

Sygn. akt: KIO 2070/13

Sygn. akt: KIO 2074/13

## WYROK

z dnia 13 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Emil Kuriata

**Członkowie:** Marek Koleśnikow

Piotr Kozłowski

**Protokolant:** Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A. w dniu 26 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **NextiraOne Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie,**

B. w dniu 26 sierpnia 2013 r. przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Integrated Solutions Sp. z o.o., Telekomunikacja Polska S. A. z siedzibą dla lidera w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie,**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Integrated Solutions Sp. z o.o., Telekomunikacja Polska S. A. z siedzibą dla lidera w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2070/13 - po stronie odwołującego,

B. wykonawcy **Siemens Enterprise Communications Sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2070/13, KIO 2074/13 - po stronie odwołującego,

C. wykonawcy **Infover Sp. z o.o., S.K.A. w Kielcach** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2070/13 oraz KIO 2074/13 - po stronie zamawiającego,

- D. wykonawcy **Trecom Sp. z o.o. S.K.A. w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2070/13 oraz KIO 2074/13 - po stronie zamawiającego,
- E. wykonawcy **ZETO-RZESZÓW Sp. z o.o. w Rzeszowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2070/13 oraz KIO 2074/13 - po stronie zamawiającego,
- F. wykonawcy **NextiraOne Polska Sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2074/13 - po stronie odwołującego,
- G. wykonawcy **Betacom S.A. w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2074/13 - po stronie zamawiającego,
- H. wykonawcy **Decsoft S.A. w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2074/13 - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnia oba odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu,
  - 1A) w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2070/13, wezwanie w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami posiadającymi odpowiednie kwalifikacje zawodowe wykonawców: ZETO-Rzeszów sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie oraz Trecom sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Warszawie,
  - 1B) w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2074/13, wykluczenie z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykonawcy Infover sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Kielcach, wezwanie w trybie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie wiedzy i doświadczenia, wyjaśnienia poz. 7 wykazu zamówień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Integrated Solutions Sp. z o.o., Telekomunikacja Polska S. A. z siedzibą dla lidera w Warszawie,  
dokonanie czynności badania i oceny wniosków.
2. Kosztami postępowania obciąża **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

**NextiraOne Polska Sp. z o. o. w Warszawie (15 000 zł 00 gr)** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Integrated Solutions Sp. z o.o., Telekomunikacja Polska S. A. z siedzibą dla lidera w Warszawie (15 000 zł 00 gr)** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie** na rzecz wykonawcy **NextiraOne Polska Sp. z o. o. w Warszawie** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

2.3. zasądza od **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Integrated Solutions Sp. z o.o., Telekomunikacja Polska S. A. z siedzibą dla lidera w Warszawie** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3, 5 01-748 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Wdrożenie rozwiązania Telefonii IP w ZUS*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101 i poz. 1529).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 stycznia 2013 roku pod numerem 2013/S 015-021132.

Zamawiający dnia 16 sierpnia 2013 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania kwalifikacyjnego, w trybie przetargu ograniczonego.

### **KIO 2070/13**

Dnia 26 sierpnia 2013 roku wykonawca NextiraOne Polska sp. z o.o., ul. Chmielna 85/87; 00-805 Warszawa (zwany dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 51 ust. 1-3 ustawy Pzp, poprzez błędną ocenę wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożonego przez odwołującego, polegającą na zaniżeniu punktacji przyznawanej dla potrzeb ustalenia grupy wykonawców zaproszonych do składania ofert (zaniechaniu przyznania punktacji za zamówienia wskazane w poz. 3 i poz. 5 wykazu załączonego do wniosku odwołującego), a w konsekwencji zaniechanie zaproszenia odwołującego do składania ofert.
2. Naruszenie art. 51 ust. 1 -3 pzp przez:
  - 1) uznanie, że wykonawca ZETO-Rzeszów sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, złożył dokumenty potwierdzające wiedzę i doświadczenie, uzasadniające przyznanie mu 433 punktów,
  - 2) uznanie, że wykonawca Trecom sp. z o.o. SKA z siedzibą w Warszawie, złożył dokumenty potwierdzające wiedzę i doświadczenie, uzasadniające przyznanie mu 564 punktów,
  - 3) uznanie, że wykonawca Infover sp. z o.o. SKA z siedzibą w Kielcach, złożył dokumenty potwierdzające wiedzę i doświadczenie, uzasadniające przyznanie mu 559 punktów,

w oparciu o udostępnioną tym wykonawcom wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego (Huawei Technologies Co. Ltd.) i w konsekwencji poprzez zaproszenie tych wykonawców do

składania ofert, pomimo że wykonawcy ci nie wykazali, iż będą realnie dysponowali zasobami podmiotu trzeciego, a tym samym nie było podstaw do przyznawania punktów za udostępnione w ten sposób wiedzę i doświadczenie.

3. Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawców: Infover, ZETO-Rzeszów, Trecom, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku dysponowania osobami posiadającymi odpowiednie kwalifikacje zawodowe, mimo że wykonawcy ci nie wykazali, że będą dysponowali w tym zakresie zasobami podmiotu trzeciego, a tym samym nie wykazali, że spełniają powyższy warunek udziału w postępowaniu.
4. Naruszenie art. 8 ust. 3 pzp i art. 96 ust. 3 pzp przez zaniechanie ujawnienia odwołującemu:
  - 1) treści wniosku Trecom w zakresie: wykazu zamówień, dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień, wykazu osób, rachunków zysków i strat oraz opinii biegłego rewidenta,
  - 2) treści wniosku ZETO-Rzeszów w zakresie wykazu osób,
  - 3) treści wniosku Infover w zakresie: wykazu zamówień w części dotyczącej poz. 15, wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia w odniesieniu do poz. 15,mimo że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

- 1) unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- 2) udostępnienia treści wniosków:
  - a) wykonawcy Trecom w zakresie: wykazu zamówień, dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia, wykazu osób, rachunków zysków i strat oraz opinii biegłego rewidenta,
  - b) wykonawcy ZETO- Rzeszów w zakresie wykazu osób,
  - c) wykonawcy Infover w zakresie: wykazu zamówień w części dotyczącej poz. 15, wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia w odniesieniu do poz. 15.
- 3) ponownego badania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez odwołującego i przyznania wnioskowi odwołującego wyższej punktacji poprzez uwzględnienie zamówień wskazanych w poz. 3 i poz. 5 wykazu załączonego do wniosku odwołującego,

- 4) ponownego badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożonych przez ZETO-Rzeszów, Trecom i Infover bez uwzględnienia wiedzy i doświadczenia Huawei Technologies Co. Ltd.,
- 5) wezwania ZETO-Rzeszów, Trecom i Infover do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku dysponowania osobami posiadającymi odpowiednie kwalifikacje zawodowe, a w wypadku ustalenia, że wezwanie jest niedopuszczalne - nakazanie wykluczenia tych wykonawców z postępowania,
- 6) dokonania powtórnej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem powyższych czynności oraz zarzutów objętych niniejszym odwołaniem.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ złożył w niniejszym postępowaniu wniosek, w którym wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym wykazał się wiedzą i doświadczeniem w stopniu, który w świetle kryteriów opisanych w ogłoszeniu o zamówieniu powinien uzasadniać zaproszenie odwołującego do udziału w postępowaniu. Zamawiający w dniu 16 sierpnia 2013 r. zaprosił do składania ofert pięciu wykonawców: ZETO- Rzeszów, Infover, Trecom, a także Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie i Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie. Odwołujący nie został zaproszony do składania ofert, co w ocenie odwołującego jest wynikiem bezzasadnego zaniżenia punktacji przyznanej jego wnioskowi oraz bezzasadnego przyznania punktów wykonawcom ZETO-Rzeszów, Infover oraz Trecom. W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez odwołującego, albowiem pominięcie odwołującego w gronie wykonawców zaproszonych do składania ofert pozbawia go szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego - zgłosili przystąpienie:

- 1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Integrated Solutions sp. z o.o., Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 2) wykonawca Siemens Enterprise Communications sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego - zgłosili przystąpienie:

- 1) wykonawca Infover sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Kielcach,
- 2) wykonawca ZETO-Rzeszów sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie,
- 3) wykonawca Trecom sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający, dnia 9 września 2013 roku, na posiedzeniu, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

## KIO 2074/13

Dnia 26 sierpnia 2013 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Integrated Solution sp. z o.o., ul. Moniuszki 1A; 00-014 Warszawa, Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18; 00-105 Warszawa (zwani dalej „odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 7, art. 14, art. 82 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z art. 58 § 1 k.c. i 5 k.c., poprzez przyjęcie, iż przepisy te nie ustanawiają normy, która nakazuje wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawców składających wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dla upozorowania konkurencji.
2. Art. 7, art. 14, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 3, art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), zwanej dalej „UZNK”, w związku z art. 58 k.c. i 5 k.c., poprzez przyjęcie, iż przepisy te nie ustanawiają normy, która nakazuje wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawców składających wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dla upozorowania konkurencji.
3. Art. 7, art. 51 ust. 1, 1a i 2, art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz art. 3, art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK, w związku z art. 58 i 5 k.c., poprzez przyjęcie, że z przepisy te nie ustanawiają normy, która zakazuje przyznania punktów za ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w przypadku gdy posłużenie się zobowiązaniem do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, narusza zasady uczciwej konkurencji.
4. Art. 51 ust. 1-2 ustawy Pzp, w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp, poprzez przyznanie punktów za usługi i dostawy wykazane na podstawie zobowiązań do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, w stopniu wyższym niż tylko mającym na celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

ewentualnie

- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w związku z art. 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia zobowiązań do udostępniania zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, podczas gdy są to dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu i jako takie podlegają uzupełnieniu.
5. Art. 51 ust. 1-2 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przyznania punktacji z tytułu zamówienia wskazanego w poz. 7 „wykazu zamówień”, dołączonego do wniosku odwołującego, ewentualnie zaniechanie wyjaśnienia rozbieżności w treści „Wykazu zamówień” w zakresie tego zamówienia.

6. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w związku z art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego w odniesieniu do komplementariusza spółki Trecom sp. z o.o. S.K.A.
7. Art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Infover sp. z o.o. S.K.A. pomimo tego, że dokument potwierdzający zdolność finansową tego wykonawcy, złożony na wezwanie zamawiającego, nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności oceny spełniania warunków w postępowaniu oraz przyznania punktów z tytułu spełniania tych warunków,
- 2) wezwanie odwołującego do uzupełnienia zobowiązań do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia,
- 3) wezwanie odwołującego do wyjaśnienia rozbieżności w treści „Wykazu zamówień” dołączonego do wniosku odwołującego, w zakresie zamówienia wskazanego pod pozycją nr 7,
- 4) wezwanie Trecom sp. z o.o. S.K.A do uzupełnienia informacji z KRK dotyczącej komplementariusza,
- 5) przeprowadzenie ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem uzupełnionych przez odwołującego dokumentów oraz złożonych wyjaśnień,
- 6) wykluczenie z postępowania wykonawców: Decsoft S.A., Trecom sp. z o.o. S.K.A, Zeto-Rzeszów sp. z o.o., Infover sp. z o.o. S.K.A, Betacom S.A., ewentualnie przeprowadzenie ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z pominięciem zamówień wykazanych przez wszystkich wykonawców na podstawie zobowiązań do udostępnienia zasobów.

Do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego - zgłosili przystąpienie:

- 1) wykonawca NextiraOne Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- 2) wykonawca Siemens Enterprise Communications sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego - zgłosili przystąpienie:

- 1) Infover sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Kielcach,
- 2) ZETO-Rzeszów sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie,
- 3) Trecom sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Warszawie.
- 4) BETACOM S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 5) DECSOFT S.A. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający, dnia 9 września 2013 roku, na posiedzeniu, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych oraz podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołania zasługują na uwzględnienie.**

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

### **KIO 2070/13**

Odnosząc się do zarzutów odwołującego, Izba stwierdziła, co następuje.

#### 1. Zarzuty dotyczące nieprawidłowej oceny wniosku odwołującego.

Odwołujący podniósł, iż w zawiadomieniu o wynikach oceny wniosków zamawiający stwierdził dla zamówienia z poz. 3 wykazu załączonego do wniosku odwołującego, że skoro 5-letni serwis gwarancyjny został zakończony w listopadzie 2012 r., to „usługa nie spełnia warunku (dostawa i wdrożenie w ostatnich trzech latach)”. W odniesieniu do zamówienia wskazanego w poz. 5 wykazu załączonego do wniosku odwołującego, zamawiający stwierdził: „nie spełnia warunku - jej wdrożenie nastąpiło przed trzyletnim wymaganym okresem”.

W ocenie odwołującego, stanowisko zamawiającego nie ma podstaw w świetle postawionego warunku udziału w postępowaniu, ponieważ zamawiający pomija kluczową część tego warunku. Z treści ogłoszenia wynika jednoznacznie, że warunek zostanie uznany za spełniony dopiero w przypadku wykazania, że zamówienie składało się z trzech elementów: dostawy, wdrożenia i serwisu gwarancyjnego dla systemu telefonii IP. Skoro tak,

wszystkie powyższe elementy powinny być brane pod uwagę dla ustalania, kiedy zamówienie zostało wykonane.

Skoro w wypadku zamówienia z poz. 3 wszystkie świadczenia były realizowane do listopada 2012 r., nie można uznać, że zamówienie zostało wykonane przed wymaganym terminem. Zamawiający nie miał zatem podstaw, aby odmówić przyznania odwołującemu punktacji za to zamówienie (łącznie 9 punktów za 9 000 użytkowników dla poz. 3).

Analogiczny problem dotyczy poz. 5 wykazu. W tym wypadku wszystkie świadczenia zostały zrealizowane dopiero w grudniu 2010 r. (na rozprawie odwołujący sprostował, iż chodziło o listopad 2010 r.), a zatem w wymaganym okresie trzech lat przed upływem terminu składania wniosków. Zamawiający nie miał podstaw, aby odmówić przyznania punktacji za to zamówienie (łącznie 35 punktów za 35 000 użytkowników dla poz. 5).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Izba stwierdziła, że zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu sprecyzował przedmiotowy warunek w ten sposób, iż o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy: *„wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwa zamówienia obejmujące swoim zakresem dostawę i wdrożenie systemu telefonii 1P (...) wraz ze świadczeniem usługi serwisu gwarancyjnego przez okres, co najmniej roku dla każdego z nich, przy czym:*

- a) jedno zamówienie obejmowało swoim zakresem, co najmniej 10 000 użytkowników,*
- b) drugie obejmowało swoim zakresem, co najmniej 3 000 użytkowników.*

*Dopuszcza się usługę serwisu gwarancyjnego w trakcie realizacji z zastrzeżeniem, że usługa powinna być realizowana przez okres, co najmniej 12 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków”.*

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku wykonawca wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, miał złożyć: *„Wykaz usług z podaniem przedmiotu (w tym ilości lokalizacji, ilości użytkowników, okres gwarancji), dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że to zamówienie zostało wykonane należycie.”.*

Odwołujący, do złożonego przez siebie wniosku załączył stosowny wykaz, w którym w poz. 3 przedstawił realizację, która zakończyła się w listopadzie 2012 roku i była to data zakończenia realizacji całego projektu, łącznie z 12 miesięcznym serwisem gwarancyjnym.

W poz. 5 wykazu odwołujący przedstawił realizację, w której wykonanie usługi dostawy i wdrożenia zakończyło się 26 listopada 2009 roku, rozpoczęcie serwisu 26 listopada 2009 roku, zakończenie serwisu 25 listopada 2010 roku.

Zamawiający, pismem z dnia 17 czerwca 2013 roku, zwrócił się do odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, o „*łożenie wyjaśnień w zakresie podanych w wykazie dat wykonania – wdrożenia usług (od którego dnia rozpoczął się serwis gwarancyjny). W przypadku usług z poz. 3, 12 i 14 wykazu występują rozbieżności dotyczące dat wdrożenia usług podanych w wykazie i w potwierdzających je referencjach. Prosimy o wyjaśnienia również w tym przypadku.*”.

Odwołujący na powyższe pismo nie odpowiedział.

Następnie zamawiający, pismem z dnia 7 sierpnia 2013 roku, wezwał odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, *do uzupełnienia dokumentów, wykazu usług w zakresie poz. 1, 2, 4, 5, (...), w których nie podano informacji wymaganych przez zamawiającego w ogłoszeniu, tj. daty (dnia, miesiąca, roku) wykonania usługi (...) oraz informacji, jaki okres obejmuje usługa serwisu gwarancyjnego (...).* Zamawiający wskazał, że *na podstawie informacji, które zawiera wykaz, zamawiający nie jest w stanie ocenić, czy usługi spełniają warunek udziału w postępowaniu.*

Odwołujący, pismem z dnia 13 sierpnia 2013 roku, złożył wykaz usług *„zmodyfikowany zgodnie z wezwaniem we wskazanych pozycjach, tj. obejmujący daty dzienne wykonania usługi oraz informacje, jaki okres obejmuje usługa serwisu gwarancyjnego.”*

W ocenie Izby, odnosząc się do pozycji 5 wykazu wykonanych usług, brak jest podstaw do uznania, że odwołujący potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu, który mógłby skutkować przyznaniem dodatkowych punktów. Zgodnie bowiem w warunkiem opisanym przez zamawiającego, należało się wylegitymować dostawą i wdrożeniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Skoro zatem odwołujący wskazał, iż wykonanie usługi dostawy i wdrożenia zakończyło się 26 listopada 2009 roku, to okres 3-letni nie został wykazany. Fakt, że usługa serwisu gwarancyjnego obejmuje wskazany okres pozostaje bez znaczenia dla oceny tej pozycji wykazu, gdyż kumulatywne (zgodnie z opisem warunku poczynionym przez zamawiającego) spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia wypełnione zostaje przez wykazanie łącznie dostawy, wdrożenia i serwisu gwarancyjnego – w 3 letnim okresie poprzedzającym składanie wniosków, Skoro zatem jeden ze wskazanych elementów nie mieści się w tym okresie to oznacza, że wykonawca nie potwierdził spełniania tego warunku. Dlatego też czynność zamawiającego w zakresie poz. 5 uznać należało za prawidłową.

Odnosząc się do poz. 3 wykazu, Izba wskazuje, że ze złożonego wykazu nie wynika okoliczność, która miała potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, tj. dostawa i wdrożenie w okresie 3 lat przed terminem składania wniosków, odwołujący nie przedstawił informacji zgodnie z żądaniem zamawiającego. Z treści referencji przedłożonych do rzeczonyj usługi wynika bowiem fakt wykonania dostawy i wdrożenia oraz serwis gwarancyjny świadczony przez 5 lat. Z powyższego twierdzenia wynika zatem okoliczność,

że jedynie czas świadczenia usługi gwarancyjnej obejmuje wymagany, opisany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu.

Z uwagi na fakt, że przedmiotem wezwania zamawiającego z dnia 7 sierpnia 2013 roku nie była pozycja 3 wykazu, zamawiający powinien w tym zakresie wezwać odwołującego do uzupełnienia wykazu o wymagane warunkiem udziału w postępowaniu informacje. Niemniej, jako, że Izba pozostaje związana zarzutami zawartymi w odwołaniu, a odwołujący nie podniósł zarzutu w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w odniesieniu do tej pozycji wykazu wykonanych usług, to w ocenie Izby zarzut odwołującego należało uznać za niezasadny, gdyż treść wykazu z poz. 3 nie potwierdza spełniania warunku, w konsekwencji brak jest podstaw do przyznania odwołującemu dodatkowych punktów.

## 2. Zarzuty dotyczące nieprawidłowej oceny wniosków ZETO-Rzeszów, Trecom i Infover.

Odwołujący wskazał, że z treści wniosków ZETO-Rzeszów, Trecom i Infover wynika, że wszyscy ci wykonawcy powołują się na wiedzę i doświadczenie Huawei Technologies Co. Ltd. Wszyscy trzej wykonawcy przedłożyli praktycznie identyczne dokumenty, z których wywodzą fakt dysponowania zasobami Huawei Technologies Co. Ltd. Jedyne merytoryczne różnice w dokumentach sprowadzają się do zmian nazw spółek w treści zobowiązań do udostępnienia zasobów.

Wiedza i doświadczenie jako zasoby, z których wykonawca może korzystać w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 2b pzp, mają specyficzny charakter. Zwłaszcza w przypadku doświadczenia powszechnie przyjmuje się, że nie jest możliwy prosty „transfer tego zasobu, ponieważ doświadczenie nie funkcjonuje w obrocie prawnym jako samodzielne „dobro”. Z kolei art. 26 ust. 2b pzp nakazuje wykonawcy powołującemu się na zewnętrzne zasoby, aby udowodnił dysponowanie tymi zasobami. Jeśli wykonawca w tym celu przedstawia zamawiającemu jedynie pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego, to treść tego zobowiązania powinna wykazywać, że dysponowanie wiedzą i doświadczeniem będzie mieć realny charakter. W przypadku wiedzy i doświadczenia oznacza to określenie, w jaki sposób podmiot udostępniający doświadczenie będzie to czynił (czy weźmie udział w realizacji zamówienia, jako podwykonawca, czy będzie szkolił lub nadzorował personel wykonawcy, czy zapewni mu wsparcie odpowiednio wykwalifikowanego personelu, dostęp do bazy wiedzy itp.).

Odwołujący podkreślił, że zobowiązania Huawei Technologies Co. Ltd. zawierają jedynie ogólną, praktycznie nieegzekwowalną deklarację „współpracy”, ale w żaden sposób nie odnoszą się do sposobu udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Nie potwierdzają zatem rzeczywistego dysponowania wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego.

Wskazani przez odwołującego wykonawcy, do swoich wniosków załączyli zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. firmy Huawei Technologies Co. Ltd. Treść rzeczonych wniosków, jak to słusznie wskazał odwołujący poza wskazaniem podmiotu na czyją rzecz jest wystawiane, nie różni się w swojej treści, cyt. *„Niniejszym zobowiązujemy się do współpracy w wykonawcą (...), który może polegać na naszej wiedzy i doświadczeniu, w trakcie wyżej wspomnianego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i w okresie wykonania wyżej wspomnianego zamówienia przez wykonawcę. Niniejszym zobowiązujemy się do oddania wykonawcy do dyspozycji naszą wiedzę i doświadczenie oraz udostępnienie zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia w trakcie wspomnianego postępowania o udzielenie zamówienia, jak i na okres realizacji zamówienia przez wykonawcę.”*

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Zakres informacji podany przez zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu nie wyklucza obowiązku wykazania się realnym udziałem podmiotu, z którego zasobów zamierza skorzystać wykonawca, w realizacji przedmiotu zamówienia, tym bardziej, że wykonawca korzystający z takiego udostępnionego zasobu, zobowiązaniem tego podmiotu udowadnia spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Przepis ten przewiduje możliwość skorzystania przez wykonawcę z zasobów należących do innego podmiotu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2-4, w przypadku obowiązku wykazania określonych zasobów, w związku z ich niezbędnością dla realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, które służą wykazaniu, że zamówienie uzyska wykonawca, który będzie w stanie należycie wykonać zamówienie, pomimo, iż sam nie posiada wymaganego doświadczenia.

Wskazać należy w tym miejscu na specyfikę zasobu wiedzy i doświadczenia. Pojęcie „doświadczenie” wiąże się jednoznacznie ze stroną praktyczną posiadanych umiejętności. Wiedzę teoretyczną można przekazać w postaci szkoleń, porad, konsultacji ale „doświadczenie” jest inną kategorią pojęciową: obejmuje umiejętności praktyczne, nabywane w sposób empiryczny w zakresie danego zagadnienia. Aby tę empiryczną wiedzę uzyskać, konieczny jest osobisty udział w wykonywaniu przedsięwzięć, a zatem nie można nabyć doświadczenia w procesie konsultacji czy doradztwa.

Podkreślić należy, że odwołanie się przez wykonawców do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że dane zasoby będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia. Należy mieć na uwadze, iż doświadczenie nie stanowi dobra, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (arg. z art. 55<sup>1</sup> i art. 55<sup>2</sup> k.c.). Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Z tych też względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Jak wynika z brzmienia art. 26 ust. 2 b, przepis ten pozostawia woli i decyzji wykonawcy i podmiotu trzeciego określenie charakteru prawnego wzajemnych stosunków ich łączących. Wykonawca, zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, musi jednak udowodnić zamawiającemu, że podmiot udostępniający dany zasób rzeczywiście go posiada, oraz że jego udostępnienie nastąpi w sposób realny na rzecz wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie - na czas i w celu realizacji tego zamówienia. Podkreślić należy, że w przypadku korzystania przez wykonawcę z możliwości powołania się na zasoby innego podmiotu, obowiązek wykazania przez wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu został wzmocniony, poprzez obowiązek udowodnienia (por. Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów, Aleksandra Sołtysińska, Grzegorz Wicik, kwartalnik Prawo zamówień publicznych nr 4/2009, str. 10-34), że wykonawca będzie dysponował w sposób realny odpowiednimi umiejętnościami, które wyrażać się muszą wykonywaniem części przedmiotu zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby, co powinno zostać w zobowiązaniu do udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez podmiot udostępniający wyrażone (patrz orzeczenie ETS z dnia 2 grudnia 1999 roku w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari), (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt KIO 953/13).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należało stwierdzić, że przedstawione przez wykonawców Zeto-Rzeszów sp. z o.o., Trecom sp. z o.o. S.K.A., Infover sp. z o.o. S.K.A. dokumenty - zobowiązanie firmy (...) do udostępnienia posiadanej wiedzy i doświadczenia nie potwierdzają realnego przekazania tego zasobu. Skoro bowiem poleganie za zasobach podmiotu trzeciego ma zostać udowodnione zamawiającemu, to żadne istotne okoliczności w tym zakresie nie mogą być pozostawione domysłom.

Tymczasem, z treści załączonego do wniosków ww. wykonawców zobowiązania w zakresie udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez firmę (...) nie wynika, że udostępnienie będzie miało charakter na tyle realny, że będzie mogło być wykorzystane przez wykonawców w sposób zapewniający prawidłową realizację zamówienia. Okoliczność powyższa nie została udowodniona.

Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego jest zasadny, gdyż zamawiający na podstawie załączonego do wniosku ww. wykonawców zobowiązania podmiotu trzeciego nie miał podstaw do uznania, iż zobowiązanie posiada realny charakter udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia. Biorąc pod uwagę treść postawionego przez odwołującego zarzutu (art. 51 ust. 1-3 ustawy Pzp), który *de facto* prowadzi do wniosku, iż zamawiający nie mógł brać pod uwagę doświadczenia i wiedzy w ocenie punktowej wniosków w zakresie pozycji wykazu, w których wykonawcy powołują się zasoby podmiotu trzeciego, przyjmując stanowisko Izby, iż możliwym i zasadnym jest uwzględnienie zasobów podmiotu trzeciego do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu i zaliczenia tego rodzaju doświadczenia do punktacji (wyrażone w treści uzasadnienia dotyczącego odwołania o sygn. akt KIO 2074/13 (zarzut Nr 4), Izba stwierdziła, że co do zasady zarzut jest zasadny.

Niemniej Izba zwraca uwagę, mając na względzie pierwszeństwo zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, że zamawiający przed podjęciem decyzji o nieuwzględnieniu wskazanych pozycji (dotyczących potencjału podmiotu trzeciego) winien dokonać czynności wezwania ww. wykonawców, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. zobowiązania podmiotu udostępniającego swoją wiedzę i doświadczenie o informacje, które będą udowadniały szczegółowy zakres udostępnionego potencjału odnoszący się do przekazanego doświadczenia w realizacji przedmiotowego zamówienia.

Izba, w powyższym zakresie (jako, że pozostaje związana treścią zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a odwołujący w tym zakresie zarzutu alternatywnego (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) nie postawił) nie mogła (w sentencji) nakazywać zamawiającemu wzywania ww. wykonawców do uzupełnienia dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w zakresie zobowiązania do udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Jednakże czynność taką, jako zgodną z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, zamawiający winien wykonać.

Odwołujący podniósł również zarzut, że powyższe zobowiązania podpisywał pan (...), przy czym pełnomocnictwo dla tej osoby, którego kopia została załączona do wniosków (...), dotyczy jedynie czynności dotyczących „procedury przetargowej” i „zawierania transakcji”. Pan (...) nie jest zatem upoważniony, w ocenie odwołującego do zawierania umów o współpracy, których treść dotyczy realizacji zamówienia dla klienta, a nie jego „pozyskiwania”.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej pełnomocnictwo udzielone panu (...), jest poprawne i upoważnia tę osobę do podpisywania zobowiązania do współpracy. Z treści

przedmiotowego pełnomocnictwa wynika bowiem, iż pełnomocnicy, w tym pan (...) *jako osoby upoważnione do podpisywania dokumentów z potencjalnymi klientami, nabywcami, partnerami handlowymi i innymi stronami trzecimi w imieniu Spółki w trakcie procedury przetargowej lub w trakcie zawierania transakcji.*

*Powyższe „dokumenty” obejmują m.in. (...) umowy współpracy, oraz - w razie potrzeby - pisma i/lub inne dokumenty związane z powyższymi kwestiami.”.*

W konsekwencji powyższych ustaleń, zarzut odwołującego uznać należało za bezzasadny.

### 3. Zarzuty dotyczące zaniechania wezwania wykonawców Infover, ZETO-Rzeszów i Trecom do udostępnienia dokumentów w zakresie dysponowania osobami.

Odwołujący wskazał, że z treści wykazu osób załączonych do wniosku Infover wynika, że w celu wykazania spełnienia tych warunków udziału w postępowaniu wykonawca ten powołuje się na dysponowanie osobami (...). We wszystkich wypadkach wykonawca Infover powołał się na dysponowanie na podstawie art. 26 ust. 2b pzp. Z pozostałych dokumentów załączonych do wniosku wynika z kolei, że przynajmniej jedna z tych osób (p. ...) jest pracownikiem Huawei Technology Co. Ltd., czyli podmiotu, na którego zobowiązanie do udostępnienia zasobów powołuje się Infover. Tymczasem ze zobowiązania Huawei Technologies Co. Ltd. do udostępnienia wykonawcy Infover zasobów w żaden sposób nie wynika, że przedmiotem udostępnienia jest także personel, a zwłaszcza osoby wskazane w wykazie. Według wiedzy odwołującego, wniosek Infover nie zawiera żadnego innego zobowiązania do udostępnienia zasobów, które potwierdzałyby dysponowanie wymienionymi wyżej osobami. Tym samym, wykonawca Infover nie udowodnił, że spełnia warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

We wnioskach wykonawców ZETO-Rzeszów i Trecom znajdują się identyczne, co do treści zobowiązania Huawei Technologies Co. Ltd. W ocenie odwołującego istnieje duże prawdopodobieństwo, że dokładnie te same osoby, udostępnione przez ten sam podmiot, zostały wskazane także w wykazach załączonych do wniosków tych wykonawców. Wykonawcy ci objęli jednak treść wykazów tajemnicą przedsiębiorstwa, czego dotyczy osobny zarzut niniejszego odwołania. Niemniej jednak, w przypadku potwierdzenia przez Izbę tożsamości wykazów osób, oznaczałoby to, że także wykonawcy ZETO-Rzeszów i Trecom nie potwierdzili spełnienia wspomnianych wyżej warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest zasadny.

W zakresie oceny złożonego zobowiązania, Izba podtrzymuje wcześniej prezentowane stanowisko (argumentacja jak w zakresie zarzutu Nr 2) dodatkowo wskazując, że udostępniający swoje zasoby podmiot (...), nie zobowiązał się do udostępnienia swojego zasobu w postaci osób zdolnych do wykonania zamówienia. Jak słusznie zauważył odwołujący we wniosku wykonawcy Infover, znajduje się wykaz osób z adnotacją wykonawcy „dysponowanie na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy.” W dalszej części oferty nie odnajdujemy jednakże informacji, z zasobu jakiej firmy, jakiego wykonawcy, czy też jakiego podmiotu, wykonawca Infover zamierza korzystać wykorzystując wymienione w wykazie osoby. Powyższa informacja nie wynika również ze zobowiązania firmy (...) załączonego do wykazu, gdyż zakres powyższego zobowiązania, w ocenie Izby nie obejmuje udostępnienia osób, co upoważnia do przyjęcia przez Izbę stanowiska, że wykonawca Infover nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Tym samym zachodzi okoliczność potwierdzająca stawiany zarzut, tj. zaniechanie zamawiającego do wezwania wykonawcy w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Z uwagi na okoliczność, iż treść wykazu osób, we wnioskach wykonawców ZETO-Rzeszów sp. z o.o. i Trecom sp. z o.o. S.K.A., została skutecznie zastrzeżona tajemnicą przedsiębiorstwa (o czym Izba wypowiedziała się w odniesieniu do zarzutu Nr 4), Izba wskazuje, iż w odniesieniu do wykonawcy Zeto-Rzeszów sp. z o.o., z dokumentów załączonych do wniosku nie wynika na podstawie, jakiego dokumentu (umowy, zobowiązania, itp.) wykonawca ten powołuje się na wskazane w wykazie osoby. W ocenie Izby, z treści zobowiązania firmy (...) załączonego do wniosku taka okoliczność nie wynika. W zakresie wniosku wykonawcy Zeto-Rzeszów sp. z o.o., zachodzi okoliczność potwierdzająca stawiany zarzut, tj. zaniechanie zamawiającego do wezwania wykonawcy w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się zaś do wniosku złożonego przez wykonawcę Trecom sp. z o.o. S.K.A., Izba stwierdziła, iż wykaz osób sporządzony przez tego wykonawcę, jego treść, budzi zastrzeżenia Izby jedynie w zakresie osób wymienionych na stronie, na której wykaz został ograniczony do dwóch osób. W ocenie Izby wykonawca nie udowodnił zamawiającego sposobu dysponowania tymi osobami, nie przedstawił pisemnego zobowiązania tych osób do udostępnienia swojego zasobu. Powyższa okoliczność nie wynika również z treści zobowiązania firmy (...) załączonego do wniosku. W zakresie wniosku wykonawcy Trecom sp. z o.o. S.K.A., zachodzi okoliczność potwierdzająca stawiany zarzut, tj. zaniechanie

zamawiającego do wezwania wykonawcy w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, ograniczony jedynie do dwóch wyżej wskazanych osób.

#### 4. Zarzuty dotyczące zaniechania udostępnienia wniosków ZETO-Rzeszów, Trecom i Infover.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający w niniejszym postępowaniu, wzywał wykonawców do złożenia wyjaśnień i wskazania, w oparciu o jakie okoliczności faktyczne i prawne dany wykonawca opatrzył dokumenty klauzulą „Tajemnica przedsiębiorstwa”. W ocenie odwołującego, zamawiający w części wypadków nieprawidłowo ocenił złożone wyjaśnienia lub nie dostrzegł, że pewne informacje zostały ujawnione przez samych wykonawców.

Odnosząc się do treści wniosku Infover odwołujący wskazał, że wykonawca ten w dniu 21 czerwca 2013 r. złożył wyjaśnienia dotyczące poz. 15 wykazu zamówień. Z wyjaśnień tych wynika, że odbiorcą zamówienia była firma Saudi Aramco, a zamówienie zostało zrealizowane w dniu 4 marca 2012 r. i w tym dniu rozpoczął się pięcioletni okres gwarancji. Wykonawca Infover powołuje się w swoim wniosku na wiedzę i doświadczenie Huawei Technologies Co Ltd. Informacje dostępne publicznie, udostępniane przez samą korporację Huawei na jej stronach internetowych, potwierdzają z kolei realizację przez Huawei rozwiązania telefonii IP, czyli takiego zamówienia, jak wymagane przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu. W tej sytuacji należy przyjąć, że wszystkie kluczowe informacje dotyczące przynajmniej tej części wniosku wykonawcy Infover nie mają charakteru tajemnicy, a zatem powinny zostać ujawnione.

W przypadku wniosku ZETO-Rzeszów, zamawiający nie ujawnił odwołującemu m.in. zawartości wykazu osób. Ujawnił natomiast załączone do wniosku tego wykonawcy dokumenty potwierdzające kompetencje p. Ryszarda Rzyma. Już z tego powodu należy uznać, że przynajmniej w zakresie informacji o tej osobie, odwołujący powinien uzyskać dostęp do wykazu osób złożonego przez ZETO-Rzeszów.

Niezależnie od tego odwołujący podniósł, że ZETO-Rzeszów powołuje się na zasoby spółki Huawei Technologies Co. Ltd. w identyczny sposób, jak wykonawca Infover. Wykaz osób przedłożony przez Infover został udostępniony odwołującemu, a zatem nie zawiera tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego istnieje duże prawdopodobieństwo, że dokładnie te same osoby, udostępnione przez ten sam podmiot, zostały wskazane także w wykazie załączonym do wniosków ZETO-Rzeszów i Trecom. W przypadku potwierdzenia tej okoliczności, odwołujący powinien uzyskać dostęp do wykazu osób złożonego przez ZETO-Rzeszów i Trecom także w części obejmującej te osoby, skoro informacje te są dostępne publicznie.

Wykonawca Trecom w żaden sposób nie opisuje negatywnych skutków, ani nie wyjaśnia, jakie środki są podejmowane przez tę spółkę w celu zachowania poufnego charakteru informacji. Twierdzenia o poufnym charakterze informacji są zatem bez pokrycia.

Niezrozumiałe jest także powoływanie się na tajemnicę przedsiębiorstwa Huawei Polska sp. z o.o., skoro z pozostałych dokumentów załączonych do wniosku wynika, że podmiotem udostępniającym zasoby jest Huawei Technologies Co. Ltd. Ponadto, w ocenie odwołującego, zwłaszcza z uwagi na fakt, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawca Trecom powołuje się na zasoby tego samego podmiotu, co m.in. wykonawcy ZETO-Rzeszów i Infover, wątpliwości budzi też teza, że dokumenty "objęte klauzulą poufności „przez firmę Huawei” (nie wskazano, o którą spółkę z tej grupy chodzi) są udostępniane „tylko i wyłącznie” zamawiającemu.

Odwołujący wskazał, że wykonawca w żaden sposób nie wyjaśnił, z jakiej przyczyny zastrzeżono wykaz osób wraz z dokumentami potwierdzającymi ich kwalifikacje - za takie wyjaśnienie nie można uznać opisanych wyżej ogólnikowych deklaracji, a ponadto istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że wykaz o tej samej treści znajduje się w jawnej części wniosku Infover, co wyklucza uznanie za tajemnicę identycznych informacji podanych przez Trecom. Sam fakt, że pewne podmioty „nie podlegają obowiązkowi do publikacji w zakresie przewidzianym przez PZP” nie przesądza jeszcze, że informacje o zamówieniach realizowanych na rzecz tych podmiotów stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a Trecom nie wskazał w wyjaśnieniach żadnych konkretnych okoliczności, uzasadniających objęcie ich tajemnicą.

Sprawozdania finansowe i opinia biegłego rewidenta nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, skoro są to dokumenty składane w sądzie rejestrowym zgodnie z art. 69 ust. 1 ustawy z 29 września 1994 r. o rachunkowości, a z mocy art. 10 ust. 1 ustawy z 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym każdy ma dostęp do akt rejestrowych.

Wyjaśnienia winny dać zamawiającemu jednoznaczny obraz, co do sposobu zakwalifikowania zastrzeżonej informacji. Ogólnikowe wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Trecom nie spełniają tego standardu, a zatem zamawiający nie miał podstaw, aby podzielić stanowisko tego wykonawcy w kwestii utrzymania tajemności elementów wniosku.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Odwołujący nie udowodnił, że informacje zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa, są informacjami publicznymi, ogólnie dostępnymi. Zarzuty odwołującego pozostają bowiem jedynie w kwestii domniemań i hipotetycznych założeń, które nie znajdują uzasadnienia w okolicznościach przedmiotowej sprawy. Izba wskazuje, że odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który mógłby uprawdopodobniać stanowisko, iż informacje zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa zostały objęte tą klauzulą nadmiernie czy niezasadnie.

Wskazać należy, że ustawodawca na podstawie przepisu art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, *a contrario* dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Wykonawca Infover w sposób częściowy ujawnił informacje, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wciąż nieznane są takie informacje jak liczba użytkowników oraz ilość lokalizacji, objętych w ramach wykonanej usługi z poz. 15 wykazu usług.

Podkreślić należy, że wykonawcy ZETO-Rzeszów, Infover oraz Trecom są samodzielnymi wykonawcami, którzy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego samodzielnie korzystają z przyznanych im przez ustawę Pzp uprawnień i praw. Działania lub zaniechania jednego z ww. wykonawcy nie mogą wpływać negatywnie na status innego wykonawcy. Są to podmioty niezależne od siebie, które same decydują o tym, czy skorzystają z prawa do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa lub też tego zaniechają. Poza tym, z treści odwołania jednoznacznie wynika, iż odwołujący tylko spekuluje co do składu osobowego wykonawcy ZETO-Rzeszów oraz Trecom. Odwołujący nie ma informacji w tym zakresie. Co oznacza, że informacja ta nie została ujawniona do wiadomości publicznej w żaden sposób. Natomiast jeśli odwołujący twierdzi, że przedmiotowe informacje są publicznie dostępne tym samym nie zostałaby spełniona przesłanka naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu przepisu art. 179 ustawy Pzp - gdyż odwołujący mógłby uzyskać przedmiotowe informacje w legalny sposób, a więc z możliwością ich ewentualnej oceny z własnego punktu widzenia, w tym wymogami ogłoszenia. Dlatego wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, zawarty we wnioskach ZETO-Rzeszów oraz Trecom będzie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ posiada charakter organizacyjny oraz posiada wartość gospodarczą i dotyczy sytuacji, gdy nie został ujawniony do wiadomości publicznej. Wobec powyższego brak jest podstaw prawnych dotyczących możliwości odtajnienia wykazu osób wykonawców ZETO-Rzeszów oraz Trecom bez narażenia się na naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

W zakresie zastrzeżenia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy Trecom, zdaniem Izby, wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w sposób wystarczający uzasadniają przesłankę zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający prawidłowo, za podstawie otrzymanych wyjaśnień uznał za zasadne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zostało to potwierdzone w wyroku Izby z dnia 29 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1173/13: *wobec powszechnego zastrzeżenia wykazu usług, zamawiający może samodzielnie, nawet bez wymagania wyjaśnień od wykonawców, uznać, iż działania te są usprawiedliwione, traktując tym samym wykonawców w równy sposób.* Nie może zostać pominięty fakt, iż sam

odwołujący tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie wykazu usług wraz z referencjami oraz wykazu osób zastrzeżł.

Izba nie widzi również przeciwwskazań do zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa sprawozdania finansowego oraz opinii biegłego rewidenta. Zgodnie z wyrokiem Izby (KIO 223/12; KIO 248/12; KIO 261/12), ustawodawca przewidział możliwość zastrzeżenia wszystkich informacji poza wskazanymi w przepisie art. 86 ust. 4 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, utajnienie części oferty wykonawcy, jak również zaniechanie tego przez ww. wykonawców nie może mieć wpływu na prawo do skorzystania z instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa przez pozostałych wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę, mając na względzie przepis art. 192 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

### **KIO 2074/13**

#### Odnosząc się do zarzutów 1 – 3 odwołania, Izba stwierdziła, co następuje.

Odwołujący wskazał, iż z informacji o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu wynika, że najwyższą liczbę punktów, kwalifikującą do zaproszenia do składania ofert uzyskali wykonawcy: Decsoft SA, Trecom sp. z o.o. S.K.A, Zeto-Rzeszów sp. z o.o., Infower sp. z o.o. S.K.A, Betacom S.A. Z nieutajnionej części dokumentów oraz dotychczasowej praktyki tych wykonawców w kilku poprzednich przetargach ograniczonych organizowanych przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych wynika, że wykonawcy ci w celu uzyskania jak najwyższej punktacji posłużyli się jednobrzmiącymi zobowiązaniami do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, wystawionymi przez Huawei Technologies Co Ltd., oraz zamówieniami realizowanymi przez tego przedsiębiorcę.

Określając ogólnie treść zasady uczciwej konkurencji w sposób pozytywny należy stwierdzić, że jej istota odnosi się do obowiązku uczciwego ubiegania się o zamówienie publiczne ze strony wykonawców. Działania podejmowane przez wykonawców nie zaburzają konkurencji, o ile wynikają wyłącznie z jej istoty. Definiując uczciwą konkurencję w sensie negatywnym, należy stwierdzić czym uczciwa konkurencja z pewnością nie jest - z zasadą tą sprzeczna jest jakakolwiek manipulacja przetargiem, czy wynikami postępowania.

Jak podkreśla się w piśmiennictwie, zamawiający dopuszcza się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku tolerowania zachowań wykonawców sprzecznych z dobrymi obyczajami, polegających na jakimkolwiek uzgadnianiu stawiania do konkurencji, gdyż od każdego z nich oczekuje się rzeczywistej, a nie pozornej konkurencji. Tak więc każda czynność lub zaniechania zamawiającego podlega ocenie z perspektywy klauzuli generalnej

wyrażonej w art. 7 ust.1 ustawy. Klauzula uczciwej konkurencji wyznacza granice, w ramach których dopuszczalne jest korzystanie z uprawnień określonych w ustawie, a także możliwość zaniechania pewnych czynności określonych ustawą. Taki wniosek wypływa również z treści art. 5 zd. 2 k.c., który ma zastosowanie do postępowania w sprawie zamówienia publicznego na zasadzie art. 14 ustawy Pzp. Zgodnie wyrażoną w tym przepisie normą działanie polegające na czynieniu ze swego prawa użytku sprzecznego z zasadami współzycia społecznego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Podstawową zasadą współzycia społecznego, w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego jest nakaz prowadzenia tego postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Bez wątplenia więc klauzula generalna wyrażona w art. 7 ustawy Pzp, stanowi konkretyzację zasad współzycia społecznego. Ustalenie, że dany czyn lub zaniechanie (wykonawcy, zamawiającego czy podmiotu trzeciego) narusza zasady uczciwej konkurencji jest tożsame z ustaleniem, że narusza on zasady współzycia społecznego. Czynność prawna, dokonywana na podstawie szczegółowego przepisu kompetencyjnego, jeżeli jest sprzeczna z zasadami współzycia społecznego, jest czynnością prawną dokonywaną poza zakresem kompetencji, a więc nieważna na podstawie art. 58 § 1 k.c.

Zachowanie wyżej wskazanych wykonawców, oraz podmiotu udostępniającego swoje zasoby, w ocenie odwołującego prowadzi do wniosku, że wykonawcy ci, uzyskali tożsame oświadczenia o udostępnieniu zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, wraz z referencjami, od Huawei Technologies, co skutkuje otrzymaniem przez pięciu wykonawców liczby punktów, która gwarantuje zaproszenie tych wykonawców do składania ofert oraz eliminację z postępowania pozostałych wykonawców. Oznacza to, że niezależnie od tego, który z ww. wykonawców złoży swoją ofertę, zamawiający *de facto* uzyska ofertę na produkty firmy Huawei Technologies. Ponadto w takiej sytuacji Huawei Technologies, poprzez warunki umów negocjowanych z uczestnikami przetargu, będzie miał wpływ na cenę ofert wykonawców (ustali cenę minimalną ofert). Tym samym jest to działanie stanowiące przejaw nieuczciwej konkurencji, a mające na celu wymuszenie na zamawiającym wyboru, jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy, poprzez ograniczenie w istotny sposób lub wyłączenie możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy, co wypełnia dyspozycję art. 3 UZNK, art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK oraz art. 7 ustawy Pzp. Działania powyższe, jako sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji, były prowadzone poza zakresem kompetencji wynikającej z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. (arg. z art. 5 k.c.).

Zaniechanie przez zamawiającego czynności wskazanych w *petitum* odwołania pozwala, zdaniem odwołującego, na przyjęcie, że zamawiający uznał, że na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu, nie ma podstaw prawnych do usunięcia z postępowania jego uczestników uzgadniających wspólnie z podmiotem udostępniającym

swoje zasoby konkurencją celem wyeliminowania z postępowania pozostałych jego uczestników.

Zdaniem odwołującego wykonawcy, którzy uzgodnili z podmiotem udostępniającym swoje zasoby stawanie do konkurencji, tylko formalnie biorą udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jako odrębni, niezależni konkurenci. Uzgadniając (pozorując) konkurencję faktycznie stają do przetargu, jako jeden konkurent. Składając kilka wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mają na widoku możliwość złożenia kilku ofert, a więc zmierzają do zrealizowania stanu faktycznego zakazanego przez art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie za którym wykonawca może złożyć jedną ofertę.

Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zmierzające do obejścia normy art. 82 ust. 1 ustawy Pzp są nieważne na podstawie art. 58 § 2 kc. Ten ostatni przepis ma zastosowanie do wniosków na podstawie art. 14 Pzp, zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego.

Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składa się celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 51 ustawy Pzp). Nieważny wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie wywołuje żadnych skutków prawnych, a zatem wykonawca składając nieważny wniosek nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Należy go wykluczyć z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie, z którym z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie odwołującego, uzgodnienie, pomiędzy wykonawcami i podmiotem udostępniającym swoje zasoby, zasad konkurencji dotyczyło składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz przekazywania dołączonych do wniosków pisemnych zobowiązań o oddaniu do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Uzgodnione składanie wniosków miało na celu wyeliminowanie z przetargu konkurentów, dlatego należy je zakwalifikować, jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 UZNK („czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”) oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK (czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy). Sprzeczność wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z przepisami UZNK pociąga za sobą nieważność tych wniosków na podstawie art. 58 § 2 kc, w związku z art. 5

k.c., a w konsekwencji powinno skutkować wykluczeniem wykonawców z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie zarzut nieważności dotyczy nie tylko samego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ale również pisemnych zobowiązań podmiotów trzecich o oddaniu do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zobowiązania te stanowią zasadniczą część uzgodnienia zasad konkurencji, mającego na celu wyeliminowanie z postępowania pozostałych uczestników przetargu. Będąc elementem takiego uzgodnienia pozostają w sprzeczności z cyt. art. 3 ust. 1 UZNK oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK. Pociąga to za sobą nieważność tych zobowiązań na podstawie art. 58 § 1 kc, w związku z art. 5 k.c. Zobowiązania te nie mogą więc stanowić dowodu dysponowania przez wykonawcę wskazanymi w nich zasobami podmiotów trzecich. Powinno to skutkować przyznaniem wykonawcom uzgadniającym konkurencję niższej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne i nie znajdują oparcia w okolicznościach przedmiotowej sprawy.

Oceniając zarzuty odwołującego, Izba w pełni identyfikuje się ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku Izby z dnia 13 stycznia 2011 roku, sygn. akt KIO 2816/10, KIO 14/11, w którym Izba wskazała, iż *„W ocenie Izby w pierwszym rzędzie należy wskazać, iż spółka Huawei Technologies udostępniająca swoje zasoby kilku wykonawcom, którzy złożyli wnioski nie ma statusu wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy, bowiem nie ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, nie złożyła wniosku i nie będzie także uprawniona do złożenia w przedmiotowym postępowaniu oferty. Przywołany przez odwołującego TP S.A. art. 82 ust. 1 ustawy zakazujący złożenia wykonawcy więcej niż jednej oferty nie znajduje zastosowania w stanie faktycznym analizowanej sprawy w odniesieniu do grupy spółek korzystających na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy z zasobów udostępnionych przez spółkę Huawei Technologies. Podkreślenia wymaga, iż inny jest status podmiotu składającego wniosek, a inny podmiotu, którego wykonawca doświadczeniem się posługuje - nie ma on statusu wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy ani nie ubiega się wspólnie z wykonawcą o zamówienie. W konsekwencji zasadnym jest stwierdzenie, iż nie doszło do naruszenia zakazu określonego w art. 82 ust. 1 ustawy. Trzeba podkreślić, iż ustawa daje swobodę wykonawcom co do wyboru sposobu, w jaki chcą ubiegać się o zamówienie (czy chcą wystąpić samodzielnie, czy też wspólnie z innymi wykonawcami albo - co umożliwia art. 26 ust. 2 b ustawy - oprzeć się na zasobach podmiotów trzecich). Ustawodawca postanowił, wprowadzając do ustawy art. 26 ust. 2b, zwiększyć konkurencję w ubieganiu się*

o zamówienie, dając zainteresowanym podmiotom możliwość wyboru zasad współpracy stosownie do ich potrzeb. Skorzystanie z przysługującego wykonawcom prawa w stanie faktycznym sprawy nie stanowi o nieważności czynności prawnej na podstawie art. 58 kc w zw. z art. 5 kc. Nie sposób zakwalifikować jako sprzeczne z zasadami współzycia społecznego działania poszczególnych wykonawców, którzy zgodnie z ustawą, wystąpili do tego samego podmiotu o udostępnienie zasobu doświadczenia i wiedzy. Odwołujący TP S.A. nie przedstawił także przekonujących dowodów mogących przemawiając za stwierdzeniem, iż wnioski złożone przez wykonawców korzystających z zasobów spółki Huawei Technologies zmierzają do obejścia normy art. 82 ust. 1 ustawy, a w konsekwencji są nieważne na podstawie art. 14 Pzp w zw. z art. 58 par. 2 kc. Odwołujący TP S.A. uważa, iż wykonawcy ci w istocie biorą udział w postępowaniu jako jedne konkurent - zatem składając kilka wniosków, a następnie mając możliwość złożenia kilku ofert zmierzają do realizacji stanu faktycznego zakazanego przez art. 82 ust. 1 Pzp. Teza postawiona przez odwołującego TP S.A. nie znajduje uzasadnienia przede wszystkim dlatego, że nie sposób wywieść, iż wykonawcy, którzy skorzystali z zasobu tego samego podmiotu trzeciego, stanowią jednego wnioskodawcę (...). Zatem za nie znajdującą uzasadnienia w treści ustawy, a w szczególności w art. 7 ust. 1 Pzp trzeba uznać próbę ograniczania wykonawcom i podmiotom z nimi współpracującym przysługujących im ustawowych uprawnień do swobodnego kształtowania relacji handlowych i wyboru, w jaki sposób ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego (samodzielnie, wraz z innym wykonawcom wspólnie czy też korzystając z zasobów podmiotu trzeciego albo posługując się podmiotem trzecim jako podwykonawcą dla potrzeb realizacji kontraktu). (...) Tym samym Izba nie ocenia działań podjętych zarówno przez spółkę Huawei Technologies oraz podmioty, którym udostępniła ona swoje zasoby, jak i odwołującego HP i podmioty, którym spółka ta udostępniła zasoby, jako naruszające zasadę uczciwej konkurencji czy zasady współzycia społecznego, co – jak postuluje odwołujący TP S.A. (...). Zamawiający nie uchybił ustawie uwzględniając w punktacji zamówienia zrealizowane przez podmioty udostępniające zasoby wymienionym powyżej spółkom. (...). Ustawa nie zobowiązuje zamawiającego do dokonywania ustaleń, czy złożenie przez danego wykonawcę wniosku stanowi czyn nieuczciwej konkurencji - brak jest w tym zakresie regulacji analogicznej do tej zawartej w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp nakazującej odrzucić ofertę, jeśli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (podobnie: wyrok KIO z dnia 23 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/1448/10, KIO/1450/10, KIO/1451/10). Katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy oraz odrzucenia oferty ma charakter zamknięty, co determinuje zakaz dokonywania rozszerzającej interpretacji przepisów statuujących te przesłanki. Niedopuszczalne jest stosowanie analogii legis w ten sposób, że utworzona zostanie nowa przesłanka o restrykcyjnym, sanacyjnym charakterze. Ustawa wyznacza granice stosowania prawa i nie można uzupełniać jej treści

nie narażając się na zarzut dowolności stosowania wykraczającego poza granice dopuszczalnej swobody interpretacyjnej (vide: wyrok KIO z dnia 5 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2287/10 i KIO 2307/10). Zamawiający badając i oceniając wniosek ustala na podstawie załączonych do niego dokumentów, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, nie ma natomiast podstaw prawnych, aby ustalać, czy jego złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Ustawa nie zawiera również normy, która zobowiązywałaby przepisy dotyczące przesłanek odrzucenia oferty stosować odpowiednio do wniosków (...). Izba nie jest kompetentna do orzekania, czy złożenie wniosku w przetargu ograniczonym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK, co wynika również wprost z wyrażonej w Konstytucji zasady legalizmu (art. 7 Konstytucji), zgodnie z którą organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Oznacza to, iż organy władzy publicznej nie mogą podejmować działań bez podstawy prawnej zawartej w odpowiednich przepisach kompetencyjnych. Nie sposób natomiast znaleźć takiej podstawy w ustawie. Nie stanowi jej art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy ani art. 14 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 formułującym zasadę zobowiązującą zamawiającego do przygotowania i prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji stanowiąc dyrektywę interpretacyjną, która powinna być uwzględniana w każdym stadium postępowania. Jej konkretyzację i gwarancję stanowią poszczególne przepisy ustawy. Jak słusznie zauważono w wyroku KIO z dnia 5 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2287/10, KIO 2307/10) normy zawarte w art. 7 Pzp adresowane są przede wszystkim do zamawiającego i stanowią klauzulę generalną adresowaną do zachowań przewidzianych wyłącznie w ustawie. Art. 7 ust. 1 Pzp, nie może stanowić samoistnej podstawy zarzutów odwołania, a zawsze winien odnosić się do czynności lub zaniechań wynikających z ustawy. Zatem nie jest także samodzielną podstawą pozwalającą stosować do wniosków złożonych przez wykonawców UZNK. Odwołanie do ustawy szczególnej w odniesieniu do czynności podejmowanych m.in. przez wykonawców i zamawiającego musi wynikać wprost z przepisu ustawy - przykładowo art. 14, art. 89 ust. 3 Pzp, art. 8 ust. 3 ustawy. Powyższe potwierdza, że zamawiający nie jest uprawniony do weryfikowania, czy złożenie wniosku wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK, czy też stanowi niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Właściwym organem w tym zakresie jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który prowadzi postępowania wyjaśniające oraz antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję (art. 31 w zw. z art. 47 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) i ewentualnie wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazuje zaniechania jej stosowania. W sprawach o zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej uregulowanych w UZNK przedsiębiorca, którego interes został zagrożony lub naruszony w razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji,

*przysługują określone w art. 18 tej ustawy roszczenia rozpoznawane przez sąd powszechny (sąd okręgowy - art. 17 pkt 43 kpc). Kompetencje zamawiającego ograniczają się zasadniczo więc do badania, czy złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp). Brak jest zatem podstaw do uwzględnienia stanowiska odwołującego TP S.A., który przekonywał, iż Izba powinna stwierdzić nieważność wniosków wykonawców Betacom, Copi S.A., Henwar Anna Z.- M., ATM Systemy Informatyczne sp. z o.o. i ATM S.A., odwołującego HP, a także Logon, Zeto - Rzeszów, Unizeto, Trecom, Centrum Informatyki Zeto, NetLine Group sp. z o.o.”.*

Jedynie na marginesie, Izba poddaje pod refleksję zamawiającemu czy w sprawach zbliżonych do przedmiotu niniejszego zamówienia, mając doświadczenie z innych postępowań zasadne jest zastosowanie trybu przetargu ograniczonego. Izba nie kwestionuje w tym zakresie kompetencji zamawiającego, co do możliwości wyboru tego trybu udzielania zamówienia publicznego, określonego przez ustawodawcę, jako jeden z dwóch trybów podstawowych (art. 10 ust. 1 ustawy Pzp), jednakże biorąc pod uwagę problemy, jakie nastrocza zastosowanie tego trybu, w tego typu rodzajach zamówienia, koniecznym zdaje się zastanowienie, czy drugi z podstawowych trybów udzielania zamówienia publicznego nie byłby właściwszym.

Odnosząc się do zarzutu Nr 4 odwołującego, Izba stwierdziła, co następuje.

Odwołujący wskazał, że niedopuszczalność uwzględnienia zobowiązań do udostępnienia zasobów podmiotów trzecich, w celu uzyskania wyższej oceny spełnienia warunków, wynika samej treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz niezależnie od brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, również z ogłoszenia o zamówieniu. Zdaniem odwołującego norma wyrażona w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, stanowi szczególną regulację umożliwiającą wykonawcy, który samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, ubieganie się o zamówienie. Przede wszystkim przepis ten nie wymaga od wykonawcy powoływania się na zasoby innych podmiotów w zakresie szerszym niż niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia. Wynika to wprost z treści ww. regulacji, zgodnie z którą wykonawca jest „zobowiązany udowodnić, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami do realizacji zamówienia”, przedstawiając „zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów”. Pod pojęciem „niezbędnych zasobów do realizacji zamówienia”, zgodnie z wykładnią językową należy rozumieć zasoby, którymi dysponowanie stanowi warunek konieczny do realizacji zamówienia, tj. takie zasoby, bez których prawidłowa realizacja zamówienia nie byłaby w ogóle możliwa.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego minimalny poziom zasobów wskazanych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp określa zamawiający zamieszczając w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia opis sposobu dokonywania

oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Opis ten, rozumiany jako konkretyzacja warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje zasoby, jakie w ocenie zamawiającego są niezbędne do realizacji zamówienia i którymi musi dysponować wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia.

Nieco inaczej kwestia ta wygląda w przypadku postępowań prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego. Stosownie bowiem do przepisów art. 51 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku, gdy liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza do składania ofert, tylko tych wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Zatem w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego dysponowanie niezbędnym potencjałem nie gwarantuje zaproszenia do składania ofert w sytuacji, gdy wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgłosiła większa liczba wykonawców. W takim bowiem przypadku zaproszenie do składania ofert otrzymują ci wykonawcy, którzy dysponują potencjałem większym niż ten, który został przez zamawiającego uznany za niezbędny.

Istotą regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez stworzenie możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne wykonawcom, którzy sami nie posiadają wystarczającego potencjału do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a mają możliwość wykorzystania przy realizacji zamówienia potencjału swoich partnerów gospodarczych. Ponadto, jak już wcześniej wskazano, zgodnie z ww. przepisem wykonawca powołuje się jedynie na niezbędne do realizacji zamówienia zasoby podmiotu trzeciego. Powyższe prowadzi do wniosku, że zarówno na gruncie wykładni literalnej, jak też celowościowej powoływanie się przez wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego jedynie w celu zwiększenia swoich szans na zakwalifikowanie się do kolejnego etapu w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Innymi słowy, zamawiający - w przypadku, gdy wykonawca w postępowaniu prowadzonym np. w trybie przetargu ograniczonego, powołuje się na potencjał (np. doświadczenie) wielu podmiotów, wykazując w ten sposób spełnianie warunków udziału w postępowaniu w stopniu wyższym, niż wynika to z minimalnych wymogów określonych w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - nie powinien uwzględniać takiego potencjału w punktacji przyznanej w ramach ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu (nie powinien przyznawać dodatkowych punktów). Nie ma bowiem podstaw do premiowania takich wykonawców, którzy są w stanie nawiązać współpracę ze znaczną liczbą podmiotów posiadających określone zasoby (uzyskać od nich zobowiązanie do udostępnienia potencjału) kosztem innych, którzy samodzielnie dysponują stosunkowo szerokimi zasobami.

Zdaniem odwołującego, z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, gdzie najwyższą punktację za doświadczenie nie otrzymali wykonawcy, którzy rzeczywiście wdrażali duże systemy telefonii IP (w tym Odwołujący), lecz wykonawcy, którzy doświadczenie to posiadają w niewielkim stopniu, lecz zostali wyposażeni w odpowiednie dokumenty przez Huawei Technologies Co. Ltd.

Odwołujący dodatkowo zwrócił uwagę na brzmienie sekcji IV 1.2) ogłoszenia pt. „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału.” W ust. 2 zawarte jest zastrzeżenie, że *„Zamawiający spośród Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu wyłoni 5 Wykonawców, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej dwa zamówienia obejmujące swoim zakresem dostawę i wdrożenie systemu telefonii IP* Postanowienie to ma charakter autonomiczny względem opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zawartego w sekcji III.2.3), tj. nie zawiera żadnych odniesień do opisu warunków, a tym bardziej w odróżnieniu od opisu warunków udziału w postępowaniu (sekcja III 2.3), Zamawiający w sekcji IV 1.2) nie wspomina w ogóle o możliwości korzystania z potencjału udostępnionego, a co więcej wyraźnie wskazuje na to, że do składania ofert zaproszeni będą wykonawcy, którzy samodzielnie wykonali co najmniej dwa zamówienia dotyczące wdrożenia telefonii IP.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

W zakresie powyższego zarzutu, Izba wskazuje, że orzecznictwo sądów okręgowych jednoznacznie wskazuje na możliwość posługiwania się potencjałem pozyskanym w zakresie udostępnienia od podmiotów trzecich (zobowiązanie do udostępnienia zasobów), w celu uwzględnienia tego potencjału przy ocenie punktowej w procesie prekwalifikacji wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert. Za zasadne, w ocenie powyższego zarzutu należy przytoczyć uzasadnienie wyroku sądu okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 6 grudnia 2012 roku, sygn. akt II Ca 757/12, w którym sąd stwierdził, że *„Zasadnie podnosi skarżący, że interpretacja przepisu art. 26 ust. 2b P.z.p. przez KIO w zaskarżonym wyroku prowadzi do ewidentnego ograniczenia konkurencyjności podmiotów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, bowiem przyjęte ograniczenie prawa wykonawców do korzystania z zasobów osób trzecich tylko do wykazania minimalnych warunków udziału w postępowaniu oznacza, iż żaden z takich wykonawców nie ma realnej możliwości przystąpienia do konkurencji punktowej i przejście do następnego etapu tj. złożenia oferty wstępnej. Zaprezentowane w zaskarżonym wyroku stanowisko KIO praktycznie eliminuje z rynku zamówień publicznych mniejszych wykonawców, którzy muszą korzystać z*

*udostępnionych im przez podmioty trzecie zasobów wiedzy i doświadczenia. Stanowisko KIO zawarte w zaskarżonym uzasadnieniu narusza także przepis art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasady wskazane w art. 7 P.z.p. sprowadzają się do zapewnienia jak najszerszego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Oznacza powyższe, że zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie, powinien dążyć do udzielenia zamówienia, unikając działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do postępowania. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji znajduje potwierdzenie w art. 10 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dyrektywa sektorowa), który stanowi, iż podmioty zamawiające traktują wykonawców jednakowo i w sposób niedyskryminujący oraz postępują w sposób przejrzysty.”.*

Powyższe stanowisko potwierdzone zostało również wyrokiem sądu okręgowego w Warszawie z dnia 14 grudnia 2012 roku, sygn. akt V Ca 936/12, gdzie sąd wskazał, iż „Zaznaczyć należy, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i w doktrynie w zakresie wykładni art. 26 ust. 2 b ustawy p.z.p. istnieje rozbieżność jednakże w ocenie Sądu Okręgowego nie zachodzą podstawy do skierowania do Sądu Najwyższego pytania prawnego w tym zakresie. Oceniając powyższe zagadnienie zdaniem Sądu Okręgowego, że posłużenie się zasobami osób trzecich w rozumieniu analizowanego przepisu może mieć miejsce, nie tylko na potrzeby wykazania warunków brzegowych udziału w postępowanie, których niespełnienie skutkuje wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykazanie tych zasobów może przekraczać również i tę bazową granicę udziału w postępowaniu celem zwiększenia atrakcyjności oferty, uatrakcyjnienia jej, czy też jak to ma miejsce w niniejszym przypadku - celem uzyskania wyższej pozycji w rankingu wykonawców.”.

Zdaniem Izby, powyższe stanowisko sądów okręgowych, jak orzecznictwo KIO (vide: wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2816/10, KIO 14/11, wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1099/11, wyrok KIO z dnia 6 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 133/12, wyrok z dnia 5 marca 2012 r., sygn. akt KIO 223/12, KIO 248/12, KIO 261/12, wyrok z dnia 27 grudnia 2012 r. KIO 2678/12), pozwalają na przyjęcie stanowiska, że zarzut odwołującego jest niezasadny.

Biorąc powyższą argumentację za zasadną, Izba za zasadny uznała zarzut (alternatywny) naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 w związku z art. 7 ustawy Pzp. Wskazać bowiem należy, że zamawiający nie wzywając odwołującego do uzupełnienia zobowiązań do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, nierówno

traktował wykonawców, gdyż dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu (zobowiązania podmiotów trzecich), jako takie podlegają uzupełnieniu. Nadmienić jednakże trzeba, że wezwanie takie, w celu zachowania zasady uczciwej konkurencji może odbywać się tylko i wyłącznie w zakresie usług i dostaw (zgodnie z przedmiotem zamówienia) już wskazanych przez wykonawcę w wykazie załączonym do wniosku. Niedopuszczalne jest, w ocenie Izby wzywanie wykonawców do uzupełnienia wykazu o zadania, pierwotnie nie wyszczególnione w wykazie. Prowadzić to bowiem może do patologii, ujawniającej się sztucznym „nabijaniem” punktów, w zależności od sytuacji podmiotu w postępowaniu.

Dlatego też, Izba uznała, że decyzja zamawiającego, że warunków udziału w postępowaniu nie spełniają usługi wskazane w poz. 4, 5, 6, 8 (str. 108-109 wniosku odwołującego), ze względu na brak zobowiązań do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, stanowiło decyzję dyskryminującą, nieznaną znamion konsekwencji wynikających w uznania zamawiającego w zakresie możliwości punktowania wiedzy i doświadczenia udostępnionego przez podmiot trzeci. Zamawiający zaniechał wezwania odwołującego do uzupełnienia tych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Oznacza to, że zdaniem zamawiającego udostępnienie zasobów na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy pozwala na uzyskanie dodatkowych punktów w ramach prekwalifikacji, a z drugiej strony dokumenty służące uzyskaniu dodatkowej punktacji nie mogą być uzupełniane. Zamawiający pomija więc to, że w obu sytuacjach mamy do czynienia z dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a oba przepisy ustanawiają pewien wyjątek od reguł ustawowych, a zatem powinny być wykładane w sposób jednolity.

Podnieść należy, że w przetargu ograniczonym obowiązują ogólne reguły rządzące uzupełnianiem dokumentów i zamawiający zobowiązany jest wezwać do uzupełnienia dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności, gdy kwalifikacja wykonawców do drugiego etapu postępowania dokonywana jest przez zamawiającego na podstawie tych samych dokumentów, które stanowią podstawę oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

W związku z faktem, uznania przez Izbę, za zasadny zarzutu alternatywnego, zamawiający winien wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentów, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w zakresie pozycji wykazu 4, 5, 6, 8, w zakresie uzupełnienia zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W zakresie zarzutu Nr 5, Izba stwierdziła, co następuje.

Odwołujący wskazał, że zamawiający zaniechał przyznania punktacji z tytułu zamówienia wskazanego w poz. 7 „wykazu zamówień”, dołączonego do wniosku odwołującego stwierdzając, że usługa została wdrożona w marcu 2013 r. w związku z tym usługa gwarancyjna nie była realizowana przez okres 12 miesięcy.

Zdaniem odwołującego, ustalenie zamawiającego pozostaje w sprzeczności z treścią Wykazu usług, gdzie odwołujący wyraźnie wskazał na, co najmniej roczny okres świadczenia usług gwarancyjnych.

Nawet jeżeli zamawiający miał wątpliwości i dostrzegał rozbieżności pomiędzy wskazaną datą wdrożenia systemu, a okresem świadczenia usług serwisu gwarancyjnego, miał obowiązek wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest zasadny.

Izba wskazuje, że odwołujący w Wykazie zamówień, w poz. 7 wylegitymował się wykonaniem zamówienia, które zakończyło się dostawą i wdrożeniem w marcu 2013 roku, Jednocześnie odwołujący oświadczył, że okres świadczenia usługi gwarancyjnej trwał ponad 1 rok. Z całą pewnością z treści wykazu wynika wątpliwość, czy odwołujący realizując zamówienie z datą marzec 2013 roku, był w stanie świadczyć usługę serwisu gwarancyjnego przez okres ponad roku. Dlatego też zasadnym w tym zakresie było odniesienie się do treści referencji (strona 123 i 124 wniosku). Z treści rzeczony referencji, w ocenie Izby nie wynika okoliczność, iż w trakcie realizacji zamówienia był wykonywany serwis gwarancyjny, przez ponad rok.

Zamawiający konstruując treść warunku udziału w postępowaniu dopuścił następujące rozwiązanie, które będzie możliwe do uwzględnienia przy ocenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia: *Dopuszcza się usługę serwisu gwarancyjnego w trakcie realizacji z zastrzeżeniem, że usługa powinna być realizowana przez okres, co najmniej 12 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków.*

Skoro zatem zamawiający przewidział taką możliwość, ujawniającą się uznaniem sytuacji jednoczesnego wdrażania i dostawy ze świadczeniem serwisu gwarancyjnego, to winien wyciągnąć konsekwencje takiego postanowienia ogłoszenia. W ocenie Izby w omawianym przypadku zaistniała okoliczność skutkująca koniecznością wezwania odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie poz. 7 wykazu zamówień.

Odnosząc się do dowodu zgłoszonego przez odwołującego na rozprawie w postaci oświadczenia z dnia 6 września 2013 roku (treść zastrzeżona tajemnicą przedsiębiorstwa), Izba wskazuje, że z treści oświadczenia wynika, iż serwis gwarancyjny jest świadczony od

ponad roku (...). Powyższe wyjaśnienie potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Dlatego też, w ocenie Izby zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, nie wzywając odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie spornej usługi, z poz. 7 wykazu zamówień.

W zakresie zarzutu Nr 6 odwołania, Izba stwierdziła, co następuje.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, z postępowania wyklucza się spółki komandytowe oraz spółki komandytowo-akcyjne, których komplementariusza prawomocnie skazano za przestępstwo wskazane w tym przepisie. W związku z tym wykazanie, że wykonawca działający w formie spółki komandytowo-akcyjnej nie podlega wykluczeniu z postępowania, następuje na podstawie informacji z Krajowego Rejestru Karnego odnoszącej się do komplementariusza. Wykonawca Trecom sp. z o.o. S.K.A. złożył wraz z wnioskiem informację z KRK odnoszącą się do Trecom sp. z o.o. S.K.A., pomijając informację odnoszącą się do komplementariusza, czyli Trecom sp. z o.o. Z ostrożności odwołujący wskazał, że katalog przestępstw określony w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, obejmuje szereg przestępstw, za które, zgodnie z ustawą z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. z 2012 r., poz. 768), można skazać podmiot zbiorowy.

Reasumując, w ocenie odwołującego, zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy Trecom sp. z o.o. S.K.A. do uzupełnienia informacji z KRK dla komplementariusza.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest niezasadny.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp, stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] spółki komandytowe oraz spółki komandytowo-akcyjne, których komplementariusza prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. W przedmiotowej sprawie komplementariuszem jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, która – będąc osobą prawną – nie może być skazana za wymienione przestępstwa. Przestępstwa te mogą popełnić przez osoby fizyczne. Dlatego art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp nie może być zastosowany.

Osoba prawna będąca komplemetariuszem firmy ubiegającej się o zamówienie publiczne co najwyżej podlega odpowiedzialności w trybie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. Nr 197, poz. 1661). W tym zakresie – zgodnie z przepisami tej ustawy - możliwe jest wydanie wobec takiego podmiotu wyroku orzekającego brak podstaw lub też podstawy odpowiedzialności takiego podmiotu. W trybie przepisów tej ustawy nie jest natomiast możliwe uzyskanie wyroku skazującego za popełnienie przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko Izby zostało już potwierdzone tak w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i w stanowisku prezentowanym przez Urząd Zamówień Publicznych (vide: wyrok KIO z dnia 17 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 733/10, KIO/UZP 734/10).

W zakresie zarzutu Nr 7 odwołania, izba stwierdziła, co następuje.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z sekcją III 2.2) pkt 1 ogłoszenia, wykonawca powinien wykazać, że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, tj. posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości minimum 10 000 000 złotych. Wykonawca Infover sp. z o.o. S.K.A. na wezwanie do uzupełniania dokumentu potwierdzającego spełnienie tego warunku, złożył „Opinię o zdolności kredytowej” wystawioną przez Alior Bank, z której wynika zdolność kredytowa w zakresie finansowania inwestycji do kwoty 10 100 000 zł, z zastrzeżeniem jednak, że klient „aktualnie wykorzystuje kredyt w kwocie 4.000.000 PLN, który jest obsługiwany regularnie”.

Zdaniem odwołującego, wykorzystanie kredytu w kwocie 4 000 000 zł oznacza, że wykonawca ten dysponuje zdolnością finansową jedynie w kwocie 7 100 000 zł.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest zasadny.

Jak słusznie wskazał odwołujący zadaniem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest wykazanie, że ma dostęp do źródeł finansowania, które umożliwią mu poniesienie kosztów realizacji zamówienia do czasu otrzymania wynagrodzenia od zamawiającego. Chodzi zatem o realny dostęp do środków finansowych przeznaczonych na sfinansowanie konkretnego zamówienia, przy czym mogą to być zarówno środki własne wykonawcy albo środki pożyczone przez stosowną instytucję finansową. Jeżeli wykonawca nie ma własnych środków to jego zadaniem jest uzyskanie potwierdzenia od instytucji finansowej, że pozytywnie ocenia zdolność wykonawcy do spłacenia kredytu przeznaczonego na sfinansowanie zamówienia. Zatem nie chodzi o zdolność kredytową w ogóle, tylko zdolność kredytową związaną z uzyskaniem środków na realizację zamówienia.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że *zdolność kredytowa to prognoza granicząca z pewnością, że kredytobiorca w całym okresie, na jaki umowa kredytu została zawarta, będzie w stanie sprostać obowiązkowi dokonywania spłat, a z upływem tego okresu będzie mógł zwrócić kredyt i uregulować należności uboczne. Nie ma zatem znaczenia do oceny potencjału finansowego wykonawcy, badanego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, iż skonsumował on częściowo zdolność kredytową, bowiem i tak na etapie podejmowania przez bank konkretnej decyzji o udzieleniu kredytu, Wykonawca będzie musiał spełnić dodatkowe wymagania związane m.in. z zabezpieczeniem kredytu, które wpłyną na wysokość zdolności kredytowej Wykonawcy.*

Jak słusznie wskazał zamawiający wykonawca *Infover sp. z o.o. S.K.A. skonsumował część swojej zdolności kredytowej*, co oznacza, w ocenie Izby, że na dzień składania wniosków nie dysponował zdolnością kredytową w określonej przez zamawiającego wysokości 10 000 000 zł.

Z tego względu wskazywanie zdolności kredytowej w wysokości 10 100 000 zł, nie może być uznane za potwierdzenie zdolności finansowej, skoro 4 000 000 zł z tej kwoty zostało wykorzystane na cele niezwiązane z realizacją zamówienia.

W związku z tym, że opinia bankowa została złożona na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, wykonawca *Infover sp. z o.o. S.K.A.*, w ocenie Izby powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ze względu na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej.

Tym samym czynność zamawiającego należało uznać za wadliwą.

Biorąc powyższe pod uwagę, mając na względzie przepis art. 192 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....