

**Sygn. akt: KIO/1448/10**

**Sygn. akt: KIO/1450/10**

**Sygn. akt: KIO/1451/10**

**WYROK**  
**z dnia 23 lipca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska**

**Członkowie: Ewa Sikorska**

**Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2010 r. w Warszawie odwołań skierowanych zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2010 r. do łącznego rozpoznania wniesionych przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Incom S.A. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław, Itsumi S.A. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław oraz Integrit sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław** w dniu 9 lipca 2010 r. (sygn. akt: KIO/1448/10);
  
- B. **Annę Zagrodzką – Maliszewską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Henwar Anna Zagrodzka – Maliszewska z siedzibą przy ul. Wolskiej 115 B m. 5, 01-235 Warszawa** w dniu 12 lipca 2010 r.(sygn. akt: KIO/1450/10);

C. **Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Mszczonowskiej 4, 02-337 Warszawa w dniu 12 lipca 2010 r.(sygn. akt: KIO/1451/10);**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą przy ul. Szamockiej 3,5, 01-748 Warszawa**

przy udziale:

- **Kabit sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Okrężnej 56, 02-925** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygnaturach akt: KIO/1448/10, KIO/1450/10, KIO/1451/10 **po stronie zamawiającego;**
- **Techelon sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Tamki 38, 00- 355** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO/1448/10 **po stronie zamawiającego;**
- **Ente sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Gaudiego 7, 44-100 Gliwice** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygnaturach akt: KIO/1448/10, KIO/1450/10, KIO/1451/10 **po stronie zamawiającego;**
- **Sferis sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Dolnej 15, 00-773 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygnaturach akt: KIO/1448/10, KIO/1450/10, KIO/1451/10 **po stronie zamawiającego;**
- **Orti Byliński sp. k. z siedzibą przy ul. Bohaterów Monte Cassino 53, 20-705 Lublin** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygnaturach akt: KIO/1448/10, KIO/1450/10, KIO/1451/10 **po stronie zamawiającego;**
- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Incom S.A. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław, Itsumi S.A. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław oraz Integrit sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław** zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygnaturze akt: KIO/1450/10, KIO/1451/10 **po stronie zamawiającego;**

**orzeka:**

**1.**

A. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym wezwanie wykonawców Ente

sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, Orti Byliński sp. k. z siedzibą w Lublinie, Techelon sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Kabit sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Sferis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wykonanych na rzecz Ministerstwa Edukacji Narodowej i wskazanych w wykazach zrealizowanych dostaw;

B. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przy czym oceniając wniosek odwołującego należy uwzględnić zamówienia zrealizowane przez Fujitsu Technolgy Solutions GmbH oraz Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. wymienione w wykazie dostaw, dla których do wniosków zostały załączone dokumenty potwierdzające ich należyłą realizację;

C. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, przy czym oceniając wniosek odwołującego należy uwzględnić zamówienia zrealizowane przez Fujitsu Technolgy Solutions GmbH wymienione w wykazie dostaw, dla których do wniosków zostały załączone dokumenty potwierdzające ich należyłą realizację;

2. kosztami postępowania obciąża:

A. **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą przy ul. Szamockiej 3,5, 01-748 Warszawa** 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 wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Incom S.A. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław, Itsumi S.A. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław oraz Integrit sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław** oraz zasądza od **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą przy ul. Szamockiej 3,5, 01-748 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Incom S.A. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław, Itsumi S.A. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław oraz Integrit sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wpisu od odwołania;

**B. Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą przy ul. Szamockiej 3,5, 01-748 Warszawa** 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 **Annę Zagrodzką – Maliszewską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Henwar Anna Zagrodzka – Maliszewska z siedzibą przy ul. Wolskiej 115 B m. 5, 01-235 Warszawa** oraz zasądza od **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą przy ul. Szamockiej 3,5, 01-748 Warszawa** na rzecz **Anny Zagrodzkiej – Maliszewskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Henwar Anna Zagrodzka – Maliszewska z siedzibą przy ul. Wolskiej 115 B m. 5, 01-235 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika;

**C. Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą przy ul. Szamockiej 3,5, 01-748 Warszawa** 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 **Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Mszczonowskiej 4, 02-337 Warszawa** oraz zasądza od **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą przy ul. Szamockiej 3,5, 01-748 Warszawa** na rzecz **Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Mszczonowskiej 4, 02-337 Warszawa** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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/1448/10**

**Sygn. akt: KIO/1450/10**

**Sygn. akt: KIO/1451/10**

### **Uzasadnienie**

Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą przy ul. Szamockiej 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) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie w celu zawarcia umowy na zakup 10 000 sztuk stacji roboczych.

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 dnia 5 marca 2010 r. publikując ogłoszenie na stronie internetowej zamawiającego oraz wywieszając ogłoszenie w swojej siedzibie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 marca 2010 r. pod numerem 2010/S 48-070768.

W dniu 1 lipca 2010 r. pismem z dnia 30 czerwca 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców za pośrednictwem faksu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

**Sygn. akt: KIO/ 1448/10**

W dniu 9 lipca 2010 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Incom S.A. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław, Itsumi S.A. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław oraz Integrit sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław (dalej „odwołujący konsorcjum Incom”) wnieśli do Prezesa Izby odwołanie w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Kopię odwołania przekazali zamawiającemu tego samego dnia za pośrednictwem faksu (raport transmisji faksu załączony do odwołania).

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokonanej w toku przedmiotowego postępowania. Odwołujący konsorcjum Incom zarzucił, iż zamawiający dokonując oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 51 ust. 2 ustawy oraz art. 26 ust. 2b ustawy.

W wyniku opisanych powyżej naruszeń odwołujące się konsorcjum Incom wniosło o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny wniosków pod względem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przy czym przy dokonywaniu tej czynności zamawiający nie powinien uwzględniać referencji „użyczonych” wykonawcom przez spółki: Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe Koncept sp. z o.o., Action S.A., Wasko S.A., Talex S.A., Makronet sp. z o.o., Bull Polska sp. z o.o., NTT S.A., Intertrading System Technology sp. z o.o., Ogólnopolska Fundacja Edukacji Komputerowej dalej „OFEK”, Betacom S.A., Biatel S.A.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów odwołujące się konsorcjum Incom przywołało ogłoszenie o zamówieniu, w którym zamawiający określił warunki jakie spełnić mieli wykonawcy, aby zostać zaproszonymi do składania ofert stwierdzając, iż „Wykonawcy (...) muszą spełniać niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu: (...) Wykonawca zrealizował w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej jedną dostawę na minimum 1.000 sztuk stacjonarnych komputerów z monitorem. Umowa, na podstawie której dokonana była dostawa, musi obejmować także minimum 2-letni okres gwarancji”. Wskazał, że zapis ten miał zagwarantować wyłonienie z grona wykonawców grupy podmiotów, które dzięki swojemu największemu doświadczeniu w sprzedaży zestawów komputerowych (komputerów

stacjonarnych oraz monitorów), dadzą gwarancję właściwego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podniósł, iż wykonawcy, którzy zostali zaproszeni do składania ofert tj. Ente sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, Orti Byliński sp. k. z siedzibą w Lublinie, Techelon sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Kabit sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Sferis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, posłużyli się w celu wykazania spełnienia ww. warunku, skomasowanymi referencjami jedenastu podmiotów trzecich: Koncept, Action, Wasko, Talex, Makronet, Bull Polska, NTT, Intertrading, OFEK, Betacom, Biatel. Stwierdził, iż zabieg taki, mając na uwadze treść art. 26 ust. 2b ustawy, uznać należy za pozornie dozwolony. Wywodził, iż norma ta zezwala na poleganie przez wykonawcę, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w danym postępowaniu, na doświadczeniu i potencjale technicznych podmiotów trzecich, jednak przepis ten jest niezwykle ogólny i nie wskazuje precyzyjnie w jakim zakresie wykonawca może polegać na potencjalnie innych podmiotów - czy możliwość ta jest nieograniczona, czy też skorzystanie z potencjału innego podmiotu może odbyć się tylko w tym zakresie, w jakim wykonawca będzie wykonywał zamówienie z pomocą tego podmiotu trzeciego. Argumentował, że dokonując wykładni art. 26 ust. 2b ustawy należy przede wszystkim uwzględnić jego cel, którym było zwiększenie konkurencyjności postępowań, poprzez umożliwienie udziału w postępowaniu podmiotom, które samodzielnie nie byłyby w stanie ubiegać się o udzielenie zamówienia (np. ze względu na brak adekwatnego do przedmiotu zamówienia doświadczenia umożliwiającego udział w postępowaniu). Tymczasem cel ten w ramach niniejszego postępowania został całkowicie wypaczony wskutek niedozwolonych i niezgodnych z dobrymi obyczajami i prawem działań polegających na tym, że przywołane wyżej grupy spółek tj. zarówno wykonawcy, których wnioski zostały najlepiej ocenione, jak i podmioty, które „użyczyły” im referencji w sposób sztuczny zamknęły dostęp do zamówienia dla odwołującego konsorcjum Incom, jak i pozostałych uczestników. Zwrócił uwagę, iż w toku niniejszego postępowania, wszyscy zaproszeni do składania ofert wykonawcy polegają na potencjale technicznym i doświadczeniu jednej i tej samej grupy podmiotów - posługują się tymi samymi referencjami. Na skutek tego zabiegu - to jest udostępnienia swoich referencji przez ww. spółki ograniczonej grupie pięciu podmiotów - szansę na udzielenie zamówienia publicznego uzyskali jedynie wykonawcy, którzy posłużyli się owymi referencjami. Wskazał, że w konsekwencji firmy, które udostępniły doświadczenie, choć same nie ubiegają się o uzyskanie dostępu do zamówienia, mają „praktycznie pewność, że dostęp ten uzyska w sposób pośredni, skoro oferta wszystkich wykonawców zaproszonych do składania ofert opiera się na ich produktach”. Tym samym doszło nie tylko do naruszenia art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 2b ustawy, ale również obejścia przepisu art. 82 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. Dodał, że spółki Koncept, Action, Wasko, Talex, Makronet, Bull Polska, NTT, Intertrading, OFEK, Betacom, Biatel, za pośrednictwem innych

podmiotów, złożą pięć ofert i mają pewność, że uzyskają dostęp do zamówienia. Z tego też powodu spółki „użyczające” referencji zrezygnowały z utworzenia konsorcjum i wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, gdyż w ramach konsorcjum mogłyby one złożyć wyłącznie jedną ofertę. Stwierdził, iż w związku z niezgodnymi z prawem działaniami dostęp do zamówienia uzyska jeden z wykonawców to jest: Ente sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, Orti Byliński sp. k. z siedzibą w Lublinie, Techelon sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Kabit sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Sferis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Spółki te prowadzą stosunkowo niedługo (nie więcej niż 12 miesięcy) działalność gospodarczą oraz nie mają ugruntowanej pozycji na rynku dystrybucji sprzętu komputerowego, a działalność na tym rynku nie stanowi ich działalności dominującej, zatem spółki te nie dają gwarancji właściwego wykonania zamówienia, w przeciwieństwie do spółek, które udostępniły im swoje referencje, mających ugruntowaną pozycję na rynku sprzętu komputerowego. Sformułował domniemanie, że spółki udostępniające referencje, posługują się wykonawcami zakwalifikowanymi do dalszego udziału w postępowaniu, aby nie ponosić negatywnych konsekwencji nie tylko niezgodnych z prawem działań, ale również ewentualnie odpowiedzialności ex contractu w związku z niewłaściwym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, co zniekształciło cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż dostęp do zamówienia uzyska nie wykonawca, który został najlepiej oceniony pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale podmiot nie dający gwarancji właściwego jego wykonania, który został „podstawiony” przez podmioty, które faktycznie wykonywać będą zamówienie w celu uniknięcia negatywnych konsekwencji. Dodał, że „trudno też oprzeć się wrażeniu, iż pomiędzy spółkami: *Koncept, Action, Wasko, Talex, Makronet, Bull, NTT, Intertrading, OFEK, Betacom, Biatel* oraz *Ente sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, Orti Byliński sp. k. z siedzibą w Lublinie, Techelon sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Kabit sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Sferis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie* doszło do zawarcia porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów”. Wywodził, w celu uzasadnienia swojego stanowiska, iż działanie spółek zarówno „użyczających” referencji jak i biorących udział w postępowaniu, jest zachowaniem nierynkowym, gdyż spółki te są podmiotami prowadzącymi względem siebie działalność konkurencyjną. Ponadto występują między nimi powiązania kapitałowe. Wskazał, że porozumienie przybrało postać uzgodnionych praktyk, mających na celu uniemożliwienie innym podmiotom dostępu do niniejszego zamówienia publicznego. Podniósł, iż w niniejszym stanie faktycznym na skutek działań spółek *Koncept, Action, Wasko, Talex, Makronet, Bull, NTT, Intertrading, OFEK, Betacom, Biatel* oraz *Ente sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, Orti Byliński sp. k. z siedzibą w Lublinie, Techelon sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Kabit sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Sferis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie*, zaburzona została konkurencja



na rynku, a tym samym złamana zasada uczciwej konkurencji. Wyraził pogląd, iż zamawiający badając złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (dalej „wnioski”) powinien był zbadać zaistniałą sytuację pod względem potencjalnego naruszenia zasad ochrony konkurencji to jest np. sztucznego zamknięcia dostępu do zamówienia innym podmiotom, z którym mamy do czynienia w ramach niniejszego postępowania. W przypadku stwierdzenia takiego naruszenia, które – w ocenie odwołującego konsorcjum Incom - ma charakter oczywisty, zamawiający powinien mu przeciwdziałać, poprzez nieuwzględnienie tych referencji.

Odwołujące się konsorcjum Incom podniosło także, iż zamawiający dokonał błędnej oceny wniosków, gdyż zgodnie z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający miał wyłonić spośród wykonawców ubiegających się o zamówienie pięć podmiotów, które dostarczyły we wskazanym okresie największą liczbę komputerów z monitorami. Przy czym przeliczając ogólną liczbę przyznanych punktów, zamawiający miał przyjąć zasadę 1 sztuka dostarczonego komputera stacjonarnego razem z monitorem stanowi 1 punkt. Ocena wniosków miała się odbyć na podstawie dostarczonych przez wykonawców wykazów zrealizowanych dostaw oraz dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie. Wskazał, że błąd zamawiającego przy dokonywaniu oceny wniosków polegał na tym, iż zamawiający uwzględnił przy przyznawaniu punktów spółkom: Ente sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, Orti Byliński sp. k. z siedzibą w Lublinie, Techelon sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Kabit sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Sferis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dostawy zrealizowane do Ministerstwa Edukacji Narodowej. Tymczasem brak było podstaw do takiego działania, bowiem do wniosków nie zostały dołączone dokumenty potwierdzające prawidłowe wykonanie zamówień. Dodatkowo podniósł, iż niektóre z dostaw zostały przez ww. wykonawców wykazane podwójnie, gdyż dostawy realizowane przez spółki wykonujące dane zamówienie w ramach konsorcjum, były wykazywane w referencjach przez obie spółki uczestniczące w konsorcjum i „używające” referencji. Podkreślił również, iż pomimo powołania się przez wykonawców zaproszonych do składania ofert na wielkości dostaw zrealizowanych przez spółkę Comarch, do wniosków nie zostały dołączone referencje tego podmiotu, a co za tym idzie wielkości te nie powinny być brane pod uwagę przy dokonywaniu oceny. W załączeniu odwołujące się konsorcjum Incom przedłożyło przygotowane przez siebie na podstawie wniosków zestawienie potwierdzające fakt posłużenia się przez wszystkich ww. wykonawców zaproszonych do składania ofert tymi samymi referencjami, jak również wskazujące ww. błędy zamawiającego popełnione przy dokonywaniu oceny wniosków. Tym samym stwierdził, iż wnioski w tym zakresie powinny być ponownie przez zamawiającego zbadane oraz ocenione.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w dniu 15 lipca 2010 r. (wpływ do Izby potwierdzony prezentatą) zgłosili Kabit sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Okrężnej 56, 02-925 Warszawa, Techelon sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Tamki 38, 00-355 Warszawa, Ente sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Gaudiego 7, 44-100 Gliwice, Sferis sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Dolnej 15, 00-773 Warszawa, Orti Byliński sp. k. z siedzibą przy ul. Bohaterów Monte Cassino 53, 20-705 Lublin.

### **Sygn. akt: KIO/ 1450/10**

Dnia 12 lipca 2010 r. Anna Zagrodzka – Maliszewska prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Henwar Anna Zagrodzka – Maliszewska z siedzibą przy ul. Wolskiej 115 B m. 5, 01-235 Warszawa (dalej „odwołujący Henwar”) wniosła do Prezesa Izby odwołanie (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą). Kopię odwołania przekazała zamawiającemu tego samego dnia (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą).

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności wykluczenia odwołującego Henwar z postępowania, której to czynności odwołujący Henwar zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 51 ust. 1a w związku z art. 26 ust. 2b i ust. 3-4, a także art. 48 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący Henwar domagał się:

- 1) uchylenia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz czynności wykluczenia odwołującego Henwar z postępowania,
- 2) powtórzenia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i przyznania ocen spełniania tych warunków z uwzględnieniem, że odwołujący Henwar spełnia warunek doświadczenia zgodnie ze złożonymi dokumentami w pełnym ich zakresie.

Odwołujący Henwar podniósł, iż w wyniku oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu najwyższą punktację uzyskał wykonawca Ente sp. z o.o., któremu przyznano 665 101 pkt., zaś V miejsce, zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu ostatnie gwarantujące zaproszenie do złożenia oferty, otrzymał wykonawca Techelon sp. z o.o. z liczbą 573 166 pkt. Wskazał, że wyniki uzyskanej oceny nie oddają

rzeczywistego zakresu doświadczenia przedstawionego we wniosku odwołującego Henwar - liczba punktów, która powinna być przyznana odwołującemu Henwar jest znacznie wyższa niż liczba gwarantująca zaproszenie do złożenia oferty. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał, że sprawdzi złożone wraz z wnioskiem dokumenty i oceni, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Spośród wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu wyłoni pięciu wykonawców, którzy dostarczyli w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, największą ilość stacjonarnych komputerów z monitorami i minimum 2-letnią gwarancją. Zamawiający poinformował w ogłoszeniu, że będzie sumował łączną ilość dostarczonych komputerów stacjonarnych razem z monitorem, z wykazanych należycie dostaw na minimum 1 000 sztuk każda. Przeliczenie ogólnej liczby dostarczonych komputerów stacjonarnych razem z monitorem na liczbę punktów miało nastąpić przy zastosowaniu zasady: 1 sztuka dostarczonego komputera stacjonarnego razem z monitorem stanowi 1 punkt. Stwierdził, iż do swojego wniosku załączył dokumenty potwierdzające zgodnie z powyższą zasadą wykonanie dostaw na liczbę 1 142 644 sztuk komputerów stacjonarnych wraz z monitorem, co w rezultacie powinno skutkować przyznaniem mu 1 142 644 pkt. Odwołujący Henwar argumentował, że zamawiający nie uwzględnił doświadczenia wykonawcy pod nazwą Fujitsu Technology Solutions GmbH, na którego zasobach polega odwołujący Henwar, stosownie do treści załączonych do wniosku dokumentów. Zatem w jego ocenie działanie zamawiającego należy uznać za bezprawne i bezpodstawne. Podkreślił, iż Fujitsu Technology Solutions GmbH złożył i przekazał wymagane na podstawie ogłoszenia o zamówieniu dokumenty potwierdzające posiadanie udostępnianego doświadczenia, w szczególności pisemne zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia zgodnie z wymaganiami ustawy. W rozstrzygnięciu z dnia 30 czerwca 2010 r. zamawiający nie wskazał na jakiej podstawie nie uwzględnił udostępnionego doświadczenia firmy Fujitsu Technology Solutions GmbH. Odwołujący Henwar sformułował domniemanie, że zamawiający podjął taką decyzję w związku z treścią pisma odwołującego Henwar z dnia 19 maja 2010 r. przekazanego zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 14 maja 2010 r. Zamawiający wniósł o sprecyzowanie czy Fujitsu Technology Solutions GmbH będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako „podwykonawca”. Odwołujący Henwar wskazał, że w dacie udzielanej odpowiedzi nie jest w stanie precyzyjnie określić płaszczyzny, na której realizowana będzie współpraca z Fujitsu Technology Solutions GmbH. Podniósł, iż nieuwzględnienie doświadczenia udostępnionego przez Fujitsu Technology Solutions GmbH nie znajduje podstawy w obowiązujących przepisach prawa, bowiem w art. 26 ust. 2b ustawy wskazano jednoznacznie, 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. Spółka Fujitsu Technology Solutions GmbH złożyła pisemne zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, czego zamawiający bezpodstawnie nie uwzględnił. Zwrócił uwagę, iż oświadczenie wykonawcy nie może zastąpić dokumentów, w których znajduje się oświadczenie podmiotu, na którego wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych wykonawca polega. Powołując się na opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczoną na stronie internetowej Prezesa UZP wskazał, iż dokumentem potwierdzającym dysponowanie wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego powinien być dokument, z którego będzie wynikać zobowiązanie takiego podmiotu do udziału w wykonaniu zamówienia (pisemne oświadczenie podmiotu trzeciego, umowa przedwstępna, umowa generalna o współpracy itd). Wywodził, iż z przedmiotowej interpretacji wynika, że nie jest uprawnione stawianie wymogu udowodnienia istnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów jednostronnie przez wykonawcę. Nie spełnia zatem tego wymogu żądanie przez zamawiającego, aby odwołujący Henwar potwierdził, że podmiot udostępniający swoje zasoby będzie „podwykonawcą”. W konsekwencji decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego Henwar z postępowania jest obarczona wadą prawną, gdyż nie ma podstawy do stwierdzenia niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący Henwar stwierdził, iż zamawiający bezpodstawnie nie uwzględnił pisemnego zobowiązania Fujitsu Technology Solutions GmbH do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Ponadto w celu udowodnienia, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia zażądał złożenia przez odwołującego oświadczenia, niedopuszczalnego w świetle obowiązujących przepisów ustawy i podjął wadliwą decyzję o wykluczeniu odwołującego Henwar z postępowania. Wskazał, że zamawiający przywołując na potrzeby postępowania wyrażenie „podwykonawcy” nie wskazał ani nie wyjaśnił znaczenia tego pojęcia. Bez rzeczowego i obiektywnego wyjaśnienia tego zagadnienia w świetle specyfiki danego zamówienia, ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu w kontekście wynikającego z art. 26 ust. 2b ustawy uprawnienia do udostępniania zasobów przez podmioty trzecie będzie subiektywna, a przez to istotnie ułomna.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w dniu 16 lipca 2010 r. (wpływ do Izby potwierdzony prezentatą) zgłosili Kabit sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Okrężnej 56, 02-925 Warszawa, Ente sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Gaudiego 7,

44-100 Gliwice, Sferis sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Dolnej 15, 00-773 Warszawa oraz w dniu 15 lipca 2010 r. Orti Byliński sp. k. z siedzibą przy ul. Bohaterów Monte Cassino 53, 20-705 Lublin i odwołujący konsorcjum Incom.

**Sygn. akt: KIO/ 1451/10**

Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Mszczonowskiej 4, 02-337 Warszawa (dalej „odwołujący Fujitsu”) w dniu 12 lipca 2010 r. wniósł do Prezesa Izby odwołanie (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą). Kopię odwołania przekazał zamawiającemu tego samego dnia (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą).

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, której to czynności odwołujący Fujitsu zarzucił naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 51 ust. 1a-2 w związku z art. 26 ust. 2b i ust. 3-4, a także art. 48 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Uwzględniając powyższe odwołujący Fujitsu wniósł o:

- 1) uchylenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- 2) powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i przyznania ocen spełniania tych warunków z uwzględnieniem, że odwołujący Fujitsu spełnia warunek doświadczenia zgodnie ze złożonymi dokumentami w pełnym ich zakresie.

W celu uzasadnienia zarzutów odwołania odwołujący Fujitsu podniósł, iż pismem z dnia 30 czerwca 2010 r. został przez zamawiającego poinformowany m.in. że w wyniku oceny wniosków spełnił warunki udziału w postępowaniu oraz uzyskał 37 008 pkt., co w rankingu niniejszego przetargu sytuuje odwołującego Fujitsu na IX miejscu. Wskazał, że według zamawiającego najwyższą punktację uzyskał wykonawca Ente sp. z o.o., któremu przyznano 665 101 pkt., zaś V miejsce, zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu ostatnie gwarantujące zaproszenie do złożenia oferty, uzyskał wykonawca Techelon sp. z o.o. z liczbą 573 166 pkt. Zwrócił uwagę, iż wyniki uzyskanej oceny nie oddają rzeczywistego zakresu doświadczenia przedstawionego we wniosku odwołującego Fujitsu. Liczba punktów, która powinna być

przyznana odwołującemu Fujitsu jest znacznie wyższa niż liczba gwarantująca zaproszenie do złożenia oferty, co uzasadnia odwołanie.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał, że sprawdzi zawarte we wniosku informacje i oceni czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Spośród wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu wyłoni pięciu, którzy dostarczyli w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, największą ilość stacjonarnych komputerów z monitorami i minimum 2-letnią gwarancją. Zamawiający poinformował w ogłoszeniu, że będzie sumował łączną ilość dostarczonych komputerów stacjonarnych razem z monitorem, z wykazanych należycie dostaw na minimum 1 000 sztuk każda. Przeliczenie ogólnej liczby dostarczonych komputerów stacjonarnych razem z monitorem na liczbę punktów miało nastąpić przy zastosowaniu zasady: 1 sztuka dostarczonego komputera stacjonarnego razem z monitorem stanowi 1 punkt. Do wniosku odwołujący Fujitsu złożył dokumenty potwierdzające zgodnie z powyższą zasadą wykonanie dostaw na liczbę 1 153 868 sztuk komputerów stacjonarnych wraz z monitorem, co w rezultacie powinno skutkować przyznaniem mu 1 153 868 pkt. Jednakże zamawiający uznał, że dokumenty złożone przez odwołującego Fujitsu, w celu potwierdzenia spełnienia warunku doświadczenia, pozwalają na przyznanie odwołującemu Fujitsu tylko 37 008 pkt. Odwołujący Fujitsu stwierdził, że zamawiający nie uwzględnił doświadczenia wykonawcy pod nazwą Fujitsu Technology Solutions GmbH, na którego zasobach polega odwołujący Fujitsu. Działanie zamawiającego - w jego ocenie - należy uznać za bezprawne i bezpodstawne. Podkreślił, iż w rozstrzygnięciu z dnia 30 czerwca 2010 r. zamawiający nie wskazał na jakiej podstawie nie uwzględnił udostępnionego doświadczenia Fujitsu Technology Solutions GmbH. Sformułował domniemanie, że zamawiający podjął taką decyzję w związku z pismem odwołującego Fujitsu z dnia 19 maja 2010 r. stanowiącym odpowiedź na wniosek zamawiającego o udzielenie wyjaśnień z dnia 14 maja 2010 r. Zamawiający wniósł o sprecyzowanie, czy Fujitsu Technology Solutions GmbH będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako „podwykonawca”. Odwołujący Fujitsu wskazał, że w dacie udzielanej odpowiedzi nie jest w stanie precyzyjnie określić płaszczyzny, na której realizowana będzie współpraca z Fujitsu Technology Solutions GmbH. Podniósł, iż nieuwzględnienie doświadczenia udostępnionego przez Fujitsu Technology Solutions GmbH nie znajduje podstawy w obowiązujących przepisach prawa, w art. 26 ustawy wskazano bowiem jednoznacznie, 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. Fujitsu Technology Solutions GmbH zobowiązało się na piśmie do oddania

do dyspozycji odwołującego Fujitsu niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, czego zamawiający bezpodstawnie nie uwzględnił. Podkreślił, że skarżone działanie zamawiającego jest również niezgodne z zamieszczoną na stronie internetowej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych opinią. W interpretacji Prezesa Urzędu zwrócono uwagę, iż oświadczenie wykonawcy nie może zastąpić dokumentów, w których znajduje się oświadczenie podmiotu, na którego na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych wykonawca polega. Wskazane także zostało, iż dokumentem potwierdzającym dysponowanie wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego powinien być dokument, z którego będzie wynikać zobowiązanie takiego podmiotu do udziału w wykonaniu zamówienia (pisemne oświadczenie podmiotu trzeciego, umowa przedwstępna, umowa generalna o współpracy itd.). Z przedmiotowej interpretacji wynika, że nie jest akceptowane stawianie wymogu udowodnienia istnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów jednostronnie przez wykonawcę. Nie spełnia zatem tego wymogu żądanie przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu, polegające na domaganiu się potwierdzenia przez odwołującego Fujitsu, że podmiot udostępniający swoje zasoby będzie „podwykonawcą”. Odwołujący Fujitsu zarzucił więc zamawiającemu, iż bezpodstawnie nie uwzględnił pisemnego zobowiązania Fujitsy Technology Solutions GmbH do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia oraz że w celu udowodnienia, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia zażądał od odwołującego Fujitsu złożeni oświadczenia, niedopuszczalnego w świetle obowiązujących przepisów ustawy. Ponadto zwrócił uwagę, iż zamawiający przywołując na potrzeby postępowania pojęcie „podwykonawcy” nie wskazał ani nie wyjaśnił, jak je rozumie. Nie określił również kryteriów, które odwołujący Fujitsu lub podmiot udostępniający powinni przyjąć do oceny, czy podmiot trzeci udostępniający wykonawcy swoje zasoby będzie lub nie będzie „podwykonawcą”. Bez rzeczowego i obiektywnego wyjaśnienia tego zagadnienia w świetle specyfiki danego zamówienia, ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu w kontekście wynikającego z art. 26 ust. 2b ustawy uprawnienia do udostępniania zasobów przez osoby trzecie będzie subiektywna, a przez to istotnie ułomna.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w dniu 16 lipca 2010 r. (wpływ do Izby potwierdzony prezentatą) zgłosili Kabit sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Okrężnej 56, 02-925 Warszawa, Ente sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Gaudiego 7, 44-100 Gliwice, Sferis sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Dolnej 15, 00-773 Warszawa oraz w dniu

15 lipca 2010 r. Orti Byliński sp. k. z siedzibą przy ul. Bohaterów Monte Cassino 53, 20-705 Lublin i odwołujący konsorcjum Incom.

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

Zważywszy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczą rozpoznawane przez Izbę odwołania nastąpiło po dniu wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz.1778) w sprawie znajdując zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu znowelizowanym.

Odwołania, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołujących konsorcjum Incom, Henwar oraz Fujitsu wpisów, podlegają rozpoznaniu.

Izba ustaliła, iż do postępowania wywołanego odwołaniem konsorcjum Incom (KIO/1448/10) skutecznie przystąpili po stronie zamawiającego działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy wykonawcy Kabit sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Okrężnej 56, 02-925 Warszawa, Ente sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Gaudiego 7, 44-100 Gliwice, Sferis sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Dolnej 15, 00-773 Warszawa oraz Orti Byliński sp. k. z siedzibą przy ul. Bohaterów Monte Cassino 53, 20-705 Lublin i Techelon sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Tamki 38, 00- 355 Warszawa.

Zostało także stwierdzone, iż do postępowań wywołanych odwołaniem Henwar (KIO/1450/10) oraz Fujitsu (KIO/1451/10) skutecznie przystąpili po stronie zamawiającego wykonawcy Kabit sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Okrężnej 56, 02-925 Warszawa, Ente sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Gaudiego 7, 44-100 Gliwice, Sferis sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Dolnej 15, 00-773 Warszawa oraz Orti Byliński sp. k. z siedzibą przy ul. Bohaterów Monte Cassino 53, 20-705 Lublin i odwołujący konsorcjum Incom.

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



uwzględniła wniosku przystępującego Kabit sp. z o.o. o odrzucenie na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 odwołań wniesionych dnia 12 maja 2010 r. przez odwołującego Henwar i odorującego Fujitsu. W ocenie Izby bieg terminu na wniesienie przez tych wykonawców odwołania rozpoczął się w dniu 1 lipca 2010 r., kiedy to otrzymali oni za pośrednictwem faksu informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie w momencie wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy czy do uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Zatem stwierdzić trzeba, że odwołania zostały wniesione z zachowaniem dziesięciodniowego terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy. Izba wskazuje, iż w ustawie brak jest samoistnej przesłanki wykluczenia z postępowania z powodu nieuzupełnienia dokumentów w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w przepisie art. 26 ust. 3 Pzp bądź złożenia niezadawalających w ocenie zamawiającego wyjaśnień. Jak wynika z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, natomiast zgodnie z przepisem art. 51 ust. 2 Pzp wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia. Izba przyjmując odwołanie do rozpoznania podkreśla, że odwołujący Henwar i odwołujący Fujitsu wnieśli odwołania zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy. Fakt uprzedniego wezwania odwołującego Henwar do uzupełnienia dokumentów, uznanych przez zamawiającego za wadliwe, i których brak stał się następnie podstawą wykluczenia wykonawcy, jest dla powyższego bez znaczenia, a przyjmowanie, iż stanowi początek biegu terminu do wnoszenia środków ochrony prawnej zmierzających do ustalenia istnienia podstaw do wykluczenia, uznać należy za przedwczesne. Początek biegu terminu na wniesienie odwołania od czynności wykluczenia wykonawcy wzywającego do uzupełnienia dokumentów lub do ich wyjaśnienia, nie jest tożsamy z terminami na wnoszenie odwołania dotyczącego samej czynności wezwania. Termin na wniesienie odwołania zaczyna biec od momentu przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, a nie samego dokonanie czy zaniechania czynności, których odwołanie dotyczy. Zatem konieczne jest każdorazowo właściwe ustalenie i nazwanie „*czynności stanowiących podstawę wniesienia*” danego odwołania. W przedmiotowym przypadku okolicznością stanowiącą podstawę wniesienia odwołania nie jest to, iż zamawiający ocenił dokumenty przedłożone przez wykonawcę w określony sposób i dał temu wyraz w czynności wezwania do ich uzupełnienia lub wyjaśnienia, lecz fakt, że zamawiający w związku z oceną przedłożonych dokumentów wykluczył wykonawcę z postępowania bądź dokonał określonej oceny spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu. Informacja o wykluczeniu z postępowania odwołującego Henwar oraz o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także o podstawach faktycznych i prawnych odwołującym Henwar i Fujitsu została przesłana w dniu 1 lipca 2010r., a nie w momencie otrzymania wezwania

do uzupełnienia dokumentów czy ich wyjaśnienia. Tym samym odwołanie w tym zakresie należało uznać za wniesiony w terminie.

Izba ustaliła, że zarówno odwołujący konsorcjum Incom, jak i odwołujący Henwar oraz Fujitsu, legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, iż odwołania o sygnaturach akt KIO/1448/10, KIO/1450/10 oraz KIO/1451/10 zasługują na uwzględnienie.

### **Sygn. akt KIO/1448/10**

#### **Za podstawę rozstrzygnięcia Izba przyjęła następujące ustalenia faktyczne:**

Zamawiający prowadzi przetarg ograniczony w celu zawarcia umowy na dostawę 10 000 sztuk stacji roboczych. W pkt. III.2.3. ogłoszenia „*Zdolność techniczna*” zamawiający stwierdził, iż warunek wiedzy i doświadczenia uzna za spełniony, jeżeli „*Wykonawca zrealizował w ciągu ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej jedną dostawę minimum 1 000 sztuk stacjonarnych komputerów z monitorem. Umowa, na podstawie której dokonana była dostawa, musi obejmować także minimum 2-letni okres gwarancji. Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku Wykonawca wraz z wnioskiem składa: Wykaz zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie dostaw minimum 1 000 sztuk (każda dostawa) stacjonarnych komputerów z monitorem. Należy podać wartość umów, przedmiot (w tym okres gwarancji), datę wykonania i odbiorców oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że dostawy wymienione w wykazie zostały wykonane należycie*”. Dalej w pkt. IV. 1.2. ogłoszenia postanowione zostało, że zamawiający zaprosi do składania ofert pięciu wykonawców, przy czym zastrzegł, iż w przypadku, gdy liczba wykonawców, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i spełnili warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż pięciu, zaproszonych zostanie do złożenia ofert pięciu wykonawców, którzy „*dostarczyli w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, największą ilość stacjonarnych komputerów z monitorami*

*i minimum 2-letnią gwarancją. Zamawiający będzie sumował łączną ilość dostarczonych komputerów stacjonarnych razem z monitorem, z wykazanych należyście dostaw na minimum 1 000 sztuk każda. Zamawiający przeliczy ogólną liczbę dostarczonych komputerów stacjonarnych razem z monitorem na liczbę punktów, stosując zasadę: 1 sztuka dostarczonego komputera razem z monitorem stanowi 1 punkt”.*

Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia ogłoszenia wnioski złożyło 14 wykonawców (pismo z dnia 30 czerwca 2010 r. informujące o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu). Zamawiający w wyniku analizy wniosków wykluczył z postępowania 3 wykonawców oraz stwierdził, iż 11 spełniło warunki udziału w postępowaniu, w konsekwencji czego przeprowadził kwalifikację wykonawców na zasadach określonych w pkt. IV.1.2. ogłoszenia wyłaniając pięciu, którzy wykazali dostawę największej ilości komputerów wraz z monitorami (1 000 sztuk każda) oraz z minimum 2-letnim okresem gwarancji tj. Ente sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (665 101 pkt.), Kabit sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (574 422 pkt.), Orti Byliński sp. k. z siedzibą w Lublinie (574 083 pkt.), Techelon sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (573 166 pkt.) oraz Sferis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (577 711 pkt.) – ustalono na podstawie pisma z dnia 30 czerwca 2010 r. informującego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca na pozycji VI, pierwszy z grupy niezakwalifikowanych do drugiego etapu postępowania, to WebTradeCenter sp. z o.o., który otrzymał 571 609 pkt., co także Izba stwierdziła na podstawie ww. informacji z dnia 30 czerwca 2010 r.

Zostało ustalone także, iż wykonawcy Ente sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, Kabit sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Orti Byliński sp. k. z siedzibą w Lublinie, Techelon sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Sferis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz WebTradeCenter sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie polegają na wiedzy i doświadczeniu podmiotów trzecich tj. Koncept, Action, Wasko, Talex, Makronet, Bull Polska, NTT, Intertrading, OFEK, Betacom, Biatel, które to spółki zobowiązały się udostępnić każdemu z ww. wykonawców swoje zasoby składając w tym celu pisemne oświadczenie o oddaniu niezbędnych zasobów na okres realizacji zamówienia.

Izba ustaliła, iż sześciu wykonawców, którzy otrzymali największą liczbę punktów, w wykazach zrealizowanych dostaw wymieniło zamówienia zrealizowane na rzecz Ministerstwa Edukacji Narodowej, dla których w celu potwierdzenia, iż zamówienia zostały należyte załączono do wniosków „Informacje” opisujące wykonane zamówienia wystawione

przez Ministerstwo Edukacji Narodowej oraz jedną referencję wystawioną przez Ministerstwo Edukacji Narodowej na rzecz spółki Betacom oraz MCSI Ltd sp. z o.o. w dniu 28 września 2007 r. Z treści „Informacji” nie wynika, iż dostawy, których dotyczą, zostały wykonane należycie, poprawnie, terminowo czy zgodnie z umową. Innymi słowy nie zawierają żadnej oceny wykonanych zamówień.

Liczba komputerów (wraz z monitorami), dla których wystawione zostały przez Ministerstwo Edukacji Narodowej „Informacje” to – jak wynika z wykazów zrealizowanych zamówień - Ente sp. z o.o. (k. 76 974 sztuk), Kabit sp. z o.o. (88 724 sztuk), Orti Byliński sp. k. (76 974 sztuk), Techelon sp. z o.o. (88 724 sztuk) oraz Sferis sp. z o.o. (76 974 sztuk) oraz WebTradeCenter (88 724 sztuk). Podane wielkości w przypadku spółek Kabit oraz Techelon zawierają dostawę zrealizowaną przez spółkę Comarch na rzecz Ministerstwa Edukacji Narodowej (zawarta w wykazach zrealizowanych zamówień dostawa 11 750 sztuk), jednak do wniosków nie zostały załączone dokumenty pozwalające uznać za udowodnione, że spółka Kabit oraz spółka Techelon i WebTradeCenter będzie dysponować zasobami podmiotu trzeciego (Comarch S.A.) np. pisemne zobowiązanie spółki Comarch do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Z tych względów – jak wynika z „Notatki z posiedzeń Komisji z dni 23-30.06.2010 r. powołanej do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 10.000 sztuk stacji roboczych, znak sprawy TZ/370/8/10” – dostawy zrealizowane przez spółkę Comarch nie zostały wzięte pod uwagę przy przyznawaniu punktów. Zamawiający dokonując oceny wniosków oparł się o treść wyjaśnień Kabit sp. z o.o. oraz Techelon sp. z o.o. z dnia 20 maja 2010 r., które odpowiadając na wezwanie zamawiającego z dnia 14 maja 2010 r. dokonane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia stosownych dokumentów potwierdzających, iż spółka Comarch odda wykonawcom do dyspozycji niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem, nie przedłożyły wymaganych dokumentów.

Izba stwierdziła także na podstawie załączonych do wniosków pięciu najwyższej ocenionych wykonawców wykazów zrealizowanych dostaw oraz dokumentów przedłożonych w celu potwierdzenia, iż zamówienia zostały wykonane należycie doprowadziła do ustalenia, iż wykonawcy ci w wykazach wskazali dostawy zrealizowane przez OFEK na rzecz spółki Comarch oraz przedłożyli listy referencyjne (Orti Byliński sp.k. – k. 166 wniosku, Sferis sp. z o.o. – strony wniosku nienumerowane, Kabit sp. z o.o. – k. 41 wniosku, Ente sp. z o.o. – k. 60 wniosku, Techelon sp. z o.o. – k. 41 wniosku).

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

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy nie potwierdził się. Izba nie podziela tezy sformułowanej przez odwołujące się konsorcjum Incom, że zamawiający oceniając wnioski złożone przez Kabit sp. z o.o., Ente sp. z o.o., Sferis sp. z o.o., Orti Byliński sp. k. oraz Techelon sp. z o.o. nie powinien uwzględniać referencji „użyczonych” przez spółki Koncept, Action, Wasko, Talex, Makronet, Bull Polska, NTT, Intertrading, OFEK, Betacom, Biatel.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp 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, że 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 zamówieniu.

Izba nie podziela poglądu odwołującego się konsorcjum Incom, iż w wyniku „niedozwolonych i niezgodnych z dobrymi obyczajami i prawem” działań pięciu spółek, które mają zostać zaproszone do składania ofert, jak i wymienionych na wstępie podmiotów „użyczających” referencji zamknięty został w sposób sztuczny dostęp do uzyskania zamówienia, bowiem wszyscy zaproszeni do składania ofert wykonawcy polegają na doświadczeniu tej samej grupy podmiotów, co ma prowadzić do ograniczenia konkurencji w niniejszym postępowaniu i naruszenia art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 2b oraz art. 82 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby w pierwszym rzędzie należy wskazać, iż spółki udostępniające swoje zasoby (Koncept, Action, Wasko, Talex, Makronet, Bull Polska, NTT, Intertrading, OFEK, Betacom, Biatel) nie mają statusu wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy,

bowiem nie ubiegają się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, nie złożyły wniosków i nie będą także uprawnione do złożenia w niniejszym postępowaniu ofert. Przywołany przez odwołujące się konsorcjum Incom art. 82 ust. 1 ustawy zakazujący złożenia wykonawcy więcej niż jednej oferty nie znajduje zastosowania w stanie faktycznym analizowanej sprawy w odniesieniu do wskazanej wyżej grupy spółek (traktowanych łącznie czy każdej z osobna). 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, nie ubiega się także wspólnie z wykonawcą o zamówienie. Wobec powyższego stwierdzić trzeba, iż nie doszło do naruszenia zakazu określonego w art. 82 ust. 1 ustawy. Odwołujące się konsorcjum Incom gołostłownie wywodziło, iż powodem nie wystąpienia wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz tych, udostępniających swoje doświadczenie, w konsorcjum, jest fakt, iż występując razem mogłyby złożyć jedną ofertę. 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 w ślad za dyrektywami art. 26 ust. 2b do ustawy, zwiększyć konkurencję w ubieganiu się o zamówienie, dając zainteresowanym wykonawcom możliwość wyboru w tym zakresie stosownie do ich potrzeb. Skorzystanie z przysługującego wykonawcom prawa nie może stanowić o nieważności czynności prawnej na podstawie art. 58 kc, nie stanowi także – wbrew twierdzeniom odwołującego konsorcjum Incom – o naruszeniu zasad współzycia społecznego w szczególności, że także odwołujące się konsorcjum Incom – jak oświadczyło na rozprawie - chciało skorzystać z doświadczenia podmiotów trzecich – lecz żaden nie zechciał mu oddać swych zasobów do dyspozycji.

Odwołujące się konsorcjum Incom zarzuciło, iż w skutek niezgodnych z prawem działań, dostęp do zamówienia uzyskał jeden z pięciu podmiotów spośród tych, których wnioski uzyskały najwyższą ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu, tymczasem są to wykonawcy prowadzący działalność nie dłużej niż 12 miesięcy, bez ugruntowanej pozycji na rynku dystrybucji sprzętu komputerowego i o niskich kapitałach zakładowych, zatem spółki te nie dają gwarancji właściwego wykonania zamówienia. Ustosunkowując się do stanowiska odwołującego konsorcjum Incom trzeba podkreślić, iż nowelizacja ustawy, w celu zwiększenia konkurencyjności, wprowadziła do ustawy przepis art. 26 ust. 2b, dopuszczając, aby podmioty z mniejszym doświadczeniem, niewystarczającym do samodzielnego ubiegania się o zamówienia, miały szansę wziąć z sukcesem udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia korzystając z możliwości, które daje art. 26 ust. 2b ustawy. W celu udowodnienia swoich twierdzeń odwołujące się konsorcjum na rozprawie przedłożyło do akt sprawy dokumenty z innych postępowań,

w których wykonawcy „użyczający” w niniejszym postępowaniu referencji, składali oferty samodzielnie lub wspólnie z innymi postępowaniu. W ocenie Izby, dokumenty te dowodzą wyłącznie tego, że podmioty działające w branży komputerowej w zależności od potrzeb, swoich możliwości i warunków określonych przez zamawiającego chcąc zwiększyć swoje szanse na uzyskanie zamówienia podejmują stosowne do okoliczności decyzje – składają oferty sami lub w konsorcjum z innym/innymi podmiotami bądź biorą udział w realizacji zamówienia w inny, dozwolony przepisami, sposób. Trzeba wskazać także, iż zasada uczciwej konkurencji wyraża się m.in. w zakazie dyskryminowania podmiotów ubiegających się o zamówienie ze względu na status prawny, strukturę organizacyjną lub kapitałową czy właścicielską.

Odwołujące się konsorcjum Incom, co prawda przyznało w odwołaniu, iż wykonawcy zakwalifikowani do drugiego etapu postępowania byli uprawnieni do posłużenia się referencjami udostępnionymi przez podmioty trzecie w trybie art. 26 ust. 2b ustawy, jednocześnie zaznaczyło jednak, iż zamawiający dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien w okolicznościach badanej sprawy nie brać tych referencji pod uwagę, bowiem ich wykorzystanie przez wykonawców doprowadziło do sztucznego zamknięcia dostępu do niniejszego zamówienia. Odwołujące się konsorcjum Incom z faktu udostępnienia przez Koncept, Action, Wasko, Talex, Makronet, Bull Polska, NTT, Intertrading, OFEK, Betacom, Biatel doświadczenia wywodziło iż, mimo że podmioty te same nie ubiegają się o zamówienie, to mają pewność, że dostęp do niego uzyskają, *„skoro oferta wszystkich wykonawców zaproszonych do składania ofert opiera się na ich produktach”*. Odnosząc się do przytoczonej argumentacji trzeba wskazać, iż podmiot zaproszony do składania ofert nie ma obowiązku złożenia oferty, zatem przewidywania co do tego, jakie podmioty złożą ofertę i produkty jakich podmiotów zaoferują uznać należy za przedwczesne i niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Zdaniem Izby nie znalazło uzasadnienia w zebranych w sprawie materiale dowodowym także stanowisko odwołującego konsorcjum Incom, że pomiędzy zaproszonymi do składania ofert wykonawcami, a spółkami Koncept, Action, Wasko, Talex, Makronet, Bull Polska, NTT, Intertrading, OFEK, Betacom, Biatel doszło do zawarcia porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331) – dalej „ustawa o ochronie konkurencji

i konsumentów”, a tym samym do zaburzenia konkurencji i naruszenia zasady uczciwej konkurencji, jak również że naruszony został art. 3 i 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) - zwanej „ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Przepisy te przez czyn nieuczciwej konkurencji rozumieją działania sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, jak również utrudnianie dostępu do rynku.

Na potwierdzenie zasadności swoich twierdzeń odwołujące się konsorcjum Incom wskazało, że działania spółek zarówno „użyczających” referencji, jak i biorących udział w postępowaniu jest zachowaniem nierynkowym, bowiem podmioty te prowadzą względem siebie działalność konkurencyjną. Zwrócił uwagę także na powiązania kapitałowe między spółkami, które to powiązania nie były przez zamawiającego i uczestników postępowania kwestionowane. Dowodził, iż porozumienie między tymi podmiotami przybrało postać uzgodnionych praktyk, mających na celu uniemożliwienie innym podmiotom dostępu do przedmiotowego zamówienia, w konsekwencji naruszona została zasada uczciwej konkurencji.

Izba nie podziela argumentacji odwołującego Incom, który dowodził, iż posłużenie się przez wykonawców zakwalifikowanych do drugiego etapu postępowania referencjami spółek Koncept, Action, Wasko, Talex, Makronet, Bull Polska, NTT, Intertrading, OFEK, Betacom, Biatel wpływa na ograniczenie dostępu do zamówienia. Odwołujące się konsorcjum Incom nie udowodniło, że wykonawcy działali w celu utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcom. Każdy z wykonawców był na równych zasadach uprawniony do złożenia wniosku oraz skorzystania z możliwości, które daje art. 26 ust. 2b ustawy. Jak wykazało postępowanie dowodowe wymienione wyżej spółki „użyczyły” referencje nie tylko pięciu najlepszym wykonawcom, ale także spółce, która zajęła VI miejsce – WebTradeCenter sp. z o.o. Odwołujące się konsorcjum Incom na rozprawie oświadczyło, iż także występowało do innych podmiotów, w tym niektórych z tych, które udostępniły swoje zasoby pięciu zakwalifikowanym do drugiego etapu wykonawcom. Podmioty te jednak odmówiły mu „użyczenia” swoich zasobów, co w ocenie Izby nie stanowi dowodu na ograniczenie przez piątkę zakwalifikowanych wykonawców oraz Koncept, Action, Wasko, Talex, Makronet, Bull Polska, NTT, Intertrading, OFEK, Betacom, Biatel dostępu do rynku i stosowanie niedozwolonych praktyk antykonkurencyjnych. Odnosząc się do zarzutu niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego wykonawca Techelon sp. z o.o. złożył także na rozprawie oświadczenie, iż nie był informowany przez podmioty trzecie, które udostępniły mu swoje zasoby, jakim jeszcze wykonawcom zobowiązały się udostępnić wiedzę i doświadczenie. Odwołujące się konsorcjum Incom nie przedstawiło dowodów przeciwnych. W ocenie Izby odwołujące się konsorcjum Incom nie wskazało także na żadne



działania, które mogłyby prowadzić do wniosku, iż zachowanie któregokolwiek z pięciu wykonawców zaproszonych do złożenia oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Ponadto Izba zwraca uwagę, 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. 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. 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 ocenić, czy jego złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zważywszy powyższą argumentację oraz biorąc 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 ma kompetencji do orzekania w omawianym zakresie, 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. 7 ust. 1 ustawy, formułujący zasadę zobowiązującą zamawiającego do przygotowania i prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, która jednak nie jest samodzielną podstawą do podejmowania określonych czynności, lecz stanowi dyrektywę interpretacyjną, która powinna być uwzględniana w każdym stadium postępowania. Jej konkretyzację i gwarancję stanowią poszczególne przepisy ustawy. Szczególne znaczenie mają w tym zakresie przepis art. 22 ust. 4 ustawy, art. 29 ust. 2 i 3, art. 89 ust. 2 i 3 Pzp oraz art. 90 ustawy. Zatem Izba podziela stanowisko odwołującego się konsorcjum Incom zaprezentowane na rozprawie, iż naczelną zasadą udzielania zamówień publicznych, wynikającą zarówno z art. 7 ust. 1 ustawy, jak i dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z dnia 30 kwietnia 2004 r.), jest zasada uczciwej konkurencji. Zgadza się także z przywołanym przez odwołującego w przedłożonym do akt sprawy piśmie procesowym stanowiskiem, iż *„Obowiązkiem zamawiającego jest więc nie tylko samo zachowanie uczciwej konkurencji,*

*ponieważ on sam nie konkuruje z wykonawcami, ale dopilnowanie w ramach posiadanych ustawowych uprawnień, aby wykonawcy w postępowaniu postępowali wobec siebie uczciwie.*" („Prawo zamówień publicznych. Komentarz dla praktyków" Arkadiusz Szyszkowski oraz Aneta Trzeźniewska – Markowicz, Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr sp. z o.o. Gdańsk 2008). Zwrócić należy uwagę, iż także z cytowanego wyżej fragmentu wprost wynika, że obowiązki zamawiającego są ograniczone do „zakresu posiadanych ustawowych uprawnień”.

Powyższa argumentacja potwierdza, że zamawiający nie jest uprawniony do weryfikowania czy złożenie wniosku wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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 ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przedsiębiorcy, 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). Zatem Izba wyraża pogląd, iż brak jest podstaw do uwzględnienia stanowiska odwołującego się konsorcjum Incom w powyższym zakresie.

Tym samym za chybione Izba uważa stanowisko odwołującego się konsorcjum Incom zaprezentowane w przedłożonym do akt sprawy piśmie procesowym, iż w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego lub Krajową Izbę Odwoławczą naruszenia przez wykonawców zasady nieuczciwej konkurencji, zamawiający jak i Izba takim działaniom muszą przeciwdziałać, a obowiązek ten wynika z art. 7 ust. 1 ustawy. Odwołujące się konsorcjum Incom domagało się od Izby podjęcia działań, o „których mowa w przepisach ustawy”. Jednak - jak zostało podkreślone wyżej przez Izbę - w ustawie brak jest podstaw prawnych dla wykluczenia wykonawcy, jeśli złożenie przez niego wniosku stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Nie ma także podstawy do nieuwzględnienia referencji złożonych przez pomioty trzecie w trybie art. 26 ust. 2b ustawy, gdy spełnione są przesłanki zastosowania tego przepisu. Odwołujące się konsorcjum Incom wywodziło, iż Izba wielokrotnie zajmowała stanowisko dotyczące tego czy w rozpatrywanym przez nią stanie

faktycznym doszło do naruszenia ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji bądź ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, na dowód czego przywołało wyrok Izby z dnia 15 czerwca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 682/09. Uszło uwadze odwołującego się konsorcjum Incom, iż wskazany wyrok dotyczył zмовы przetargowej, do której Izba odnosiła się w związku z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, zobowiązującego do odrzucenia oferty, gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zatem stan faktyczny sprawy nie przystawał do okoliczności rozpoznawanego przez Izbę odwołania, które dotyczy złożenia wniosków w przetargu ograniczonym. Niemniej jednak także i w wymienionym przez odwołujące konsorcjum Incom wyroku Izby wyrażony został pogląd, iż samo złożenie ofert przez wykonawców, którzy pozostają ze sobą w pewnym powiązaniu rodzinnym czy gospodarczym, nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji i nie skutkuje odrzuceniem oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Drugi ze wskazanych przez odwołujące się konsorcjum Incom orzeczeń - wyrok Izby z dnia 11 sierpnia 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 765/08 dotyczył rozważań Izby o zasadności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 i 15 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tym samym także i na gruncie tej sprawy Izba badała ofertę analizując czy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co nie jest adekwatne do okoliczności faktycznych niniejszej sprawy.

Izba przychyliła się do stanowiska odwołującego się konsorcjum Incom, że zamawiający przy ocenie wniosków nie powinien uwzględnić dostaw zrealizowanych dla Ministerstwa Edukacji Narodowej, z wyjątkiem referencji wystawionej dla spółki Betacom w dniu 28 września 2007 r. Pozostałe załączone do wniosków „*Informacje*” (Kabit sp. z o.o. – k. 35, 36, 37, 39, 66, 90, 119, 120, 130 wniosku, Sferis sp. z o.o. – strony wniosku nienumerowane, 9 sztuk „*Informacji*”, Ente sp. z o.o. – k.49, 54, 55, 56, 58, 101, 102, 110, 112 wniosku, Techelon sp. z o.o. – k. 35, 36, 37, 39, 63, 73, 102, 103, 113 wniosku, Orti Byliński sp.k. – k. 97, 98, 123, 130, 148, 164, 169, 170, 171 wniosku) z Ministerstwa Edukacji Narodowej nie potwierdzają, iż dostawy zostały wykonane należycie, zatem nie są zgodne z wymaganiem sformułowanym w pkt.III.2.3. ogłoszenia, jak również stanowiącym podstawę dla postanowień ogłoszenia w tym zakresie rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) – dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”. Przywołane rozporządzenie w §1 ust. 1 pkt 3 wymaga, aby załączone do wykazu zrealizowanych dostaw dokumenty potwierdzały, że wskazane w wykazie zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Niewątpliwie zatem „*Informacje*” wystawione przez Ministerstwo

Edukacji Narodowej nie odpowiadają przywołanym postanowieniom rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz ogłoszenia o postępowaniu. Nie zmienia powyższej oceny powołany przez zamawiającego art. 48 ust. 2 a) ii. Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Z jego treści wynika, iż w zależności od charakteru, ilości lub znaczenia, a także przeznaczenia dostaw dowód możliwości technicznych wykonawcy może stanowić wykaz głównych dostaw zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców, publicznych lub prywatnych. Dowody dostaw należy przedstawić w przypadku, gdy odbiorcą była instytucja zamawiająca – w formie zaświadczeń wydanych lub poświadczonych przez właściwy organ. Izba stoi na stanowisku, iż polski ustawodawca w sposób jednoznaczny postanowił w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, iż wykonawca zobowiązany jest do wykazania, że dostawy zostały wykonane należyście, na dowód czego może przedłożyć dowolny dokument. Przepis dyrektywy wymaga, aby w przypadku, gdy zamawiającym była „instytucja zamawiająca” (np. Ministerstwo Edukacji Narodowej) dowód dostawy miał formę zaświadczenia wydanego lub poświadczonego przez właściwy organ. Nie jest jasne, jaki organ miałby być właściwym dla wydania zaświadczenia lub poświadczona zaświadczenia w odniesieniu do informacji wystawionej przez Ministerstwo Edukacji Narodowej. Zatem dyrektywa nie może znaleźć bezpośrednio zastosowania, za czym przemawia także fakt, iż kwestia ta jest uregulowana wyczerpująco w prawie polskim. Dyrektywa co prawna nie wskazuje wprost, iż zaświadczenia powinny potwierdzać należyte wykonanie dostawy, jednak wskazać trzeba, iż celem opisywania sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu, jest dokonanie wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, przy czym wyboru należy dokonywać z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie sposób przyjąć, iż sprzeczne z dyrektywą są postanowienia polskiego rozporządzenia w sprawie dokumentów, które precyzuje, że załączone w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dokumenty, mają potwierdzać należyte wykonanie dostaw. Izba zwraca także uwagę, iż zamawiający w ogłoszeniu sprecyzował, że wykonawcy zobowiązani są przedłożyć dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień nie powołując się w tym zakresie na regulacje art. 48 ust. 2 a) ii. dyrektywy, którą następnie na rozprawie przywołał.

Rozważając zasadność uwzględnienie „Informacji” z Ministerstwa Edukacji Narodowej Izba wyraża opinię, iż nie potwierdzają one, że podane w wykazie zrealizowanych zamówień dostawy zostały wykonane należyście, zatem zamawiający

powinien stosownie do zasady równego traktowania wykonawców wezwać wykonawców do uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Trzeba także podkreślić, iż zajmujący VI miejsce w rankingu wykonawca WebTradeCenter sp. z o.o. także posłużył się „*Informacjami*” z Ministerstwa Edukacji Narodowej. Tym samym uwzględniając fakt, iż pięciu zakwalifikowanych do drugiego etapu wykonawców oraz wykonawca na pozycji VI zawarli w wykazie zrealizowanych zamówień dostawy dla Ministerstwa Edukacji Narodowej, dla których nie załączyli dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie, zamawiający zobowiązany był w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wezwać wykonawców do uzupełnienia dokumentów. Podkreślenia wymaga, że ani art. 26 ust. 3 ustawy, ani przepisy odnoszące się do przetargu ograniczonego (art. 47 i n.) nie wprowadzają ograniczeń dotyczących zakresu uzupełniania dokumentów, w zależności od tego, czy warunek, na potwierdzenie którego są przedkładane, podlega ocenie stanowiąc podstawę kwalifikacji wykonawców do kolejnego etapu postępowania, czy też nie. Celem oceny spełniania przez wykonawców określonych przez zamawiającego warunków jest wybór grupy wykonawców (w liczbie określonej w ogłoszeniu), którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków. Wykaz zrealizowanych zamówień wraz z referencjami potwierdza, że określone dostawy zostały przez wykonawcę zrealizowane należyście. W okolicznościach analizowanej sprawy w ocenie Izby dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zrealizowanych dostaw niewątpliwie podlegały uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Należy je bowiem potraktować jak dokumenty, o którym stanowi § 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów z tym zastrzeżeniem, że nie złożenie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dokumentów potwierdzających należyte zrealizowanie dostaw w konsekwencji nie będzie stanowiło o niespełnieniu warunku udziału w postępowaniu, lecz będzie podstawą do pominięcia przedmiotowych dostaw przy ocenie wniosków. Tym samym niezuzupełnienie dokumentu nie spowoduje wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zatem Izba uwzględniła zarzut, iż „*Informacje*” z Ministerstwa Edukacji Narodowej nie potwierdzają należytego wykonania dostaw, co stanowi o naruszeniu art. 7 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy. Naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem nie jest wiadome czy w wyniku wezwania wszyscy wykonawcy, czy tylko niektórzy i w odniesieniu do ilu dostaw przedłożą odpowiednie dokumenty. Zważywszy niewielkie różnice punktowe pomiędzy wykonawcami na pozycjach I-VI, uwzględniając fakt, iż kwalifikuje się do drugiego etapu pięć podmiotów, powyższe rozstrzygnięcie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, dlatego też Izba uznała za zasadne nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności oceny wniosków oraz dokonanie ponownej ich oceny, co powinno zostać poprzedzone wezwaniem do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów potwierdzających, że zawarte w wykazach dostaw zamówienia wykonane na rzecz Ministerstwa Edukacji Narodowej

zostały zrealizowane należycie. Obowiązek ten nie dotyczy dostawy, dla której referencję Ministerstwo Edukacji Narodowej wystawiło w dniu 28 września 2007 r. poświadczając, że konsorcjum Betacom S.A. oraz MCSI Ltd sp. z o.o. wykonało należycie określone w niej zamówienie. Izba podkreśla, że wezwanie powinno czynić zadość zasadzie równego traktowania wykonawców.

Odwołujące się konsorcjum Incom podniosło także, iż w wykazach zrealizowanych dostaw zostały wskazane dostawy wykonane przez spółkę Comarch, jednak do wniosków nie zostały dołączone referencje tej spółki, a co za tym idzie komputery wraz z monitorami dostarczone przez ten podmiot nie powinny być brane pod uwagę przy dokonywaniu oceny. Izba ustaliła na podstawie analizy dokumentów załączonych do wniosków złożony przez zakwalifikowanych do drugiego etapu postępowania wykonawców, iż spółki te w wykazach zrealizowanych zamówień wymieniły dostawę wykonaną na rzecz Comarch S.A. przez OFEK, dla której załączyły list referencyjny. Tym samym twierdzenia odwołującego konsorcjum Incom nie potwierdziły się. Natomiast zamówienia zrealizowane przez spółkę Comarch wymienione w wykazach zrealizowanych dostaw załączonych do wniosków Techeon sp. z o.o. oraz Kabit sp. z o.o. - jak wynika z *„Notatki z posiedzeń Komisji z dni 23-30.06.2010 r. powołanej do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 10.000 sztuk stacji roboczych, znak sprawy TZ/370/8/10”* - nie były uwzględniane w punktacji. Zamawiający stwierdziwszy, iż do wniosków nie zostały załączone stosowne dokumenty potwierdzające udostępnienie spółkom Kabit i Techelon zasobów przez Comarch na warunkach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, wezwał ww. wykonawców do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. W odpowiedzi wezwani wykonawcy nie przedłożyli stosownych dokumentów, w konsekwencji czego dostawy zrealizowane przez Comarch nie były wzięte pod uwagę w punktacji, zatem i w tym zakresie zarzut wadliwej oceny wniosków jest bezzasadny.

Odnosząc się do zarzutu, iż wykonawcy zakwalifikowani do drugiego etapu postępowania niektórzy dostawy wymienili w wykazach zrealizowanych zamówień podwójnie, bowiem podmioty udostępniające swoje zasoby wykonywały zamówienie w konsorcjach i następnie na potwierdzenie ich należytej realizacji wszyscy konsorcjanci otrzymywali referencje, które „użyczyli” wykonawcom ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie, trzeba podkreślić, iż w istocie referencje te dotyczą tej samej dostawy. Tym samym opisana praktyka, w okolicznościach faktycznych sprawy, nie jest przez Izbę akceptowana. Zgodnie z ogłoszeniem spośród wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, zamawiający miał wyłonić pięciu wykonawców, którzy dostarczyli w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym

okresie, największą ilość stacjonarnych komputerów z monitorami i minimum 2-letnią gwarancją. Zamawiający poinformował w ogłoszeniu, że będzie sumował łączną ilość dostarczonych komputerów stacjonarnych razem z monitorem, z wykazanych należycie dostaw na minimum 1000 sztuk każda. Przeliczenie ogólnej liczby dostarczonych komputerów stacjonarnych razem z monitorem na liczbę punktów miało nastąpić przy zastosowaniu zasady: 1 sztuka dostarczonego komputera stacjonarnego razem z monitorem stanowi 1 punkt. Zatem jednoznacznie z ogłoszenia wynika, iż punkt miał być przyznany za dostawę jednego komputera z monitorem. W przypadku referencji wystawionych dla wykonawców wspólnie realizujących zamówienie, referencje te potwierdzają wykonanie jednej dostawy komputerów wspólnie przez konsorcjantów. Zatem mogą one być na gruncie analizowanej sprawy liczone wyłącznie raz. Biorąc jednak pod uwagę, iż odwołujące się konsorcjum Incom nie wskazało w odwołaniu ani na rozprawie, które z dostaw były policzone przez zamawiającego kilkakrotnie, ograniczając się do lakonicznego i ogólnikowego stwierdzenia, że taka praktyka była przez zamawiającego stosowana. Informacje takie nie wynikają także z załącznika nr 4 do odwołania zawierającego zestawienia wykazów dostaw – dokument jest nieczytelny i wbrew stanowisku odwołującego konsorcjum Incom nie wskazuje, które dostawy zostały policzone więcej niż jeden raz oraz na czym miałyby polegać błędy zamawiającego w ocenie wniosków. W konsekwencji Izba wyraża pogląd, iż zarzut błędnej oceny wniosków poprzez kilkakrotne liczenie dostaw tych samych komputerów z monitorami nie został udowodniony, a tym samym nie może być przez Izbę uwzględniony.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy z uwzględnieniem postanowień § 5 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Sygn. akt KIO/1450/10**

## **Izba za podstawę rozstrzygnięcia przyjęła następujące ustalenia faktyczne:**

Izba ustaliła, że zamawiający w treści pkt. III.2.3. ogłoszenia o zamówieniu - „Zdolność techniczna” - stwierdził, iż warunek wiedzy i doświadczenia uzna za spełniony, jeżeli „Wykonawca zrealizował w ciągu ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej jedną dostawę minimum 1 000 sztuk stacjonarnych komputerów z monitorem. Umowa, na podstawie której dokonana była dostawa, musi obejmować także minimum 2-letni okres gwarancji. Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku Wykonawca wraz z wnioskiem składa: Wykaz zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie dostaw minimum 1 000 sztuk (każda dostawa) stacjonarnych komputerów z monitorem. Należy podać wartość umów, przedmiot (w tym okres gwarancji), datę wykonania i odbiorców oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że dostawy wymienione w wykazie zostały wykonane należycie”. Dalej w pkt. IV.1.2. postanowił, iż do składania ofert zaprosi pięciu wykonawców „(...) którzy dostarczyli w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, największą ilość stacjonarnych komputerów z monitorami i minimum 2-letnią gwarancją. Zamawiający będzie sumował łączną ilość dostarczonych komputerów stacjonarnych razem z monitorem, z wykazanych należycie dostaw na minimum 1000 sztuk każda. Zamawiający przeliczy ogólną liczbę dostarczonych komputerów stacjonarnych razem z monitorem na liczbę punktów, stosując zasadę: 1 sztuka dostarczonego komputera stacjonarnego razem z monitorem stanowi 1 punkt. Do złożenia ofert Zamawiający zaprosi 5 Wykonawców, którzy otrzymali najwyższą liczbę punktów (...)”.

Izba stwierdziła, iż odwołujący Henwar, w celu wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, doprecyzowane przez zamawiającego w treści ogłoszenia, w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów. W powyższym zakresie odwołujący Henwar załączył do złożonego przez siebie wniosku oświadczenia Fujitsu Technology Solutions GmbH (k. 24 i 25 wniosku) oraz Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. (k. 11 wniosku) zawierające zobowiązania tych podmiotów do udostępnienia na rzecz odwołującego Henwar zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w zakresie wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący Henwar złożył również wykaz zrealizowanych dostaw oraz dokumenty potwierdzające, że zamówienia te zostały wykonane w sposób należyty.



Zamawiający pismem z dnia 14 maja 2010 r. wezwał odwołującego Henwar na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy do wyjaśnienia czy Fujitsu Technology Solutions GmbH oraz Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. w przypadku uzyskania przedmiotowego zamówienia będą podwykonawcami w jego realizacji.

W odpowiedzi pismem z dnia 20 maja 2010 r. odwołujący Henwar oświadczył, iż Fujitsu Technology Solutions GmbH zobowiązał się oddać do dyspozycji zasoby polegające na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 2b ustawy, z których odwołujący Henwar zamierza skorzystać w celu wykonania zamówienia. Jednocześnie wyjaśnił, iż nieznane są płaszczyzny współpracy, ich zakres oraz stosunek prawny między odwołującym Henwar, a Fujitsu Technology Solutions GmbH na czas korzystania z ich zasobów. Nie wykluczył możliwości zatrudnienia osób odpowiedzialnych w Fujitsu Technology Solutions GmbH za realizację zamówień i dostaw sprzętu komputerowego.

Zamawiający pismem z dnia 15 czerwca 2010 r. wezwał odwołującego Henwar, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym warunku wiedzy i doświadczenia. Zamawiający stwierdził, iż nie może uwzględnić dostaw zrealizowanych przez podmioty wskazane we wniosku odwołującego, które zobowiązały się do oddania do dyspozycji zasobów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż z wyjaśnień wykonawcy wynika, że podmioty te nie będą podwykonawcami przy realizacji zamówienia.

Odwołujący Henwar odnosząc się do powyższego wezwania nie złożył żądanych przez zamawiającego dokumentów. W piśmie z dnia 21 czerwca 2010 r. zwrócił zamawiającemu uwagę, iż w ogłoszeniu nie sformułował wymagania, aby podmioty, z którymi wykonawcę łączą stosunki prawne i na których wiedzy oraz doświadczeniu polega, oznaczone były jako podwykonawcy. Dodał, że zamawiający nie wskazał podstawy prawnej do żądania oznaczenia charakteru prawnego stosunków łączących wykonawcę z podmiotami, na których wiedzy i doświadczeniu polega. Podniósł także, iż zamawiający nie określił podstawy prawnej, która pozwalałaby na dokonanie oceny wniosków wyłącznie z uwzględnieniem dostaw zrealizowanych przez wykonawcę lub „podwykonawcę”, wyłączając tym samym inne stosunki prawne łączące wykonawcę z podmiotem, na którego wiedzy i doświadczeniu polega. Podkreślił, iż z art. 26 ust. 2b ustawy jednoznacznie wynika, że przy ocenie wiedzy i doświadczenia nie ma znaczenia charakter prawny stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim zobowiązującym się do udostępnienia posiadanych zasobów.

Jak wynika z *„Notatki z posiedzeń Komisji z dni 23-30.06.2010 r. powołanej do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 10.000 sztuk stacji*

roboczych, znak sprawy TZ/370/8/10” oceniając wniosek odwołującego Fujitsu zamawiający nie uwzględnił pozycji 1-13 wykazu zrealizowanych zamówień.

W dniu 1 lipca 2010 r. zamawiający pismem datowanym na 30 czerwca 2010 r. poinformował odwołującego Henwar o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. W uzasadnieniu faktycznym wykluczenia zamawiający wyjaśnił, że odwołujący Henwar nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem zamawiający oceniając jego wniosek nie uwzględnił dostaw zrealizowanych przez podmioty, dla których nie ma potwierdzenia, że będą pełnić „funkcję podwykonawcy w realizacji zamówienia”.

Na powyższą czynność odwołujący Henwar wniósł w dniu 12 lipca 2010 r. odwołanie.

#### **Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Istota sporu sprowadza się do rozumienia przepisu art. 26 ust. 2b ustawy, którego odmienną interpretację zaprezentował odwołujący Henwar i zamawiający. Odpowiedzi wymaga pytanie, czy dysponowanie zasobami osoby trzeciej (podmiotu, na którego wiedzy i doświadczeniu wykonawca będzie polegał) niezbędnymi do realizacji zamówienia oznacza, że podmiot trzeci zobowiązany jest uczestniczyć w realizacji zamówienia jako podwykonawca, czy też w inny sposób może udostępniać swoją wiedzę i doświadczenie (doradztwo, konsultacje itp.).

Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp 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, że 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 zamówieniu.

Izba wyraża opinię, iż brzmienie przywołanego przepisu pozostawia 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 irrelewantne należy uznać relacje podmiotów związanych stosunkiem prawnym mającym swoje źródło w art. 26 ust. 2b ustawy.

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.

Izba stoi na stanowisku, iż 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, należy wyrazić pogląd, iż w omawianym przypadku takiej jednolitości nie zachował (do podwykonawcy odnoszą się postanowienia art. 36 ust. 4 i 5 Pzp), co także przemawia

za przyjęciem, iż art. 26 ust. 2b ustawy nie wymaga udziału podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy podmiotu, z którym zostanie zawarta umowa o zamówienie publiczne. Niewątpliwie jednak oddanie do dyspozycji przez podmiot trzeci wymienionych w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy zasobów, gdy dotyczy wiedzy i doświadczenia, łączy się z koniecznością uczestniczenia tego podmiotu w realizacji zamówienia. Uczestnictwo to jednak może mieć dowolną, dozwoloną prawem formę (np. podwykonawstwo, doradztwo, konsultacje). Wiedza i doświadczenie mogą być także udostępnione poprzez oddanie do korzystania know-how, schematów technologicznych urządzeń, dokumentów zawierających opis procesów technologicznych, dokumentacji serwisowej, programów komputerowych, topografii układów scalonych lub systemów zarządzania jakością. Wiedzę i nabyte w drodze empirycznej doświadczenie można także przekazać poprzez udostępnienie dokumentacji opisującej procesy technologiczne, chemiczne, jak również zastrzeżonej dokumentacji serwisowej czy technicznej lub danych serwisowych (parametrów krytycznych pracy urządzenia czy tolerancji pasowania współpracujących podzespołów). Brak powyższych danych może uniemożliwić wykonywanie określonych czynności (serwisowych, konserwacyjnych) w zasadzie każdemu podmiotowi, natomiast ich udostępnienie może skutkować otwarciem dostępu do realizacji zamówienia wszystkim tym, którzy prowadzą działalność w danej branży. Także proces edukacyjny (szkolenia, wykłady, warsztaty naukowe) prowadzi do przyswojenia przez osoby uczestniczące wiedzy i doświadczenia, którymi dysponuje wykładowca.

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 w sposób niezbity potwierdza istnienie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia swoich zasobów, w celu wykorzystania ich do realizacji przedmiotu zamówienia, należy uznać za wystarczający.

Odnosząc powyższe rozważania do okoliczności faktycznych analizowanej sprawy Izba podziela stanowisko odwołującego Henwar, iż został bezzasadnie wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Odwołujący Henwar załączył do wniosku złożone w dniu 8 kwietnia 2010 r. oświadczenie Fujitsu Technology Solutions GmbH, w którym zostało stwierdzone, iż Fujitsu Technology Solutions GmbH zobowiązuje się do „udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia na czas jego realizacji” oraz do oddania do dyspozycji zasobów polegających na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia na rzecz odwołującego Henwar. Oświadczenie złożono w konkretnym postępowaniu, którego przedmiot został w treści wymieniony – dostawa 10 000 sztuk stacji roboczych dla zamawiającego. Na dokumencie zobowiązania znajduje się podpis odwołującego Henwar, co uznać należy za potwierdzenie, że oświadczenie przyjmuje. Nawet jednak, gdyby podpisu nie było należałoby przyjąć - skoro oświadczenie zostało złożone na prośbę odwołującego Henwar i następnie załączone przez niego do wniosku - że odwołujący Henwar je zaakceptował.

Zamawiający na rozprawie przywołał treść pisma odwołującego Henwar z dnia 20 maja 2010 r. wskazując, iż jest ono sprzeczne z oświadczeniem spółki Fujitsu Technology Solutions GmbH załączonym do wniosku odwołującego Henwar, złożonym w celu uczynienia zadość obowiązkom wynikającym z art. 26 ust. 2b ustawy.

Izba wskazuje, iż oświadczenie odwołującego Henwar nie wywołało w okolicznościach analizowanej sprawy skutku w postaci modyfikacji treści oświadczenia osoby trzeciej - Fujitsu Technology Solutions GmbH załączonego do wniosku. Izba wyraża opinię, że obydwie oświadczenia tj. zobowiązanie Fujitsu Technology Solutions GmbH załączone do wniosku, jak i wyjaśnienia odwołującego Henwar z dnia 20 maja 2010 r. nie są – wbrew twierdzeniom zamawiającego – ze sobą sprzeczne, lecz uzupełniają się wzajemnie. Oświadczenie załączone do wniosku (pisemne zobowiązanie Fujitsu Technology Solutions GmbH do oddania odwołującemu Henwar do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia) spełnia wymagania określone w art. 26 ust. 2b ustawy. Jednocześnie z treści oświadczenia odwołującego Henwar zawartego w piśmie z dnia 20 maja 2010 r. wprost wynika wola skorzystania z zasobów Fujitsu Technology Solutions GmbH w celu wykonania zamówienia. Jak zostało wskazane wyżej ustawodawca w art. 26 ust. 2b Pzp wymaga, aby współpraca między podmiotami była oparta

o stosunek prawny, niezależnie od jego charakteru. Wybór w tym zakresie został pozostawiony współdziałającym przedsiębiorcom, stosownie do ich potrzeb. Treść wyjaśnień odwołującego Henwar z dnia 20 maja 2010 r. jest zatem zgodna z dyspozycją art. 26 ust. 2b ustawy - wynika z nich wprost, iż relacja, o którą będzie oparta współpraca z Fujitsu Technology Solutions GmbH nie jest skonkretyzowana, jednak będzie miała charakter prawny, co w świetle art. 26 ust. 2b ustawy jest wystarczające. Tym samym za niezasadne trzeba uznać zastrzeżenia podnoszone przez zamawiającego na rozprawie oraz w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego Henwar z postępowania.

Do wniosku załączone zostało także oświadczenie Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o., wydane na prośbę odwołującego Henwar w dniu 12 marca 2010 r., w którym Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. zobowiązało się do udostępnienia na rzecz odwołującego Henwar zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia polegającego na dostawie 10 000 sztuk stacji roboczych dla zamawiającego. Rozważania dotyczące zobowiązania Fujitsu Technology Solutions GmbH złożonego wraz z wnioskiem odwołującego Henwar zachowują aktualność w odniesieniu do zobowiązania Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o., z tym zastrzeżeniem, iż w piśmie z dnia 20 maja 2010 r. odwołujący Henwar, odpowiadając na pismo zamawiającego z dnia 14 maja 2010 r., w ogóle nie odniósł się do zobowiązania Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o., zatem wątpliwości podnoszone przez zamawiającego na rozprawie, co do skuteczności oświadczenia Fujitsu Technology Solutions GmbH, nie dotyczą zobowiązania Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. załączonego do wniosku odwołującego Henwar.

Izba podziela więc argumentację odwołującego Henwar, iż zamawiający wykluczając go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy naruszył art. 7 w zw. z art. 26 ust. 2b i 3-4 ustawy. W sposób nieprawidłowy zastosował art. 26 ust. 3 oraz 4 ustawy najpierw pismem z dnia 14 maja 2010 r. domagając się wyjaśnień czy spółki Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. oraz Fujitsu Technology Solutions GmbH będą brały udział w realizacji zamówienia jako podwykonawcy, a następnie wbrew przepisowi art. 26 ust. 3

ustawy wezwał odwołującego Henwar do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ustosunkowując się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy trzeba podkreślić, iż w każdym przypadku bezpodstawnego wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu dochodzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 51 ust. 1a ustawy Izba wskazuje, iż powyższy przepis określa termin oraz podmioty, które winny zostać poinformowane przez zamawiającego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. W tym zakresie odwołujący Henwar nie udowodnił, iż zamawiający w przedmiotowym postępowaniu uchybił przepisowi art. 51 ust. 1a Pzp, w konsekwencji czego Izba nie stwierdziła naruszenia art. 51 ust. 1a ustawy.

Odwołujący Hewnar w treści odwołania wskazał również na naruszenie przez zamawiającego art. 48 ust. 1 pkt 6 ustawy. Izba zwraca uwagę, iż ustawa nie zawiera przywołanego przez odwołującego Henwar przepisu, zatem nie stwierdziła naruszenia art. 48 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Uwzględniając powyższe na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy z uwzględnieniem postanowień § 5 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 3 pkt 1 i 2 b) 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).

**Sygn. akt. KIO/1451/10**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

**Izba za podstawę rozstrzygnięcia przyjęła następujące ustalenia faktyczne:**

Izba ustaliła, że zamawiający w treści pkt. III.2.3. ogłoszenia o zamówieniu - „Zdolność techniczna” - stwierdził, iż warunek wiedzy i doświadczenia uzna za spełniony, jeżeli „Wykonawca zrealizował w ciągu ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej jedną dostawę minimum 1 000 sztuk stacjonarnych komputerów z monitorem. Umowa, na podstawie której dokonana była dostawa, musi obejmować także minimum 2-letni okres gwarancji. Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku Wykonawca wraz z wnioskiem składa: Wykaz zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie dostaw minimum 1 000 sztuk (każda dostawa) stacjonarnych komputerów z monitorem. Należy podać wartość umów, przedmiot (w tym okres gwarancji), datę wykonania i odbiorców oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że dostawy wymienione w wykazie zostały wykonane należycie”. Dalej w pkt. IV.1.2. postanowił, iż do składania ofert zaprosi pięciu wykonawców „(...) którzy dostarczyli w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, największą ilość stacjonarnych komputerów z monitorami i minimum 2-letnią gwarancją. Zamawiający będzie sumował łączną ilość dostarczonych komputerów stacjonarnych razem z monitorem, z wykazanych należycie dostaw na minimum 1000 sztuk każda. Zamawiający przeliczy ogólną liczbę dostarczonych komputerów stacjonarnych razem z monitorem na liczbę punktów, stosując zasadę: 1 sztuka dostarczonego komputera stacjonarnego razem z monitorem stanowi 1 punkt. Do złożenia ofert Zamawiający zaprosi 5 Wykonawców, którzy otrzymali najwyższą liczbę punktów (...)”.

Izba stwierdziła, iż odwołujący Fujitsu, w celu wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, doprecyzowane przez zamawiającego w treści ogłoszenia, w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia polega na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego – Fujitsu Technology Solutions GmbH. W powyższym zakresie odwołujący Fujitsu załączył do złożonego przez siebie wniosku oświadczenie Fujitsu Technology Solutions GmbH zawierające zobowiązanie do udostępnienia na rzecz odwołującego Fujitsu zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w zakresie wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia w ramach przedmiotowego



postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący Fujitsu złożył także wykaz zrealizowanych dostaw oraz dokumenty potwierdzające, że zamówienia te zostały wykonane w sposób należyty.

Zamawiający pismem z dnia 14 maja 2010 r. wezwał odwołującego Fujitsu na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy do wyjaśnienia czy Fujitsu Technology Solutions GmbH w przypadku uzyskania przedmiotowego zamówienia będzie podwykonawcą w jego realizacji.

W odpowiedzi pismem z dnia 19 maja 2010 r. odwołujący Fujitsu oświadczył, że zamierza, w celu wykonania zamówienia, skorzystać z zasobów Fujitsu Technology Solutions GmbH, do czego jest uprawniony na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy. Jednocześnie wyjaśnił, iż nie ustalił ostatecznego obszaru powierzonych prac oraz stosunku prawnego, jaki będzie obowiązywał pomiędzy nim, a podmiotem trzecim - Fujitsu Technology Solutions GmbH. Nie wykluczył możliwości czasowego zatrudnienia osób odpowiedzialnych w tym podmiocie za realizację zamówień odpowiadających swym charakterem i zakresem zamówieniu, o którego udzielenie ubiega się w przedmiotowym postępowaniu.

Jak wynika z *„Notatki z posiedzeń Komisji z dni 23-30.06.2010 r. powołanej do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 10.000 sztuk stacji roboczych, znak sprawy TZ/370/8/10”* oceniając wniosek odwołującego Fujitsu zamawiający nie uwzględnił pozycji 6-15 wykazu zrealizowanych zamówień.

W dniu 1 lipca 2010 r. zamawiający pismem datowanym na 30 czerwca 2010 r. poinformował odwołującego Fujitsu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu informując, iż uzyskawszy 37 008 pkt. zajął IX miejsce.

Odwołujący Fujitsu nie zgadzając się z oceną zamawiającego na powyższą czynność wniósł w dniu 12 lipca 2010 r. odwołanie.

**Izba zważyła co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba w przede wszystkim podkreśla, iż rozważania dotyczące interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy sformułowane w odniesieniu do odwołania odwołującego Henwar zachowują swoją aktualność także w okolicznościach niniejszej sprawy.

Izba podziela stanowisko odwołującego Fujitsu, iż zamawiający błędnie ocenił jego wniosek bezzasadnie nie biorąc pod uwagę doświadczenia spółki Fujitsu Technology Solutions GmbH, na której zasobach odwołujący Fujitsu polega, stosownie do treści zobowiązania tego podmiotu załączonego do wniosku.

Odwołujący Fujitsu załączył do wniosku złożone w dniu 8 kwietnia 2010 r. oświadczenie Fujitsu Technology Solutions GmbH, w którym spółka ta zobowiązuje się do „*udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia na czas jego realizacji*” oraz do oddania do dyspozycji odwołującego Fujitsu zasobów polegających na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia. Przywołane oświadczenie zostało złożone w na potrzeby niniejszego postępowania, którego przedmiot został w jego treści wymieniony – dostawa 10 000 sztuk stacji roboczych dla zamawiającego. Na dokumencie zobowiązania znajduje się podpis pełnomocnika odwołującego Fujitsu, co uznać należy za potwierdzenie, że oświadczenie przyjmuje. Nawet jednak, gdyby podpisu nie było należałoby przyjąć - skoro oświadczenie zostało złożone na prośbę odwołującego Fujitsu i następnie przez niego do wniosku załączone - że odwołujący Fujitsu je aprobuje.

Zamawiający na rozprawie przywołał treść pisma odwołującego Fujitsu z dnia 19 maja 2010 r. wskazując, iż jest ono sprzeczne z oświadczeniem spółki Fujitsu Technology Solutions GmbH załączonym do wniosku, a złożonym w celu uczynienia zadość obowiązkowi wynikającym z art. 26 ust. 2b ustawy.

Izba wskazuje, iż oświadczenie odwołującego Fujitsu nie wywołało w okolicznościach analizowanej sprawy skutku w postaci modyfikacji treści oświadczenia osoby trzeciej - Fujitsu Technology Solutions GmbH załączonego do wniosku. Izba wyraża opinię, że obydwa oświadczenia tj. zobowiązanie Fujitsu Technology Solutions GmbH załączone do wniosku, jak i wyjaśnienia odwołującego Fujitsu z dnia 19 maja 2010 r. nie są – wbrew twierdzeniom zamawiającego - ze sobą sprzeczne - lecz uzupełniają się wzajemnie.

Oświadczenie załączone do wniosku (pisemne zobowiązanie Fujitsu Technology Solutions GmbH do oddania odwołującemu Fujitsu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia) spełnia wymagania określone w art. 26 ust. 2b ustawy. Jednocześnie z treści oświadczenia odwołującego Fujitsu zawartego w piśmie z dnia 19 maja 2010 r. wprost wynika wola skorzystania z zasobów Fujitsu Technology Solutions GmbH w celu wykonania zamówienia. Jak zostało wskazane wyżej ustawodawca w art. 26 ust. 2b Pzp wymaga, aby współpraca między podmiotami była oparta o stosunek prawny, niezależnie od jego charakteru. Wybór w tym zakresie został pozostawiony współdziałającym przedsiębiorcom, stosownie do ich potrzeb. Treść wyjaśnień odwołującego Fujitsu z dnia 19 maja 2010 r. jest zatem zgodna z dyspozycją art. 26 ust. 2b ustawy - wynika z nich wprost, iż relacja, o którą będzie oparta współpraca z Fujitsu Technology Solutions GmbH nie jest skonkretyzowana, jednak będzie miała charakter prawny, co w świetle art. 26 ust. 2b ustawy jest wystarczające. Tym samym za niezasadne trzeba uznać zastrzeżenia podnoszone przez zamawiającego na rozprawie.

Izba podziela argumentację odwołującego Fujitsu, iż zamawiający naruszył, nie biorąc pod uwagę dostaw zrealizowanych przez Fujitsu Technology Solutions GmbH, art. 7, art. 51 ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 2b i ust. 4 ustawy.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 51 ust. 1a ustawy Izba wskazuje, iż powyższy przepis określa termin oraz podmioty, które winny zostać poinformowane przez zamawiającego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. W tym zakresie odwołujący Fujitsu nie udowodnił, iż zamawiający nie zawiadomił niezwłocznie wykonawców o wskazanych

w powyższym przepisie czynnościach, jak również nie wykazał, iż nie wszyscy wykonawcy zostali o tychże czynnościach poinformowani przez zamawiającego. Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia art. 51 ust. 1a ustawy.

Zdaniem Izby zamawiający nie uchybił także przepisowi art. 26 ust. 3 ustawy, zobowiązującemu zamawiającego do wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych. Okoliczności te nie zostały udowodnione przez odwołującego Fujitsu.

Odwołujący Fujitsu w treści odwołania wskazał również na naruszenie przez zamawiającego art. 48 ust. 1 pkt 6 ustawy. Na rozprawie odwołujący Fujitsu wyjaśnił, iż pomyłkowo został przez niego przywołany ww. przepis. Izba zwraca uwagę, iż ustawa nie zawiera podanej przez odwołującego Fujitsu jednostki redakcyjnej, zatem nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego art. 48 ust. 1 pkt 6 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp uwzględniła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy z uwzględnieniem postanowień § 5 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....

.....

.....