wniosków miało na celu wyeliminowanie z przetargu konkurentów, dlatego należy je zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 UZNK („czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”) oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK („czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy”). Sprzeczność wniosków z przepisami UZNK pociąga za sobą nieważność tych wniosków na podstawie art. 58 § 2 kc w zw. z art. 5 kc, a w konsekwencji powinno skutkować wykluczeniem wykonawców z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp (patrz argumentacja jak powyżej);

- w rozpoznawanej sprawie zarzut nieważności dotyczy nie tylko samego wniosku, ale również pisemnych zobowiązań podmiotów trzecich o oddaniu do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 26 ust. 2b Pzp. Zobowiązania te stanowią zasadniczą część uzgodnienia zasad konkurencji, mającego na celu wyeliminowanie z postępowania pozostałych uczestników przetargu. Będąc elementem takiego uzgodnienia pozostają w sprzeczności z art. 3 ust. 1 UZNK oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK. Pociąga to za sobą nieważność tych zobowiązań na podstawie art. 58 § 1 kc w zw. z art. 5 kc. Zobowiązania te nie mogą więc stanowić dowodu dysponowania przez wykonawcę wskazanymi w nich zasobami podmiotów trzecich. Powinno to skutkować przyznaniem wykonawcom uzgadniającym konkurencję niższej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w rezultacie ich niezaprośzeniem do składania ofert na podstawie art. 51 ust. 2 Pzp.

Na koniec odwołujący TP S.A. podniósł, iż pismo o udostępnieniu zasobów wystawione przez spółkę Huawei Technologies powinno zostać uznane za list intencyjny, a nie zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 14/11 po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy:



- Logon S.A. - ul. Piotrowskiego 7-9, 85-098 Bydgoszcz,
- Centrum Informatyki Zeto S.A. - ul. Skorupska 9,15-048 Białystok,
- Zeto - Rzeszów sp. z o.o. - Al. Rejtana 55, 35-326 Rzeszów,
- Trecom sp. z o.o. - ul. Mokotowska 4/6,00-641 Warszawa,
- Unizeto Technologies S.A. - ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin,
- wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie ATM Systemy Informatyczne sp. z o.o. – ul. Grochowska 21 a, 04 – 186 Warszawa oraz ATM S.A. w Warszawie – ul. Grochowska 21 a, 04 – 186 Warszawa.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił odwołujący HP.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację postępowania, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia i treść załączonych do wniosków dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone podczas rozprawy, a także oryginalną dokumentację postępowania udostępnioną Izbie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołania, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołujących HP oraz TP S.A. wpisów, podlegają rozpoznaniu.

Izba ustaliła, iż do postępowania wywołanego odwołaniem HP (KIO 2816/10) skutecznie przystąpili po stronie zamawiającego działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy wykonawcy Logon S.A. - ul. Piotrowskiego 7-9, 85-098 Bydgoszcz (dalej „Logon”), Centrum Informatyki Zeto S.A. - ul. Skorupska 9,15-048 Białystok (dalej „Centrum Informatyki Zeto”), Zeto - Rzeszów sp. z o.o. - Al. Rejtana 55, 35-326 Rzeszów (dalej „Zeto-Rzeszów”), Trecom sp. z o.o. - ul. Mokotowska 4/6,00-641 Warszawa (dalej „Trecom”), Unizeto Technologies S.A. - ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin (dalej „Unizeto”) oraz odwołujący TP S.A. Ponadto po stronie odwołującego skutecznie przystąpił wykonawca Betacom S.A. - ul. Połczyńska 31 a, 01 – 377 Warszawa (dalej „Betacom”).

Zostało także stwierdzone, iż status uczestników postępowania w postępowaniu wywołanym odwołaniem TP S.A. (KIO 14/11) przystępując po stronie zamawiającego uzyskali wykonawcy Logon, Centrum Informatyki Zeto, Zeto - Rzeszów, Trecom, Unizeto oraz po stronie odwołującego - odwołujący HP.

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie ATM Systemy Informatyczne sp. z o.o. w Warszawie oraz ATM S.A. w Warszawie, którzy zgłosili przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygnaturach akt: KIO 2816/10 po stronie odwołującego oraz KIO 14/11 po stronie zamawiającego nie przystąpili skutecznie do żadnego z postępowań, bowiem nie przekazali kopii przystąpień zamawiającemu.

Zważywszy brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołań, Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba ustaliła, iż zarówno odwołujący HP jak i odwołujący TP S.A. legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Uwzględnivszy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba oddaliła obydwa odwołania.

#### **Za podstawę rozstrzygnięci zostały przyjęte następujące ustalenia faktyczne:**

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na dostawę i wdrożenie przełączników sieciowych w sieciach LAN w Oddziałach oraz routerów w sieci WAN w Centrali i Terenowych Jednostkach Organizacyjnych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

W pkt. III.2.3. ogłoszenia o zamówieniu „Zdolność techniczna” zamawiający opisał sposób oceny warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia wymagając, aby „wykonawca wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną umowę obejmującą swoim zakresem dostawę i wdrożenie

urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i / lub WAN, do minimum 200 lokalizacji, na łączną wartość dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i / lub WAN nie mniejszą niż 5 000 000 zł (brutto). Umowa na podstawie której dokonana była dostawa i wdrożenie, musi obejmować także minimum 2 letni okres gwarancji. Dopuszcza się 2 letni okres gwarancji w trakcie realizacji.” Na potwierdzenie spełniania cytowanego warunku wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z wnioskiem „wykaz wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie umów (co najmniej jedna) każda obejmującą swoim zakresem dostawę i wdrożenie urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i / lub WAN, do minimum 200 lokalizacji, na łączną wartość dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i / lub WAN nie mniejszą niż 5 000 000 zł (brutto) i każda obejmująca minimum 2 letni okres gwarancji”. Należało także załączyć dokumenty potwierdzające, że umowy wymienione w wykazie zostały wykonane należycie.

Dalej w pkt. IV. 1.2. ogłoszenia o zamówieniu „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub udziału” postanowione zostało, że zamawiający dokona analizy treści złożonych dokumentów i oświadczeń. Sprawdzi zawarte w nich informacje i oceni, czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający spośród wykonawców, którzy spełnili warunki udziału w postępowaniu, wyłoni 5 Wykonawców, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej jedną umowę obejmującą swoim zakresem dostawę i wdrożenie urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN, do minimum 200 lokalizacji, na łączną wartość dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i / lub WAN nie mniejszą niż 5 000 000 zł (brutto). Umowa, na podstawie której dokonana była dostawa i wdrożenie, musi obejmować także minimum 2 letni okres gwarancji (dopuszcza się 2 letni okres gwarancji w trakcie realizacji). Wykonawca, który spełni ww. warunek otrzyma -1 pkt, za każdy dodatkowy 1 000 000 zł (brutto) dot. dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN w ramach tej samej umowy, Wykonawca otrzyma dodatkowo -1 pkt. Każda kolejna umowa spełniająca ww. warunki, którą wykaże Wykonawca będzie oceniana zgodnie z niżej opisanym kryterium przyznawania punktów, tj. za umowę obejmującą swoim zakresem dostawę i wdrożenie urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN, do minimum 200 lokalizacji, na łączną wartość dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i / lub WAN nie mniejszą niż 5 000 000 zł (brutto) oraz minimum 2 letni okres gwarancji Wykonawca otrzyma - 5 pkt., a za każdy kolejny 1 000 000 zł (brutto) dot. dostawy

i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN w ramach tej samej umowy Wykonawca otrzyma dodatkowo 1 pkt.” Zamawiający ustalił także, iż zaprosi do składania ofert pięciu wykonawców, którzy złożyli wnioski podlegające ocenie, spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz otrzymają najwyższą liczbę punktów ustaloną zgodnie z regułami wskazanymi w pkt. IV.1.2. ogłoszenia o zamówieniu.

Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia ogłoszenia wnioski złożyło 24 wykonawców (pismo z dnia 22 grudnia 2010 r. informujące o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu).

W wyniku analizy wniosków wykonawcy Logon, Centrum Informatyki Zeto, Zeto - Rzeszów, Trecom, NetLine Group sp. z o.o. Izba ustaliła, iż wykonawcy ci polegają na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego tj. Huawei Technologies Co., Ltd. (potwierdzone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę tłumaczenie z języka angielskiego oświadczenia Huawei Technologies Co., Ltd. datowane na dzień 4 sierpnia 2010 r. o jednakowym brzmieniu załączono wraz z kopią potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez wykonawcę dokumentu w języku angielskim do wniosków Logon – karty wniosku nienumerowane, Centrum Informatyki Zeto: k. 6-7 wniosku, Zeto – Rzeszów: k. 19 – 20 wniosku, Trecom: k. 39 – 40 wniosku, NetLine Group sp. z o.o. – karty wniosku nienumerowane).

W treści oświadczenia z dnia 4 sierpnia 2010 r. skierowanego do zamawiającego spółka Huawei Technologies stwierdziła: „potwierdzamy, iż jesteśmy gotowi i chętni do wspierania Trecom – spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (...) przy dostawie, wdrożeniu oraz konserwacji sprzętu LAN i WAN dla sieci ZUS w Polsce, dzieląc się naszą wiedzą, doświadczeniem oraz zasobami ludzkimi, jak również dostarczając nasze produkty, aby spełnić wymagania klienta w niniejszym projekcie. Zamierzamy wspierać powyższą firmę jako Doradca i Dostawca”. Odpowiednio w oświadczeniach załączonych przez poszczególnych wykonawców w treści została podana ich nazwa i adres.

Zamawiający wezwał pismem z dnia 25 października 2010 r. wskazanych wykonawców do przedłożenia oryginału lub poświadczonej notarialnie kopii zobowiązania podmiotu trzeciego (spółki Huawei Technologies) do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów

na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, gdyż wraz z wnioskiem złożono wyłącznie kopię oświadczenia.

W odpowiedzi każdy z wykonawców przedłożył m.in. datowaną na dzień 26 października 2010 r. poświadczoną notarialnie kopię dokumentu z dnia 4 sierpnia 2010 r.

Do wniosków wymienionych wykonawców załączony został także wykaz dostaw zrealizowanych na rzecz China Telecom (59 mln USD oraz 200 mln USD), China Unicom (180 mln USD oraz 420 mln USD) wraz z referencjami i ich tłumaczeniami na język polski (średni kurs NBP przyjęty do przeliczenia został jednakowo określony przez wszystkich wykonawców). Ponadto w wykazach załączonych do wniosków wskazanych wykonawców (z wyjątkiem NetLine Group sp. z o.o.) podana była umowa zrealizowana dla China Mobile - wartość 42 mln USD (Logon – wniosek nienumerowany, Centrum Informatyki Zeto: k. 16 wniosku, Zeto – Rzeszów: k. 6 wniosku, Trecom: k. 7 - 9, NetLine Group sp. z o.o. - wniosek nienumerowany). Dodatkowo Trecom w wykazie dostaw wskazał także zamówienie zrealizowane przez siebie na rzecz Mc Donald's Polska wraz z referencją (k. 7 i 8 wniosku).

Z załączonych do wniosków ww. wykonawców referencji potwierdzających należyta realizację umów przez spółkę Huawei Technologies wynika, iż umowy na realizację wymienionych w wykazach zamówień obejmowały także dwuletnią gwarancję na dostarczony sprzęt, konserwację i obsługę techniczną sprzętu (wniosek Centrum Informatyki Zeto: k. 17 – 26, Trecom: k. 9-18, Zeto – Rzeszów: k. 8-17, wniosek Logon oraz NetLine Group sp. z o.o. – karty nienumerowane).

Wraz z wnioskami wskazani wykonawcy złożyli również (z tłumaczeniem na język angielski) kopię „Zezwolenia na Prowadzenie Działalności Gospodarczej” dla spółki Huawei Technologies (Logon – wniosek nienumerowany, Centrum Informatyki Zeto: k. 9 -10, 13 -14 wniosku, Zeto – Rzeszów: k. 23 - 24, 27-28 wniosku, Trecom: k. 43 - 44, 48 - 49 wniosku, NetLine Group sp. z o.o. - wniosek nienumerowany).

Dokumenty dotyczące zrealizowanych zamówień oraz podmiotu udostępniającego zasoby załączone do wniosku Unizeto objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa.

Analiza dokumentów załączonych do wniosków Betacom (k. 6 – 31 wniosku), Copi S.A. (k. 5 – 46 wniosku), Henwar Anna Zagrodzka – Maliszewska (k. 9-12, 23 – 63 wniosku), ATM Systemy Informatyczne sp. z o.o. i ATM S.A. (k. 10 – 35 wniosku) pozwala stwierdzić, iż wykonawcy ci skorzystali z zasobów udostępnionych przez spółki z grupy Hewlett – Packard z siedzibami poza Polską (wykaz 15 tych samych dostaw) oraz odwołującego HP. Ponadto wykonawca ATM Systemy Informatyczne sp. z o.o. i ATM S.A. wskazał jedno zamówienie zrealizowane przez siebie (k. 11 i 36 wniosku). Odwołujący HP poza własnym doświadczeniem powołał się także na zasoby tych samych spółek Hewlett – Packard, z których skorzystali pozostali z wymienionych wyżej wykonawców (k. 8 - 48 wniosku). Dla zamówień wskazanych w pozycji 13 i 14 wykazu (k. 9 wniosku) nie zostały załączone zobowiązania podmiotów udostępniających zasoby, a w odniesieniu do zamówienia w pozycji 14 także nie przedłożono dokumentu potwierdzającego należyte jego wykonanie. Wraz z wyjaśnieniami z dnia 19 października 2010 r. (wyjaśnienia wykonawcy na wezwanie zamawiającego z dnia 14 października 2010 r.) odwołujący HP przekazał kopię potwierdzonej przez siebie za zgodność z oryginałem referencji (wraz z tłumaczeniem) dla dostawy wskazanej w pkt. 14 wykazu oraz pisemne zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby.

Zamawiający w wyniku analizy wniosków wykluczył z postępowania 6 wykonawców, którzy m.in. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie uzupełnili wymaganych dokumentów. Pozostali wykonawcy spełnili warunki udziału w postępowaniu otrzymując: Logon, Centrum Informatyki Zeto, Zeto - Rzeszów, Unizeto - 2814 pkt., Trecom – 2821 pkt., NetLine Group sp. z o.o. – 2683 pkt., Betacom – 92 pkt., Copi S.A. -92 pkt., Henwar Anna Zagrodzka – Maliszewska – 97 pkt., ATM Systemy Informatyczne sp. z o.o. i ATM S.A. – 119 pkt., odwołujący TP S.A. – 310 pkt. oraz odwołujący HP – 247 pkt. W odniesieniu do wniosku odwołującego HP zamawiający wskazał także, iż „warunku udziału w postępowaniu nie spełniają dostawy wskazane pod Lp. 13 i 14 wykazu dostaw zawartego we wniosku Wykonawcy, ponieważ:

a) dostawa wskazana pod Lp. 13, jak wynika z Listu referencyjnego zawartego we wniosku Wykonawcy została zrealizowana przez podmiot trzeci, którego zobowiązania, o oddaniu Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, Wykonawca nie dołączył do wniosku,

b) dostawa wskazana pod Lp. 14, jak wynika z wyjaśnień Wykonawcy z dnia 19.10.2010 r. (wyjaśnienia Wykonawcy na wezwanie Zamawiającego z dnia 14.10.2010 r. znak: 993200/370/IN-1314/10) została zrealizowana przez podmiot trzeci, którego zobowiązania, o oddaniu Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, Wykonawca nie dołączył do wniosku. Ponadto do wniosku Wykonawca nie dołączył dokumentu mającego potwierdzić należyte wykonanie tej umowy. W związku z tym, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, Zamawiający nie mógł wezwać Wykonawcy do uzupełnienia ww. dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 uPzp”.

Z oceną zamawiającego nie zgodzili się odwołujący HP oraz odwołujący TP S.A. wnosząc odwołanie. Na rozprawie podtrzymali swoje stanowiska, natomiast zamawiający wniósł o oddalenie obu odwołań przedkładając do akt sprawy datowaną na 11 stycznia 2011 r. odpowiedź na odwołanie.

**W świetle powyższego Izba zważyła, co następuje:**

### **Sygn. akt KIO 2816/10**

1. Pierwszy z zarzutów podniesionych przez odwołującego HP dotyczy możliwości zastosowania w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego przepisu art. 26 ust. 3 Pzp tj. wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w sytuacji, gdy wykonawca wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, jednak uzupełnienie brakujących dokumentów pozwoliłoby mu ewentualnie uzyskać większą liczbę punktów.

Ustosunkowując się do tak zakreślonych ram sporu należy podkreślić, iż w przetargu ograniczonym, w przeciwieństwie do przetargu nieograniczonego, celem wykonawcy w pierwszym etapie postępowania nie jest wyłącznie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, lecz także uzyskanie jak najwyższej oceny spełniania tych warunków (art. 51 ust. 2 Pzp). Zamawiający poza ustaleniem, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, zobowiązany jest również dokonać oceny spełnienia przez wykonawcę

warunków podmiotowych, zgodnie z treścią ogłoszenia tj. zgodnie z opisem sposobu przyznawania punktów w zakresie danego warunku (pkt IV.1.2. ogłoszenia o zamówieniu). Każdy wykonawca, który spełnia warunek podmiotowy lepiej niż inny wykonawca, otrzymuje większą ilość punktów – odpowiednią do określonej w treści ogłoszenia i przedstawionych przez wykonawcę dokumentów. Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków (art. 51 ust. 1a i 2 ustawy). Dlatego też niezwykle istotnym jest w takiej sytuacji, aby zamawiający prawidłowo dokonał oceny spełniania warunków przez poszczególnych wykonawców.

Przychylić się należy do poglądu wyrażonego przez odwołującego HP oraz przystępującego Betacom, że – wbrew twierdzeniom zamawiającego - ani art. 26 ust. 3 ustawy, ani żadne inne przepisy, w tym odnoszące się do przetargu ograniczonego (art. 47 i n. ustawy) nie wprowadzają ograniczeń dotyczących zakresu uzupełniania brakujących dokumentów, warunkując dokonanie tej czynności tym, czy wykonawca spełnia minimalne warunki udziału w postępowaniu, czy nie. Celem oceny spełniania przez wykonawców określonych przez zamawiającego warunków jest wybór wykonawców (w liczbie określonej w ogłoszeniu), którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków. Analiza treści art. 26 ust. 3 Pzp prowadzi do wniosku, iż w przetargu ograniczonym obowiązują ogólne reguły rządzące uzupełnianiem dokumentów (podobnie przykładowo wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1503/08, wyrok KIO z dnia 20 września 2010 r. sygn. akt KIO 1918/10, wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 904 /10, wyrok KIO z dnia 19 lipca 2010 r. sygn. akt: KIO/1400/10 oraz KIO/1401/10). Uzupełniony dokument, aby na jego podstawie można było przyznać punkty, musi potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu na moment upływu terminu składania wniosków. Zamawiający zobowiązany jest zatem wezwać do uzupełnienia dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp, w tym także zobowiązania podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, w szczególności, gdy kwalifikacja wykonawców do drugiego etapu postępowania dokonywana jest przez zamawiającego na podstawie tych samych dokumentów, które stanowią podstawą oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, o ile udowodni zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Ja wynika z przedstawionego unormowania brak jest podstaw do formułowania tezy, iż wykonawcom wolno korzystać z potencjału podmiotu trzeciego tylko dla wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału



w postępowaniu, a już nie – dla uzyskania punktów w wyniku oceny spełniania warunku, który jest ustalony jako graniczny. Stopień spełnienia warunków ma znaczenie dla uzyskania zaproszenia do składania ofert, które to jest celem wykonawcy składającego wniosek. Dyrektywy wykładni językowej prowadzą do wniosku, iż wykonawca może posłużyć się potencjałem podmiotu trzeciego (polegać na jego wiedzy, doświadczeniu itp.) nie tylko dla wykazania spełniania warunków minimalnych, ale i uzyskania lepszej pozycji w rankingu wniosków. Obowiązek udowodnienia dysponowania danym zasobem obejmuje bowiem co najmniej zakres niezbędny do realizacji zamówienia (warunki minimalne). Nie oznacza to jednak, iż z normy tej wynika zakaz posłużenia się potencjałem podmiotu trzeciego w celu uzyskania większej liczby punktów, w szczególności że dopiero odpowiednie miejsce w rankingu gwarantuje kwalifikację do drugiego etapu postępowania. Także wykładnia celowościowa wskazuje na interpretację powołanego przepisu zaprezentowaną przez Izbę. Przepis art. 26 ust. 2b Pzp prowadzić miał do zwiększenia konkurencyjności postępowania – tym czasem jego rozumienie przyjęte przez zamawiającego w sposób nieuprawniony prowadzi do wyeliminowania możliwości uzyskania zamówienia przez podmiot, który dysponuje np. większym doświadczeniem (choć udostępnionym przez osobę trzecią), niż podmiot o mniejszym potencjale, ale własnym. Celem dokonywania oceny spełniania warunków udziału w przetargu ograniczonym jest wybór grupy najlepszych wykonawców (spełniających badany warunek w najwyższym stopniu). Przedstawiona przez zamawiającego wykładnia komentowanego przepisu nie daje się zatem pogodzić z wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem prowadzić może do zakwalifikowania do drugiego etapu postępowania wykonawcy dysponującego mniejszym potencjałem (choć własnym) niż wykonawca polegający (w pełnym lub ograniczonym zakresie) na zasobach podmiotu trzeciego.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy wskazać trzeba, iż bezspornym jest fakt nie przyznania odwołującemu HP punktów za dostawy wskazane w pkt. 13 i 14 wykazu wykonanych zamówień (k. 9 wniosku). Okolicznością sporną nie jest także, że wraz z wnioskiem odwołujący HP nie przedłożył zobowiązań podmiotów trzecich, które wykonały zamówienia wskazane w pozycjach 13 i 14 wykazu, do oddania do dyspozycji odwołującemu HP niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W odniesieniu do zamówienia wymienionego w pozycji 14 nie został także załączony do wniosku dokument mający potwierdzać należyte wykonanie umowy.

Zaznaczyć trzeba, że w rozpatrywanej sprawie zamawiający na podstawie tych samych dokumentów, które były podstawą oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia (wykazy wykonanych dostaw oraz dokumenty potwierdzające należyłą realizację zamówień) miał dokonać kwalifikacji wykonawców (przyznać punkty), w celu wyłonienia pięciu z najwyższą liczbą punktów, których następnie zaprosi do składania ofert.

Niewątpliwie do wniosku odwołującego HP nie zostały załączone w odniesieniu do pozycji 13 i 14 wykazu dostaw wymagane dokumenty (zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów oraz dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia wymienionego w pozycji 14 wykazu). Nie mniej jednak stosownie do art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Takim dokumentem jest zarówno dokument mający potwierdzać należyłą realizację dostawy jak i pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia swoich zasobów. Tym samym – jak słusznie dowodził odwołujący HP - zamawiający był w okolicznościach badanej sprawy zobowiązany do wezwania odwołującego HP na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia tych dokumentów. Nie złożenie przez odwołującego HP wymaganego dokumentu w wyniku wezwania lub błędne jego złożenie w konsekwencji nie stanowiłoby jednak o niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu, lecz skutkowałoby nie uwzględnieniem danych zamówień w punktacji (art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 oraz 51 ust. 1a i 2 ustawy).

Zważywszy powyższe potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp. Niemniej jednak w wyniku uzupełnienia brakujących dokumentów odwołujący HP dodatkowo mógłby otrzymać 66 pkt., co po dodaniu to posiadanych 247 pkt. wciąż nie pozwoliłoby mu zakwalifikować się do grupy pięciu najlepszych wykonawców (wymagane minimum to 2814 pkt.).

Nie znalazł uzasadnienia zarzut naruszenia art. 51 ust. 1 i 2 Pzp wskazujący na obowiązek zaproszenia do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu. Jeśli liczba takich wykonawców jest większa niż określona w ogłoszeniu, zaproszenie kieruje się do tych wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Zamawiający nie dokonał jeszcze czynności zaproszenia do składania ofert, zatem zarzut uchybienia art. 51 ust 1 i 2 Pzp jest przedwczesny.

**2.** Odwołujący HP zarzucił zamawiającemu, iż wykonawcy Logon, Centrum Informatyki Zeto, Zeto - Rzeszów, Trecom, Unizeto, NetLine Group sp. z o.o. zostali przez zamawiającego wezwani do uzupełnienia wniosków, gdyż każdy z tych wykonawców nie dołączył do wniosku, podobnie jak odwołujący HP, należytych dokumentów o udostępnieniu zasobów innych wykonawców, co świadczy o wybiórczości stosowania przez zamawiającego prawa wobec wykonawców, a w konsekwencji narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 i 3 ustawy).

Konsekwencją przyjętego przez Izbę stanowiska w odniesieniu do zarzutu odwołującego HP opisanego i rozpoznanego w pkt. 1 powyżej jest stwierdzenie, iż zamawiający – ustaliwszy, że do wniosków Logon, Centrum Informatyki Zeto, Zeto - Rzeszów, Trecom, Unizeto, NetLine Group sp. z o.o. nie zostały załączone dokumenty o udostępnieniu zasobów podmiotów trzecich – prawidłowo postąpił wzywając tych wykonawców do uzupełnienia wymaganych dokumentów. Wykonawcy przedłożyli potwierdzone notarialnie kopie oświadczeń spółki Huawei Technologies z dnia 4 sierpnia 2010 r. Zatem zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w tym zakresie nie był uzasadniony.

**3.** Kolejny zarzut odwołującego HP sprowadza się do stwierdzenia, iż spółka Huawei Technologies z Chin, na której zasoby powołują się wykonawcy Logon, Centrum Informatyki Zeto, Zeto - Rzeszów, Unizeto, NetLine Group sp. z o.o. nie mogła świadczyć 2 letniej gwarancji czy serwisu gwarancyjnego, gdyż w dokumencie mającym potwierdzać zakres działalności spółki Huawei Technologies powołany rodzaj działalności nie jest wskazany.

Analiza „Zezwolenia na Prowadzenie Działalności Gospodarczej” spółki Huawei Technologies w części opisującej przedmiot działalności, w której wymienione są m.in. konsultacje techniczne i konserwacja urządzeń wskazuje na brak podstaw do stwierdzenia, iż spółka ta nie mogła świadczyć usług serwisu gwarancyjnego. W praktyce zakres usług świadczonych na podstawie umowy gwarancyjnej jest zbliżony do usług konserwacji urządzeń, które zwykle świadczone są po upływie okresu gwarancji (serwis pogwarancyjny, wsparcie techniczne). Odwołujący nie przedstawił żadnych innych dowodów na poparcie swych twierdzeń w tym zakresie. Zatem Izba nie znalazła uzasadnienia dla zakwestionowania treści dokumentów załączonych do wniosków Logon, Centrum Informatyki Zeto, Zeto - Rzeszów, NetLine Group sp. z o.o. wystawionych na rzecz spółki Huawei Technologies przez China Mobile, China Telecom czy China Unicom, a potwierdzających, że umowa obejmowała m.in. dwuletnią gwarancję na dostarczony sprzęt, konserwację i obsługę techniczną dostarczonego sprzętu.

Ocenie poddano także dokumenty załączone do wniosku Unizeto nie stwierdzając nieprawidłowości w kwestionowanym przez odwołującego HP zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp zobowiązującego do wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

**4.** Ostatnim zarzutem sformułowanym przez odwołującego HP jest twierdzenie, że wnioski wykonawców Logon, Centrum Informatyki Zeto, Zeto - Rzeszów, Trecom, Unizeto, NetLine Group sp. z o.o. nie zawierają właściwego dokumentu mającego potwierdzać zobowiązanie się do oddania tym wykonawcom do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, a także możliwość skorzystania z tego potencjału przez w/w wykonawców (dotyczy doświadczenia i wiedzy oraz tzw. referencji uzyskanych przez firmę Huawei Technologies z Chin).

Izba nie podziela tak sformułowanej przez odwołującego HP tezy wskazując, iż zamawiający poprawnie dokonał oceny oświadczenia spółki Huawei Technologies z dnia 4 sierpnia 2010 r. załączonego do wniosków złożonych przez Logon, Centrum Informatyki Zeto, Zeto - Rzeszów, Trecom, NetLine Group sp. z o.o.

Należy wyrazić pogląd, iż ustawodawca pozostawił woli i decyzji podmiotów współpracujących (wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu i osobie trzeciej, na której zasobach on polega) określenie charakteru prawnego wzajemnych stosunków ich łączących. Z punktu widzenia skuteczności złożonego przez osobę trzecią zobowiązania za prawnie irrelevantne należy uznać relacje podmiotów związanych stosunkiem prawnym mającym swoje źródło w art. 26 ust. 2b ustawy.

Zawarty w art. 26 ust. 2b ustawy przykładowy sposób udowodnienia, iż wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia oparty został na pisemnym zobowiązaniu podmiotów trzecich do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Wskazane jako przykładowe oświadczenie ma potwierdzić istnienie relacji o charakterze prawnym pomiędzy podmiotem udostępniającym swoje zasoby, a wykonawcą polegającym na tych zasobach, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu

oraz wykorzystania tych zasobów w realizacji zamówienia. Tym samym każdy dokument, który potwierdza zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia swoich zasobów, w celu wykorzystania ich do realizacji przedmiotu zamówienia, należy uznać za wystarczający.

Odnosząc powyższe rozważania do okoliczności faktycznych rozpoznawanej spraw zasadnym jest stwierdzenie, iż oświadczenie spółki Huawei Technologies zostało sporządzone w formie pisemnej (kopia notarialnie poświadczona) oraz – co wprost wynika z jego brzmienia – odnosi się do udostępnienia zasobów „przy dostawie, wdrożeniu oraz konserwacji sprzętu LAN i WAN dla sieci ZUS w Polsce” (opisany zakres przedmiotowy odpowiada zakresowi przedmiotu zamówienia). Wola udostępnienia zasobów przez spółkę Huawei Technologies wynika z treści oświadczenia, o ile nie będzie interpretowane wybiórczo, lecz poddane zostanie kompleksowej analizie uwzględniającej – jak tego wymaga art. 65 par. 1 kc w zw. z art. 14 Pzp – także okoliczności, w których zostało złożone. Z przedmiotowego oświadczenia wynika, iż spółka Huawei Technologies zobowiązała się udostępnić wiedzę, doświadczenie oraz zasoby ludzkie wykonawcy (odpowiednio Logon, Centrum Informatyki Zeto, Zeto - Rzeszów, Trecom, NetLine Group sp. z o.o.) wspierając go jako „Doradca i Dostawca”. Użyte przez spółkę Huawei Technologies sformułowanie „jesteśmy gotowi i chętni” (tłumaczenie z języka angielskiego załączone do wniosku) nie jest zwrotem charakterystycznym dla języka prawniczego, nie mniej jednak jego interpretacja w świetle reguł wyrażonych w art. 65 kc, uwzględniając dalszą treść oświadczenia, prowadzi do wniosku, iż wolą spółki Huawei Technologies było zobowiązanie się do udostępnienia danemu wykonawcy wymienionych w oświadczeniu zasobów na okres realizacji zamówienia („aby spełnić wymagania klienta w niniejszym projekcie”). Okolicznością towarzyszącą, którą należy wziąć pod uwagę dokonując wykładni treści oświadczenia spółki Huawei Technologies, jest także fakt przekazania wykonawcom w celu przedłożenia w konkretnym przetargu (oświadczenie jest skierowane do zamawiającego) dokumentów potwierdzających doświadczenie ww. spółki (referencje).

W zakresie udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia istotne znaczenie dla oceny skuteczności takiego zobowiązania na etapie badania przez zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma użycie w art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy zwrotu „(...) będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia (...)”. Posłużenie się w tym przypadku przez ustawodawcę czasem przyszłym wskazuje, iż do faktycznej

możliwości rozporządzania udostępnianymi przez inny podmiot zasobami ma dojść dopiero na etapie wykonania zamówienia. Tym samym ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca nie jest zobowiązany wykazać, że już dysponuje udostępnianymi zasobami – za wystarczające należy uznać przyrzeczenie oddania do dyspozycji niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia zasobów, zawarte w oświadczeniu lub innego rodzaju pisemnej deklaracji podmiotu trzeciego. Powyższe potwierdza również treść § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, który stanowi, że: „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 § 2”. Wykładnia literalna powyższego przepisu wskazuje, iż ustawodawca nie zawsze wiąże konieczność udziału podmiotów trzecich w realizacji zamówienia z udostępnieniem przez te podmioty swoich zasobów wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy.

W opinii Izby nie zasługują na akceptację zastrzeżenia podnoszone przez odwołującego HP, jako nie znajdujące potwierdzenia w brzmieniu przepisu art. 26 ust. 2b Pzp, że spółka udostępniająca zasoby powinna legitymować się statusem podwykonawcy. Dla dopuszczalności zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy nie jest konieczne, aby podmiot udostępniający swoje doświadczenie na zasadach określonych tym przepisem, brał udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Z dyspozycji normy prawnej wyrażonej w analizowanym przepisie nie wynika, że osoba trzecia będzie miała obowiązek w takiej sytuacji osobiście wykonywać całość bądź określoną część zamówienia jako podwykonawca. Trzeba także dodać, iż „podwykonawca” nie został w ustawie zdefiniowany, jednak niewątpliwie jest pojęciem węższym w stosunku do użytego przez ustawodawcę w art. 26 ust. 2b ustawy sformułowania „dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia”. Zatem, kierując się założeniem, że ustawodawca w akcie prawnym nazywa te same instytucje w taki sam sposób, przy użyciu jednakowych pojęć (do podwykonawcy odnoszą się postanowienia art. 36 ust. 4 i 5 Pzp), należy wyrazić pogląd, iż art. 26 ust. 2b ustawy nie wymaga udziału w realizacji zamówienia podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy wykonawcy realizującego kontrakt.

Konkludując, w wyniku przeprowadzonej przez Izbę analizy oświadczeń podmiotów trzecich załączonych do wniosków wykonawców Logon, Centrum Informatyki Zeto, Zeto - Rzeszów,

Trecom, Unizeto Technologies, NetLine Group sp. z o.o. Izba za chyby uznala zarzut naruszenie przez zamawiajacego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba dzialajac na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy oddalila odwolanie. W swietle zebranego w sprawie materiału dowodnego zarzut 1 dotyczacy bezzasadnego zaniechania wezwania odwolujacego HP do uzupelnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp znalazł potwierdzenie. W okolicznosciach sporu jest to jednak bez znaczenia dla wyniku postepowania, poniewaz uwzględnienie w punktacji zamówień wskazanych w pozycjach 13 i 14 wykazu wykonanych dostaw pozwoliloby odwolujacemu HP uzyskac 66 pkt. więcej, co nie byloby wystarczajace, aby mógł zostac zakwalifikowany do grupy pieciu najwyzej ocenionych wykonawców.

### **Sygn. akt KIO 14/11**

1. Zarzuty odwolujacego TP S.A. sprowadzaja sie do stwierdzenia, iz zamawiajacy bezzasadnie przyjal, ze brak jest na gruncie ustawy podstaw pranych nakazujacych wykluczyc z udzialu w postepowaniu wykonawców skladajacych wnioski dla upozorowania konkurencji oraz zakazujacych przyznania punktów za ocene spełnienia warunków udzialu w postepowaniu, w przypadku gdy posluzenie sie zobowiazaniem do udostępnienia zasobów niezbednych do realizacji zamówienia narusza zasady uczciwej konkurencji;

W ocenie Izby w pierwszym rzędnieniu nalezy wskazać, iz spólka Huawei Technologies udostępniajaca swoje zasoby kilku wykonawcom, którzy zlozyli wnioski nie ma statusu wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy, bowiem nie ubiega sie o udzielenie

przedmiotowego zamówienia, nie złożyła wniosku i nie będzie także uprawniona do złożenia w przedmiotowym postępowaniu oferty. Przywołany przez odwołującego TP S.A. art. 82 ust. 1 ustawy zakazujący złożenia wykonawcy więcej niż jednej oferty nie znajduje zastosowania w stanie faktycznym analizowanej sprawy w odniesieniu do grupy spółek korzystających na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy z zasobów udostępnionych przez spółkę Huawei Technologies. Podkreślenia wymaga, iż inny jest status podmiotu składającego wniosek, a inny podmiotu, którego wykonawca doświadczeniem się posługuje – nie ma on statusu wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy ani nie ubiega się wspólnie z wykonawcą o zamówienie. W konsekwencji zasadnym jest stwierdzenie, iż nie doszło do naruszenia zakazu określonego w art. 82 ust. 1 ustawy. Trzeba podkreślić, iż ustawa daje swobodę wykonawcom co do wyboru sposobu, w jaki chcą ubiegać się o zamówienie (czy chcą wystąpić samodzielnie, czy też wspólnie z innymi wykonawcami albo – co umożliwia art. 26 ust. 2 b ustawy – oprzeć się na zasobach podmiotów trzecich). Ustawodawca postanowił, wprowadzając do ustawy art. 26 ust. 2b, zwiększyć konkurencję w ubieganiu się o zamówienie, dając zainteresowanym podmiotom możliwość wyboru zasad współpracy stosownie do ich potrzeb. Skorzystanie z przysługującego wykonawcom prawa w stanie faktycznym sprawy nie stanowi o nieważności czynności prawnej na podstawie art. 58 kc w zw. z art. 5 kc.

Nie sposób zakwalifikować jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego działania poszczególnych wykonawców, którzy zgodnie z ustawą, wystąpili do tego samego podmiotu o udostępnienie zasobu doświadczenia i wiedzy. Odwołujący TP S.A. nie przedstawił także przekonujących dowodów mogących przemawiając za stwierdzeniem, iż wnioski złożone przez wykonawców korzystających z zasobów spółki Huawei Technologies zmierzają do obejścia normy art. 82 ust. 1 ustawy, a w konsekwencji są nieważne na podstawie art. 14 Pzp w zw. z art. 58 par. 2 kc. Odwołujący TP S.A. uważa, iż wykonawcy ci w istocie biorą udział w postępowaniu jako jedne konkurent – zatem składając kilka wniosków, a następnie mając możliwość złożenia kilku ofert zmierzają do realizacji stanu faktycznego zakazanego przez art. 82 ust. 1 Pzp. Teza postawiona przez odwołującego TP S.A. nie znajduje uzasadnienia przede wszystkim dlatego, że nie sposób wywieść, iż wykonawcy, którzy skorzystali z zasobu tego samego podmiotu trzeciego, stanowią jednego wnioskodawcę.

Podobnie należy ocenić wnioski złożone przez odwołującego HP, Betacom, Copi S.A., Henwar Anna Zagrodzka - Maliszewska, ATM Systemy Informatyczne sp. z o.o. i ATM S.A., którzy posłużyli się zasobami udostępnionymi przez spółki z grupy Hewlett – Packard,



w tym także odwołującego HP. Odwołujący HP sam złożył wniosek jednocześnie udostępniając swoje zasoby wskazanym wykonawcom. Nie oznacza to jednak, że złożył więcej niż jeden wniosek, a tym samym złoży więcej, niż jedną ofertę. Ustawodawca nie wprowadził ograniczeń co do katalogu podmiotów, którym dopuszczalne jest udostępnienie zasobów. W szczególności nie uzależnił takiej możliwości od tego, czy udostępniający zasoby podmiot trzeci bierze udział w postępowaniu jako wykonawca, czy też takiego statusu nie ma. Zatem za nie znajdującą uzasadnienia w treści ustawy, a w szczególności w art. 7 ust. 1 Pzp trzeba uznać próbę ograniczania wykonawcom i podmiotom z nimi współpracującym przysługujących im ustawowych uprawnień do swobodnego kształtowania relacji handlowych i wyboru, w jaki sposób ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego (samodzielnie, wraz z innym wykonawcą wspólnie czy też korzystając z zasobów podmiotu trzeciego albo posługując się podmiotem trzecim jako podwykonawcą dla potrzeb realizacji kontraktu).

Tym samym Izba nie ocenia działań podjętych zarówno przez spółkę Huawei Technologies oraz podmioty, którym udostępniła ona swoje zasoby, jak i odwołującego HP i podmioty, którym spółka ta udostępniła zasoby, jako naruszające zasadę uczciwej konkurencji czy zasady współżycia społecznego, co – jak postuluje odwołujący TP S.A. - miałyby prowadzić do stwierdzenia nieważności wniosków złożonych przez odwołującego HP, Betacom, Copi S.A., Henwar Anna Zagrodzka - Maliszewska, ATM Systemy Informatyczne sp. z o.o. i ATM S.A., a także Logon, Zeto – Rzeszów, Unizeto, Trecom, Centrum Informatyki Zeto, NetLine Group sp. z o.o. na podstawie art. 58 par. 1 kc. Zamawiający nie uchybił ustawie uwzględniając w punktacji zamówienia zrealizowane przez podmioty udostępniające zasoby wymienionym powyżej spółkom.

Na aprobatę zasługuje pogląd wyrażony przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 stycznia 2011 r., iż ustawa nie zobowiązuje zamawiającego do dokonywania ustaleń, czy złożenie przez danego wykonawcę wniosku stanowi czyn nieuczciwej konkurencji - brak jest w tym zakresie regulacji analogicznej do tej zawartej w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp nakazującej odrzucić ofertę, jeśli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (podobnie: wyrok KIO z dnia 23 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/1448/10, KIO/1450/10, KIO/1451/10). Katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy oraz odrzucenia oferty ma charakter zamknięty, co determinuje zakaz dokonywania rozszerzającej interpretacji przepisów statuujących te przesłanki. Niedopuszczalne jest stosowanie analogii legis w ten sposób, że utworzona zostanie nowa przesłanka o restrykcyjnym, sanacyjnym charakterze. Ustawa wyznacza granice stosowania prawa i nie można uzupełniać jej treści nie narażając

się na zarzut dowolności stosowania wykraczającego poza granice dopuszczalnej swobody interpretacyjnej (vide: wyrok KIO z dnia 5 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2287/10 i KIO 2307/10). Zamawiający badając i oceniając wniosek ustala na podstawie załączonych do niego dokumentów, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, nie ma natomiast podstaw prawnych, aby ustalać, czy jego złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Ustawa nie zawiera również normy, która zobowiązywałaby przepisy dotyczące przesłanek odrzucenia oferty stosować odpowiednio do wniosków.

Przedstawiona argumentacja biorąc także pod uwagę art. 179 ust. 1 ustawy, z którego wynika, że środki ochrony prawnej przysługują, gdy podstawą do ich wniesienia jest naruszenie ustawy, Izba nie jest kompetentna do orzekania, czy złożenie wniosku w przetargu ograniczonym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK, co wynika również wprost z wyrażonej w Konstytucji zasady legalizmu (art. 7 Konstytucji), zgodnie z którą organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Oznacza to, iż organy władzy publicznej nie mogą podejmować działań bez podstawy prawnej zawartej w odpowiednich przepisach kompetencyjnych. Nie sposób natomiast znaleźć takiej podstawy w ustawie. Nie stanowi jej art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy ani art. 14 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 formułującym zasadę zobowiązującą zamawiającego do przygotowania i prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji stanowiąc dyrektywę interpretacyjną, która powinna być uwzględniana w każdym stadium postępowania. Jej konkretyzację i gwarancję stanowią poszczególne przepisy ustawy. Jak słusznie zauważono w wyroku KIO z dnia 5 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2287/10, KIO 2307/10) normy zawarte w art. 7 Pzp adresowane są przede wszystkim do zamawiającego i stanowią klauzulę generalną adresowaną do zachowań przewidzianych wyłącznie w ustawie. Art. 7 ust. 1 Pzp nie może stanowić samoistnej podstawy zarzutów odwołania, a zawsze winien odnosić się do czynności lub zaniechań wynikających z ustawy. Zatem nie jest także samodzielną podstawą pozwalającą stosować do wniosków złożonych przez wykonawców UZNK. Odwołanie do ustawy szczególnej w odniesieniu do czynności podejmowanych m.in. przez wykonawców i zamawiającego musi wynikać wprost z przepisu ustawy - przykładowo art. 14, art. 89 ust. 3 Pzp, art. 8 ust. 3 ustawy.

Powyższe potwierdza, że zamawiający nie jest uprawniony do weryfikowania, czy złożenie wniosku wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK, czy też stanowi niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Właściwym organem w tym zakresie jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który prowadzi postępowania wyjaśniające

oraz antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję (art. 31 w zw. z art. 47 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) i ewentualnie wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazuje zaniechania jej stosowania. W sprawach o zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej uregulowanych w UZNK przedsiębiorca, którego interes został zagrożony lub naruszony w razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji, przysługują określone w art. 18 tej ustawy roszczenia rozpoznawane przez sąd powszechny (sąd okręgowy - art. 17 pkt 4<sup>3</sup> kpc). Kompetencje zamawiającego ograniczają się zasadniczo więc do badania, czy złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp). Brak jest zatem podstaw do uwzględnienia stanowiska odwołującego TP S.A., który przekonywał, iż Izba powinna stwierdzić nieważność wniosków wykonawców Betacom, Copi S.A., Henwar Anna Zagrodzka - Maliszewska, ATM Systemy Informatyczne sp. z o.o. i ATM S.A., odwołującego HP, a także Logon, Zeto – Rzeszów, Unizeto, Trecom, Centrum Informatyki Zeto, NetLine Group sp. z o.o.

W konsekwencji zebrany w sprawie materiał dowodowy nie potwierdził sformułowanych przez odwołującego TP S.A. w odwołaniu zarzutów. Zamawiający prawidłowo ocenił wnioski, których ważność kwestionował odwołujący TP S.A. nie uchybiając tym samym przepisom art. 7, art. 14, art. 82 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 58 § 1 kc i 5 kc, art. 7, art. 14, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 3, art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK, w związku z art. 58 kc i 5 kc ani art. 7, art. 51 ust. 1, 1a i 2, art. 26 ust. 2b ustawy oraz art. 3, art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK, w związku z art. 58 i 5 kc.

**2.** Odnosząc się do zarzutu dotyczącego nieprawidłowości oświadczenia spółki Huawei Technologies, które powinno być uznane za list intencyjny, a nie zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, aktualność zachowują rozważania Izby zawarte w uzasadnieniu stanowiska Izby w odniesieniu do zarzutu 4 odwołującego HP.

Uzupełniająco wymaga ustosunkowania się twierdzenie odwołującego TP S.A., że oświadczenie spółki Huawei Technologies datowane na 4 sierpnia 2010 r. nie zostało sporządzone w formie pisemnej. Uzasadniając swoje stanowisko w toku rozprawy odwołujący TP S.A. wskazał, iż podpisy na oświadczeniach sporządzonych dla poszczególnych wykonawców są identyczne, co pozwala sądzić, iż zostały odbite za pomocą

faksymile. Odwołujący TP S.A. nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie prezentowanego przez siebie stanowiska.

Izba zwraca uwagę, iż zgodnie z art. 2 par. 1 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. o notariacie (Dz. U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1158 ze zm.) notariusz dokonując czynności notarialnych działa jako osoba zaufania publicznego. Wśród czynności notarialnych powołana ustawa w art. 96 pkt 2 wymienia poświadczanie zgodności kopii z okazanym dokumentem. Czynności notarialne dokonane przez notariusza zgodnie z prawem mają charakter dokumentu urzędowego (art. 2 par. 2 ustawy o notariacie). Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 4 lutego 2005 r. przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (sygn. akt III SA/Wa 926/04, Legalis), iż nie można uznać, że przedłożona przez stronę kserokopia poświadczona przez notariusza jest dowodem niewiarygodnym.

Tym samym Izba nie stwierdziła uchybienia przez zamawiającego przepisom art. 7, art. 51 ust. 1, 1a i 2, art. 26 ust. 2b ustawy.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....

I.