

Sygn. akt: KIO 1683/13

WYROK

z dnia 24 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2013 r. przez wykonawcę **Edukacja Bez Barrier – Fundację na Rzecz Rozwoju Edukacji w Polsce z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zespół Szkół Kształcenia Rolniczego im. J. Dziubińskiej w Gołdkowie**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,
2. kosztami postępowania obciąża **Zespół Szkół Kształcenia Rolniczego im. J. Dziubińskiej w Gołdkowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Edukacja Bez Barrier – Fundację na Rzecz Rozwoju Edukacji w Polsce z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zespołu Szkół Kształcenia Rolniczego im. J. Dziubińskiej w Gołdkowie** na rzecz **Edukacji Bez Barrier – Fundacji na Rzecz Rozwoju Edukacji w Polsce z siedzibą w Warszawie** kwotę **11.100 zł 00 gr** (słownie: jedenastu tysięcy stu złotych), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

U z a s a d n i e

Zamawiający – Zespół Szkół Kształcenia Rolniczego im. J. Dziubińskiej w Gołądkowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „usługa licencji platformy e-learningowej oraz m-learningowej na cele prowadzenia szkoleń z zakresu obsługi osób niepełnosprawnych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 czerwca 2013 r., poz. 114723.

W dniu 5 lipca 2013 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem poczty elektronicznej wykonawcy Edukacja Bez Barrier – Fundacji na Rzecz Rozwoju Edukacji w Polsce z siedzibą w Warszawie, zwanemu dalej „odwołującym”, informację o odrzuceniu złożonej przez niego oferty, a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Fundację „Par Satus” w Warszawie.

Wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu złożonej przez siebie oferty,
- 2) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Par Satus,
- 3) zaniechania niezwłocznego udzielenia odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ,
- 4) zaniechania przesłania niezwłocznie informacji z otwarcia ofert.

odwołujący wniósł w dniu 10 lipca 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) -art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ),
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wybrania oferty najkorzystniejszej w świetle kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ,
- 3) art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego,
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem, że odwołujący spełnia warunek wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego,
- 3) dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że spełnił wymóg o którym mowa w rozdziale VII, pkt. 2 SIWZ co do dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wywiódł, że załączył do swej oferty pisemne zobowiązanie innego podmiotu, który oświadczył, że oddaje do dyspozycji odwołującego niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Zdaniem odwołującego, dołączone zobowiązanie jest dowodem realnego przekazania zasobów firmy trzeciej dla wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w SIWZ nie określił, jak szczegółowo ma wyglądać zobowiązanie i jakie dodatkowe elementy ma zawierać. Z tego też względu należy przyjąć, że odwołujący posłużył się zobowiązaniem zgodnym z zapisami SIWZ. Zobowiązanie mogłoby zostać uznane za niekompletne, gdyby zamawiający w SIWZ wskazał wyraźnie żądanie określenia sposobów formy i zakresu udostępniania zasobów. W momencie, gdy takiego żądania w SIWZ nie wskazał, nie może oczekiwać takich informacji od odwołującego. W konsekwencji decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że za niezasadne należy uznać również stanowisko zamawiającego, który uznał, że o niewykazaniu warunku miałoby świadczyć zaniechanie podania przez odwołującego kwoty wartości udzielonych licencji w wykazie usług. Odwołujący podniósł, że zamieścił w wykazie informację, iż wartość udzielonych licencji opiewała na kwotę powyżej 400.000 zł. Odwołujący tym samym uważa, że spełnił ten warunek udziału w postępowaniu. Podniósł, że zamawiający nie wymagał podania dokładnej kwoty, np. z wyrażeniem do dwóch miejsc po przecinku.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający miał mu utrudniać wzięcie udziału w postępowaniu. Podniósł, że odwołujący drogą elektroniczną wysłał do zamawiającego wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ. Zamawiający w określonym terminie zamieścił na swojej stronie internetowej link do pliku z nazwą „odpowiedź”. Jednakże po kliknięciu na link „odpowiedź” - wyświetlał się załącznik nr 9 do SIWZ, w którym nie były zawarte odpowiedzi na pytania. Po ingerencji odwołującego poprzez wysłanie wiadomości e-mail z prośbą o poprawienie linka, zamawiający poprawił błąd. Jednakże w pliku „odpowiedź” znajdowała się odpowiedź tylko na jedno pytanie, zadane przez innego wykonawcę. Odwołujący podniósł, że ponownie drogą mailową zwrócił się do zamawiającego z zapytaniem, dlaczego nie udzielił odpowiedzi na pytania postawione przez odwołującego. Odwołujący otrzymał informację, że pytania wysłane drogą mailową nie wpłynęły do zamawiającego. Twierdzenie to odwołujący uznaje za bezzasadne, ponieważ tego samego dnia wysłał do zamawiającego dwie wiadomości e-mail. Jedną - z prośbą o druk ZP-PN - i na

ten wniosek zamawiający odpowiedział, przesyłając druk ZP-PN dotyczący prowadzonego postępowania. Na drugiego maila z prośbą o wyjaśnienie pytań jednakże zamawiający nie odpowiedział. Po przesłaniu ponownej prośby o udzielenie odpowiedzi na pytania zadane w terminie zamawiający wysłał do odwołującego odpowiedzi na postawione pytania - przesłał odpowiedzi na adres mailowy odwołującego. Na stronie umieścił plik, który nie zawierał odpowiedzi na pytania. Link z odpowiedziami na pytania został umieszczony dopiero po otwarciu ofert.

Odwołujący podniósł także, że 25.06.2013 r. zwrócił się z prośbą o przesłanie protokołu z otwarcia ofert i nie otrzymał odpowiedzi na przesłanego maila. Po dwóch prośbach telefonicznych wykonanych 26.06.2013 r. zamawiający nie chciał wysłać protokołu z otwarcia ofert. Dopiero po kolejnej próbie i po przesłaniu ponownego wniosku z uzasadnieniem i z powołaniem się na art. 86 ust. 5 ustawy Pzp, zamawiający przesłał protokół z otwarcia ofert.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, wezwania zamawiającego z 26 i 27 czerwca 2013 r. skierowane do odwołującego o uzupełnienie dokumentów celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu z 28 czerwca 2013 r., ofertę odwołującego, uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego z 4 lipca 2013 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron oraz dokumenty złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (protokół postępowania, pkt 2, a aktach sprawy).

Ustalono również, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołanie nie przysługiwało wobec zaniechania przez zamawiającego czynności niezwłocznego udzielenia odpowiedzi na

wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ, a także wobec zaniechania przesłania niezwłocznie informacji z otwarcia ofert. Dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, *Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.* W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy Pzp wskazano, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Analiza przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ustawodawca nie przyznał środka ochrony prawnej w postaci odwołania wobec zarzucanych zamawiającemu zaniechań. Jednakże wobec niemożliwości wydania przez Izbę orzeczenia częściowego, w tym również postanowienia o odrzuceniu odwołania w części, w orzecznictwie Izby utrwalił się pogląd, że odwołanie skierowane wobec zaniechań oraz innych niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp czynności zamawiającego oddała się, bez merytorycznego rozpoznania. Wobec powyższego Izba uznała odwołanie w omawianej wyżej części za niezasadne.

Rozstrzygając w pozostałej części stwierdzono, że wypełnione zostały przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Izba stwierdziła, że w świetle kryteriów oceny ofert oferta odwołującego była ofertą najkorzystniejszą. Zarzucał on zamawiającemu niezasadne odrzucenie złożonej przez siebie oferty. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia tej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Natomiast szkoda, jaką wykonawca ponosi wyraża się w utracie korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp..

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest usługa licencji platformy e-learningowej oraz m-learningowej na cele prowadzenia szkoleń z zakresu obsługi osób niepełnosprawnych.

Stosownie do postanowienia pkt VI. 1 lit. b SIWZ *O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. którzy w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, udzielili co najmniej 2 licencje platformy e-learningowej o wartości nie mniejszej niż 400 000,00zł (czteryście tysięcy złotych) brutto oraz przeznaczone na realizację szkoleń z Działania 8.1.1 Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki. Nadto, stosownie do postanowienia pkt VI ust. 1 lit. c) SIWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy dysponowali w ramach potencjału technicznego platformą e-learningową o określonych w tym punkcie funkcjonalnościach/modułach.*

W myśl postanowienia pkt VI. ust. 4 SIWZ *ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie prowadzona na podstawie treści złożonych oświadczeń lub dokumentów wymaganych zgodnie rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. Nr 0, poz. 231), wskazanych w rozdziale VII SIWZ.*

W myśl postanowienia VII. ust. 1 lit. b SIWZ w celu potwierdzenia opisanego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia należało złożyć wykaz udzielonych w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie dwóch licencji platformy e-learningowej, w którym Wykonawca wskaże wartość, okres udzielenia licencji, licencjobiorców oraz załączy dowody potwierdzające, że udzielanie licencji zostało lub jest wykonywane należycie zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ. Dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie udzielania licencji jest poświadczenie lub referencje licencjobiorców. W przypadku gdy licencjobiorcą jest Zamawiający Wykonawca nie ma obowiązku przedkładania powyższych dowodów.

Z kolei, w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku w zakresie dysponowania niezbędnym potencjałem technicznym należało złożyć opis urządzeń technicznych, instrukcji obsługi oraz środków stosowanych przez wykonawcę dostaw lub usług oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego wykonawcy, w celu potwierdzenia

zapewnienia odpowiedniej jakości realizowanego zamówienia. (według wzoru – załącznik nr 7– do SIWZ).

W myśl postanowienia pkt VII. 2 zamawiający wskazał, że Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Odwołujący nie złożył wraz z ofertą wykazu udzielonych licencji ani dowodów potwierdzających, że udzielenie licencji zostało lub jest wykonywane należycie. Złożył wraz z ofertą wykaz funkcjonalności/modułów platformy e-learningowej będącej w posiadaniu wykonawcy według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ. W polu „forma posiadania” wskazał „licencja”.

Pismem z dnia 26 czerwca 2013 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wskazując, że dokumentów tych wykonawca nie złożył wraz z ofertą. Pismem z dnia 27 czerwca 2013 r. zamawiający wezwał odwołującego do udowodnienia, iż odwołujący będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym zakresie pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia w określonym terminie – pkt VII, ust. 2 SIWZ. Zamawiający wskazał, że odwołujący nie posiada odpowiedniego potencjału, gdyż wskazał jako formę posiadania „licencja”. Jednocześnie zamawiający poprosił o wskazanie w załączanych referencjach nazw projektów z działania 8.1.1. POKL w ramach których odwołujący świadczył usługę licencji platformy e-learningowej z kwotą co najmniej 400.000 PLN każda.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący złożył wykaz udzielonych licencji, w których wymienił 2 usługi:

- 1) udzielenie licencji na rzecz 4 System Polska sp. z o.o. w Zielonej Górze, o wartości powyżej 400.000 zł, na okres 4 lat, w ramach szkoleń z działania 8.1.1. POKL,
- 2) udzielenie licencji na rzecz 4 System Polska sp. z o.o. w Zielonej Górze, o wartości powyżej 400.000 zł, na okres 4 lat, w ramach szkoleń z działania 8.1.1. POKL.

Do wykazu załączono:

- 1) list referencyjny 4 system Polska sp. z o.o. w Zielonej Górze, w którym zleceniodawca udziela online-skills sp. z o.o. w Poznaniu referencji solidnego i rzetelnego partnera w obszarze rozwiązań multimedialnych, edukacyjnych, systemów informatycznych, wsparcia eksperckiego. Potwierdza prawidłowe wykonanie przez zespół online-skills prac zleconych w ramach zamówienia o numerze OS/pl EI/2011-2012/RF/2PL. Wykonane prace i usługi spełniły wszystkie założenia projektowe,
- 2) list referencyjny 4 system Polska sp. z o.o. w Zielonej Górze, w którym zleceniodawca udziela online-skills sp. z o.o. w Poznaniu referencji solidnego i rzetelnego partnera w obszarze rozwiązań multimedialnych, edukacyjnych, systemów informatycznych, wsparcia eksperckiego. Potwierdza prawidłowe wykonanie przez zespół online-skills prac zleconych w ramach zamówienia o numerze OS/pl EI/2013/RF/2PL. Wykonane prace i usługi spełniły wszystkie założenia projektowe.

Do ww. dokumentów załączono nadto pisemne zobowiązanie wystawione przez online-skills sp. z o.o. w Poznaniu, w którym wystawca dokumentu zobowiązuje się oddać odwołującemu wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonywania zamówienia na okres korzystania z tych zasobów przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zasadnym okazał się przedstawiony w odwołaniu zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający w swoim rozstrzygnięciu z 4 lipca 2013 r. wskazał, że „oferta odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp” z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia jak również w zakresie dysponowania niezbędnym potencjałem technicznym.

W tym miejscu wyjaśnienia wymaga, że analiza przedstawionego przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego prowadziła do wniosku, iż pomimo że wspominał o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, jego intencją było wykluczenie tego wykonawcy z udziału w postępowaniu na tej podstawie prawnej. Przypomnieć wypada, że ustawa Pzp przewiduje dwie odrębne instytucje: wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ustawy Pzp i odrzucenie oferty na podstawie art. 89 i 90 ustawy Pzp. Instytucja wykluczenia wykonawcy ściśle wiąże się z uchybieniami związanymi z właściwościami podmiotu, który złożył ofertę, zaś instytucja odrzucenia oferty – zasadniczo z uchybieniami w zakresie strony przedmiotowej oferty (przedmiotu świadczenia). Zamawiający zaś uznał, że ustalony przez niego stan faktyczny prowadzi do „odrzucenia

oferty” z powodu niewykazania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, która to instytucja nie jest znana ustawie Pzp.

Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym swego rozstrzygnięcia z 4 lipca 2013 r. zarzucił, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania niezbędnym potencjałem technicznym z powodu nieudowodnienia, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotem trzecim gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów tego podmiotu.

Zamawiający wymagał w SIWZ, aby wykonawca który ubiega się o przedmiotowe zamówienie wykazał się wiedzą i doświadczeniem rozumianym jako udzielenie w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej 2 licencji platformy e-learningowej o wartości nie mniejszej niż 400 000,00zł (czterysta tysięcy złotych) brutto oraz przeznaczonych na realizację szkoleń z Działania 8.1.1 Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki. Zamawiający wymagał również, aby wykonawca dysponował w ramach potencjału technicznego platformą e-learningową o szczegółowo określonych w SIWZ funkcjonalnościach/modułach.

Odwołujący nie posiadał samodzielnie wymaganego przez zamawiającego doświadczenia ani potencjału technicznego. Zdecydował się zatem na poleganie w omawianym zakresie na potencjale (zasobach) podmiotu trzeciego (online skills sp. z o.o.) na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Powołany przepis stanowi, że *wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.* Celem udowodnienia polegania za zasobach podmiotu trzeciego odwołujący złożył zobowiązanie tego podmiotu tj. online skills sp. z o.o. do udostępnienia obydwu zasobów (tj. wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego) odwołującemu na czas wykonywania przedmiotowego zamówienia.

Oceniając szczegółowość ww. dokumentu zgodzić należało się z zamawiającym, że zobowiązanie powiełało jedynie blankietową treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Ograniczało się do ogólnego zagwarantowania oddania odwołującemu wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonywania zamówienia na okres korzystania z tych zasobów przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia. Jak wynika zatem z powyższego, zobowiązanie nie określało zarówno formy i zakresu udostępnienia zasobu, nie określało

również do czego faktycznie podmiot trzeci się zobowiązuje, co budzić mogło uzasadnione wątpliwości zamawiającego co do realnego dysponowania przez odwołującego zasobami w czasie wykonywania zamówienia. Jednakże uszło uwadze zamawiającego, że nigdzie w treści SIWZ nie zażądał on aby wykonawcy złożyli wraz z ofertą dodatkowe dokumenty celem przeprowadzenia oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z podmiotem trzecim gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Prawo do domagania się przez zamawiającego takich dodatkowych dokumentów wynika z przepisu § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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 19 lutego 2013 r., poz. 231). Stosownie do powołanego przepisu, *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, zamawiający, w celu oceny, 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, może żądać dokumentów dotyczących w szczególności:*

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,*
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,*
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,*
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.*

Niewątpliwie zamawiający nie skorzystał z uprawnienia jakie daje ww. przepis ograniczając się wyłącznie do blankietowego przywołania przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (postanowienie pkt VII. 2 SIWZ). Zamawiający ograniczył się jedynie do wymagania, aby wykonawca udowodnił zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Literalnie czytany wymóg postanowienia pkt VII.2 SIWZ - co do obowiązku złożenia pisemnego zobowiązania - został przez odwołującego spełniony. Natomiast, w ocenie Izby, skoro zamawiający nie zażądał w SIWZ złożenia dokumentów, które umożliwiłyby mu ocenę realności polegania za zasobie podmiotu trzeciego, to nie może obecnie powoływać się na to, że wykonawca nie złożył ich wraz z ofertą.

Rozstrzygając w przedmiocie drugiej z podanych przez zamawiającego podstaw wykluczenia odwołującego należało zauważyć, że istotnie odwołujący w wykazie usług nie sprecyzował wartości licencji udzielonych przez podmiot trzeci. Jednakże powyższe

uchybie nie uniemożliwiło zamawiającemu oceny, czy wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu. W świetle warunku udziału w postępowaniu wskazanie wartości licencji miało służyć jedynie ustaleniu czy wykonawca udzielił co najmniej 2 licencji platformy e-learningowej „o wartości nie mniejszej niż 400 000,00zł”.

Odwołujący zamieścił w wykazie informację, iż wartość udzielonych licencji nie była mniejsza niż 400.000zł. Informację tę należało uznać za wystarczającą z punktu widzenia opisanego warunku udziału w postępowaniu. W tej sytuacji zaniechanie podania dokładnej wartości licencji nie ma znaczenia z punktu widzenia wykazania warunku udziału w postępowaniu. Niezależnie od rzeczywistej wartości udzielonych licencji i tak odpowiadały one treści warunku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....