

Sygn. akt: KIO 1016/15

WYROK

z dnia 27 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 maja 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2015 r. przez wykonawcę **ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Ogrodowa 58, 00-876 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie, ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Połczyńska 31a, 01-377 Warszawa (lider)** i **Ingrifo Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Ursynowska 72, 02-605 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1016/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Ogrodowa 58, 00-876 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Ogrodowa 58, 00-876 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługi opieki serwisowej oraz rozszerzenie posiadanego Systemu Zarządzania Procesami Eksploatacyjnymi”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 stycznia 2015 r., nr 2015/S 001-000768.

W dniu 6 maja 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie, Ingrifo Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, zwanych dalej „konsorcjum Betacom”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 15 maja 2015 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 15 maja 2015 r.) wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania wykluczenia wykonawcy w toku przedmiotowego postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Betacom pomimo, że wykonawca ten nie potwierdził warunków udziału w postępowaniu z uwagi na to, że:
 - konsorcjum Betacom uzupełniło dokumenty mające potwierdzać spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w Rozdziale IV pkt I. 2. SIWZ poprzez dostarczenie faktur i dowodów zapłaty, które nie potwierdzają należytego wykonania umowy i nie dotyczą zamówienia wykonanego należycie (zamówienie wykonywane w okresie, za który wykonawca przedstawił faktury - nie było wykonywane należycie)
 - konsorcjum Betacom uzupełniło dokumenty mające potwierdzać spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w Rozdziale IV pkt I. 2. SIWZ poprzez dostarczenie faktur i dowodów zapłaty, które nie dotyczą zamówienia wykonanego (B3System S.A. skończyła świadczyć usługę na rzecz Ministerstwa Finansów w I kwartale 2014 r. - tymczasem - w rzeczywistości B3System S.A. nie zakończyła świadczenia tej usługi w I kwartale, ale świadczyła ją w II kwartale a nawet III kwartale 2014 r.) w

związku z powyższym - jeśli już miała dostarczać faktury z dowodami zapłaty to powinna dostarczyć faktury za okres do końca III kwartału 2014r.)

2. art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Betacom z postępowania, względnie wezwania konsorcjum Betacom do uzupełnienia dokumentu - zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, tj. B3System S.A., podczas gdy złożone wraz z ofertą zobowiązanie:
 - miało charakter pozorny i było nieważne gdyż podmiot podpisujący to zobowiązanie nie miał jakiegokolwiek zdolności do przekazania zdolności do przekazania potencjału a ponadto – nie dysponował wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do potwierdzenia warunku
 - zobowiązanie ani żadne inne dokumenty - nie potwierdzały realności przekazania wiedzy i doświadczenia, były lakoniczne i sprzeczne z oświadczeniem zawartym w formularzu oferty w pkt III.4
3. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Betacom z postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania polegających na:
 - wprowadzeniu zamawiającego w błąd przez uzupełnienie dokumentów - faktur z potwierdzeniami zapłaty, jako potwierdzenia „należytego” wykonania, pomimo, że zamówienie nie było wykonywane należycie
 - wprowadzeniu zamawiającego w błąd przez uzupełnienie dokumentów - faktur, dotyczących okresu do 31.03.2014r., z jednoczesnym oświadczeniem, że świadczenie usług było tylko do końca I kwartału 2014 r. (było to więc „zamówienie wykonane do 31.03.2014 r.”) oraz że od końca tego okresu zamówienie wykonywał inny podmiot, pomimo, że zamówienie to było wykonywane przez B3System S.A. do końca II kwartału a nawet do końca III kwartału
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Betacom, pomimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na pozornym oparciu się o nieistniejące zasoby w celu wprowadzenia w błąd zamawiającego, jak również na stworzeniu konstrukcji opartej o faktury i dowody zapłaty z wybranego przez wykonawcę okresu w celu przekonania zamawiającego o istnieniu zasobów, które miałyby być przekazane ~ (działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji)
5. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Betacom z postępowania pomimo, że uzupełnione faktury wraz z dowodami zapłaty oraz oświadczeniem - nie były poświadczeniami należytego wykonania usługi

6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przejawiające się w takim samym potraktowaniu oferty odwołującego, którego oferta w pełni odpowiadała treści SIWZ, oraz konsorcjum Betacom, które podlegało wykluczeniu z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, złożyło nieprawdziwe informacje a ponadto jego oferta stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji
7. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty odwołującego
8. względnie - innych przepisów wynikających pośrednio i bezpośrednio z uzasadnienia. Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert
2. wykluczenie konsorcjum Betacom na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z daleko posuniętej ostrożności procesowej - w przypadku nie potwierdzenia się zarzutów dotyczących wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty - wezwania do uzupełnienia dokumentów
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert
4. dokonanie wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in.:

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Betacom pomimo, że wykonawca ten nie potwierdził warunków udziału w postępowaniu odwołujący podniósł m.in., że uzupełnione dokumenty nie potwierdzają należytego wykonania usługi wskazanej w ofercie wykonawcy - usługą świadczona przez B3System S.A., którą konsorcjum Betacom starało się potwierdzić uzupełnionymi fakturami, w rzeczywistości w okresie, na który powołuje się konsorcjum Betacom (od 1.01.2013 do 31.03.2014) nie była świadczona należycie. O wykonywaniu usługi przez firmę B3System S.A. z umowy z Ministerstwem Finansów w okresie od 01.01.2013 r. do 31.03.2014 r. w taki sposób, że nie można było potwierdzić należytego wykonania - świadczy m.in. korespondencja prowadzona drogą elektroniczną pomiędzy przedstawicielami Ministerstwa a osobami bezpośrednio wykonującymi usługę z ramienia B3 System S.A., w jednoznaczny sposób wskazująca, że zamawiający nie uznaje usług wykonywanych przez B3System S.A. za wykonywane należycie a wręcz przeciwnie - nawołuje do prawidłowego ich wykonywania. Umowa ta (umowa dla Ministerstwa Finansów z dnia 9.10.2012r., dotycząca usługi świadczenia opieki serwisowej oprogramowania HP Service Manager - była wykonywana przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - B3System S.A. (lidera) oraz ITSM Group sp. z o.o. W

trakcie realizacji umowy - podczas gdy B3System S.A. był liderem - umowa nie była wykonywana należycie. Dopiero, gdy B3System S.A. wycofał się z realizacji umowy - przekazał całość obowiązków ITSM Group sp. z o.o. - odwołujący świadczy usługi w sposób należyty (tak, że zamawiający jest w stanie wystawić mu poświadczenie).

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Betacom pomimo, że wykonawca ten nie potwierdził warunków udziału w postępowaniu odwołujący podniósł, iż wykonawca Betacom uzupełnił faktury i oświadczył, że B3System S.A. skończyła świadczyć usługę na rzecz Ministerstwa Finansów w I kwartale 2014 r. – tymczasem w rzeczywistości B3System S.A. nie zakończyła świadczenia tej usługi w I kwartale, ale świadczyła ją w II kwartale a nawet III kwartale 2014 r. W takiej sytuacji - B3System S.A. powinien złożyć poświadczenia należytego wykonania z datą po zakończeniu świadczenia usługi (tj. po 30.09.2014 r.) a nie w trakcie świadczenia. Pomimo to - wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd wskazując, że od początku II kwartału usługi wykonywał „inny podmiot”. Reasumując - w niniejszej sytuacji - konsorcjum Betacom - jeśli już przedstawiało faktury B3System S.A. i dowody zapłaty (abstrahując od tego, że usługa wykonywana była nienależycie i że nie stanowią one potwierdzenia należytego wykonania) - to powinno je przedstawić za okres do 30.09.2014r.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Betacom z postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania odwołujący podniósł, iż konsorcjum Betacom celowo wprowadziło w błąd zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ nie poinformowało zamawiającego, że usługa była świadczona przez B3System S.A. również po 31 marca 2014r.; dopasowało „daty świadczenia usługi” - niezgodnie z rzeczywistością - do kwoty wymaganej przez zamawiającego, (faktury, które złożyło w uzupełnieniu - potwierdzają kwotę wymaganą) oraz dostosowało podane „daty świadczenia usługi” do złożonych faktur mających potwierdzać należyte wykonanie usługi, ale niezgodnie z rzeczywistością. Nadto podniósł, iż wykonawca Betacom milczał, pomimo, że wiedział, iż B3System S.A. przeniósł w dniu 10.06.2014 r. działalność na inny podmiot,

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Betacom, pomimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji odwołujący podniósł, iż przedmiotowym stanie faktycznym powoływanie się przez konsorcjum Betacom na wiedzę i doświadczenie spółki B3System S.A., która nienależycie wykonywała usługę na rzecz Ministerstwa Finansów, przez co nie była w stanie uzyskać odpowiednich referencji, należy uznać za działanie co najmniej sprzeczne z dobrymi obyczajami. Należy uwzględnić całokształt działania konsorcjum Betacom - tj. zarówno dokumenty złożone w ofercie jak również dokumenty wynikające z uzupełnienia. Korzystanie

z zasobów, które nie istnieją, przedkładanie faktur z wybranego przez siebie okresu z pominięciem faktur wystawianych później - w celu uzyskania zamówienia było działaniem zarówno bezprawnym jak również rażąco sprzecznym z dobrymi obyczajami. Konsekwencją tego działania było utrudnianie dostępu do przedmiotowego zamówienia odwołującemu, który dysponuje odpowiednią wiedzą i doświadczeniem i daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Odnośnie zarzutu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Betacom z postępowania, pomimo, że uzupełnione faktury wraz z dowodami zapłaty oraz oświadczeniem - nie były poświadczeniami należytego wykonania usługi odwołujący podniósł, że konsorcjum Betacom nie złożyło wraz z ofertą poświadczenia należytego wykonania usługi na rzecz Ministerstwa Finansów. W takiej sytuacji, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów wykonawca usługi powinien złożyć oświadczenie, że wykonał ją należycie, jednocześnie wykazując uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze, z powodu których nie był w stanie uzyskać poświadczenia. Tymczasem - w żadnym miejscu oferty ani wyjaśnień - ani wykonawca, ani podmiot udostępniający zasoby bezpośrednio nie oświadczyli, że usługa na rzecz Ministerstwa Finansów została wykonana należycie. Wykonawca w wyniku uzupełnienia dokumentów złożył jedynie faktury wraz z dowodem ich opłacenia przez zamawiającego oraz wyłącznie jeden Protokół Odbioru Okresu Rozliczeniowego za okres 01.07.2013 r. - 30.09.2013 r., w których w żadnym miejscu nie potwierdzono należytego wykonania danego etapu usługi.

W dniu 18 maja 2015 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe wezwanie konsorcjum Betacom otrzymało w tej samej dacie).

W dniu 20 maja 2015 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum Betacom zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający, pismem z dnia 25 maja 2015 r., złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia: art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Betacom mimo, że wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Betacom z postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania; art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Betacom z postępowania pomimo, że uzupełnione faktury wraz z dowodami zapłaty oraz oświadczeniem - nie były poświadczeniami należytego wykonania usługi (zarzut I odwołania – str. 2; zarzut III odwołania – str. 3; zarzut V odwołania – str. 3) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale IV SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu, oferta oraz dokumenty wymagane od wykonawcy”, pkt I „Warunki udziału w postępowaniu”, ppkt 2 wskazał, iż „o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali lub wykonują co najmniej jedną trwającą minimum 12 miesięcy usługę świadczenia opieki serwisowej oprogramowania HP Service Manager o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto.”

Na potwierdzenie powyższego należało złożyć – zgodnie z rozdziałem IV SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu, oferta oraz dokumenty wymagane od wykonawcy”, pkt III „Wymagane dokumenty”, ppkt 1.2.2) - wykaz wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres ich działalności jest krótszy - to w tym okresie, co najmniej jednej, trwającej minimum 12 miesięcy w sposób ciągły usługi świadczenia opieki serwisowej oprogramowania HP Service Manager, o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ.”

Konsorcjum Betacom w złożonym wraz z ofertą wykazie usług (poz. 1) powołało się na usługę wykonaną przez podmiot trzeci, tj. B3System S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Ministerstwa Finansów, której przedmiotem była „Usługa świadczenia opieki serwisowej oprogramowania HP Service Manager”, świadczona w okresie „rozpoczęcie 01.01.2013 zakończenie: 30.09.2014”. Na potwierdzenie wykonania powyższej usługi złożyło w załączeniu Protokół odbioru produktu z dnia 7 listopada 2012 r.

Zamawiający, pismem z dnia 17 marca 2015 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał konsorcjum Betacom do „uzupełnienia dowodu, potwierdzającego należyte wykonanie usługi wskazanej przez Wykonawcę w wykazie”.

W odpowiedzi na powyższe konsorcjum Betacom, pismem z dnia 20 marca 2015 r., przedłożyło dowody potwierdzające świadczenie przez B3System S.A. opieki serwisowej oprogramowania HP Service Manager w okresie od 01.01.2013 r. do 31.03.2014 r., tj.:

- fakturę VAT z dnia 11.04.2013 r. nr FVS130411/00003 wraz z dowodem jej zapłaty przez zamawiającego; faktura wystawiona była z tytułu świadczenia usług za I kwartał 2013 r.
- fakturę VAT z dnia 04.07.2013 r. nr FVS130704/00002 wraz z dowodem jej zapłaty przez zamawiającego; faktura wystawiona z tytułu świadczenia usług za II kwartał 2013 r.
- fakturę VAT z dnia 17.10.2013 r. nr FVS131017/00001 wraz z protokołem odbioru usług w okresie III kwartału 2013 r.; faktura wystawiona z tytułu świadczenia usług za III kwartał 2013 r.
- fakturę VAT z dnia 24.01.2014 r. nr FVS140124/00003 wraz z dowodem jej zapłaty przez zamawiającego; faktura wystawiona z tytułu świadczenia usług za IV kwartał 2013 r.,
- fakturę VAT z dnia 25.04.2014 r. nr FVS140425/00004 wraz z dowodem jej zapłaty przez zamawiającego; faktura wystawiona z tytułu świadczenia usług za I kwartał 2014 r.

Odwołujący podniósł, iż uzupełnione dokumenty nie potwierdzają należytego wykonania usługi wskazanej z ofercie wykonawcy, gdyż w okresie tym usługa ta nie była świadczona należycie.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Konsorcjum Betacom na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu powołało się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, tj. B3System S.A. z siedzibą w Warszawie, a mianowicie usługę realizowaną na rzecz Ministerstwa Finansów przez konsorcjum, w skład którego wchodziło B3System S.A. z siedzibą w Warszawie i ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia – zgodnie z art. 141 ustawy Pzp – ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Tak więc skutkiem wykonania zamówienia przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia (konsorcjum) jest to, że każdy z nich z osobna może powoływać się na realizację zamówienia, w realizacji którego uczestniczył. Oznacza to, że ma to miejsce zarówno w sytuacji, gdy wykonawcy ci ubiegają się wspólnie o udzielenie zamówienia, ale i wtedy, gdy dotyczy to każdego z osobna. Każdy ma prawo powołać się na doświadczenie nabyte przez konsorcjum, w którym uczestniczył.

Tym samym wykonawca B3System S.A. mógł powołać się na usługę, którą realizował w ramach konsorcjum. Usługa zrealizowana na rzecz Ministerstwa Finansów przez konsorcjum, w skład którego wchodził wykonawca B3system S.A. i odwołujący, jak wynika z treści dokumentów, jest realizowana należycie. Świadczy o tym przede wszystkim treść pisma z dnia 9 lutego 2015 r., skierowanego do odwołującego, tj. ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w którym stwierdzono, iż „Ministerstwo Finansów potwierdza, że konsorcjum firm: B3System S.A. i ITSM Group Sp. z o.o. w ramach umowy nr R/159/11/DI/B/494 z dnia 09.10.2012 r.: (...) świadczy usługę asysty technicznej (...). Usługa „świadczone jest bez zastrzeżeń”. Twierdzenia odwołującego jakoby usługa realizowana przez B3System S.A., w ramach konsorcjum firm: B3System S.A. i ITSM Group Sp. z o.o., nie była świadczona należycie nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania. Odwołujący, co prawda przyznaje, że usługa realizowana na rzecz Ministerstwa Finansów była realizowana należycie. Niemniej jednak twierdzi, że część, którą wykonywało B3System S.A. należycie nie była wykonywana. Dowodem na powyższe ma być korespondencja mailowa prowadzona przez tamtego zamawiającego (Ministerstwo Finansów) a przedstawicielami ITSM Group Sp. z o.o., a więc obecnego odwołującego. Korespondencja ta, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie stanowi dowodu nienależytego wykonywania tej usługi, a jedynie – jak słusznie podniósł zamawiający – dowód normalnych, bieżących kontaktów zamawiającego z wykonawcą. Istotą tego rodzaju usług jest bowiem zgłaszanie błędów i ich naprawa w sposób określony przez strony umowy. Dowodu takiego (nienależytego wykonywania umowy przez B3System S.A.) nie mogą także stanowić aneksy do umowy, gdyż z faktu zmiany lidera konsorcjum okoliczność taka nie wynika. Odwołujący, będący członkiem konsorcjum realizującego zamówienie na rzecz Ministerstwa Finansów, opiera się jedynie na niczym nieopartych twierdzeniach. Tymczasem wykonawcy wspólnie realizujący tamto zamówienie obecnie konkurują z sobą, ubiegając się o udzielenie tego konkretnego zamówienia, tym bardziej więc ostrożnie należy podchodzić do wzajemnych zarzutów, zwłaszcza, że każdy z tych wykonawców, wykazując posiadanie wiedzy i doświadczenia, może powoływać się na doświadczenie uzyskane podczas wspólnie realizowanego zamówienia. Tym samym nienależyte wykonanie części zamówienia, którą

realizował B3System S.A., musiałyby być wykazane w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Tymczasem poza już wyżej przywołanym potwierdzeniem przez Ministerstwo Finansów należytego wykonania usługi (asysty technicznej) potwierdzenie takie stanowią także wystawione faktury. Faktury te bowiem – jak wykazał zamawiający - odwołując się m.in. do treści umowy (§ 10) zawartej pomiędzy Ministerstwem Finansów a konsorcjum, w skład którego wchodził B3System S.A. i odwołujący - były wystawiane (podobnie jak u obecnego zamawiającego) na podstawie podpisanego bez zastrzeżeń Protokołu Odbioru Okresu Rozliczeniowego przez osoby upoważnione przez strony umowy. Tym samym stwierdzenie należytego wykonania umowy było podstawą do wystawienia faktury i dokonania na jej podstawie płatności. Ich wystawienie stanowi, wobec ww. postanowień umowy, potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Oznacza to, że zarówno w okresie referencyjnym, jak również przez cały okres realizowania umowy usługa asysty technicznej była i jest wykonywana należycie.

Zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawców wykonaniem lub wykonywaniem co najmniej jednej trwającej minimum 12 miesięcy usługi świadczenia opieki serwisowej oprogramowania HP Service Manager. I taką usługą konsorcjum Betacom się wykazało i mogło się wykazać, powołując się na usługę wykonaną przez B3System S.A. w ramach konsorcjum firm: B3System S.A. i ITSM Group Sp. z o.o., tj. usługi wykonywanej przez to konsorcjum na rzecz Ministerstwa Finansów. Część świadczenia faktycznie wykonana przez B3System S.A. jest bowiem w takiej skali wartości, która wypełnia wymóg określony przez zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu.

Odnosnie zarzutu dotyczącego terminu końcowego realizacji usługi na rzecz Ministerstwa Finansów przez B3System S.A. stwierdzić należy, że istotnie w treści wykazu jako termin zakończenia usługi realizowanej na rzecz Ministerstwa Finansów (poz. 1 wykazu), wskazano „30.09.2014”. Natomiast w treści odpowiedzi do uzupełnienia dokumentów (pismo z dnia 20 marca 2015 r.) konsorcjum Betacom podało, że „data zakończenia świadczenia tych usług wskazana w pierwotnym wykazie była błędna, albowiem powinna być wskazana data 31.03.2014 r.”, załączając dowody potwierdzające należyte wykonanie usługi w tym okresie, tj. „w okresie od 01.01.2013 r. do 31.03.2014 r.”. Podanie błędnego terminu zakończenia realizacji usługi – jak słusznie podniósł zamawiający – jest bez znaczenia dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jak już wyżej stwierdzono usługa referencyjna (przez cały okres jej świadczenia) była realizowana należycie. Brak jest bowiem jakichkolwiek dowodów stwierdzających okoliczność przeciwną. Faktury przedstawione zamawiającemu stanowią dowód na to, że we wskazanym okresie (do 31 marca 2014 r.) usługę faktycznie realizowało B3System S.A. Bez znaczenia dla oceny tak postawionego zarzutu jest okoliczność omyłki w dacie zakończenia realizacji zamówienia, którą to okoliczność przyznał przystępujący w złożonych zamawiającemu

wyjaśnieniach. Nie można więc takiemu działaniu przypisać jakiegokolwiek, w tym sugerowanego przez odwołującego, znaczenia. Dlatego też Izba uznała, że nie potwierdził się także zarzut złożony przez konsorcjum Betacom nieprawdziwych informacji.

Izba uznała, że w tym konkretnym przypadku złożone przez konsorcjum Betacom faktury, dowody zapłaty oraz oświadczenie wykonawcy, wbrew twierdzeniom odwołującego stanowią potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Same faktury rzeczywiście nie mogą stanowić potwierdzenia należytego wykonania zamówienia. Jednak, jak już wyżej wskazano, a co wynika z treści umowy zawartej przez konsorcjum, w skład którego wchodziło B3System S.A., faktury były wystawiane na podstawie podpisanego bez zastrzeżeń Protokołu Odbioru Okresu Rozliczeniowego przez osoby upoważnione przez strony umowy. W takiej też sytuacji (znajdującej się w treści dokumentacji postępowania poświadczenia wystawionego na rzecz ITSM Group Sp. z o.o. – konsorcjanta B3System S.A. stwierdzającego jednoznacznie, że usługa asysty świadczona jest bez zastrzeżeń), brak jest podstaw do kwestionowania dokumentów, które zostały wystawione prawidłowo po dokonaniu odbioru usługi bez zastrzeżeń. Tym Izba stwierdziła, że i ten zarzut nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (zarzut II odwołania – str. 2-3) poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Betacom z postępowania względnie wezwania konsorcjum Betacom do uzupełnienia dokumentu – zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, tj. B3System S.A. nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale III SIWZ „Wymagane dokumenty” pkt 1.1.4) podał, że „jeżeli Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi stosunków, zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia”.

Konsorcjum Betacom w załączeniu do oferty złożyło „Zobowiązanie do udostępnienia zasobów” z dnia 9 lutego 2015 r., w treści którego B3System S.A. zobowiązał się do udostępnienia „niezbędnych zasobów, tj. wiedzy i doświadczenia, na okres korzystania z nich przy realizacji wskazanego wyżej zamówienia publicznego, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2013, poz. 984 z późniejszymi zmianami), w szczególności poprzez współpracę przy realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego”.

Odwołujący podniósł m.in., że zobowiązanie ani żadne inne dokumenty nie potwierdzały realności przekazania wiedzy i doświadczenia, były lakoniczne i sprzeczne z oświadczeniem zawartym w formularzu oferty w punkcie III.4.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Z treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wynika konieczność udowodnienia zamawiającemu przez wykonawcę, który powołuje się na cudzą wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia, zdolności finansowe lub ekonomiczne, że będzie tymi zasobami dysponował, przedstawiając zamawiającemu w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Wymagane w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp udowodnienie udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci służy wykazaniu realności takiego udostępnienia, a więc udowodnieniu faktu, że przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie rzeczywiście dysponował udostępnionym zasobem i będzie mógł go wykorzystywać. Niemożliwym jest więc uznanie realności takiego udostępnienia bez zagwarantowania jakiejś formy udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Wiedzą i doświadczeniem, a w tym przypadku to właśnie wiedza i doświadczenie zostało udostępnione, nie można się podzielić tylko w sferze abstrakcyjnego zobowiązania bez jego zastosowania w praktyce. To właśnie wykazanie zamawiającemu przez konsorcjum Betacom realności udostępnienia wiedzy i doświadczenie kwestionował odwołujący, podnosząc, że przy usługach wykazany przez tego wykonawcę sposób korzystania z wiedzy i doświadczenia, a polegający na współpracy jest niewystarczający dla uznania, że wykonawca z tego zasobu będzie mógł skorzystać. Niemniej jednak Izba uznała, że w tym konkretnym stanie faktycznym z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia (usługi serwisowe) taki sposób udostępnienia zasobu, jak został wskazany w zobowiązaniu - współpraca przy realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego - jest możliwy. Z jego treści wprost bowiem wynika, że ten udział rzeczywiście będzie miał miejsce. Współpraca będzie polegała na wspólnym działaniu przy realizacji przedmiotu tego zamówienia. Potwierdzają to także oświadczenia osób, które będą zaangażowane w realizację zamówienia, a które są powiązane umowami o współpracy zarówno z konsorcjum Betacom, jak i firmą B3System S.A. i, które uczestniczyły przy realizacji zamówienia na rzecz Ministerstwa Finansów.

Złożone zobowiązanie nie pozostaje, wbrew twierdzeniom odwołującego, w sprzeczności z treścią formularza ofertowego, w treści którego konsorcjum Betacom oświadczyło, że w realizacji zamówienia nie będzie brał udział podwykonawca. Podmiot udostępniający zasób nie ma bowiem obowiązku uczestniczyć w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Podmiot udostępniający zasoby powinien wziąć udział w wykonaniu

zamówienia. Niemniej jednak jego udział nie musi polegać na podwykonawstwie, ale może to nastąpić w każdej innej formie.

Odwołujący nie wykazał także, że zobowiązanie podmiotu trzeciego zostało złożone jedynie dla pozoru, a tym samym jest nieważne. Dowodu na to nie stanowi to, że B3System S.A. przeniosła jakąś część swojej działalności na rzecz B3System Sp. z o.o., jak również to, że ma czy też miała jakieś problemy finansowe, co także nie zostało udowodnione.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Betacom, pomimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji (zarzut V odwołania – str. 3) nie potwierdził się.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tymczasem odwołujący, zarzucając zamawiającemu naruszenie tego przepisu, nie tylko, że nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił, iż konsorcjum Betacom dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący poza odwołaniem się do art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie wykazał spełnienia przez konsorcjum Betacom przesłanek dla stwierdzenia dopuszczenia się przez tego wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji. Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi bowiem, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Stanowi przy tym klauzulę generalną, której uszczegółowienie zawarte jest w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący, mimo, iż to właśnie na nim – zgodnie z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 6 k.c. - spoczywa obowiązek udowodnienia podnoszonych przez niego zarzutów nie przedstawił dowodów potwierdzających zaistnienie przesłanek, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podnoszone przez niego argumenty nie znajdują bowiem potwierdzenia w przedstawionym materiale dowodowym. Zamówienie będące przedmiotem sporu jest bowiem należycie wykonywane i brak jest jakichkolwiek dowodów, z których jednoznacznie by wynikało, że część zamówienia, którą wykonywał podmiot, na doświadczenie którego konsorcjum Betacom się powoływało, tj. B3System Sp. z o.o. nie była należycie wykonana. Także twierdzenia odwołującego jakoby konsorcjum Betacom powołało się na korzystanie z zasobów, które nie istnieją, również nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania. Tym samym Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: