

Sygn. akt: KIO 2188/15

WYROK

z dnia 21 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2015 r. przez Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Skarb Państwa - Prokuraturę Generalną w Warszawie,

przy udziale Maxto Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Skarbu Państwa - Prokuratury Generalnej w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

UZASADNIENIE

Zamawiający, Skarb Państwa - Prokuratura Generalna w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę przestrzeni dyskowej i mocy obliczeniowej systemu digitalizacji akt w powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury w ramach projektu „Wdrożenie systemu digitalizacji akt postępowania przygotowawczych oraz utworzenie lokalnych i centralnego repozytorium akt w postaci cyfrowej w powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 12 sierpnia 2014 r. w Dz. Urz. UE Nr 2014/S 154-283906.

W dniu 30 września 2015 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach.

W dniu 9 października 2015 r. Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie wniosła odwołanie względem ww. czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez uznanie, że oferta złożona przez wykonawcę MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowo - Akcyjna z siedzibą w Krakowie (zwana dalej „Maxto”) nie podlega odrzuceniu z przedmiotowego postępowania pomimo braku zaoferowania licencji na oprogramowanie macierzy na nieograniczoną pojemność dyskową.
- Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez uznanie, że Wykonawca Maxto nie podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania.
- Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy poprzez uznanie, że Wykonawca Maxto nie podlega

wykluczeniu z przedmiotowego postępowania pomimo nie wniesienia wadium do upływu terminu składania ofert.

- Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez uznanie, że Wykonawca Maxto nie podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania pomimo nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- dokonanie powtórnej oceny ofert
- wykluczenie z postępowania wykonawcy Maxto,
- odrzucenie z postępowania oferty złożonej przez Maxto,
- w wyniku ponownej procedury badania ofert uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[...]”

I.

Zamawiający zgodnie z pkt 8 ppkt 15 wymagań dla macierzy dyskowej Typ 1 i Typ 2 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia wymagał dostarczenia wraz z macierzą oprogramowania na nieograniczoną pojemność dyskową cyt. „15) *Z uwagi na planowaną rozbudowę macierzy w przyszłości, każde oferowane oprogramowanie macierzy (za wyjątkiem oprogramowania do multipathingu) musi posiadać licencję na nieograniczoną pojemność dyskową. Jeśli oferowane rozwiązanie posiada licencje związane z ilością dysków lub półek dyskowych to należy zaoferować licencje dla maksymalnej konfiguracji dyskowej i maksymalnej ilości półek możliwych do instalacji dla oferowanej macierzy (zgodnie ze specyfikacją producenta). Oprogramowanie do multipathingu musi być dostarczone bez ograniczeń na ilość obsługiwanych serwerów.*”

Wykonawca Maxto w ramach złożonej oferty w zakresie macierzy Typ 1 i Typ 2 zaoferował Zamawiającemu dostarczenie macierzy VNX 5400 producenta EMC. Zgodnie z przyjętą przez Producenta przedmiotowych macierzy polityką licencjonowania oprogramowanie macierzy związane jest z pojemnością dysków uruchomionych w danej macierzy. Dla

oferowanej macierzy firma EMC licencjonuje system operacyjny (mikrokod) za pomocą dwóch typów licencji:

- VNXB OE PER TB HI CAPACITY (VNXOECAPT) - licencja odpowiadająca 1 TB pojemności dysków o prędkości obrotowej 7200 znajdujących się w macierzy.
- VNXB OE PER TB PERFORMANCE (VNXOEPERFTB) - licencja odpowiadająca 1 TB pojemności dysków o prędkości obrotowej 10000,15000 oraz dysków SSD znajdujących się w macierzy.

Tym samym licencja na podstawowe oprogramowanie, bez którego macierz nie może działać, jest określana tylko i wyłącznie w stosunku do określonej pojemności macierzy. Wykonawca Maxto zadeklarował w swojej ofercie dostarczenie oprogramowania macierzy na nieograniczoną pojemność dyskową oraz, że oferowane rozwiązanie nie posiada licencji związanych z ilością dysków lub półek. Jednak z ogólnie udostępnionych informacji przez producenta zaoferowanych macierzy wynika, że firma EMC nie oferuje dla macierzy VNX 5400 oprogramowania z licencją na nieograniczoną pojemność dyskową. Licencja na system operacyjny tej macierzy (mikrokod) zawsze związana jest z ograniczoną pojemnością macierzy i wyrażana jest ilością TB które obejmuje dana licencja. Wykonawca Maxto nie ma możliwości dostarczenia oprogramowania oferowanej macierzy na nieograniczoną pojemność dyskową ponieważ brak takiej licencji w ofercie firmy EMC.

Jak jasno odpisał pracownik firmy EMC na pytanie jednego z klientów (pełna korespondencja znajduje się pod adresem <http://storage.ittoolbox.com/groups/technical-functional/emc-1/emc-vnx-licensing-5005225>): cyt. „

„VNXOEPERFTB” is a rate which you will pay for each terabyte of performance-based capacity you want from your VNX. As you know, our VNX series are all tailor-built to meet the needs of our customers on an individual basis and this is our standard rate which will vary depending on your specific needs.”, tłumaczenie *“VNXOEPERFTB” jest stawką którą płaci Pan/Pani za każdy terabajt (TB) pojemności macierzy VNX opartej o dyski podwyższonej wydajności. Jak zapewne Pan/Pani wie, nasze macierze z serii VNX są budowane tak aby dostosować się do indywidualnych potrzeb naszych klientów i to jest standardowa stawka której wartość będzie zależna od Pana/Pani potrzeb”).*

Tym samym skoro Wykonawca Maxto zaoferował Zamawiającemu przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej „SIWZ”), to Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zobowiązany jest do odrzucenia oferty złożonej przez tegoż wykonawcę. Wykonawca składając ofertę, nie może pomijać żadnego z wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ. W przypadku

braku spełnienia wymagań określonych w SIWZ Zamawiający jest zobligowany odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w jednolitym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i opinii doktryny.

Jednocześnie opisany powyżej stan faktyczny wskazuje, że Wykonawca Maxto podał w złożonej ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W orzecznictwie ukształtował się pogląd, że za nieprawdziwą informację należy przyjąć taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Podanie innych zasad licencjonowania niż wynikają z zasad licencjonowania przyjętych przez Producenta tegoż oprogramowania bezdyskusyjnie przedstawia odmienny stan od istniejącego. Niewątpliwie w sytuacji stwierdzenia podania nieprawdziwych informacji, które mają wpływ na wynik postępowania obowiązkiem Zamawiającego, z którego nie może zrezygnować jest wykluczenie tegoż wykonawcy z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy. W tym miejscu warto przytoczyć m.in. orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, które potwierdza ugruntowane stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, że w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, jedyną słuszną czynnością Zamawiającego jest wykluczenie wykonawcy z postępowania co m.in. potwierdza wyrok z dnia 21 marca 2012 r. sygn. akt: KIO 457/12 cyt. „Izba zwraca uwagę, że redakcja przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie pozostawia wątpliwości, co do tego, iż w przypadku, gdy wykonawca złożył w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, zamawiający ma bezwzględny obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia. Ustawa nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji i nie statuuje obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych. Norma art. 24 ust. 2pkt3 Pzp. ma charakter imperatywny. (...) Na podkreślenie zasługuje okoliczność, że przepis art. 24 ust. 2pkt 3 Pzp nie uzależnia wykluczenia wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe, od wykazania winy tego wykonawcy. Zamawiający nie ma, w ocenie Izby, obowiązku ustalania, czy działanie wykonawcy ma charakter zawiniony, czy też nie” i inne.

Warto zaznaczyć, iż złożenie nieprawdziwych informacji nie jest przez ustawodawcę uzależnione od winy wykonawcy, zatem do złożenia nieprawdziwej informacji może dojść przez omyłkę, działanie pod wpływem błędu co do rzeczywistego stanu rzeczy wywołanego własnym, ale także cudzym działaniem. Tym samym ocena wpływu na, wynik postępowania umożliwia eliminację z postępowania tych wykonawców, którzy nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia. Takiej rękojmi nie daje wykonawca, który składa nieprawdziwą informację w celu wywołania u Zamawiającego przekonania, że zaoferowane

oprogramowanie spełnia wymagania określone w SIWZ, a zasady licencjonowania przez Producenta uniemożliwiają dostarczenie licencji nieograniczonej co do ilości dysków.

Wpływ podania przez Maxto nieprawdziwych informacji na wynik postępowania w obecnym stanie faktycznym jest oczywisty, gdyż w związku z podaniem tych informacji oferta złożona przez Maxto została uznana za najkorzystniejszą. Wybór oferty najkorzystniejszej winien nastąpić wyłącznie spośród wykonawców, którzy dają rzeczywistą gwarancję realizacji zamówienia z należytą starannością oraz spośród ofert spełniających wymagania Zamawiającego.

Tym samym z uwagi na powyższe obowiązkiem Zamawiającego jest odrzucenie oferty złożonej przez Maxto na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 1) ustawy jak też wykluczenie tegoż wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy.

II.

Zamawiający zgodnie z rozdziałem XIV SIWZ wymagał złożenia wadium w wysokości 250 000 złotych. Jednocześnie zgodnie z ustawą jako jedną z form złożenia wadium Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dopuścił gwarancję ubezpieczeniową wskazując w ust. 6 rozdział XIV SIWZ minimalne warunki jakie powinna spełniać przedmiotowa gwarancja wadium.

Wykonawca Maxto wraz z ofertą, tytułem wadium, złożył gwarancję ubezpieczeniową, której treść jest niezgodna z przypadkami zatrzymania wadium wymienionymi w art. 46 ust. 4a ustawy. W ust. 4 pkt 2) przedmiotowej gwarancji Gwarant przywołał częściowo tekst brzmienia art. 46 ust. 4 a ustawy, jednak w żadnym razie nie można uznać, że przywołany tekst określa wszystkie przypadki utraty wadium wymienione enumeratywnie w art. 46 ust. 4 a ustawy. W przedmiotowej gwarancji Gwarant wskazał, że roszczenie o zapłatę z gwarancji powstaje gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, nie wskazując jednocześnie której ustawy dotyczą przywołane artykuły. Gwarant przywołując jedynie w treści gwarancji liczne artykuły, ale nie wskazując której ustawy dotyczą, pozostawił dużą dowolność interpretacyjną w zakresie określenia katalogu dokumentów, których niezłożenie skutkuje powstaniem roszczenia o wypłatę. Gwarant w żadnym miejscu przedmiotowej gwarancji nie wskazał, że zastosowanie do niej ma ustawa Prawo zamówień publicznych.

Tym samym analizując treść przedmiotowej gwarancji należy uznać, że roszczenie o zapłatę powstaje jedynie w przypadku nie złożenia na wezwanie następujących dokumentów:

- pełnomocnictw
- listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub informacji, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej pozostałe dokumenty i oświadczenia przywołane w treści gwarancji można dowolnie zawęzać lub rozszerzać w zależności od cytowania brzmienia artykułów różnych przepisów prawa polskiego czy też różnych umów zawartych pomiędzy Stronami.

Z uwagi na powyższe w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z przedmiotowej gwarancji, Gwarant będzie mógł skutecznie obronić się przed płatnością kwestionując fakt powstania roszczenia o wypłatę.

W tym miejscu należy wskazać Zamawiającemu, że w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji ubezpieczeniowej, konieczne jest precyzyjne wskazanie przez gwaranta zabezpieczonego rezultatu, czyli otrzymania kwoty wadium, który stanowi kluczowy sens gwarancji i następuje poprzez wskazanie dokładnych okoliczności umieszczonych w samej treści gwarancji wadialnej uprawniającej Zamawiającego do zatrzymania wadium. Gwarancja ubezpieczeniowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, jakim jest stosunek przetargowy, stąd treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z jej brzmienia. Wadium powinno spełniać swoją zasadniczą funkcję, tj. zabezpieczać możliwość jego zatrzymania we wszystkich enumeratywnie wskazanych sytuacjach, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy. Zamawiający musi mieć możliwość uruchomienia gwarancji wypłaty wadium w każdym przypadku oznaczonym w ustawie Pzp, na równi z uprawnieniem zatrzymania kwoty wadium wniesionego w formie pieniężnej, gdyż inaczej mógłby zostać pozbawiony możliwości zaspokojenia z przedłożonej gwarancji, jeżeli gwarant powołując się na zamieszczoną dodatkową klauzulę mógłby kwestionować zasadność żądania wypłaty kwoty wadium m.in. z omawianej powyżej przyczyny, podejmując działania dla udowodnienia takiej okoliczności.

Wszystkie formy wadium powinny w jednakowy sposób zaspokajać roszczenia Zamawiającego wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy, a więc kompensować Zamawiającemu potencjalną szkodę wynikłą ze zwłoki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy wykonawca na wezwanie nie przedstawił dokumentów lub oświadczeń, a także szkody związanej z nie zawarciem umowy z najkorzystniejszym wykonawcą. Tym samym każda forma wniesienia wadium musi być tak samo łatwo egzekwo walna jak gotówka. Aby tak się stało nie może być jakichkolwiek wątpliwości, co do tego w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada. Złożona przez Wykonawcę Maxto gwarancja ubezpieczeniowa nie spełnia

tych podstawowych cech przewidzianych dla wadium i nie pozwala na zaspokojenie roszczeń Zamawiającego wynikających z art. 46 ust. 4 a ustawy. Tym samym w przedstawionym stanie faktycznym obowiązkiem Zamawiającego jest wykluczenie Wykonawcy Maxto z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy.

III.

Zamawiający zgodnie z rozdziałem IX ust. 5 SIWZ wyznaczył następujące warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu cyt. „Zamawiający wymaga wykazania się przez Wykonawcę wykonaniem, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) co najmniej 2 (dwóch) dostaw wraz z włożeniami macierzy dyskowych wraz z oprogramowaniem o wartości co najmniej 2 000 000 PLN brutto (z VAT) każda (słownie: dwa miliony złotych)”. Wykonawca Maxto potwierdzając spełnienie przedmiotowych warunków udziału w postępowaniu polega na wiedzy i doświadczeniu spółki Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów, (zwana dalej „Asseco”) która realizowała zamówienie na Modernizację środowiska wirtualnego Ymware wraz z usługą migracji systemów dla potrzeb PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.” wykonanej na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Jednocześnie ze złożonego przez wykonawcę Maxto zobowiązania do udostępnienia zasobów wynika, że Asseco w ramach realizacji zamówienia będzie pełniło rolę „stałego konsultanta” cyt. „Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów oświadcza, że udostępniając Wykonawcy opisane powyżej zasoby zobowiązuje się przez cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, aż do jego zakończenia, do wzięcia udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego w charakterze stałego konsultanta na podstawie umowy o współpracy”.

Możliwość korzystania w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu z potencjału podmiotu trzeciego została ograniczona wymogiem udowodnienia realnego dysponowania zasobami. Ocena dokumentów poświadczających zobowiązanie do oddania takich zasobów w każdym przypadku musi zostać dokonana indywidualnie, z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia. Dokument poświadczający oddanie do dyspozycji wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego powinien wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu, określonego precyzyjnie poprzez podanie rodzaju i ilości zasobu oraz wskazać realną formę współpracy. Powyższych wymogów nie spełnia przedstawione przez Wykonawcę Maxto zobowiązanie.

Potencjał wiedzy i doświadczenia ma charakter ściśle związany z podmiotem, który ma prawo się nim posługiwać. Z tego względu, mając na uwadze przedmiot niniejszego

zamówienia publicznego, aby istniała realna możliwość korzystania przez wykonawcę z zasobów podmiotu trzeciego, konieczny byłby w tym konkretnym przypadku bezpośredni udział wskazanego podmiotu przy realizacji zamówienia. Bez wątpienia konsultacje w żadnym razie nie mogą zastąpić realizacji danych prac, a jedynie ich rolą może być określenie zasad ich realizacji. Przedmiot niniejszego zamówienia obejmuje dostawę i wdrożenia sprzętu oraz oprogramowania w 57 lokalizacjach w kraju (w tym projekt, dostawa, instalacja, wdrożenie testowe, wdrożenie produkcyjne), co biorąc pod uwagę krótki termin realizacji zamówienia powoduje, że wykonawca nie będzie miał czasu na prowadzenie konsultacji i ustalanie zasad i warunków realizacji przedmiotowego zamówienia z podmiotem trzecim. Rękojmię należytej realizacji zamówienia w przedmiotowym stanie faktycznym daje jedynie wykonawca, który ma doświadczenie w realizacji przedmiotowego zamówienia na poziomie wyznaczonym przez Zamawiającego, a nie wykonawca, który nie posiada doświadczenia na wskazanym poziomie, a dysponuje jedynie możliwością konsultacji swoich działań z innym podmiotem. Zamawiający zaznaczył w § 13 ust. 4 wzoru umowy, że brak realizacji zamówienia do dnia 10 grudnia 2015r. skutkuje odstąpieniem od umowy i bezpowrotną utratą dofinansowania przez Zamawiającego cyt. „4. Zamawiający może odstąpić od Umowy w sytuacji, gdy niemożliwe jest wykonanie Umowy w terminie do 10 grudnia 2015 r. W tym przypadku Wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu należytego wykonania części Umowy... Wykonawca, który nie posiada doświadczenia i będzie je zastępował konsultacjami z innym podmiotem z dużą dozą prawdopodobieństwa nie zrealizuje przedmiotu zamówienia w tak krótkim terminie realizacji, jak też narazi Zamawiającego na utratę dofinansowania do przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie naliczone wykonawcy kary nie pokryją Zamawiającemu utraconych środków finansowych.

Tym samym należy uznać, że przedłożone zobowiązanie podmiotu trzeciego nie jest wystarczające, aby potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zawiera ono kilka ogólników, w żaden sposób nie udowodnionych i nie przekładających się na gwarancję, że podmiot, z którego zasobów korzystać miałby wykonawca Maxto, będzie brał realny i bezpośredni udział w realizacji zamówienia w zakresie wynikającym z warunku udziału w postępowaniu. Z treści dokumentów wynika, że poleganie na zasobach innego podmiotu ma w

w tym wypadku jedynie charakter formalny. Aby istniała realna możliwość korzystania przez Wykonawcę z zasobów podmiotu trzeciego, koniecznym jest udział wskazanego podmiotu przy realizacji niniejszego zamówienia w charakterze podwykonawcy. Na taki udział w realizacji zamówienia przedłożone w ofercie zobowiązanie podmiotu trzeciego nie wskazuje. Z natury rzeczy konsultacje to jest podpowiadanie co ktoś powinien czy może uczynić w

zaistniałej konkretnej sytuacji. Opinie te mają charakter niewiązący. Podmiot doradzający nie bierze udziału w realizacji, ponieważ tylko obserwuje i podpowiada innej osobie co można uczynić. Czyli konsultacja nie wiąże się z realnym bezpośrednim uczestnictwem w realizacji zadania.

Przy powoływaniu się przez wykonawcę na potencjał wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego Zamawiający, zgodnie z treścią § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Z 2013 r., poz. 231), uprawniony jest do badania czy wykonawca będzie dysponował zasobami w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz czy stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów. Przepis ten wyraźnie wskazuje więc, że wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że będzie w stanie dysponować w trakcie realizacji zamówienia udostępnianym mu potencjałem w sposób realny. Nie może to być zatem tylko pozorne udostępnienie wykonawcy w trakcie prowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznych określonych dokumentów. Ustawa wyraźnie nakłada ciężar dowodu w tym zakresie na wykonawcę, uzależniając skuteczność polegania na zasobach innego podmiotu od udowodnienia, że faktycznie będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Konsultacje ujęte w złożonym przez Wykonawcę Maxto zobowiązaniu do udzielenia wiedzy i doświadczenia są niewystarczające do wypełnienia obowiązku udowodnienia możliwości polegania na zasobie wiedzy i doświadczenia wynikającego z art. 26 ust. 2b ustawy. Przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Doświadczenie podmiotu trzeciego można przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia wykorzystać, ale przez udział tego podmiotu w realizacji zamówienia, tj. wykonanie przez podmiot trzeciej części zamówienia. Wykonawca może stwierdzić, że sam doświadczenia w określonej dziedzinie nie posiada, ale jednocześnie zagwarantuje, że tą część zamówienia wykona podmiot, który posiada wymagane doświadczenie. Przyjęcie odmiennej praktyki, powodowałoby, że wskazywanie warunków udziału w postępowaniu stawałoby się bezcelowe, a weryfikacja wykonawców nie potwierdzałaby że wybrany wykonawca gwarantuje należyłą realizację zamówienia.

W obecnym stanie faktycznym przedmiotowe zamówienie będzie realizować podmiot, który pomimo postawionego warunku posiadania doświadczenia, takie doświadczenie będzie na niniejszym zamówieniu dopiero zdobywał, co wprost prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale także obejścia przepisów i zastosowanego w specyfikacji i ogłoszeniu o zamówieniu wymogu posiadania doświadczenia. Nie jest możliwe oddzielenie doświadczenia od podmiotu, który je posiada i

oddanie go samego do dyspozycji wykonawcy. Każdorazowo zatem udostępnienie doświadczenia powinno wiązać się z uczestnictwem udostępniającego w realizacji zamówienia, co do zasady jako podwykonawca. Tym samym Zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia Wykonawcy Maxto z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy z uwagi na niepotwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i odrzuceniu oferty złożonej przez Maxto.

[...]"

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

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

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostały enumeratywnie wyliczone w art. 24 ustawy, w tym w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 2, zgodnie z którym, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą; według art. 24 ust. 2 pkt 2 wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nadto zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy stanowi, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych

podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Według art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Ponadto zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Natomiast według art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Ad. I

Zarzuty sformułowane w tym punkcie odwołania są niezasadne.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego). Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Tym samym punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej w danym postępowaniu, a dotyczących oferty i jej wymaganej zawartości.

Ogólnie wskazać w tym zakresie należy, podzielając stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 701 § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to siwz należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić ani od nich odstąpić.

Natomiast ww. warunki winny być interpretowane w miarę możliwości literalnie i ściśle – stanowi to gwarancję pewności obrotu i przez ograniczenie uznaniowości Zamawiającego warunków realizacji zasady równego traktowania wykonawców.

W rozpatrywanym przypadku, w myśl cytowanych w treści odwołania postanowień SIWZ, Zamawiający wymagał od wykonawców zaoferowania mu licencji na nieograniczoną pojemność dyskową macierzy lub dla maksymalnej konfiguracji dyskowej i maksymalnej ilości pól możliwych do instalacji dla oferowanej macierzy.

W ofercie Maxto zaoferowano i zobowiązano się do dostarczenia licencji na nieograniczoną pojemność dyskową dla oferowanych jednocześnie macierzy.

Oferta pozostaje więc w tym zakresie idealnie zgodna z SIWZ – wykonawca oferuje i zobowiązuje się do zapewnienia licencjonowania oprogramowania macierzy w jeden ze sposobów wymaganych i dopuszczanych w SIWZ.

Niezrozumiały jest więc zarzut odwołania, że oferta jest w tym zakresie niezgodna z SIWZ w związku z okolicznością, że producent oferowanej macierzy nie przewiduje w swojej dotychczasowej praktyce rynkowej licencjonowania tego typu i nie stosuje go wobec swoich produktów i kontrahentów. Licencja nie jest cechą fizyczną oferowanego produktu, która jest temu wyrobowi immanentnie i nieodłącznie przypisana oraz nie może być zmieniona, a cecha ta jest niezgodna z SIWZ.

Jedynie na marginesie można wskazać, że ww. okoliczności mogłyby stanowić, co najwyżej o niemożliwości wykonania oferowanego zobowiązania/świadczenia wykonawcy i nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów, którego jednak odwołujący nie podnosił i nie stawiał zarzutu w tym zakresie. Co jednak i tak byłoby dyskusyjne – w kwestii oceny względnej lub obiektywnej niemożliwość spełnienia określonego świadczenia oraz warunkowania tej niemożliwości przez wolę podmiotów trzecich oraz ich podmiotowych uprawnień, należy odesłać do teorii i judykatury prawa cywilnego. Poza tym okoliczności z tym związane należałoby wykazać.

Tymczasem w tym przypadku wykonawca zobowiązał się, że dostarczy produkt o określonych właściwościach prawnych. Jego sprawą pozostaje w jaki sposób oraz kiedy właściwości te uzyska. Przy czym winien to uczynić najpóźniej w dniu wykonania świadczenia.

Izba wskazuje również, że w związku ze wskazanymi powyżej okolicznościami oraz oczywistą, niejako ontyczną możliwością zaciągnięcia zobowiązania gwarantującego dostawę jakiegokolwiek licencji dopuszczalnej przepisami prawa, a także w związku z brakiem jakichkolwiek dowodów przeciwnych ze strony Odwołującego (zamieszczony link w odwołaniu takim dowodem nie jest), zbędne stało się przyjmowanie i ocenianie jakichkolwiek dowodów pozytywnych ze strony Przystępującego, poświadczających, że w rzeczywistości zapewnił już sobie u producenta określone licencjonowanie.

Z podobnych względów za niezasadny należy uznać zarzut podania nieprawdziwych informacji.

Jak wynika z treści art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp dla wykluczenia wykonawcy na tej podstawie wymagane jest kumulatywne zaistnienie, opisanych w następujący sposób okoliczności: (1) wykonawca ma złożyć nieprawdziwe informacje, (2) podanie takich informacji miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Przepis wymaga więc

materialnego ustalenia czy podane przez wykonawcę informacje rzeczywiście i obiektywnie nie są prawdziwe.

Zdefiniowanie pojęcia nieprawdziwych informacji, przy wykorzystaniu klasycznej definicji prawdy, nie nastręcza trudności. Nieprawdziwymi informacjami będą więc jakiegokolwiek opisowe zdania (a więc zdania orzekające o faktach), które są niezgodne z rzeczywistością.

W kwestii ustalenia nieprawdziwości rzeczonych informacji wskazać należy, iż w świetle przytoczonych niżej przepisów określających *onus probandi*, dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. W postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu spoczywa więc generalnie na stronie, która tego typu okoliczność podnosi. Fakt nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji należy więc wykazać i udowodnić.

Ponadto w orzecznictwie postulowane jest powiązanie podania nieprawdziwych informacji z intencjami oraz zawinieniem wykonawców w tym zakresie oraz z przyczynami powyższego (np. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 5 stycznia 2013 r. sygn. akt: II Ca 1285/12, wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. sygn. akt: VI Ga 134/12). Przede wszystkim, uwzględniając tzw. wykładnię proeuropejską, dla wykluczenia wykonawcę z postępowania, należy stwierdzić, iż winien jest poważnego wprowadzenia zamawiającego w błąd.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż wskazanie w ofercie Maxto, że wykonawca dostarczy macierze z określonymi licencjami, nie było opisem jakiegokolwiek rzeczywistości, w tym rynkowej (np. podaniem, że producent stosuje takie czy inne sposoby licencjonowania dla wskazanych macierzy), ale zobowiązaniem się przez wykonawcę, że wskazane licencje dostarczy. Jak już wskazano, to informacje na temat faktów mogą być niezgodne z rzeczywistością, a więc prawdziwe lub nieprawdziwe. Natomiast zobowiązania mogą być co najwyżej pozorne, niezgodne z wolą i oczekiwaniami drugiej strony, mogą dotyczyć świadczeń niemożliwych i tym samym być nieważne... *etc.* O nieprawdziwości zobowiązania zaś można mówić najwyżej metaforycznie.

Po drugie, jak już wskazano wyżej, żadnego ze swoich twierdzeń na temat niemożliwości uzyskania od producenta ECM licencji na oprogramowanie dla nieograniczonych powierzchni dyskowych Odwołujący nie udowodnił.

Ad. II

Zarzut jest niezasadny.

Zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Ponadto zamawiający zgodnie z art. 46 ust. 5 Pzp zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Natomiast podstawę wykluczenia w związku z niewniesieniem wadium stanowi cytowany wyżej art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Podstawa wykluczenia wykonawcy opisana w ww. przepisie odnosi się również do przypadku, gdy wniesione wadium jest nieprawidłowe i z tego względu uznawane jest za niewniesione w rozumieniu przepisów ustawy.

Definiując przypadki nieprawidłowości wadium *a contrario*, wskazać można, iż za prawidłowe wadium należy uznać takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które *de facto* i *de iure* zabezpiecza opisane w ustawie interesy zamawiającego. Każde wniesienie wadium do zamawiającego w stosownym terminie, w wymaganej wysokości i na odpowiedni okres, w formach w ustawie określonych, pokrywające i zabezpieczające interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania/zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie ustawą opisanym (art. 46 ust. 4a i 5 Pzp), a także zgodne z odrębnymi przepisami regulującymi np. wystawianie gwarancji bankowych, ubezpieczeniowych czy innych form wadialnych, winno być zakwalifikowane jako niedające podstaw do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Gwarancja wadialna złożona wraz z ofertą Maxto spełnia wszystkie powyższe postulaty. W szczególności jej treść dotyczy wszystkich przypadków zatrzymania wadium, o których mowa w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosnie wykładni samego dokumentu gwarancyjnego, Izba przyznaje, że generalnie, dla samego osiągnięcia celu jakim jest zabezpieczenie oferty, jego treść winna być sformułowany jasno i nie budzić wątpliwości interpretacyjnych. Jednakże sam fakt abstrakcyjnego charakteru czynności jaką jest gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa, nie oznacza wcale, że w ogóle jej treść nie jest czy nie może być interpretowana. Wręcz przeciwnie: każde odczytanie jakiegokolwiek tekstu i jego określone zrozumienie, oznacza jego interpretację niezbędną dla przypisania mu jakiegoś znaczenia (mniej lub bardziej uświadomioną). W świetle powyższego stanowiska, że *omnia sunt interpretanda*, paremia *clara non sunt interpretanda* oznacza li tylko dorozumiany prymat wykładni literalnej i brak potrzeby dokonywania na tekście normatywnym żadnych dodatkowych zabiegów interpretacyjnych. Również sformułowania gwarancji wadialnej w postaci gwarancji ubezpieczeniowej (szczególnie w zakresie opisu przesłanek zatrzymania wadium) mogą jak najbardziej podlegać interpretacji wykonywanej w procesie przypisywania im określonego znaczenia – i jakkolwiek w tym przypadku nie jest to wykładnia specjalnie pogłębiona, nie oznacza to jednak, że przedmiotowa gwarancja budzi lub może budzić jakiegokolwiek wątpliwości i problemy interpretacyjne. W szczególności rozumienie treści przedmiotowej gwarancji jest w tym przypadku tak oczywiste i samonarzucające, że wątpliwości interpretacyjne i praktyczne mnożone przez Odwołującego nie zasługują na podzielenie.

Natomiast w przypadku uwzględnienia obiekcji Odwołującego i interpretowania treści gwarancji w tak dalece dosłowny i abstrakcyjny sposób, jak postuluje – uznać należy, iż dotyczy ona wszystkich okoliczności opisanych w jakichkolwiek przepisach ustawowych występujących w porządku prawnym, a więc także w art. 45 i 46 ustawy Prawo zamówień publicznych i tym samym należyce zabezpiecza interesy Zamawiającego.

Ad. III

Zarzut jest niezasadny.

W ocenie Izby „Zobowiązanie podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” wystawione przez Asseco Poland S.A. w dniu 10.09.2015 r. i przedstawione przez Maxto wraz z ofertą, stanowi wystarczający dowód okoliczności, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy.

Przepisy ustawy nie ustanawiają żadnej legalnej teorii dowodowej, zamkniętego katalogu dowodów, czy innych powiniących środków dowodowych, według których ma nastąpić wykazanie przez wykonawcę, że będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia. Wskazane w przepisie art. 26 ust. 2b zobowiązanie podmiotu udostępniającego jest tylko przykładowym środkiem dowodowym wskazanym przez ustawodawcę, o czym przesądza zastosowany w tekście przepisu zwrot „w szczególności”. W praktyce obrotu i w judykaturze powszechnie za dowody tego typu uznaje

się oświadczenia podmiotów trzecich, zwyczajowo tytułowane „zobowiązaniami”, w których podmioty te opisują w jaki sposób z udostępnionych zasobów wykonawca będzie mógł skorzystać w trakcie realizacji zamówienia.

W świetle powołanego wyżej przepisu, wykonawca wykazujący spełnianie warunków udziału w postępowaniu za pomocą potencjału podmiotów trzecich, obowiązany jest, przy pomocy dowolnych środków dowodowych, udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia, co implikuje formułowany w orzecznictwie postulat wykazania realnej możliwości korzystania z tych zasobów przy realizacji zamówienia. Natomiast zamawiający fakt udowodnienia powyższych okoliczności może i powinien swobodnie ocenić.

Przy czym poza wspomnianym wyżej postulatem realności takiego udostępnienia, a także jego adekwatności do stawianych warunków udziału w postępowaniu, nie istnieją żadne generalne wytyczne i wymagania, co do sposobu oceny ww. udowodnienia. Zdaniem Izby takowe winny być formułowane kauzalnie, tj. w odniesieniu do danego przypadku udostępnienia, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danej sprawy.

Tak też w rozpatrywanym przypadku, oceniając przedłożone „Zobowiązanie...” Izba wzięła pod uwagę i zestawiała ze sobą informacje podawane w jego treści (dotyczące sposobu i możliwości wykorzystywania udostępnianego potencjału w trakcie realizacji zamówienia) z rodzajem udostępnianego potencjału (wiedza i doświadczenie nabyte przy realizacji zamówień podobnych) oraz przedmiotem zamówienia (dostawa i wdrożenie sprzętu/systemów informatycznych wraz ze stosownymi aplikacjami).

Jak wynika z treści „Zobowiązania...” oraz załączonego do niego pełnomocnictwa, Maxto oraz Asseco ustaliły między sobą, iż podmiot ten weźmie udział w realizacji zamówienia w charakterze stałego konsultanta dla prowadzonego wdrożenia informatycznego na podstawie odrębnej umowy o współpracy. Konkretny udział w realizacji zamówienia został więc w tym przypadku wyraźnie zadeklarowany.

Izba uznała, iż tego typu forma udziału w realizacji zamówienia jest w tym przypadku (w odniesieniu do zastanego przedmiotu zamówienia) wystarczająca dla zapewnienia realnej możliwości skorzystania z wiedzy i doświadczenia, którą Asseco posiada i nabyła przy wykonywaniu usługi referencyjnej wykazywanej w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Maxto. Nie jest natomiast zasadne postulowanie oddania części lub całości zamówienia Asseco do samodzielnego podwykonania. Maxto posiada własne doświadczenie w realizacji zamówień podobnych i w ocenie Izby nie zachodzi wątpliwość, że będzie mogła realnie skorzystać z wiedzy i doświadczenia Asseco w całym okresie realizacji zamówienia przy opracowywaniu aplikacji i ich wdrażaniu we wskazany sposób.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....