

WYROK

z dnia 29 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2016 r. przez wykonawcę **Integrated Solutions Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Kancelarię Prezesa Rady Ministrów w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Greeneris Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Integrated Solutions Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Integrated Solutions Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Kancelaria Prezesa Rady Ministrów w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wdrożenie systemu zarządzania urządzeniami mobilnymi.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.).

W dniu 12 września 2016 roku wykonawca Integrated Solutions Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia i uznania jego oferty za odrzuconą.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Oferta odwołującego została według kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) uznana za najkorzystniejszą. Na skutek bezpodstawnego uznania przez zamawiającego, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, doszło do odrzucenia oferty odwołującego. Uniemożliwia to odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania, z uwagi na uznanie przez zamawiającego, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego, jako złożonej przez wykonawcę, który został wykluczony z udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

1. Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty odwołującego;
3. Nakazanie zamawiającemu przywrócenia odwołującego do postępowania;
4. Nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w dniu 5 września 2016 r. dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucając jednocześnie ofertę odwołującego, na skutek wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na to, że w ocenie zamawiającego odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu wykluczenia odwołującego, a także odrzucenia oferty, zamawiający stwierdził, co następuje: „zgodnie z § 5 SIWZ, gdzie wskazano, że w odniesieniu do pkt c. 1) - zarówno w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak i w przypadku pozostałych Wykonawców, warunek musi być spełniony w całości przez co najmniej jeden podmiot (jeden lub każdy z podmiotów musi indywidualnie posiadać wymagane doświadczenie)”. Odwołujący stwierdził, że zamawiający uznał, że ponieważ dwie usługi zostały zrealizowane przez podmiot udostępniający potencjał, ani składający ofertę, ani udostępniający potencjał nie wykazał się wymaganym doświadczeniem polegającym na wykonaniu 3 usług. W ocenie odwołującego, działanie Zamawiającego należy uznać za nieprawidłowe.

Odwołujący stwierdził, że w pierwszej kolejności jest ono niezgodne z treścią postanowienia, na które powołuje się sam zamawiający. Po pierwsze, z uwagi na fakt, że postanowienie, o którym mowa w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty (§ 5 s.i.w.z.), nie odnosi się w żaden sposób do podmiotów trzecich udostępniających zasoby. Mowa jest o „Wykonawcach wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia” oraz o „pozostałych Wykonawcach, a zatem wykonawcach samodzielnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Po drugie, nie wyraża zakazu polegania na zasobach udostępnianych przez podmioty trzecie, ani szczególnego sposobu ich udostępniania przez te podmioty, gdyż - jak zostało to wyżej wykazane - odnosi się on jedynie do wykonawców. Warunek mógł być spełniony indywidualnie przez wykonawcę posługującego się doświadczeniem swoim i podmiotu trzeciego albo więcej niż jednego podmiotu trzeciego. Niezależnie od tego, ile podmiotów udostępniało zasoby wykonawcy, to wykonawca indywidualnie wykazywał posiadanie zdolności technicznej.

Zdaniem odwołującego, za taką interpretacją przemawia również sformułowanie „warunek musi być spełniony w całości przez co najmniej jeden podmiot” zawarte w postanowieniu s.i.w.z., na które powołuje się zamawiający jako na podstawę wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty. Oznacza ono, że warunek w całości musi być spełniony przez co najmniej jeden podmiot, a zatem może być spełniony przez więcej niż jeden podmiot.

Odwołujący stwierdził, że interpretację przyjętą przez zamawiającego podważa również okoliczność, że wyrażenie poprzedzające postanowienie, na które zamawiający powołuje się jako na podstawę wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty, także odnosi się do wykonawców, a nie podmiotów udostępniających zasoby. Z § 5 s.i.w.z. wynika, że „Zamawiający określa następujący sposób spełnienia przez wykonawców ww. warunku”. Wynika stąd, że uwagi zamawiającego dotyczą spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawców, a nie sposobu wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego.

W ocenie odwołującego, potwierdza to również § 7 ust. 1 pkt 1 tiret trzecie s.i.w.z., dotyczący udostępniania zdolności, w którego treści nie zawarto żadnych obostrzeń w tym zakresie, w szczególności takiej, że wykonawca może się posłużyć albo swoim doświadczeniem albo podmiotu trzeciego. Także w § 7 ust. 1 pkt 3 i 4 s.i.w.z. zamawiający wyraźnie rozróżnia wykonawców od podmiotów udostępniających zasoby, którymi dysponował będzie wykonawca realizując zamówienie.

Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę i posłużył się zdolnościami technicznymi i zawodowymi udostępnionymi przez podmiot trzeci, co jest dopuszczalne w świetle art. 22a ust. 1 ustawy, a zatem sam indywidualnie potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z § 5 s.i.w.z..

Odwołujący podniósł, że przyjęcie interpretacji przedstawionej przez zamawiającego w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty, prowadziłoby do wniosków sprzecznych z brzmieniem ustawy. Oznaczałoby bowiem, że zamawiający ma prawo decydować, w jaki sposób wykonawca może posługiwać się zdolnościami podmiotów trzecich, a konkretnie, że dopuszczalne jest zastrzeżenie, że wykonawca może się posłużyć albo w całości swoim doświadczeniem, albo w całości doświadczeniem podmiotu trzeciego. Taka interpretacja jest sprzeczna z brzmieniem przepisów ustawy o charakterze bezwzględnie obowiązującym, w szczególności z art. 22a ustawy P.z.p. Z drugiej strony, takie rozumienie powodowałoby, że udostępnienie zasobów w przedmiotowym postępowaniu i tak nie mogłoby faktycznie zostać wykorzystane do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Skoro bowiem zamawiający określił, że „(jeden lub każdy z podmiotów musi indywidualnie posiadać wymagane doświadczenie)”, to w przypadku skorzystania z zasobów podmiotów trzecich, wykonawca i tak musiałby sam wykazać się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu. Jeśli bowiem, doświadczenie udostępnione byłoby przez podmiot, to *de facto* każdy z podmiotów musiałby indywidualnie posiadać wymagane doświadczenie.

W ocenie odwołującego, wykazał on spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym jego wykluczenie i odrzucenie jego oferty było nieuzasadnione.

Odwołujący zauważył, że jeśli intencją zamawiającego, było ograniczenie w sposób nieuprawniony możliwości skorzystania ze zdolności podmiotów trzecich, winien był to określić w sposób precyzyjny i jednoznaczny tak, aby wykonawca nie miał wątpliwości, co do brzmienia postanowienia. Umożliwiłoby to w pierwszej kolejności sformułowanie zarzutów i wniesienie odwołania na treść s.i.w.z. Jednakże treść § 5 s.i.w.z. można było rozumieć w sposób odmienny niż zamawiający, zwłaszcza, że ta odmienna interpretacja była zgodna z ustawą, w przeciwieństwie do wykładni prezentowanej przez zamawiającego w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący powołał się na wyrok SO w Gdańsku z dn. 10 lipca 2015 r. sygn. akt I C 2/15 oraz orzeczenia KIO 600/16, czy KIO 844/08), z których wynika, że niejasności s.i.w.z. nie można interpretować na niekorzyść wykonawcy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 września 2016 roku wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości,
- 2) zasądzenie od odwołującego, na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym również kosztów zastępstwa procesowego.

Zamawiający podkreślił, że zarzut odwołującego w kontekście jednoznacznego opisu warunków udziału w postępowaniu wydaje się posiadać charakter fasadowy, wynikający z selektywnego stosowania przez odwołującego reguł interpretacyjnych w stosunku do poszczególnych poddawanych w wątpliwość zapisów, tudzież odmiennych ocen poszczególnych okoliczności w kontekście subiektywnego interesu odwołującego. Wątpliwości co do interpretacji jednoznacznych przecież literalnie zapisów zmierzają kierunkowo do dopasowania ich do indywidualnych przymiotów i możliwości odwołującego, które jednak nie są niestety takimi przymiotami, jakich wymagał zamawiający.

W opinii zamawiającego szczególnie istotne wydaje się w stanowisku odwołującego nieuwzględnienie roli zamawiającego jako podmiotu określającego warunki zamówienia stosownie do stwierdzonych potrzeb. Nie sposób z pewnością zaprzeczyć, iż rolą zamawiającego jest możliwie precyzyjnie określić kryteria, jakich spełnienia oczekuje od wykonawców, tym niemniej określenie ich moderowane być musi z jednej strony charakterem materii, jakim jest przedmiot zamówienia i wynikającymi stąd ograniczeniami, a z drugiej wolą i rozeznaniem zamawiającego w zakresie pożądaných efektów oraz przesłanek, jakie uznaje za umożliwiające owych efektów osiągnięcie. Jakkolwiek oczywistym jest, iż tak określone preferencje funkcjonalne znajdują swoje granice w zasadach ogólnych rządzących systemem zamówień publicznych oraz poszczególnych

normach prawnych, to jednak trudno oprzeć się wrażeniu, iż stanowisko wyrażone przez odwołującego zmierza *de facto*, poprzez zastosowane nadinterpretacje, do zakwestionowania sensu powoływania się w warunkach udziału w postępowaniu na doświadczenie zamawiającego.

Zamawiający stwierdził, że bezspornie ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców.

Zamawiający stwierdził, że zaproponowana przez odwołującego interpretacja warunku o posiadanym potencjale doświadczenia w sposób jednoznaczny kwestionuje ustaloną w oparciu o powszechne postrzeganie wartość logiczną zwrotu „spełniony w całości przez co najmniej jeden podmiot” i zmierza do pełnego odwzorowania jego możliwości przy wyłączeniu, a co najmniej usunięciu na dalszy plan zamierzonego przez zamawiającego efektu w postaci prawidłowo i zgodnie z oczekiwaniami wykonanego przedmiotu zamówienia. Ocena, które ze spornych stanowisk oddaje w pełniejszym stopniu istotę zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, pozostaje w zakresie kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający stwierdził, że w analizowanym stanie faktycznym zgodnie z ustawą P.z.p. dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucając jednocześnie ofertę odwołującego na skutek wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Powyższe wynikało z faktu, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. posiadania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej (zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. c s.i.w.z.) w części dotyczącej wykonania trzech usług wdrożenia i uruchomienia systemu do zarządzania urządzeniami mobilnymi MDM (Mobile Device Management), obejmujących min. 200 urządzeń, gdzie wskazane wdrożenie musiało dotyczyć przynajmniej 100 urządzeń - wskazana liczba obejmuje urządzenia z systemami operacyjnymi Android oraz urządzenia z systemami operacyjnymi iOS). Ze względu na przeznaczenie i działania niezbędne do wykonania w ramach realizacji przyszłego zamówienia (prace odbywające się w krytycznej infrastrukturze informatycznej tak wrażliwego na wszelkie niedociągnięcia oprogramowania zamawiającego jak KPRM), konieczne było poszukiwanie podmiotu z odpowiednio dużym doświadczeniem w zakresie adekwatnym do zakresu powierzonych w trakcie realizacji zamówienia prac. Kierując się koniecznością przygotowania postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, warunki oraz wymagania odnośnie posiadania doświadczenia w realizacji wskazanych usług zamawiający określił jednakowo

dla wszystkich potencjalnych uczestników. Z tego też względu zamawiający zastrzegł w s.i.w.z., że zarówno w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak i w przypadku pozostałych Wykonawców, warunek (w odniesieniu do tej jego części) musi być spełniony w całości przez co najmniej jeden podmiot (jeden lub każdy z podmiotów musi indywidualnie posiadać wymagane doświadczenie). Dopuszczono jednocześnie łączne spełnienie warunku w jego pozostałej części, tj. części dot. dysponowania odpowiednim zespołem (możliwość sumowania potencjału podmiotów odnośnie zespołu).

Zamawiający podkreślił, iż powyższe oznacza, że zgodnie z ustawowym nakazem odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących wykonawców, do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, oczekiwał wykazania się przez co najmniej jeden podmiot, który będzie brał udział w realizacji zamówienia, doświadczeniem w postaci trzykrotnego wykonania w przeszłości usługi obejmującej taki zakres, jaki przyjmie on na siebie w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający dopuścił w postępowaniu wykazanie przez wykonawcę spełnienia postawionego warunku poprzez wykorzystanie zasobu podmiotów trzecich (ze skutkiem ich późniejszego udziału w realizacji zamówienia), tj. za pośrednictwem ich potencjału, co oznacza, że wskazane wyżej wymogi odnoszące się do wykonawców (w tym również, wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie) mają odniesienie do każdego z podmiotów w tym samym zakresie.

Zamawiający wskazał, że z treści przedłożonego przez odwołującego (ubiegającego się samodzielnie o udzielenie zamawiającego) wykazu wykonanych usług oraz dowodów potwierdzających należyte ich wykonanie wynika, że jedna usługa została zrealizowana przez odwołującego, zaś w przypadku dwóch pozostałych usług odwołujący skorzystał z zasobu innego podmiotu udostępniającego mu swój potencjał w tym zakresie (tj. przez podmiot Orange Polska S. A.), wskazując jednocześnie, że podmiot ten będzie realizował zamówienie w części dot. wdrożenia systemu. Tym samym odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, ponieważ zarówno doświadczenie jego własne (jedna usługa wdrożenia), jak i doświadczenie podmiotu, na którego zasoby powołał się on w celu wykazania spełnienia warunku (dwie usługi), nie stanowi podstawy wystarczającej do stwierdzenia, że którykolwiek z tych dwóch podmiotów posiada doświadczenie w realizacji trzech usług wdrożenia, tj. posiada wymagany warunkiem minimalny poziom zdolności w tym zakresie.

Zamawiający podniósł, że zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., wezwał odwołującego do złożenia (uzupełnienia) dokumentów w postaci wykazu usług oraz dowodów potwierdzających ich należyłą realizację, które potwierdzać miały spełnienie

warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący ponownie przesłał ten sam wykaz usług oraz pismo, w którym polemizował z zapisami s.i.w.z. odnoszącymi się do sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, sugerując własną jego interpretację, zupełnie niezgodną z treścią s.i.w.z. i sprowadzającą się do niczym nieuzasadnionego uprzywilejowania sytuacji wykonawcy korzystającego z potencjału podmiotu trzeciego. W ocenie zamawiającego, przyjęcie tezy odwołującego o możliwości nieograniczonego sposobu wykazania spełnienia warunku (poprzez proste matematyczne sumowanie usług wykonanych przez odrębne podmioty), oznaczałoby różnicowanie pozycji podmiotów - surowszej ocenie podlegaliby wówczas jedynie ci wykonawcy, którzy polegają na własnych zasobach. Tymczasem dopuszczenie do realizacji zamówienia podmiotów (bez względu na ich liczbę) nieposiadających wymaganego doświadczenia na odpowiednim poziomie zdolności, co ma miejsce w ofercie odwołującego, nie gwarantowałoby należytego wykonania zamówienia i stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji poprzez nieuzasadnione preferowanie wykonawców posługujących się zasobem innych podmiotów w sposób niezgodny z opisem spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający stwierdził, że pozostałe zarzuty podnoszone przez odwołującego są równie chybione, a polegają na próbie spóźnionej polemiki z zapisami s.i.w.z. poprzez wskazywanie ich znaczenia odmiennego od literalnego brzmienia oraz wysnuwaniu dodatkowych (nieistniejących i niemających oparcia w treści s.i.w.z.) zapisów w oparciu o zasadę: skoro zamawiający nie wyraził szczególnego sposobu spełniania warunku przez podmioty udostępniające swój potencjał, to oznacza, że mogą go one spełnić w sposób dowolny. W ocenie zamawiającego taka argumentacja całkowicie abstrahuje od faktu, że spełnienie warunków udziału w postępowaniu (analogicznie do podstaw wykluczenia i odrzucenia) odnosi się do podmiotów, które ubiegają się o zamówienie, tj. składają oferty w postępowaniu (samodzielnie lub wspólnie). Podmioty te mogą, rzecz jasna, wykazywać spełnienie warunku poprzez posłużenie się zasobami podmiotów trzecich. Jest jednak logiczne, że wiąże się to z faktem, że udostępniony zasób podmiotu trzeciego musi odnosić się do tego samego zakresu, jaki określono dla wykonawcy. Poleganie na zasobach podmiotów trzecich w żaden sposób nie zmienia bowiem faktu, że to wykonawca ma wykazać spełnianie warunku (warunków) udziału w postępowaniu, bez względu na to, czy wykaże je jako swoje własne doświadczenie czy wykaże je za pośrednictwem innego podmiotu (w tym jego doświadczenia). Wymaganie dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu, polegające na konieczności wykonania trzech usług przez ten sam podmiot, dotyczy więc w takim samym stopniu wykonawcy, jak podmiotu trzeciego (udostępniającego swoje zasoby na podstawie art. 25a ust. 3 pkt 2 ustawy), przy pomocy którego wykazuje on

spełnienie warunku, w sytuacji gdy sam takiego warunku nie spełnia. Przepisy ustawy dotyczące podmiotów, na których zasoby powołują się wykonawcy, są nieodłącznie związane z obowiązkiem wykazania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu, stanowiąc niejako rozwinięcie przepisu ogólnego dotyczącego tych warunków. Weryfikacja konkretnego doświadczenia tych podmiotów nie może zatem odbywać się w oderwaniu od tego przepisu, przy przyjęciu zasad odmiennych od tych, które dotyczą wykonawców.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 27 września 2016 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podniósł, że zamawiający, ustalając sposób spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, o której mowa w § 5 ust. 1 pkt 2 lit. c s.i.w.z., wskazał:

Zamawiający określa następujący sposób spełnienia przez wykonawców ww. warunku:

W odniesieniu do pkt c1)- zarówno w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak i w przypadku pozostałych Wykonawców, warunek musi być spełniony w całości przez co najmniej jeden podmiot (jeden lub każdy z podmiotów musi indywidualnie posiadać wymagane doświadczenie).

Dla pkt c 2) (osób zdolnych do wykonania zamówienia) Zamawiający dopuścił łączne spełnienie warunku.

W ocenie przystępującego, z treści powyższego postanowienia wynika jednoznacznie, że w przypadku warunku udziału w postępowaniu określonego w paragrafie 5 ust. 1 pkt 2 lit. c 1 s.i.w.z. obejmującego doświadczenie wykonawcy składającego ofertę, zamawiający wyłączył możliwość łącznego spełnienia warunku przez kilka podmiotów. W świetle postawionego wymagania przynajmniej jeden podmiot musiał warunek spełniać w całości, tj. posiadać indywidualnie doświadczenie polegające na wykonaniu co najmniej trzech usług wskazanych w treści warunku. Warunek udziału w postępowaniu wskazany w § 5 ust. 1 pkt 2 lit c 1 s.i.w.z. polegający na wykonaniu co najmniej trzech usług, z których każda realizowana na podstawie odrębnej umowy obejmowała swoim zakresem usługi wdrożenia i uruchomienia systemu do zarządzania usługami mobilnymi MDM (Mobile Device Management), obejmującą 200 urządzeń, a wdrożenie musiało dotyczyć przynajmniej 100 urządzeń (wskazana liczba obejmuje urządzenia z systemami operacyjnymi Android oraz urządzenia z systemami operacyjnymi iOS), był zatem tożsamy z trzykrotnym wykonaniem (powtórzeniem) wskazanych tam usług.

Przystępujący stwierdził, że zgodnie z przywołaną treścią § 5 ust. 1 pkt 2 lit. c Uwaga s.i.w.z., wynikające z niego wyłączenie możliwości sumowania doświadczenia (zamówień) różnych podmiotów w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu na niezbędnym minimalnym poziomie zdolności dotyczyło na równi wszystkich wykonawców - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz pozostałych wykonawców, tj. wykonawców składających ofertę samodzielnie (P.z.p nie przewiduje żadnej dodatkowej kategorii wykonawców, która mogłaby być objęta zakresem pojęcia pozostali wykonawcy). Zamawiający nie pozostawił wątpliwości, że w każdym przypadku, gdy uczestnik postępowania, niezależnie, czy działa wspólnie z innymi wykonawcami, czy samodzielnie, dla wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, musi przedstawić doświadczenie co najmniej jednego podmiotu, który indywidualnie wykonał trzy żądane usługi. Żaden z wykonawców nie miał więc możliwości sumowania doświadczenia więcej niż jednego podmiotu w celu uzyskania minimalnego poziomu zdolności. Przystępujący zauważył, że w odniesieniu do pozostałych wykonawców (czyli wszystkich innych niż wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia), możliwość sumowania doświadczenia różnych podmiotów występuje wyłącznie wówczas, gdy wykonawca, dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, powołuje się na zdolności innego podmiotu lub podmiotów w trybie art. 22a Pzp. Oczywistym jest zatem, że w świetle postawionego wymagania, w odniesieniu do wykonawców występujących samodzielnie, konieczność wykazania posiadania indywidualnie wymaganego doświadczenia obejmowała powołanie się na zasoby podmiotów trzecich. W każdym innym przypadku wykonawca sam składający ofertę indywidualnie wykazuje spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zastosowanie wyłącznie do takiego wykonawcy - jak chciałby odwołujący - zastrzeżenia wynikającego z paragrafu 5 ust. 1 pkt 2 lit. c Uwaga s.i.w.z. byłoby w istocie bezprzedmiotowe, ponieważ wykonawca indywidualny nie korzystający z zasobów podmiotu lub podmiotów trzecich nie ma z kim łączyć doświadczenia. Wymaganie zamawiającego byłoby więc spełnione zawsze. Bezcelowe byłoby formułowanie w tym zakresie jakichkolwiek zastrzeżeń, gdyż nie miałyby one zastosowania do żadnego przypadku. Trudno zakładać, że zamawiający, który w s.i.w.z. bardzo precyzyjnie formułował swoje oczekiwania wobec wykonawców, zamieścił postanowienie bez celu i jakiegokolwiek sensu.

W ocenie przystępującego, przeciwko rozumowaniu odwołującego przemawia także użyte przez zamawiającego określenie "podmiot" a nie "wykonawca", które ma zakres zdecydowanie szerszy. Zamawiający wyraźnie wskazał, że w każdym przypadku wykazywania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę występującego wspólnie bądź samodzielnie, warunek musi być spełniony w całości przez co najmniej jeden podmiot (jeden lub każdy z podmiotów musi indywidualnie posiadać wymagane

doświadczenie). Jako że w tym samym postanowieniu zamawiający posługuje się pojęciem wykonawcy, należy uznać, że użyte odmienne określenie ma także inny desygnat znaczeniowy. Jak wskazano powyżej, za takim rozumowaniem przemawia również wykładnia literalna, celowościowa, jak i logicznie poprawne rozumienie poczynionego zastrzeżenia. Nie można zatem, w ocenie przystępującego" zaakceptować stanowiska odwołującego, że zamawiający nie określił w s.i.w.z. wiążącego wykonawców posługujących się zasobami podmiotów trzecich, sposobu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. Całkowicie nieprawdziwa i niezgodna z rzeczywistym brzmieniem postanowienia paragrafu 5 ust. 1 pkt 2 lit. c Uwaga s.i.w.z. jest zatem teza, że postanowienie, do którego odwołuje się zamawiający, nie odnosi się w żaden sposób do podmiotów trzecich udostępniających zasoby wykonawcy w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. S.i.w.z. ustala zasady wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, a nie podmioty trzecie, które w postępowaniu nie składają ofert, zatem jej postanowienia adresowane są właśnie do wykonawców. Zamawiający jednoznacznie w paragrafie 5 ust.1 pkt 2 lit.c Uwaga s.i.w.z. sformułował nakaz skierowany do wszystkich wykonawców składających oferty, że wymagane doświadczenie musi być posiadane indywidualnie i w całości przez choćby jeden podmiot. Nie określił żadnych dla niego wyjątków, w szczególności nie wyłączył wykonawców posługujących się dla jego wykazania zasobami podmiotów trzecich i nie uznał, że wbrew postawionemu wymaganiu mogą oni posłużyć się możliwością sumowania doświadczenia różnych podmiotów.

Przystępujący stwierdził, że całkowicie nieprawdziwa i niezgodna z rzeczywistym brzmieniem postanowienia § 5 ust. 1 pkt 2 lit. c Uwaga s.i.w.z. jest także wykładnia sformułowania "warunek musi być spełniony w całości przez co najmniej jeden podmiot" prezentowana, na str. 3 odwołania, która jakoby przemawia za możliwością posłużenia się zdolnościami własnymi i podmiotu trzeciego albo więcej niż jednego podmiotu trzeciego dla wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej. Zdaniem odwołującego oznacza ono, że warunek w całości musi być spełniony przez co najmniej jeden podmiot, a zatem może być spełniony przez więcej niż jeden podmiot. Tym samym odwołujący stawia tezę, że określenie co najmniej jeden podmiot oznacza dopuszczalność zsumowania zdolności technicznych kilku podmiotów, aby łącznie wykazać spełnienia warunku. Odwołujący, dokonując powyższej wykładni, pomija jednak rzeczywiste brzmienie § 5 ust. 1 pkt 2 lit. c Uwaga, gdzie zamawiający zdefiniował, co rozumie przez określenie, iż warunek musi być spełniony w całości przez co najmniej jeden podmiot. Zamawiający wskazał bowiem w nawiasie, że „jeden lub każdy z podmiotów musi indywidualnie posiadać wymagane doświadczenie”.

Przystępujący stwierdził, że przyjęcie stanowiska odwołującego, zgodnie z którym wykazywanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z wykorzystaniem zdolności podmiotów trzecich miałoby się odbywać na innych preferencyjnych zasadach niż w przypadku wykazywania doświadczenia samodzielnie przez wykonawcę indywidualnie składającego ofertę bądź wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, prowadziłoby do oczywistego naruszenia zasad równości i uczciwej konkurencji. Doświadczenie wykonawcy posługującego się zasobami podmiotu trzeciego nie może być mniejsze niż doświadczenie wymagane od wykonawców samodzielnie wykazujących spełnienie warunku lub też uczestniczących w konsorcjum. Tymczasem w przedmiotowej sprawie z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia. Przystępujący wskazał, że doświadczenie wykonawcy posługującego się doświadczeniem obejmującym sumowane doświadczenie własne i podmiotu trzeciego lub kilku podmiotów trzecich, byłoby mniejsze niż doświadczenie, jakim musi w niniejszym postępowaniu wykazać się wykonawca, który z udostępnienia zasobów nie korzysta lub też występuje w konsorcjum. Każdy z nich musi bowiem wykazać doświadczenie, którego sumowanie jest niedopuszczalne.

Izba ustaliła, co następuje:

W § 5 ust. 1 pkt 2 lit. c 1 s.i.w.z., zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, polegający na wykonaniu co najmniej trzech usług, z których każda realizowana na podstawie odrębnej umowy obejmowała swoim zakresem usługi wdrożenia i uruchomienia systemu do zarządzania usługami mobilnymi MDM (Mobile Device Management), obejmującą 200 urządzeń, a wdrożenie musiało dotyczyć przynajmniej 100 urządzeń (wskazana liczba obejmuje urządzenia z systemami operacyjnymi Android oraz urządzenia z systemami operacyjnymi iOS), był zatem tożsamy z trzykrotnym wykonaniem (powtórzeniem) wskazanych tam usług. W tym samym pkt. lit. c2 zamawiający określił warunki w zakresie dysponowania zespołem o wskazanym doświadczeniu. doświadczenia zespołu.

Zamawiający określił następujący sposób spełnienia przez wykonawców ww. warunku:

W odniesieniu do pkt c1)- zarówno w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak i w przypadku pozostałych Wykonawców, warunek musi być spełniony w całości przez co najmniej jeden podmiot (jeden lub każdy z podmiotów musi indywidualnie posiadać wymagane doświadczenie).

Dla pkt c 2) (osób zdolnych do wykonania zamówienia) Zamawiający dopuścił łączne spełnienie warunku.

Z treści przedłożonego przez odwołującego (ubiegającego się samodzielnie o udzielenie zamawiającego) wykazu wykonanych usług oraz dowodów potwierdzających należyte ich wykonanie wynika, że jedna usługa została zrealizowana przez odwołującego, zaś w przypadku dwóch pozostałych usług odwołujący skorzystał z zasobu innego podmiotu udostępniającego mu swój potencjał w tym zakresie (tj. przez podmiot Orange Polska S. A.), wskazując jednocześnie, że podmiot ten będzie realizował zamówienie w części dot. wdrożenia systemu.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., wezwał odwołującego do złożenia (uzupełnienia) dokumentów w postaci wykazu usług oraz dowodów potwierdzających ich należyłą realizację, które potwierdzać miały spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący ponownie przesłał ten sam wykaz usług oraz pismo, z dokonaną przez siebie interpretacją postanowień s.i.w.z.

W dniu 5 września 2016 r. zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucając jednocześnie ofertę odwołującego, na skutek wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na to, że w ocenie zamawiającego, odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu wykluczenia odwołującego, a także odrzucenia oferty, zamawiający stwierdził, co następuje: „zgodnie z § 5 SIWZ, gdzie wskazano, że w odniesieniu do pkt c. 1) - zarówno w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak i w przypadku pozostałych Wykonawców, warunek musi być spełniony w całości przez co najmniej jeden podmiot (jeden lub każdy z podmiotów musi indywidualnie posiadać wymagane doświadczenie)”.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba nie podziela argumentacji odwołującego w zakresie interpretacji warunku udziału w postępowaniu opisanego w § 5 ust. 1 pkt 2 lit. c 1 s.i.w.z. W szczególności Izba nie

zgadza, iż we wskazanym postanowieniu s.i.w.z. sformułowanie „podmiot” nie obejmuje swym zakresem osób trzecich, na których zasoby powołuje się wykonawca lub wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Wskazać należy, iż już w samym tym postanowieniu zamawiający używa innych określeń wobec „wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia”, „pozostałych wykonawców” oraz „podmiotów”. Posłużenie się odmiennymi sformułowaniami wobec poszczególnych grup uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazuje wprost, iż określenie „podmiot” nie jest tożsame z określeniem „wykonawca”.

Wykładnia sformułowania „podmiot” w spornym postanowieniu § 5 ust. 1 pkt 2 lit. c 1 s.i.w.z. winna uwzględniać podstawowe akty dla przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. ustawę P.z.p. oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia. Odwołując się w pierwszej kolejności do przepisów ustawy P.z.p. wskazać należy na art. 22a, który w ust. 1 wskazuje, iż wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Określenie „podmiot” wobec osoby trzeciej, udostępniającej swe zasoby wykonawcy, pojawia się w kolejnych ustępach art. 22a ustawy P.z.p., a także w art. 25a ust.3, art. 36b ust. 2 i in.

Wskazane powyżej rozumienie sformułowania „podmiot” wskazują również postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym § 7 ust. 1 pkt 1 tiret trzecie, zgodnie z którym wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu udowodnienia zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, zamieszcza w oświadczeniu własnym informacje o tych podmiotach w celu wskazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby oraz zobowiązanie podmiotu oddającego wykonawcy do dyspozycji swoje zasoby na potrzeby realizacji zamówienia.

Podkreślenia wymaga, iż w związku z tym, że zasady wykładni gramatycznej nakazują tym samym określeniom użytym w tym samym akcie normatywnym nadawać identyczną treść, nie podstaw do uznania, że zawarte w § 5 ust. 1 pkt 2 lit. c 1 s.i.w.z. określenie „podmiot” nie dotyczy podmiotu trzeciego, udostępniającego swe zasoby wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, że z treści specyfikacji nie wynika zakaz korzystania przez wykonawców biorących udział w postępowaniu z zasobów podmiotów trzecich. Konstatacji

takiej nie sposób wyprowadzić ani z treści § 5 ust. 1 pkt 2 lit. c 1 s.i.w.z., ani też z innych postanowień s.i.w.z. Wręcz przeciwnie – analiza § 7 ust. 1 pkt 1 tiret trzecie s.i.w.z. wprost wskazuje na możliwość korzystania z zasobów podmiotu trzeciego. Zamawiający wymagał natomiast, by wymagany w przedmiotowym postępowaniu warunek był spełniony przez co najmniej jeden podmiot w całości, czemu dał wyraz w „Uwadze” do § 5 poprzez sformułowanie „(...) warunek musi być spełniony w całości przez co najmniej jeden podmiot (jeden lub każdy z podmiotów musi posiadać wymagane doświadczenie).” W odpowiedzi na odwołanie zamawiający podkreślił, iż ze względu na przeznaczenie i działania niezbędne do wykonania w ramach realizacji przyszłego zamówienia (prace odbywające się w krytycznej infrastrukturze informatycznej tak wrażliwego na wszelkie niedociągnięcia oprogramowania zamawiającego jak KPRM), konieczne było poszukiwanie podmiotu z odpowiednio dużym doświadczeniem w zakresie adekwatnym do zakresu powierzonych w trakcie realizacji zamówienia prac.

W ocenie Izby wskazane wyżej postanowienie s.i.w.z. w sposób jasny i precyzyjny określa wymagania zamawiającego w zakresie opisanego warunku. Zamawiający – oprócz stwierdzenia, iż warunek musi być spełniony w całości przez co najmniej jeden podmiot” – wymóg ten uściślił i doprecyzował zawartym w nawiasie określeniem: „jeden lub każdy z podmiotów musi posiadać wymagane doświadczenie”. Tak precyzyjne opisanie warunku udziału w postępowaniu nie pozostawia wątpliwości co do potrzeb zamawiającego, uzasadnionych specyfiką przedmiotu zamówienia. Odwołujący, o ile nie zgadzał się z tak sformułowanym warunkiem udziału w postępowaniu, mógł jego treść zakwestionować poprzez wniesienie odwołania na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślić jednakże przy tym należy, iż tego rodzaju wymóg w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jest prawnie dopuszczalny, czemu dała wyraz Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 23 lipca 2014 roku sygn. akt KIO/KU 62/14.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Izba nie przyznała zamawiającemu kosztów postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika pomimo złożenia takiego wniosku. Zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu jego rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w

szczegółności koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby oraz wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3600 zł. Z powyższego wynika, iż warunkiem zasądzenia kosztów postępowania odwoławczego na rzecz zwycięskiej strony, jest przedłożenie przez nią rachunków wykazujących fakt poniesienia kosztów oraz ich wysokość. W związku z tym, iż zamawiający nie przedłożył wymaganych rachunków, zwrot kosztów postępowania mu nie przysługuje.

.....