

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Aneta Mlącka

Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2021 r. przez Odwołującego – **Eskom IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Puławska 543, 02-844 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Zakład Ubezpieczeń Społecznych**, ul. Szamocka 3, 01-748 Warszawa

przy udziale

wykonawcy **Matic Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300a, 02-819 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wezwania z 30.06.2021 r. do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy wykazu usług/umów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 4.1.1.4.2. i nakazuje ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
- 2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania i wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – ZUS na *opiekę serwisową oprogramowania IBM (AIX, IBM Software for HMC, IBM Power VM, IBM Power HA, DB2 LUW)* (nr ref.: TZ/271/34/20), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.12.2020 r., 2020/S 252-636412, wobec czynności wezwania do uzupełnienia do uzupełnienia dokumentów oraz oceny dokumentów i oświadczeń mających potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, wykonawca ESKOM IT Sp. z o.o. wniósł 7 lipca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 2043/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22a ust. 1 i 3 oraz art. 26 ust. 3 Pzp polegające na:

- 1) bezpodstawny uznaniu, że przedłożone na wezwanie Zamawiającego z 10.06.2021 r. dokumenty i oświadczenia nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 4.1.1.4.2. siwz oraz;
- 2) bezpodstawnym wezwaniu, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie samodzielnie przez Wykonawcę ww. warunku, tj. wykazu usług/umów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 4.1.1.4.2. siwz wraz z dowodami określającymi, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do złożenia dokumentów, uznania, że przedłożone na wezwanie Zamawiającego z dnia 10.06.2021 r dokumenty i oświadczenia potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 4.1.1.4.2 siwz, alternatywnie nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rozbieżności pomiędzy treścią oświadczenia złożonego w JEDZ oraz treścią oświadczenia „Zobowiązanie do udostępnienia zasobów”.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołujący złożył wraz z ofertą dokument JEDZ, w którym w części II sekcja C wskazał, że polega na zdolności innych podmiotów, składając jednocześnie dokument JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby oraz zobowiązanie do udostępnienia zasobów w postaci personelu spełniającego wymagania, o których mowa w pkt 4.1.1.4.1. siwz. (oświadczenie z 15.03.2021 r.).

10.06.2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca złożył wykaz usług wraz z referencjami oraz dodatkowo zobowiązanie do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego. Zamawiający uznał, że dokumenty te nie potwierdzają spełnienia warunku, gdyż ze złożonego wraz z ofertą zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego wynikało, iż IBM Polska Sp. z o.o. udostępni swój potencjał wyłącznie na potwierdzenie warunku z pkt 4.1.1.4.1.siwz, a nie z pkt 4.1.1.4.2. siwz.

Powołując się na opinie UZP dotyczącą relacji art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 Ustawy Zamawiający uznał, że przyjęcie na tym etapie postępowania zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy potencjału na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 4.1.1.4.2 siwz, prowadziłoby do złamania zasady niezmienności treści oferty, gdyż w ofercie wykonawca nie wskazał, że będzie posługiwał się potencjałem innych podmiotów na spełnienie tego warunku, co oznacza obowiązek osobistego spełnienia warunku przez Wykonawcę.

Na tej podstawie Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie samodzielnie przez wykonawcę warunku wskazanego w pkt 4.1.1.4.2 siwz, tj. wykazu usług/umów wraz z dowodami określającymi, czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający mylnie uznał, że stan faktyczny jaki zaistniał w postępowaniu jest tożsamy z będącym podstawą wydania wyroku w sprawie Esaprojekt. W postępowaniu Odwołujący nie zadeklarował bowiem, że przedmiotowe zamówienie realizować będzie opierając się jedynie na własnych zdolnościach. W dokumencie JEDZ wskazał, że będzie polegać na zasobach udostępnionych przez inny podmiot oraz załączył dokument JEDZ dla podmiotu udostępniającego, w którym zaznaczono w części IV kryteria kwalifikacji w sekcji α, że udostępniający spełnia wszystkie kryteria kwalifikacji. Również w formularzu oferty w pkt 5.7 wykonawca wskazał, że *załącza zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów wraz z niezbędnymi dokumentami (w zakresie potencjału osobowego oraz wiedzy i doświadczenia) – osobny załącznik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa*, co potwierdza intencję Wykonawcy polegania na zasobach innego podmiotu w pełnym zakresie kryteriów kwalifikacji.

Doszło do niespójności pomiędzy oświadczeniem własnym Wykonawcy, a treścią zobowiązania podmiotu trzeciego, w którym omyłkowo określono węższy zakres udostępnionych zasobów, ograniczony do warunku z pkt 4.1.1.4.1 siwz. Powinno być to przedmiotem wyjaśnień z Wykonawcą. Zamawiający nie miał podstaw do dokonania wykładni złożonych dokumentów w sposób prowadzący do wyeliminowania lub znaczącego

ograniczenia treści oświadczeń złożonych w JEDZ, z których wynikało, iż intencją Wykonawcy, jak i podmiotu trzeciego było objęcie zakresem udostępnienia zarówno zasobów na spełnienia warunku wskazanego w pkt 4.1.1.4.1 jak i 4.1.1.4.2 siwz.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Matic S.A. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający złożył na posiedzeniu odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Zamawiający zacytował treść warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt 4.1.1.4. dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, które zostały opisane w odniesieniu do zasobu osobowego – eksperta i jego umiejętności (pkt 4.1.1.4.1) oraz doświadczenia w realizacji usług referencyjnych (pkt 4.1.1.4.2). Zamawiający ocenił złożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, tj. wskazanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu personelu (pkt 4.1.1.4.1 siwz) z dnia 15.03.2021 r. Na tej podstawie uznał, iż w dacie złożenia oferty Odwołujący wykazał, iż będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w zakresie warunku udziału w postępowaniu z pkt 4.1.1.4.1 siwz. Ponieważ zobowiązanie podmiotu nie obejmowało zasobów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 4.1.1.4.2 siwz Zamawiający uznał, iż wykonawca składając ofertę deklarował spełnienie tego ostatniego warunku z wykorzystaniem własnych zasobów. Zamawiający wskazał, iż oświadczenia wykonawcy i podmiotu trzeciego złożone w JEDZ nie precyzowały zakresu, w jakim podmiot trzeci udostępnia zasoby wykonawcy. Dopiero na wezwanie do złożenia oświadczeń i dokumentów wystosowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Odwołujący złożył drugie zobowiązanie podmiotu trzeciego z 22.04.2021 r. obejmujące „zasoby w zakresie zdolności technicznej i zawodowej niezbędne do należytego wykonania Zamówienia, potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w SIWZ w Rozdziale 4, pkt 4.1.1.4.2 – niezbędne doświadczenie”.

Zamawiający uznał, iż przyjęcie tego zobowiązania na tym etapie postępowania (po upływie terminu na złożenie oferty) prowadziłyby do naruszenia zasady niezmienności oferty, gdyż wykonawca w ofercie nie wykazał, że będzie posługiwał się potencjałem innych podmiotów na spełnienie tego warunku, co oznacza obowiązek osobistego spełnienia warunku przez wykonawcę. Zamawiający uznał, iż przedłożone na wezwanie z dnia 10.06.2021 r. dokumenty i oświadczenia nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 4.1.4.2 SIWZ oraz, że miał podstawy do wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie samodzielnie przez wykonawcę ww. warunku.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020) zwanej dalej „Ustawą”. Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 „ustawa nPzp”).

Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanek z 528 ust. 1 ustawy nPzp do odrzucenia odwołania.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy nPzp, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ przedmiotem zarzutów jest czynność oceny podmiotowej Odwołującego, tj. dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a żądania odwołania zmierzają do podważenia pierwszych decyzji związanych ze złożonymi dokumentami i oświadczeniami, które zostały pominięte przy ocenie, interes w uzyskaniu zamówienia na moment wniesienia odwołania w zasadzie nie powinien budzić wątpliwości. Wykonawca korzystając z środka ochrony prawnej faktycznie zmierza do uznania złożonych oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Chociaż Zamawiający nie zakończył w momencie złożenia odwołania czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego, to będąca przedmiotem zaskarżenia czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy miała swoje konsekwencje, gdyż prowadziła do ograniczenia możliwości powołania się na potencjał podmiotu trzeciego, z czym wykonawca się nie zgadzał. Na moment wniesienia odwołania nie mógł wykluczyć, że jego własny potencjał zostanie oceniony jako niewystarczający dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przy ocenie negatywnej nie miałby

możliwości ponownie uzupełnić dokumentów, do czego został już wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania Izba ustaliła okoliczności faktyczne istotne z punktu widzenia zarzutów.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego.

W pkt 4 siwz określone zostały warunki udziału w postępowaniu, w tym dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 4.1.1.4):

4.1.1.4.1. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że do realizacji przedmiotowego zamówienia skieruje minimum jednego stałego, polskojęzycznego eksperta technicznego, który posiada umiejętności w zakresie:

4.1.1.4.1.1. zarządzania/administrowania systemem/oprogramowaniem AIX i podnoszenia systemu/oprogramowania AIX do wersji 7.2;

4.1.1.4.1.2. w zakresie podnoszenia konsoli zarządzającej HMC do wersji wyższej niż 8.6.0 Service Pack:2 (obecnie posiadanej przez Zamawiającego);

4.1.1.4.1.3. w zakresie podnoszenia systemów/oprogramowania VIOS do wersji wyższej niż 2.2.5.20 (obecnie posiadanej przez Zamawiającego);

4.1.1.4.1.4. zarządzania/ administrowania motorem baz danych oprogramowania IBM DB2 Advanced Enterprise Server Edition for LUW

4.1.1.4.2. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie - należycie zrealizował, a w przypadku usług ciągłych realizuje, co najmniej jedno zamówienie/usługę, w ramach którego zarządzał/administrował środowiskiem AIX, IBM Software for HMC, IBM Power VM, IBM Power HA, DB2 LUW, przez okres co najmniej 12 miesięcy, przy czym Zamawiający dopuszcza możliwość wykazania przez Wykonawcę doświadczenia w zarządzaniu/administrowaniu dla każdego wymienionego oprogramowania w oddzielnym zamówieniu/usłudze.

W celu oceny czy Wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich

zasobów Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą dokumentów, które określają w szczególności:

4.1.3.1.1. zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu;

4.1.3.1.2. sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonaniu zamówienia publicznego;

4.1.3.1.3. zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;

4.1.3.1.4. czy podmiot na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

W pkt 4.4. siwz Zamawiający wskazał dokumenty jakie należało złożyć wraz z ofertą, w tym JEDZ z uwagą, iż wykonawca wypełnia tylko sekcję α w części IV celem wstępnego potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa w stosunku do każdego JEDZ dotyczący tych podmiotów (pkt 4.4.1.3 siwz). Do oferty należało również załączyć zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub inne dokumenty, o których mowa w pkt 4.1.3.1 siwz (pkt 4.4.1.4).

Odwołujący wraz z ofertą przedłożył formularze JEDZ (własny i podmiotu udostępniającego potencjał) wskazując w swoim oświadczeniu wstępnym, iż polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV. Część IV formularza JEDZ wypełniona została przez wykonawcę jedynie w zakresie ogólnego oświadczenia dotyczącego wszystkich kryteriów kwalifikacji, co do których wykonawca wskazał, iż je spełnia (bez szczegółowego opisywania).

W formularzu oferty w pkt 2.2 wykonawca wskazał, iż zamierza powierzyć podwykonawcy wykonanie zamówienia w zakresie zarówno opieki serwisowej dla wyspecyfikowanego oprogramowania, jak i usługi podniesienia wersji oprogramowania wyspecyfikowanego w tabelach. Podwykonawcom tym jest podmiot udostępniający swoje zasoby opisane w zobowiązaniu załączonym do oferty w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu z pkt 4.1.1.4.1 siwz. W pkt 5 formularza oferty – załączniki, Odwołujący wskazał na *Zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów wraz z niezbędnymi dokumentami (w zakresie potencjału osobowego oraz wiedzy i doświadczenia) – osobny załącznik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa.*

Załącznikiem do oferty jest zobowiązanie IBM z 15.03.2021 r. do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia udzielonego w wyniku przeprowadzenia ww. postępowania, pod warunkiem zawarcia umowy podwykonawczej. Opisany zakres udostępnianych zasobów referuje do warunku udziału w postępowaniu z pkt 4.1.1.4.1 siwz. Podmiot ograniczył zakres swojego zobowiązania wskazując, iż *Zobowiązanie nie dotyczy zdolności finansowej lub ekonomicznej IBM.*

Pismem z 21.05.2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy do uzupełnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów, które w swej treści nie będzie zawierało warunku IBM w zakresie udostępnienia zasobów po zawarciu umowy podwykonawczej. W piśmie Zamawiający wskazał na prowadzone postępowanie wyjaśniające, jakie miało miejsce w tym zakresie, a które zakończyło się potwierdzeniem w piśmie z 17.05.2021 r., że umowa podwykonawcza z IBM Polska Sp. z o.o. została zawarta.

W odpowiedzi Odwołujący pismem z 31.05.2021 r. przekazał oświadczenie IBM z 28.05.2021 r. dotyczące zawarcia umowy podwykonawczej. W oświadczeniu tym podmiot potwierdził, iż udostępnił określone w zobowiązaniu zasoby na rzecz wykonawcy i że będzie uczestniczył w realizacji zamówienia publicznego w roli podwykonawcy.

10.06.2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 1 Ustawy do złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 Ustawy, w terminie do 21.06.2021 r.

Odwołujący przekazał dokumenty, w tym wykaz osób z 14.06.2021 r. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 4.1.1.4.1 siwz obejmujący potencjał udostępniony przez podmiot trzeci – IBM Polska Sp. z o.o. oraz wykaz dostaw z 14.06.2021 r., uwzględniający usługi realizowane przez IBM Polska Sp. z o.o., co potwierdzone zostało referencjami wystawionymi dla tego podmiotu. Dodatkowo wykonawca załączył zobowiązanie IBM z 22.04.2021 r. do udostępnienia wykonawcy posiadanych zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia wskazując wprost na zasoby niezbędne w zakresie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej, o których mowa w warunku opisanym w pkt 4.1.1.4.2 siwz – tj. doświadczenie, załączając stosowne referencje.

Pismem z 30.06.2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie samodzielnie przez wykonawcę warunku z pkt 4.1.1.4.2 siwz, tj. wykazu usług/umów wraz z dowodami określającymi, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zamawiający wskazując w wezwaniu na orzecznictwo (wyrok TSUE z 4.05.2017 r. w sprawie *Esaprojekt*

sp. z o.o. vs. Województwo Łódzkie, C-387/14 oraz wyrok KIO z 31.08.2017 r., sygn. akt KIO 1661/17) uznał za niedopuszczalne powołanie się na tym etapie postępowania na zasoby podmiotu trzeciego w innym zakresie, niż miało to miejsce na etapie składania ofert.

Odwołujący pismem z 9.07.2021 r. odpowiedział na wezwanie Zamawiającego składając nowy wykaz usług i referencje, jednocześnie podnosząc, iż złożone 14.06.2021 r. dokumenty potwierdzają spełnianie wszystkich warunków udziału w postępowaniu, w tym wskazanego w pkt 4.1.1.4.2 siwz. Uzupełnione dokumenty dotyczyły usług świadczonych przez Odwołującego. Zamawiający nie zakończył oceny uzupełnionych dokumentów. Skierował do wykonawcy pismo z 27.07.2021 r. zawierające wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie dwóch nowych usług, w tym jednej realizowanej przez Odwołującego w konsorcjum z innym podmiotem.

W świetle powyższego Izba uwzględniła odwołanie w całości.

Na wstępie należy odnieść się do zasadniczej kwestii związanej z konstrukcją zarzutów i żądań odwołania wykonawcy, co do którego na moment jego wniesienia czynności związane z oceną dokumentów składanych w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu nie zostały zakończone. Odwołanie wniesione zostało zasadniczo na czynność wezwania wykonawcy do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy dokumentów potwierdzających, że wykonawca samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu wskazany w pkt 4.1.1.4.2 siwz, co oznaczało, że Zamawiający nie uwzględnił złożonych w trybie art. 26 ust. 1 dokumentów – wykazu umów/usług wraz z referencjami dotyczącymi potencjału podmiotu trzeciego. Zamawiający nie oceniał tego potencjału uznając, iż składając wykaz usług w takim zakresie wykonawca nie był uprawniony do skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego, który nie udostępnił tego zasobu w treści zobowiązania z 15.03.2021 r., złożonego wraz z ofertą. Powyższe ma istotne znaczenie dla ustalenia zakresu rozpoznania, jakim Izba jest związana. Należy w tym miejscu wskazać, iż Izba nie oceniała dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, gdyż takiej oceny nie przeprowadził sam Zamawiający. Wezwanie z 30.06.2021 r. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy, w części w jakiej Zamawiający oczekiwał samodzielnego wykazania spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia było podyktowane uznaniem, iż wykonawca mógł powoływać się na potencjał podmiotu trzeciego tylko w zakresie związanym z oceną spełniania warunku z pkt 4.1.1.4.1 siwz. Zasadniczym zatem, z punktu widzenia podstawy zarzutów było odniesienie się do okoliczności, jakie zdaniem Zamawiającego decydowały o braku możliwości przyjęcia do oceny wykazu usług oraz referencji, jakimi okazał się wykonawca w odpowiedzi na wezwanie

na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy. W tym zakresie to oświadczenia wykonawcy zawarte w ofercie i dotyczące korzystania z potencjału podmiotu trzeciego miały decydujące znaczenie dla ustalenia zakresu zasobów podmiotu trzeciego, na jakich wykonawca opierał się w momencie składania oferty w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stanowiło to punkt wyjścia dla oceny możliwości wskazania w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust 1 Ustawy na potencjał IBM Polska Sp. z o.o. w zakresie związanym z oceną doświadczenia tego podmiotu (pkt 4.1.1.4.2 siwz).

Okolicznością sporną było ustalenie w jakim zakresie wykonawca przyjął w ofercie możliwość powołania się na potencjał podmiotu trzeciego – tu IBM Polska Sp. z o.o., co stanowiło punkt wyjścia dla dalszych czynności związanych z oceną spełniania warunku udziału w postępowaniu. W sprawie okolicznością, którą Zamawiający kierował się podejmując decyzje wobec Odwołującego było wskazanie w zobowiązaniu podmiotu trzeciego załączonego do oferty - zakresu potencjału udostępnionego wykonawcy, który został ograniczony do zasobów koniecznych do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o jakim mowa w pkt 4.1.1.4.1 siwz. Jednocześnie Zamawiający nie dostrzegał niespójności pomiędzy oświadczeniem wykonawcy i podmiotu trzeciego, co do rodzaju potencjału IBM Polska Sp. z o.o., jakim wykonawca zamierzał wykazać się przed Zamawiającym. Na etapie sporządzenia oferty wykonawca nie był zobowiązany do wskazania konkretnych zasobów podmiotu, co nastąpiło dopiero w dokumencie składanym na wezwanie z art. 26 ust.1 Ustawy, tj. wykazie osób i wykazie dostaw. Tym samym oferta zawierała wyłącznie ogólne oświadczenia wykonawcy oraz dokumenty wskazane w siwz, które należało złożyć wraz z ofertą. Zgodnie z treścią siwz – załączony do oferty dokumenty – zobowiązanie IBM Polska Sp. z o.o. z 15.03.2021 r., składany był w celu wykazania Zamawiającemu, iż wykonawca *polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.*

Odnosząc się w pierwszej kolejności do treści oferty Odwołującego Izba uznała, iż wnioski Zamawiającego wywiedzione wyłącznie z analizy zobowiązania podmiotu trzeciego z 15.03.2021 r. były błędne, gdyż nie uwzględniały oświadczeń samego wykonawcy. Należy w tym miejscu poczynić uwagę, iż treść oferty wykonawcy kształtowana jest jego własnymi oświadczeniami, natomiast zobowiązanie podmiotu trzeciego miało inny walor, tj. było dokumentem, którym wykonawca zamierzał wykazać przed Zamawiającym możliwość faktycznego wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego na potrzeby realizacji usługi. Wprawdzie zobowiązanie to w swojej treści wskazywało na rodzaj zasobu – dotyczący

ekspertów i ich doświadczenia, to jednak nie mogło ograniczać wykładni treści oferty i deklaracji samego wykonawcy. Miało to zasadnicze znaczenie dla niniejszej sprawy, gdyż wskazany w momencie złożenia oferty zakres, w jakim wykonawca zakładał możliwość skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego stanowił wiążącą treść dla dalszych czynności związanych z oceną spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym możliwości uzupełnienia, czy też zastąpienia potencjału podmiotu trzeciego na podstawie przepisów Ustawy.

W ocenie Izby dla ustalenia, w jakim zakresie wykonawca zadeklarował skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego znaczenie miały oświadczenia wykonawcy wynikające z JEDZ, jak również formularza oferty, w którym wskazany został, jako podwykonawca, któremu zlecone zostanie wykonanie zasadniczych elementów usługi – podmiot udostępniający zasoby, tj. IBM Polska Sp. z o.o. Choć w formularzu oferty Zamawiający nie przewidział odrębnego oświadczenia, które wprost odnosiłoby się do zakresu i rodzaju potencjału, na jaki wykonawca zamierzał się powołać, co mogłoby skłaniać do wniosku, iż o tym zakresie przesądzać miało zobowiązanie podmiotu trzeciego, dla oceny oświadczenia wykonawcy, Izba uznała, iż to nie treść zobowiązania, ale oświadczenia własne wykonawcy stanowić powinny punkt odniesienia dla ustalenia tej okoliczności.

W ofercie wykonawca w sposób konsekwentny wskazywał, jako podmiot trzeci udostępniający potencjał spółkę IBM Polska Sp. z o.o., która miałaby realizować zamówienie jako podwykonawca w zakresie, jaki odpowiada obu wymaganiom, stanowiącym warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 4.1.1.4). Ponadto, opisując załączniki do oferty, w pkt 5.7 wskazał na *Zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów wraz z niezbędnymi dokumentami (w zakresie potencjału osobowego oraz wiedzy i doświadczenia) – osobny załącznik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa*. Jednocześnie oświadczenie wykonawcy złożone w formularzu JEDZ nie zawierało ograniczenia, co do rodzaju zasobów podmiotu trzeciego, na jakie wykonawca zamierzał powołać się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Na podstawie tych oświadczeń należało uznać, iż wykonawca w ofercie od początku opierał się na zdolności podmiotu trzeciego w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 4.1.1.4.1 i 4.1.1.4.2 siwz).

W tej sytuacji, ustalenie że zobowiązanie podmiotu trzeciego załączone do oferty nie odnosi się do doświadczenia wymaganego na potwierdzenie spełnienia warunku z pkt 4.1.1.4.2 siwz, nie wyłączało zastosowania przepisów Ustawy dotyczących uzupełnienia dokumentu – tu zobowiązania podmiotu trzeciego, jako dokumentu składanego w ofercie na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykazanie faktycznej możliwości skorzystania z potencjału na etapie realizacji umowy. Wykonawca z własnej inicjatywy

uzupełnił zobowiązanie tego samego podmiotu, co wskazany został w ofercie, którego dotyczy formularz JEDZ i nie prowadziło to w ocenie Izby do zmiany treści oferty, tj. założeń samego wykonawcy, co do zakresu udziału potencjału podmiotu trzeciego w realizacji prac, co jest bezpośrednio powiązane z warunkami udziału w postępowaniu.

Wzywając wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że wykonawca samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 4.1.1.4.2 siwz Zamawiający ograniczył prawo wykonawcy do uzupełnienia, ewentualnie zastąpienia potencjału podmiotu trzeciego, potencjałem innego podmiotu w oparciu o art. 22a ust. 6 Ustawy na etapie oceny dokumentów składanych na wezwanie w oparciu o art. 26 ust. 1 Ustawy. Naruszenie to mogło mieć istotny wpływ na wynik oceny spełnienia warunków, gdyż wykonawca na podstawie tak skonstruowanego wezwania musiał przedstawić nowy wykaz usług/umów realizowanych przez siebie, których treść budziła wątpliwości Zamawiającego, co zostało stwierdzone w wezwaniu do wyjaśnień skierowanym do wykonawcy już po wniesieniu odwołania – wezwanie z 27.07.2021 r. W sytuacji, gdy Zamawiający uznałby, że doświadczenie to nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wykonawca nie będzie mógł uzupełnić ponownie dokumentów, co w sytuacji braku dopuszczenia do oceny wykazu obejmującego potencjał IBM Polska Sp. z o.o., doprowadzi do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Ponieważ wzywając do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Zamawiający nie odniósł się do potencjału podmiotu trzeciego, w tym nie dokonał oceny zobowiązania tego podmiotu z 22.04.2021 r. Izba nie była uprawniona do zastąpienia w tych czynnościach Zamawiającego. Dalsze czynności w postępowaniu uzależnione są od tej oceny, stąd Izba uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności z 30.06.2021 r. polegającej na wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, co powinno być poprzedzone kompleksową oceną złożonych w postępowaniu oświadczeń i dokumentów.

Z tego samego powodu Izba nie uwzględniła żądania odwołania - uznania, że przedłożone na wezwanie Zamawiającego z dnia 10.06.2021 r. dokumenty i oświadczenia potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 4.1.1.4.2 siwz.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie przepisów § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł. oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600,00 zł

Przewodniczący:

Członkowie:

.....