

Sygn. akt KIO 1316/17

**WYROK**  
**z dnia 7 lipca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **DIGISERVICE spółka z o.o. z siedzibą w Toruniu, ul. Szosa Lubicka 13, 87-100 Toruń** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Muzeum Historyczne Miasta Krakowa, Rynek Główny 35, 31-011 Kraków**

przy udziale wykonawcy **GROUP AV spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońska 88/315, 00-992 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **DIGISERVICE spółka z o.o. z siedzibą w Toruniu, ul. Szosa Lubicka 13, 87-100 Toruń**

i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **DIGISERVICE spółka z o.o. z siedzibą w Toruniu, ul. Szosa Lubicka 13, 87-100 Toruń** tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od wykonawcy **DIGISERVICE spółka z o.o. z siedzibą w Toruniu, ul. Szosa Lubicka 13, 87-100 Toruń** na rzecz zamawiającego **Muzeum Historyczne Miasta Krakowa, Rynek Główny 35, 31-011 Kraków** kwotę **2585 zł 10 gr** (słownie: dwa tysiące pięćset osiemdziesiąt pięć złotych dziesięć groszy) stanowiącą koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę Izby oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579, 1920 i 2260) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający Muzeum Historyczne Miasta Krakowa, Rynek Główny 35, 31-011 Kraków wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Usługa serwisowa systemów multimedialnych zainstalowanych na trasie turystycznej „Śladem europejskiej tożsamości Krakowa”, wystawie stałej „Kraków – czas okupacji 1939-1945” oraz serwis projektorów multimedialnych«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 25.05.2017 r. pod nrem 518077. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 i 1920) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 22.06.2017 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy GROUP AV spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońska 88/315, 00-992 Warszawa.

Wykonawca DIGISERVICE spółka z o.o. z siedzibą w Toruniu, ul. Szosa Lubicka 13, 87-100 Toruń, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł 27.06.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie na wybór oferty wykonawcy GROUP AV spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońska 88/315, 00-992 Warszawa jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 2) art. 87 ust. 1 Pzp przez dopuszczenie zmian w liście podmiotów, na których zasoby powołał się wykonawca GROUP AV, polegających na dodaniu nowego podmiotu po dniu złożenia oferty, podczas gdy nie są dopuszczalne jakiegokolwiek zmiany prowadzące do zmiany treści oferty;
- 3) art. 87 ust. 1 Pzp przez dopuszczenie zmian zakresu korzystania z zasobów podmiotu, na które powołał się wykonawca GROUP AV po dniu złożenia oferty, podczas gdy nie są dopuszczalne jakiegokolwiek zmiany prowadzące do zmiany treści oferty;
- 4) art. 22a ust. 1-6 Pzp przez uznanie, że wykonawca GROUP AV dysponuje zdolnościami technicznymi i zawodowymi, podczas gdy z treści oświadczeń załączonych do oferty nie wynika, że S.G. Zakład Budowy Dekoracji realnie i

rzeczywiście udostępnił swoje zasoby, w szczególności choć nie wyłącznie przez wykonanie części zamówienia;

- 5) art. 22a ust. 1-6 Pzp przez uznanie, że wykonawca GROUP AV dysponuje zdolnościami technicznymi i zawodowymi, podczas gdy z treści oświadczeń załączonych do oferty nie wynika, aby Perfect Displays spółka z o.o. faktycznie posiadała wiedzę i doświadczenie wynikającą ze zrealizowanych usług, treść załączonych dokumentów nie wskazuje, aby ten podmiot je faktycznie zrealizował;
- 6) art. 22a ust. 1-6 Pzp przez uznanie, że wykonawca GROUP AV dysponuje zdolnościami technicznymi i zawodowymi, podczas gdy z treści oświadczeń załączonych do oferty nie wynika, aby S.G. Zakład Budowy Dekoracji faktycznie posiadał wiedzę i doświadczenie wynikającą ze zrealizowanych usług bo treść załączonych dokumentów nie wskazuje aby ten podmiot je faktycznie zrealizował.

Odwołujący na posiedzeniu wycofał zarzuty nr 1, 7 i ostatni znajdujący się pod nrem 7, a także uzasadnienie zarzutów nr V.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) unieważnieniu czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy GROUP AV jako najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie powtórzenia czynności badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym ewentualnie przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego z art. 87 ust. 1 Pzp względem oferty odwołującego;
- 4) dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 5) dopuszczenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania na okoliczności szczegółowo wskazane w jego uzasadnieniu;
- 6) przyznanie odwołującemu, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41, poz. 238 oraz z 2017 r. poz. 47) kosztów poniesionych w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, w kwocie 3.600,00 zł oraz kosztów dojazdu na rozprawę, które zostaną potwierdzone przez złożenie na rozprawie stosownych rachunków.

UZASADNIENIE

W zaistniałym stanie faktycznym wykonawca GROUP AV składając ofertę w postępowaniu powołała się na zasoby udostępnione jej jedynie przez wykonawcę Perfect Displays [vide załącznik nr 3 do oferty].

Pismem z 2.06.2017 r. odwołujący złożył wniosek o wgląd w ofertę wykonawcy GROUP AV i w odpowiedzi otrzymał treść oferty, jednakże bez dalszych kluczowych załączników, jak wykaz zrealizowanych usług czy zobowiązania do udostępnienia zasobów. Zamawiający poinformował, że do złożenia dalszych dokumentów wezwał wykonawcę GROUP AV wyznaczając termin 14.06.2017 r.

Następnie pismem z 8.06.2017 r. zamawiający w oparciu o art. 26 ust. 2 i 3 Pzp wezwał tego wykonawcę do:

- a) złożenia zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, bo w ofercie brak było takiego zobowiązania,
- b) złożenia wykazu usług wykonanych,
- c) złożenia wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia.

W odpowiedzi pismem z 14.06.2017 r. wykonawca GROUP AV przedstawił:

- a) zobowiązania 2 podmiotów,
- b) wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi wykonanie usługi,
- c) wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Następnie zamawiający po raz kolejny pismem z 19.06.2017 r. wezwał wykonawcę GROUP AV do:

- a) złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, przez przedstawienie oryginałów lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem,
- b) udzielenia wyjaśnień co do sposobu oddania zasobów przez Zakład Budowy Dekoracji S.G..

Pismem z 20.06.2017 r. wykonawca Group AV udzielił stosownych wyjaśnień i przedstawił żądane przez zamawiającego dokumenty.

Pismami z 22.06.2017 r. odwołujący ponownie poprosił o umożliwienie wglądu w oferty oraz przesłanie treści złożonych dokumentów. Zamawiający 22.06.2017 r. wybrał ofertę wykonawcy GROUP AV jako najkorzystniejszą. Poczta elektroniczną z 23.06.2017\_r. zamawiający udostępnił odwołującemu dokumentację wykonawcy GROUP AV.

Z decyzją zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty nie zgodził się odwołujący z następujących przyczyn:

II. Zarzut niedopuszczalnej zmiany listy podmiotów, na których zasoby powołuje się wykonawca w swojej ofercie

Odwołujący podniósł na wstępie jeden z podstawowych argumentów jaki legł u podstaw wniesionego odwołania. W ocenie odwołującego nie jest dopuszczalna zmiana podmiotów, na których zasoby powołuje się wykonawca w złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Group AV wraz z ofertą przedstawił wypełniony załącznik nr 3 wskazując, że opiera się na zasobach jedynie Perfect Displays spółka z o.o. Następnie po wezwaniu zamawiającego do złożenia wyjaśnień, rozszerzył katalog podmiotów, z których zasobów korzysta i na których zamierza się oprzeć przy wykonaniu zamówienia o Zakład Budowy Dekoracji S.G.. W ocenie odwołującego taka zmiana jest niedopuszczalna.

III. Zarzut dopuszczalnych zmian zakresu korzystania z zasobów podmiotu, na które powołał się wykonawca w swojej ofercie

Do złożonej oferty wykonawca Group AV załączył Załącznik nr 3, w którym wskazał, że zamierza powierzyć Perfect Displays spółka z o.o. wykonanie części zamówienia w zakresie: prace programistyczne AMX, serwis projektorów multimedialnych.

Z kolei przy piśmie z 14.06.2017 r. wykonawca GROUP AV modyfikując treść załącznika nr 3 wskazał, że zamierza powierzyć Perfect Displays sp. z o.o. wykonanie części zamówienia w zakresie: świadczenie usług serwisowych, przeglądy i czyszczenie projektorów.

W ocenie odwołującego wykonawca GROUP AV zmodyfikował treść oferty, co zaaprobował zamawiający, a na co w istocie nie pozwala art. 87 ust. 1 Pzp.

IV. Zarzuty dotyczące wykazania świadczenia usług i rodzaju wymaganych przez zamawiającego przez podmioty udostępniające swoje zasoby dla wykonawcy GROUP AV

Zamawiający w rozdz. 5 pkt 1 lit. b SIWZ wymagał:

A. Zamawiający uzna warunek za spełniony, gdy wykonawca wykaże się doświadczeniem w należyтым wykonaniu (lub w wykonywaniu – w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: co najmniej dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usłudze, stanowiącej przedmiot zamówienia.

Za usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, uważa się świadczenie usługi serwisowej systemów multimedialnych składających się z: projektorów multimedialnych, monitorów LCD, systemów nagłośnienia, systemów sterowania, systemów interaktywnych,

świadczoną nie krócej niż 12 miesięcy i o wartości nie mniejszej niż 650 000 zł brutto.

Przez „usługę” zamawiający rozumie jedną umowę/zamówienie/zlecenie. W przypadku usługi nadał wykonywanej, a jeszcze nie zakończonej, zamawiający przyjmie, że warunek został spełniony, jeśli wykonawca wykaże wykonanie usługi przez okres wskazany powyżej i o wartości jak wyżej najpóźniej na dzień złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W przypadku gdy wartość wykazywanych usług (umów) jest określona w innej walucie niż PLN, dokonane zostanie przeliczenie tej wartości na PLN na podstawie średniego kursu złotego w stosunku do walut obcych określonego w tabeli kursów średnich NBP z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący podnosi, że wykonawca GROUP AV nie wykazał na żądanie zamawiającego okoliczności, że dysponuje zdolnościami technicznymi i zawodowymi niezbędnymi do wykonania zamówienia, bo treść przedstawionych dokumentów nie wskazuje, aby podmioty, na których wiedzy i doświadczeniu się opiera zrealizowały swoje usługi, w szczególności:

- a) w zakresie podmiotu Perfect Displays spółka z o.o. nie został przedstawiony jakiegokolwiek dowód wskazujący na fakt zawarcia umowy oraz wysokości wynagrodzenia należnego Perfect Displays spółka z o.o. za zrealizowane usługi serwisowe je faktycznie zrealizował na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

Przedstawione protokoły odbioru potwierdzają wykonanie usług jednakże nie wynika z nich ich wartość. W ten sposób nie można zweryfikować, czy Perfect Displays spółka z o.o. zrealizowała usługi o wartości wymaganej przez zamawiającego.

- b) w zakresie podmiotu S.G. Zakład Budowy Dekoracji nie został przedstawiony jakiegokolwiek dowód wskazujący na fakt zawarcia umowy, wysokości wynagrodzenia należnego S.G. za zrealizowane usługi serwisowe oraz sam fakt świadczenia usług i rodzaju tych usług przez S.G..

Z przedstawionych dokumentów nie wynika na czyją rzecz usługi serwisowe były świadczone, jaka miały wartość, a ponadto kto je świadczył, skoro protokoły odbioru sygnowane są podpisami podmiotu innego niż S.G. [TRIAS S.A.]. Trudno zatem przyjąć, że usługi te były zrealizowane przez S.G. skoro protokoły były podpisywane przez i na rzecz TRIAS S.A. Nie została przedstawiona ani umowa z podmiotem na rzecz którego usługi serwisu systemów multimedialnych były świadczone, ani umowa konsorcjum, w której ramach S.G. miał świadczyć te usługi. Co równie istotne z treści protokołów wręcz wynika, że usługi serwisowe były świadczone przez TRIAS S.A., a nie S.G.. Powyższe dowodzi co najmniej dwóch argumentów: nie została wykazana wartość świadczonych usług, a ta z kolei według wiedzy odwołującego kształtowała się poniżej wymagań zamawiającego a po wtóre, że te usługi w ogóle były przez S.G. świadczone.

Opisanie wartości świadczonych usług jako „powyżej 650.000 zł” nie spełnia wymagań zamawiającego określonych w SIWZ, bo to zamawiający miał ocenić czy kształtują się one powyżej tej kwoty, czy też nie. Do obowiązków wykonawcy GROUP AV należało wskazanie ich konkretnej wartości, czego jednak nie uczyniła, a zamawiający bezkrytycznie je zaakceptował. Innymi słowy wykonawca GROUP AV oraz S.G. powinni wskazać jedną wartość wynagrodzenia, jeśli wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy lub określić podstawę do jego określenia, jeśli wynagrodzenie miało charakter kosztorysowy.

VI. Zarzut uznania przez zamawiającego, że wykonawca GROUP AV wykazał, że dysponuje zdolnościami technicznymi i zawodowymi

Odwołujący podnosi, że z treści zobowiązania S.G., podobnie jak z wyjaśnień wykonawcy GROUP AV nie wynika jasne, czytelne i realne udostępnienie zasobów dla wykonawcy GROUP AV, podczas gdy z treści oświadczeń załączonych do oferty nie wynika, że S.G. Zakład Budowy Dekoracji realnie i rzeczywiście udostępnił swoje zasoby, w szczególności – choć nie wyłącznie – przez wykonanie części zamówienia.

Udostępnienie zasobów musi być realne i rzeczywiste zaś podmiot użyczający takich zasobów powinien brać udział w wykonaniu części zamówienia. Tymczasem wykonawca GROUP AV nie przedstawił rzeczywistego zobowiązania S.G., a jedynie wykaz deklaracji, za którymi nie idzie realne i rzeczywiste zobowiązanie.

Ponadto wykonawca GROUP AV nie była uprawniona do wyjaśnienia treści zobowiązania S.G.. W tym zakresie pomimo wezwania zamawiającego kierowanego do wykonawcy GROUP AV to w istocie S.G. powinien takich wyjaśnień udzielić.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 27.07.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

03.07.2017 r. wykonawca Group AV sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońska 88/315, 00-992 Warszawa wniósł do Prezesa KIO z kopiami dla zamawiającego i odwołującego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp.

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 28.06.2017 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 04.07.2017 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.



Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy 28.06.2017 r. (art. 183 ust. 2 i 6 Pzp).

Krajowa Izba Odwoławcza odmówiła uchylenia zakazu zawarcia umowy 3.07.2017 r., KIO/W 38/11 (art. 183 ust. 4 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

- 1) odwołującego – dowód nr 1 aneks nr 4 do umowy konsorcjum z 16 grudnia 2016 r. w sprawie wykonania zamówienia Centrum Pieniądza dla NBP, gdzie na str. 3 i 4 jest wykazanie, że wykonawca S.G.nie realizował usług w zakresie i wartości wymaganych przez zamawiającego, a tylko w zakresie w robót budowlanych i dostawy urządzeń typu liczarka do banknotów czy bankomat;
- 2) przystępującego – dowód nr 2 fragment umowy do której został wydany aneks nr 4 (przytoczony w dowodzie nr 1) na wykazanie, że umowa ta dotyczy świadczenia usług serwisowych w NBP – § 2 definicja usługi serwisowej.

W ocenie Izby, zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez dopuszczenie zmian w liście podmiotów, na których zasoby powołał się wykonawca GROUP AV, polegających na

dodaniu nowego podmiotu oraz naruszenia tego przepisu przez dopuszczenie zmian zakresu korzystania z zasobów podmiotu, na które powołał się wykonawca GROUP AV po upływie terminu składania ofert, podczas gdy nie są dopuszczalne jakiegokolwiek zmiany prowadzące do zmiany treści oferty – nie zasługują na uwzględnienie.

Wykonawca Group AV dołączył do oferty listę podmiotów, na których zasobach będzie się opierać wykonując zamówienie (jedynie wykonawca Perfect Displays spółka z o.o.). Następnie po wezwaniu zamawiającego do złożenia wyjaśnień, wykonawca Group AV rozszerzył katalog podmiotów, z których zasobów korzysta i na których zamierza się oprzeć przy wykonaniu zamówienia o wykonawcę S.G. Zakład Budowy Dekoracji.

Odwołujący podniósł, że nie jest dopuszczalna zmiana podmiotów, na których zasoby powołuje się wykonawca w ofercie złożonej w trybie przetargu nieograniczonego. Odwołujący przytoczył orzeczenie TSUE w sprawie C-336/12 Manova. Jednak zdaniem Izby odwołujący nie wziął pod uwagę, że w przytoczonej sprawie był inny stan faktyczny, ale przede wszystkim odwołujący nie wziął pod uwagę nowego przepisu art. 22a ust. 6 pkt 1 Pzp, który brzmi »Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego [...] zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub [...]«.

Izba stwierdza, że w związku z brzmieniem tego przepisu zamawiający jest wprost zobowiązany do zaakceptowania zmiany podmiotów, jeżeli takiej zmiany – nawet po upływie terminu składania ofert – dokona wykonawca.

Izba stwierdza, że występuje tu jeszcze jeden aspekt: czy takiej zmiany może dokonać wykonawca samodzielnie składając zamawiającemu nowe dokumenty, czy wykonawca może złożyć nowe dokumenty tylko na żądanie zamawiającego. Bogate orzecznictwo KIO odnosi się do art. 26 ust. 3 Pzp i zgodnie z nim samodzielne złożenie zamawiającemu przez wykonawcę nowych dokumentów powinno być respektowane przez zamawiającego i zamawiający powinien brać nowe dokumenty pod uwagę w trakcie oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania ofert. Zamawiający powinien brać te dokumenty pod uwagę tak jakby ich zażądał na zasadzie art. 26 ust. 3 Pzp. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub

poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«. Jak widać z porównania przepisów art. 22a ust. 6 i art. 26 ust. 2 Pzp sytuacje są analogiczne i dlatego opisane w przepisach sytuacje tak samo należy rozstrzygać.

W konsekwencji w rozpoznawanej sprawie, w związku z brzmieniem przepisu art. 22a ust. 6 Pzp oprócz zastąpienia czy uzupełnienia listy podmiotów potwierdzających spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu zamawiający powinien umożliwić wykonawcy złożenie nowych dokumentów, o których mowa w art. 25a ust. 1 pkt 1 Pzp, który brzmi »Do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca [...] nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu«.

Ponadto odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 1 Pzp, który brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści«.

W związku z powyższym w ocenie Izby, zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez dopuszczenie zmian w liście podmiotów, na których zasoby powołał się wykonawca GROUP AV, polegających na dodaniu nowego podmiotu oraz naruszenia tego przepisu przez dopuszczenie zmian zakresu korzystania z zasobów podmiotu, na które powołał się wykonawca GROUP AV po upływie terminu składania ofert – nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie zasługują na uwzględnienie zarzuty odwołującego naruszenia art. 22a ust. 1-6 Pzp przez uznanie, że wykonawca GROUP AV dysponuje zdolnościami technicznymi i zawodowymi, podczas gdy z treści oświadczeń załączonych do oferty nie wynika, aby [a] wykonawca S.G. Zakład Budowy Dekoracji realnie i rzeczywiście udostępnił swoje zasoby, w szczególności przez wykonanie części zamówienia, [b] wykonawca Perfect Displays spółka z o.o. faktycznie posiadał wiedzę i doświadczenie wynikającą ze zrealizowanych usług, treść załączonych dokumentów nie wskazuje, aby ten podmiot je faktycznie zrealizował, [c] wykonawca S.G. Zakład Budowy Dekoracji faktycznie posiadał wiedzę i doświadczenie wynikającą ze zrealizowanych usług, bo treść załączonych dokumentów nie wskazuje aby ten podmiot je faktycznie zrealizował.

Izba stwierdza, że wykonawca Group AV sp. z o.o. w wykazie wykazanych usług wpisał:

- świadczenie przez podmiot Perfect Displays sp. z o.o. nadal wykonywanej usługi serwisowej i przeglądów okresowych urządzeń zainstalowanych w Centrum Zarządzania Kryzysowego PKP Polskich Linii Kolejowych S.A., o wartości usługi 1.068,870,00 zł,
- świadczenie przez konsorcjum S.G. Zakład Budowy i Dekoracji oraz Trias S.A. nadal wykonywanej usługi serwisowej ekspozycji Centrum Pieniądza w NBP w Warszawie, o wartości usługi ponad 650 000,00 zł.

Zamawiający w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowania dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w rozdz. 5 ust. 1 lit. b SIWZ wymagał, cyt.:

»A. Zamawiający uzna warunek za spełniony, gdy wykonawca wykaże się doświadczeniem w należyтым wykonaniu (lub w wykonywaniu – w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: co najmniej dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usłudze, stanowiącej przedmiot zamówienia.

Za usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, uważa się świadczenie usługi serwisowej systemów multimedialnych składających się z: projektorów multimedialnych, monitorów LCD, systemów nagłośnienia, systemów sterowania, systemów interaktywnych, świadczoną nie krócej niż 12 miesięcy i o wartości nie mniejszej niż 650 000 zł brutto.

Przez „usługę” Zamawiający rozumie jedną umowę/zamówienie/zlecenie. W przypadku usługi nadal wykonywanej, a jeszcze nie zakończonej, Zamawiający przyjmie, że warunek został spełniony, jeśli Wykonawca wykaże wykonanie usługi przez okres wskazany powyżej i o wartości jak wyżej najpóźniej na dzień złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W przypadku gdy wartość wykazywanych usług (umów) jest określona w innej walucie niż PLN, dokonane zostanie przeliczenie tej wartości na PLN na podstawie średniego kursu złotego w stosunku do walut obcych określonego w tabeli kursów średnich NBP z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu.«.

Izba stwierdza, że Zamawiający formułując ten warunek postąpił zgodnie z przepisami § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126), który to przepis brzmi:

»W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może

żądać następujących dokumentów [...] wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu«

Jak z tego wynika zamawiający nie żądał ani nie miał uprawnień do żądania innych dokumentów niż referencje na udokumentowanie należytego wykonania zamówienia. Zwłaszcza zamawiający nie mógł żądać [i faktycznie nie żądał] w szczególności dokumentów wskazujących na fakt zawarcia umowy, potwierdzenia wysokości wynagrodzenia czy protokołów odbioru świadczenia ze wskazaniem wartości wykonanego świadczenia lub zamówienia, a tych poświadczeń wymagał odwołujący.

Również odwołujący nie wskazał przepisu nakazującego lub choćby pozwalającego wymagania – i zamawiający nie wymagał – podania konkretnej wartości kontraktów, z których wykonawcy wywodzą spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Dlatego wskazanie przez wykonawcę, że świadczenie usługi o wartości nie mniejszej niż 650 000 zł brutto, zgodnie z przytoczonym wyżej warunkiem zamawiającego powinno zostać zaakceptowane przez zamawiającego. To odwołujący powinien wykazać zarzucane niespełnienie warunku świadczenia odpowiedniej wartości, zwłaszcza gdy odwołujący był w stanie złożyć szczegółowy dowód nr 1 »Aneks nr 4 do umowy Konsorcjum« [umowa TRIAS S.A. ze St. Góreckim]. Przeciwnie z dowodu tego, popartego dowodem nr 2 [fragment umowy, do której został wydany aneks nr 4], co strony rozumieją pod pojęciem umowy serwisowej, że nie jest to robota budowlana, co zarzucał odwołujący.

Samo wywodzenie przez zamawiającego nabycia doświadczenia przez tylko członkostwo w konsorcjum świadczącym danego rodzaju usługi nie mogłoby być przez Izbę popierane bez zastrzeżeń, ale w rozpoznawanym postępowaniu nie można wysunąć uzasadnionego zarzutu, że wykonawcy nie legitymowali się uzyskanym właściwym doświadczeniem zawodowym.

Wreszcie w ocenie Izby treść zobowiązania wykonawcy GROUP AV w związku ze zobowiązaniem wykonawcy S.G., jak twierdzi również zamawiający, odpowiada wymaganiom wskazanym w art. 22a Pzp i § 9 wyżej przytaczanego rozporządzenia w sprawie dokumentów. Dokument ten został uzupełniony zgodnie z żądaniem wystosowanym przez zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

W efekcie w ocenie Izby nie zasługują na uwzględnienie zarzuty odwołującego naruszenia art. 22a ust. 1-6 Pzp.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 2 585,10 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. poz. 238 oraz z 2017 r. poz. 47).

**Przewodniczący:** .....