

WYROK

z dnia 30 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: **Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2016 r. przez wykonawcę **Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Muszkietarów 15, 02-273 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Lublin, pl. Króla Władysława Łokietka 1, 20-109 Lublin**

przy udziale wykonawcy **K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CORRADO – K. B., ul. Skautów 11 B, 20-055 Lublin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Muszkietarów 15, 02-273 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 **Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Muszkietarów 15, 02-273 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Muszkietarów 15, 02-273 Warszawa** na rzecz Zamawiającego **Gminy Lublin, pl. Króla Władysława Łokietka 1, 20-109 Lublin** kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem poniesionych przez Zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*usługę utrzymania ciągłości pracy dzierżawionych urzędzeń kopiująco-skanujących*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 listopada 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2015/S 228-415325.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- a) wyboru oferty K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CORRADO – K. B. (dalej: „Corrado”) jako oferty najkorzystniejszej;
- b) wezwania wykonawcy Corrado do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia poprzez uzupełnienie wykazu świadczonych usług oraz poświadczenia ich należytego wykonania;
- c) zaniechania wykluczenia wykonawcy Corrado;
- d) zaniechania odrzucenia oferty Corrado jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu;
- e) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Kwestionując powyższe Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- a) art. 24 ust. 2 ust. 3 w zw. art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Corrado pomimo tego, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego Postępowania w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia;
- b) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie Corrado do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, pomimo tego że Corrado podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- c) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień Corrado dotyczących spełnianie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia poprzez uznanie, że wykonawca ten nie złożył nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

- d) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Corrado jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu;
- e) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na zaniechanie wykluczenia Corrado z postępowania pomimo tego, że Corrado złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów pomimo tego, że podlegał z tej przyczyny wykluczeniu;

z ostrożności, niezależnie od zarzutów powyżej:

- f) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że dokument zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego w postaci wiedzy i doświadczenia potwierdza realność udostępnienia zasobów i zaniechanie wykluczenia Corrado pomimo niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia;
- g) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezachowanie formy pisemnej zobowiązania do udostępnienia zasobów poprzez niezłożenie informacji z rejestru przedsiębiorców potwierdzającej umocowanie do złożenia oświadczenia woli w formie zobowiązania do udostępnienia zasobów przez Arcus S.A.;
- h) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, ewentualnie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Corrado pomimo, że uzupełniony wykaz usług oraz poświadczenie wskazują na możliwość złożenia nieprawdziwych informacji i niewykazanie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, ewentualnie zaniechanie wyjaśnienia nieścisłości zawartych w wykazie usług;
- i) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z przepisami przywołanymi powyżej poprzez uznanie za wystarczający dokument zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego w postaci wiedzy i doświadczenia, podczas gdy z dokumentu nie wynikało realne udostępnienie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, dokument nie zawiera informacji z rejestru przedsiębiorców potwierdzających umocowanie do jego podpisania, uzupełniony wykaz usług i poświadczenie budzą wątpliwości co do możliwości złożenia nieprawdziwych informacji oraz niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz zaniechanie wykluczenia Corrado z powodu niewykazania posiadania wiedzy i doświadczenia i złożenia nieprawdziwych informacji, ewentualnie wezwania do wyjaśnień odnośnie uzupełnionego wykazu i poświadczenia, co prowadzi do naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji i

równego traktowania wykonawców;

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- b) wykluczenia wykonawcy Corrado;
- c) odrzucenia oferty Corrado;
- d) ewentualnego wezwania do wyjaśnień;
- e) wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł następującą argumentację:

1. *Złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).*

Odwołujący podał, że zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia. Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wykonawców w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania - w tym w zakresie dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, w przypadku zaistnienia podstawy z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający nie ma obowiązku wyczerpania procedury uzupełnienia dokumentów i oświadczeń przewidzianej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Dalej Odwołujący wskazał, że z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, dotyczącego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika, iż wykluczenie wykonawcy podającego nieprawdziwe informacje musi nastąpić zarówno wtedy, gdy świadomie działał on w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd, jak i w przypadku rażącego niedbalstwa. Wykazanie zamiaru wprowadzenia w błąd jest bowiem w praktyce bardzo trudne. Takie stanowisko opiera się na wykładni przepisów europejskich i zostało zaprezentowane m.in. w wyroku KIO z dnia 13 stycznia 2016 r., sygn. akt: KIO 2809/15), w którym odniesiono się także do wykładni wspomnianego przepisu opartej na europejskim orzecznictwie sądowym. KIO w ww. wyroku wskazała: „Dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp konieczne jest stwierdzenie, że: po pierwsze - wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, po drugie - stanowiło to poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż

informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, po trzecie - wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa.

W kwestii nieprawdziwych informacji i podnoszonej przez Odwołującego konieczności zaistnienia i udowodnienia winy umyślnej, warto w tym miejscu wskazać na stanowisko, jakie zajęł Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (*Flying Holding NV* z siedzibą w Wilrijk, *Flying Group Lux SA* z siedzibą w Luksemburgu, *Flying Service NV* z siedzibą w Deume przeciwko Komisji Europejskiej). Komisja Europejska w prowadzonym na podstawie rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1; z późn. zm.) wykluczyła tych wykonawców na podstawie 94 lit. b) tego rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji. Sąd stwierdził, że w przypadku gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. (...) Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego. (por. pkt 75 i 119 wyroku).

Powyższy wyrok dotyczył przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak treść przepisu art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego, tak jak art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE, odwołuje się do winy wykonawcy (kandydata) składającego nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy. Wina, o której mowa w obu tych przepisach dotyczących analogicznej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, powinna być interpretowana w taki sam sposób.

Powyższe pozwala na przyjęcie, że dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp, wystarczające jest to, by podanie obiektywnie niezgodnych ze stanem rzeczywistym informacji (a więc informacji nieprawdziwych) wynikało z niedbalstwa wykonawcy. W praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż wymaga dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki

skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Natomiast wykonawca z łatwością może uwolnić się od odpowiedzialności oświadczając, że nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd, a podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od kogoś innego.

Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03}. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02}. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 §2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Powyższe stanowisko Izba szczegółowo przedstawiła w wyroku z dnia 11 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 177/15.”

Odwołujący zwrócił uwagę, że także regulacja zawarta w aktualnie obowiązującej dyrektywie klasycznej nie odbiega od regulacji poprzednio obowiązującej, toteż dotychczasowe orzecznictwo zachowało w pełni swoją aktualność. Zgodnie z art. 57 ust. 4 pkt h dyrektywy 2014/24 instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać przez państwa członkowskie zobowiązane do wykluczenia z udziału o udzielenie zamówienia każdego wykonawcę:

„h) jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji

spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59;"

Tym samym, zdaniem Odwołującego, także na gruncie dyrektywy 2014/24 miarodajna dla oceny zaistnienia przesłanki nieprawdziwych informacji jest zarówno wina umyślna, jak i niedbalstwo, w szczególności rażące niedbalstwo.

Taką interpretację pojęcia „poważnego wprowadzenia w błąd” dodatkowo wzmacnia, w ocenie Odwołującego, projekt ustawy implementującej dyrektywę 2014/24 - projekt Ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 366), który po pierwszym czytaniu w Sejmie został skierowany do Komisji Gospodarki i Rozwoju. Projektowany art. 24 ust. 1 ustawy Pzp zawierać będzie dwie przesłanki obligatoryjnego wykluczenia w przypadku wprowadzenia zamawiającego w błąd:

„17) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

18) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

Z powyższego, zdaniem Odwołującego, jednoznacznie zatem wynika, że miarodajna dla oceny zaistnienia podstawy wykluczenia, ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji, jest zarówno wina umyślna, jak i niedbalstwo, szczególnie w jego rażącej postaci.

Co więcej zgodnie z planowaną regulacją rażące niedbalstwo stanowi obligatoryjną przesłankę wykluczenia wykonawcy nawet w przypadku braku istotnego wpływu informacji na decyzje podejmowane przez zamawiającego, co należałoby utożsamiać z brakiem wpływu na wynik postępowania. Tym bardziej, jest zatem miarodajne na potrzeby wykluczenia, gdy powyższy wpływ w sposób oczywisty zachodzi z uwagi na konieczność wykazania spełnienia podmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

Tym samym, w opinii Odwołującego, złożenie nieprawdziwych informacji nie musi być zachowaniem umyślnym, wystarczy, że profesjonalny podmiot nie dochował należytej staranności przy weryfikacji informacji, które złożył w postępowaniu o zamówienie publiczne. Przykładowo Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 726/15: *„Jednakże, wbrew stanowisku zamawiającego, wskazany przepis dyrektywy klasycznej nie ogranicza postaci winy jedynie do winy umyślnej (zamiaru bezpośredniego i ewentualnego). Nie ma zatem podstaw, aby wyłączać spod zakresu zastosowania tej podstawy wykluczenia przypadków poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwymi informacjami złożonymi w wyniku niedbalstwa wykonawcy. Zdaniem Izby takiego niedbalstwa dopuścił się przystępujący; który co najmniej posłużył się w postępowaniu*

nieprawdziwymi informacjami nie weryfikując informacji przekazywanych mu przez podmiot trzeci - to jest firmę A. sp. z o.o. Wzięto pod uwagę, że w profesjonalnym obrocie reguły należytej staranności wymagają upewnienia się, czy stan rzeczy deklarowany w oświadczeniach składanych zamawiającemu odpowiada rzeczywistości. Dostrzeżenia wymagało, że w myśl art. 14 ustawy P.z.p. w zw. z art. 355 §2 k.c. należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy uznać przystępującego, spółkę prawa handlowego i wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygała także co należy rozumieć przez „wpływ na wynik postępowania” przy złożeniu nieprawdziwych informacji, skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania. W wyroku z dnia 23 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1425/15, KIO stwierdziła: *„W ocenie Izby, działanie Odwołującego w sposób jednoznaczny stanowi przejaw rażącego niedbalstwa, które również umożliwia zastosowanie sankcji określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. (...) Skutek w postaci wykluczenia z postępowania wykonawcy za złożenie nieprawdziwych informacji uzależniony jest także od spełnienia drugiej przesłanki zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wpływu lub możliwości ich wpływu na wynik postępowania. Przyjmuje się, że informacje mają wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli ich złożenie przesądza o wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, ocenie ofert lub możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą”.*

Odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt .53. i 6.3.1 oraz 6.3.2. SIWZ Wykonawca powinien wykazać wykonanie lub wykonywanie usługi/usług polegającej/polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również jako serwis, konserwacja urządzeń) o wartości łącznie co najmniej 150.000,00 zł (dla usług rozliczanych w innych walutach niż PLN równowartość co najmniej 150 000 PLN brutto według średniego kursu NBP na dzień zawarcia umów) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. Na potwierdzenie powyższego winien przedłożyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (wg załącznika nr 3), oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Odwołujący podał, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawca Corrado, w ramach wykazania warunku udziału w postępowaniu, korzystając z zasobów ARCUS S.A. przedstawił „potwierdzenie” z dnia 21 grudnia 2015 r. (dalej: „Potwierdzenie”) - str. 6 oferty Corrado, realizacji na rzecz Totalizator Sportowy Sp. z o.o. (dalej: „Totalizator Sportowy”) dostawy kilkudziesięciu wielofunkcyjnych urządzeń KYOCERA wraz z serwisem, na łączną kwotę przekraczającą 500.000,00 zł. W *Wykazie usług*, zgodnym ze wzorem Zamawiającego, stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ (str. 5 oferty Corrado), Wykonawca wskazał dostawę wykonaną na rzecz spółki Totalizator Sportowy Sp. z o.o., przy dacie wykonania podając: „01.01.2015 - 30.09.2015”, natomiast jako wartość wskazując „ok. 500 tys. zł”.

Nieprawdziwe informacje w zakresie dat świadczenia usług:

Odwołujący wyjaśnił, że z uwagi na fakt, że Totalizator Sportowy jest podmiotem publicznym, Odwołujący zwrócił się do niego w trybie dostępu do informacji publicznej z prośbą o przekazanie dokumentacji zamówienia, na podstawie którego zostało wystawione *Potwierdzenie*.

Z informacji otrzymanych od Totalizatora Sportowego wynika, że Totalizator Sportowy zawarł umowę z Arcus S.A., której przedmiot został opisany w *Potwierdzeniu* dopiero w dniu 23 czerwca 2015 r., natomiast wcześniej ARCUS S.A. zrealizował na rzecz Totalizatora Sportowego dostawę czterech urządzeń drukujących, tj. w dniach 15 stycznia, 8 lutego, 13 lutego oraz 31 kwietnia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z informacji uzyskanych od Totalizatora Sportowego wynika także, że usługi świadczenia serwisu rozpoczęły się po dostawie urządzeń, tj. po dniu 2 września 2015 r. Corrado wskazał zatem, zdaniem Odwołującego, nieprawdziwe informacje w zakresie dat świadczenia usług.

Nieprawdziwe informacje w zakresie wartości świadczenia usług:

Odwołujący podał, że Zamawiający w dniu 1 lutego 2016 r. wezwał Corrado do wyjaśnień, zadając mu pytanie: „*jaką wartość w całości zadania stanowiła usługa serwisowa urządzeń wielofunkcyjnych?*”. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnień w zakresie wartości usługi serwisowej urządzeń wielofunkcyjnych z uwagi na brzmienie warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia, który dotyczył wartości serwisu, a nie dostawy, oraz urządzeń wielofunkcyjnych a nie drukujących, a takie zostały wskazane w wykazie usług i *Poświadczeniu*.

Odwołujący raz jeszcze podkreślił, że jak wskazano powyżej, warunek został określony w pkt 5.3 oraz 6.3.1. i 6.3.2. (ppkt 6.3.2.1.) SIWZ: „*Wykaz winien wskazywać wykonanie lub wykonywanie usługi/usług polegającej/polegających na utrzymaniu ciągłości*

pracy urzędzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również jako serwis, konserwacja urzędzeń) o wartości łącznie co najmniej 150000 PLN (dla usług rozliczanych w innych walutach niż PLN równowartość co najmniej 150.000 PLN brutto wg średniego kursu NBP na dzień zawarcia umów) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie”.

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Corrado złożył w dniu 3 lutego 2016 r. lakoniczne wyjaśnienia, w których jednak jednoznacznie potwierdził, że w całości zadania usługa serwisowa urzędzeń wielofunkcyjnych (usługa polegająca na utrzymaniu ciągłości pracy urzędzeń wielofunkcyjnych: druk, kopia, skan, rozumiana również jako serwis, konserwacja urzędzeń) stanowiła wartość 174.168,00 zł brutto.

Na kanwie powyższego Odwołujący podkreślił, że warunek dotyczył usług utrzymania ciągłości pracy urzędzeń kopiująco-skanujących, rozumianych również jako serwis, konserwacja urzędzeń, zatem warunek nie dotyczył kosztów związanych z samą pracą urzędzeń, lecz z usługami utrzymania ciągłości pracy urzędzeń, tj. usługą serwisu lub konserwacji urzędzeń. Ponadto, umowa zawarta pomiędzy Arcus S.A. a Totalizatorem Sportowym nie przewidywała opłat za druk, kopię i skan.

Odwołujący podał, że w drodze dostępu do informacji publicznej uzyskał SIWZ oraz umowę zawartą w dniu 23 czerwca 2015 r. pomiędzy Arcus S.A. a Totalizatorem Sportowym, której dotyczyło zamówienie powołane w *Potwierdzeniu*. Z umowy wynika, że dostawa urzędzeń powinna zostać zrealizowana do dnia 30 września 2015 r., a następnie przez okres 36 miesięcy powinien być świadczony serwis w następujący sposób: (i) 36 miesięczna Gwarancja Producenta, licząc od dnia instalacji i dostarczenia urzędzeń; (ii) świadczenie usług serwisu gwarancyjnego rozumianego jako usługa świadczona przez wykonawcę w okresie 36 miesięcznej Gwarancji Producenta na urzędzenia, obejmująca pełne koszty przywrócenia dostarczonego urzędzenia do sprawności, w przypadku awarii urzędzenia niezawinionej przez Zamawiającego (iii) Okresowe Przeglądy Techniczne.

Odwołujący wyjaśnił, że serwis, określony jako Gwarancja Producenta świadczony jest przez producenta (KYOCERA) a nie wykonawcę, zatem nie mógł stanowić podstawy wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Corrado, korzystającego z zasobów Arcus S.A. Drugi typ serwisu dotyczy przywrócenia do sprawności w przypadku awarii urzędzenia, natomiast trzeci typ serwisu, tj. Okresowe Przeglądy Techniczne świadczone są po osiągnięciu przez Zamawiającego określonej liczby wydruków, co w warunkach realizacji dostawy urzędzeń z terminem do 30 września 2015 r. nie mogło mieć miejsca za wskazaną kwotę.

Odwołujący podniósł, że wszystkie powyższe informacje Corrado był w stanie uzyskać w trybie dostępu do informacji publicznej od Totalizatora Sportowego (w taki sposób

uzyskał je Odwołujący), lub w ramach współpracy z podmiotem udostępniającym mu zasoby - Arcus S.A.

Odwołujący dostrzegł również, że Zamawiający po otrzymaniu od Odwołującego umowy zawartej pomiędzy Totalizatorem Sportowym a ARCUS S.A. pismem z dnia 14 marca 2016 r. ponownie wezwał Corrado do wyjaśnień, w którym Zamawiający zadał dwa pytania, dotyczące przedłożonego przez Corrado Wykazu usług wraz z poświadczeniem wystawionym przez Totalizator Sportowy:

1. *„Czy w skład pozycji nr 1 wykazu usług wchodzi kilka zamówień (umów) czy jest to jedno zamówienie i jedna umowa? Jeżeli więcej niż jedna proszę o uszczegółowienie tej pozycji poprzez nadanie „nazwy” kolejnym umowom, podanie przedmiotu, daty wykonania, podmiotu i wartości wyłącznie wykonanych usług dotyczących serwisu gwarancyjnego (o ile był świadczony odpłatnie) i bieżącej obsługi eksploatacyjnej do dnia 30.09.2015 r.*
2. *Czy serwis gwarancyjny i bieżąca obsługa eksploatacyjna zakończyły się w dniu 30.09.2015 r.? W przypadku jeśli trwają nadal - jaką wartość stanowi usługa serwisu gwarancyjnego (o ile był świadczony odpłatnie) i bieżąca obsługa eksploatacyjna zrealizowana do dnia 30.09.2015 r.?”*

Wyjaśnienia w ww. zakresie miały zostać złożone do 16 marca 2016 r. do godz. 15.30.

W wyjaśnieniach z 16 marca 2016 r., jak podał Odwołujący, wykonawca Corrado zamiast rzeczowej i jednoznacznej odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytania wdał się w nieuzasadnioną polemikę z Zamawiającym co do związku zadanych pytań z treścią warunku udziału w postępowaniu, w szczególności konieczności wykazania liczby usług składających się na podaną kwotę 174.168 zł, pomimo iż pkt 6.3.1. SIWZ jasno wskazuje na konieczność opisu każdej z wykazywanych usług. Niezależnie od powyższej polemiki Corrado oświadczył, że: *„W swoim piśmie z dnia 3 lutego 2016 r. (wezwanie z dnia 1 lutego 2016 r.) Wykonawca CORRADO wyjaśnił, że w ramach usług serwisowych dostawy urządzeń kopiująco-skanujących z obsługą serwisową dla Totalizatora Sportowego Sp. z o.o. oddanych mu do dyspozycji, jako niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp wartość usług serwisowych polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń (rozumianych również jako serwis, konserwacja urządzeń) wynosiła 174 168 zł brutto. Tym samym zostało potwierdzone, że dostawa ta została zrealizowana. Dokument potwierdzenia z dnia 21 grudnia 2015 r., jednoznacznie wskazuje, że zamówienie zostało zrealizowane terminowo i z należytą starannością. Stwierdzenie „współpracujemy” w żaden sposób negatywnie nie wpływa na tę prawidłowość wykonania dostawy oraz wykonywania usług polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również jako serwis lub konserwację urządzeń; tu okresowych przeglądów technicznych), do czego Firma*

udostępniająca zasoby jest zobowiązana w okresie 36 miesięcy od dnia podpisania protokołu odbioru dostarczonych urządzeń bez uwag. Ponadto Wykonawca wskazał, że fakt, iż usługa jest nadal wykonywana „(...) w żaden sposób nie wpływa na wartość usług serwisowych polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń określoną na 174 168 zł brutto”.

Zatem, jak zauważył Odwołujący, Corrado wprost oświadczył, że określony przez Zamawiającego warunek w ramach zamówienia wykonanego przez ARCUS S.A. na rzecz Totalizatora Sportowego spełniły okresowe przeglądy techniczne, tj. że wartość tych przeglądów wynosiła na podstawie umowy z Totalizatorem Sportowym Sp. z o.o. wskazaną przez Wykonawcę w treści wyjaśnień z dnia 3 lutego 2016 r. kwotę 174 168 zł brutto. Innymi słowy, że w ramach kwoty 500 000 zł podanej w *Wykazie usług* kwotę 174 168 zł stanowiły przeglądy okresowe.

Zdaniem Odwołującego, powyższe informacje są nieprawdziwe, a na ich nieprawdziwość i nierealność wskazał sam Zamawiający w treści wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z dnia 18 kwietnia 2016 r. W powyższym piśmie Zamawiający szczegółowo omówił i uzasadnił obiektywną nieprawdziwość oświadczeń i wyjaśnień Corrado, jednak z niezrozumiałych względów zamiast wykluczyć wykonawcę Corrado z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wezwał go do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że także Totalizator Sportowy - wystawca *Potwierdzenia* z 21 grudnia 2015 r. - wprost oświadczył, że: *„Zgodnie z odpowiedzią udzieloną na pytanie pierwsze, możemy stwierdzić jedynie, że w okresie przywołanym w Potwierdzeniu, tj. 1.01.2015 r. 30.09.2015 r. wartość Okresowych Przeglądów Technicznych nie osiągnęła 150 tys. zł brutto”.*

Odwołujący podał, że otrzymał powyższe oświadczenie również w ramach zapytania w trybie dostępu do informacji publicznej, do której taki sam dostęp posiada Corrado.

Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że Corrado składając *Wykaz*, zawierający nieprawdziwe informacje oraz składając wyjaśnienia, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, przedstawił jedną usługę, zatem bez wątplenia informacje te miały wpływ na wynik postępowania, ponieważ decydowały o wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu i wyborze oferty Corrado jako najkorzystniejszej.

Nieprawdziwe informacje w zakresie liczby umów w związku z datami świadczenia usług:

Odwołujący wyjaśnił, że przekazał Zamawiającemu dokumenty otrzymane od Totalizatora Sportowego w celu udowodnienia Zamawiającemu, że Corrado złożył nieprawdziwe informacje. Zamawiający powziął wątpliwość odnośnie dat wskazanych w wykazie, tj. 1 stycznia – 30 września 2015 r. oraz liczby umów, uzasadniających wykazaną przez Corrado wartość 174 168 zł brutto, w szczególności w kontekście przekazanej umowy,

zawartej dopiero w dniu 26 marca 2015 r., którą otrzymał Odwołujący, składając do Totalizatora Sportowego wnioszek z prośbą o udostępnienie umów, których dotyczyło *Potwierdzenie*.

Odwołujący dalej podał, że na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 marca 2016 r., którego treść została przywołana powyżej, Corrado w wyjaśnieniach z dnia 16 marca 2016 r. oświadczył, że „wymagane usługi wykonywane są w ramach jednej umowy”.

Mając na uwadze, że w *Wykazie* Corrado wpisał jako daty wykonania 1 stycznia – 30 września 2015 r., umowa została zawarta w dniu 23 czerwca 2015 r. a według wyjaśnień Corrado usługi są wykonywane w ramach jednej umowy, występuje tu, zdaniem Odwołującego, rażąca sprzeczność wskazująca ponownie na złożenie nieprawdziwych informacji. Oczywiście jest bowiem, że na podstawie umowy z 23 czerwca 2015 r. nie mogły być realizowane jakiegokolwiek usługi serwisu przed tą datą.

Uzasadnienie wezwania do uzupełnienia dokumentów, z którego treści wynika, że Corrado złożył nieprawdziwe informacje.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w uzasadnieniu pisma z dnia 18 kwietnia 2016 r. opisał nieprawdziwe informacje złożone przez Corrado, a następnie, wbrew przepisom ustawy Pzp, wezwał Corrado do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami, czy usługi te zostały wykonane należycie. Odwołujący ponownie podkreślił, że Zamawiający w przypadku złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania ma obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania i nie może wzywać wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, które będą już zawierały prawdziwe informacje.

Odwołujący podał, że powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO, np. w wyroku z dnia 23 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1425/15: „*W przypadku złożenia nieprawdziwych informacji, wyłączona jest możliwość uzupełnienia dokumentów w trybie określonym w art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro więc Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje, Zamawiający nie mógł wezwać Odwołującego do złożenia dokumentów zawierających informacje prawdziwe i potwierdzające spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Ocenie Zamawiającego powinien podlegać wyłącznie wykaz usług i referencje złożone pierwotnie w treści oferty. Ponieważ wskazane w wykazie dane zawierały nieprawdziwe informacje, brak było podstawy do stosowania procedury uzupełnienia, a tym samym do oceny przedstawionych dodatkowych usług*”.

Mając na uwadze powyższe, w tym następujące fakty:

- 1) Zamawiający wzywał Corrado do wyjaśnień, zadając konkretne i precyzyjne pytania dotyczące treści *Wykazu usług*, w tym wartości usług relewantnych dla wykazania

- spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
- 2) Corrado jest profesjonalnym podmiotem działającym na rynku;
 - 3) nieprawdziwe informacje dotyczyły postępowania, do którego możliwe było uzyskanie dokumentacji w trybie dostępu do informacji publicznej oraz w oparciu o udostępnienie zasobów przez Arcus S.A.;
 - 4) Corrado udzielał dwukrotnych wyjaśnień dotyczących treści *Wykazu usług*, w których za każdym razem podał informacje niezgodne z prawdą; nie sposób uznać, aby powyższe informacje podane zostały przez niego nieświadomie, bez zamiaru wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do okoliczności istotnych dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, względnie, aby dochował staranności wymaganej od profesjonalisty, by uniknąć zarzutu rażąco niedbałego działania. Niewątpliwie, zdaniem Odwołującego, wykonawca Corrado zdawał sobie sprawę z ciążącego na nim obowiązku udowodnienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, do czego niezbędne było potwierdzenie wykonania usług zgodnych z treścią warunku o wymaganej wartości oraz że nieprawdziwe informacje w tym zakresie przekazywane przez Wykonawcę lub podmiot trzeci obciążają Wykonawcę nawet wówczas, gdy pochodzą od podmiotu trzeciego; to Wykonawcę obciążał bowiem obowiązek wnikliwej i należytej weryfikacji, zwłaszcza że dwukrotnie żądano od niego wyjaśnień w tym zakresie;
 - 5) Corrado podał nieprawdziwe informacje w zakresie:
 - a) wartości świadczonych usług (*Wykaz usług*, wyjaśnienia z dnia 3 lutego 2016 r., wyjaśnienia z dnia 16 marca 2016 r.);
 - b) daty rozpoczęcia świadczenia usług (*Wykaz usług*);
 - c) daty zakończenia świadczenia usług (*Wykaz usług*);
 - d) przedmiotu świadczenia usług (wyjaśnienia z dnia 3 lutego 2016 r.), zatem w zakresie, który podlegał łatwej i jednoznacznej weryfikacji, do której wykonawca Corrado był zobowiązany z uwagi na powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego i jednoznaczne zapytania Zamawiającego;
 - 6) Corrado pierwotnie w wykazie wskazał jedną usługę, co do której złożył nieprawdziwe informacje;

zdaniem Odwołującego, złożenie nieprawdziwych informacji miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, ponieważ usługa ta była niezbędna dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.;

W ocenie Odwołującego, Zamawiający miał więc obowiązek wykluczenia Corrado, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, a wezwanie do uzupełnienia *Wykazu usług* i poświadczeń należytego wykonania było działaniem całkowicie

nieuprawnionym.

2. Brak realności udostępnienia zasobów oraz formy pisemnej zobowiązania do udostępnienia zasobów.

Odwołujący podniósł, iż niezależnie od powyższej opisanej podstawy wykluczenia w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że nie zachodzi brak realnego udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, skutkujący niewykazaniem przez Corrado posiadania wiedzy i doświadczenia. Z uwagi na fakt, że Zamawiający już raz wezwał Corrado do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, zdaniem Odwołującego, wadliwe uzupełnienie dokumentów powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z uwagi na brak wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia.

Realność udostępnienia zasobów.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z orzecznictwem KIO (wyrok KIO z dnia 18 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 451/15), „*warunek udziału w postępowaniu składa się - nie bez powodu - z dwóch elementów, tj. wiedzy i doświadczenia. O ile jeszcze wiedza może być wiedzą teoretyczną - wynikającą z informacji, które można zdobyć z książek; innych opracowań, informacji o cudzych doświadczeniach czy szkoleń, jak i wiedzą nabytą w sposób praktyczny, to doświadczenie z samej swojej istoty nie może być teoretyczne. Tym samym więc doświadczenia nie można przenieść jedynie w teorii, bez praktycznego udziału owego podmiotu doświadczonego w realizacji zamówienia. Bez udziału podmiotu posiadającego doświadczenie w żaden sposób nie można uznać, że zamówienie będzie realizował wykonawca doświadczony, jak tego wymagał zamawiający. Przywołane przez odwołującego poglądy - które zresztą, pomimo że eksponowane, de facto nie stanowiły poglądu dominującego - nie są już obecnie aktualne, gdyż pogląd w zakresie stosowania art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych ewoluował w kierunku konieczności realności powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego. Potwierdza to zarówno obecne orzecznictwo krajowe, jak orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*”.

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że zobowiązanie zostało złożone w dniu 22 kwietnia 2016 r., a w jego treści podmiot trzeci oświadczył, że potwierdza zakres zasobów udostępnionych w dniu 29 grudnia 2015 r.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w zobowiązaniu podmiot trzeci wskazuje, że zapewni przez swoich specjalistów doradztwo i wsparcie Corrado na etapie realizacji projektu oraz dostawy urządzeń skanująco-kopiujących, a w szczególności w zakresie instalacji, uruchomienia, wdrożenia i testów poprawności działania oraz udzielenia pomocy merytorycznej przy bieżącej obsłudze w trakcie trwania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący podniósł, że udostępnienie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia powinno być ściśle związane z warunkiem określonym przez Zamawiającego, który dotyczył usług utrzymania ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących. Tym samym udział podmiotu trzeciego w procesie instalacji urządzeń - poza pozorami uszczegółowienia zaangażowania podmiotu trzeciego - jest bez istotnego znaczenia dla wykazania wiedzy i doświadczenia wymaganych w postępowaniu i niezbędnych dla potwierdzenia realnego dysponowania udostępnionymi zasobami podmiotu trzeciego. Ponadto i w tym zakresie treść zobowiązania jest ogólnikowa.

Odwołujący zauważył, że w zakresie serwisu, którego dotyczy treść warunku, podmiot udostępniający stwierdza tylko, że udzieli Corrado niedoprecyzowanej „pomocy merytorycznej”. Zobowiązanie nie określa, jak ma wyglądać pomoc merytoryczna, do czego pomoc będzie się odnosić, kto ma jej udzielać ani w jaki sposób. Zobowiązanie nie precyzuje sposobu wykorzystania zasobów oraz zakresu udziału podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, co jest immanentną cechą wykazania realności udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia. Zamawiający nie ma zatem możliwości weryfikacji charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem, ponieważ zobowiązanie stanowi jedynie, że strony łączy umowa o stałej współpracy. Z zobowiązania nie wynika przedmiot umowy ani zakres współpracy. Zamawiający nie ma możliwości weryfikacji, czy w zakres umowy wchodzi współpraca przy przedmiotowym zamówieniu ani, czy na jej mocy podmiot ten rzeczywiście zapewni realne wsparcie przy wykonywaniu zamówienia oraz sposobu jego wykonania. Powyższe zobowiązanie, zdaniem Odwołującego, jest zatem niewiele wnoszącą beletrystyką, nieróżniącą się od poprzednio złożonego zobowiązania. Nie stanowi zatem żadnego dowodu realności udostępnienia zasobów, co było kwestionowane przez Zamawiającego, lecz wyłącznie pozorne formalne zadośćuczynienie wezwaniu Zamawiającego poprzez przedłożenie nieco dłuższego, lecz równie enigmatycznego w treści dokumentu. W ocenie Odwołującego, nie stanowi zatem w żadnym zakresie dowodu niezbędnego dla wykazania, że Corrado będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego.

Odwołujący dostrzegł, że analogicznie KIO wypowiedziała się odnośnie udostępnienia zasobów w formie doradztwa: *„W ocenie składu orzekającego zamawiający nie otrzymał wystarczających informacji, w jaki sposób doradztwo deklarowane w zobowiązaniu będzie wykonywane i w jaki sposób wiedza i doświadczenie zostanie przekazana wykonawcy podczas wykonywania przedmiotu zamówienia. Izba zauważa, że z treści przedłożonego zobowiązania powinno wynikać, w jaki sposób podmiot będzie udostępniał posiadaną wiedzę i doświadczenie”* (wyrok KIO z dnia 4 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 804/15).

Ponadto, zdaniem Odwołującego, dokument z 22 kwietnia 2016 r. zawiera istotne nieścisłości. W dniu 29 grudnia 2015 r., w którym zostało wystawione pierwotne

zobowiązanie do udostępnienia zasobów, którego zakres potwierdził podmiot trzeci w zobowiązaniu z 22 kwietnia 2016 r. Bank Millenium S.A. nie wystawił jeszcze Listu referencyjnego (datowanego na dzień 19 stycznia 2016 r. - dzień upływu terminu składania ofert), zatem, w ocenie Odwołującego, zobowiązanie nie mogło dotyczyć tego zamówienia i na podstawie zobowiązania z 29 grudnia 2015 r. nie mogło nastąpić przekazanie powyższej referencji Corrado.

Forma pisemna zobowiązania do udostępnienia zasobów.

Odwołujący podniósł, że zasada pisemności została wyrażona w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp i stanowi, że z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie Pzp, że postępowanie prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej, natomiast art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dodatkowo podkreśla, że wykonawca przedstawia pisemne zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Zobowiązanie może potwierdzić realność udostępnienia w sytuacji, w której oświadczenie o oddaniu do dyspozycji zasobów zostało złożone przez osobę do tego umocowaną. Złożenie dokumentu potwierdzającego umocowanie jest zatem czynnością immanentnie związaną z wykazaniem ważności i skuteczności zaciągniętego zobowiązania, a więc w komplecie to zobowiązanie stanowi (wyrok KIO z 30 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 72/13).

Odwołujący podał, że w przypadku spółki akcyjnej potwierdzeniem takim mógłby być na przykład odpis KRS, którego Corrado nie złożył. Jednocześnie, Zamawiający nie może sam uzyskać takiego dokumentu, z uwagi na zasadę pisemności zobowiązania, ani wezwać Corrado do uzupełnienia, ponieważ Corrado już raz uzupełniał dokument zobowiązania. Zatem, zdaniem Odwołującego, Zamawiający miał obowiązek wykluczyć Corrado z postępowania z uwagi na brak wykazania spełnienia wymagań w postaci posiadanej wiedzy i doświadczenia.

3. Nieprawdziwe informacje w nowym Wykazie usług.

Odwołujący zastrzegł, że w przypadku nieuwzględnienia pozostałych zarzutów skutkujących wykluczeniem Corrado, Odwołujący wskazuje na możliwość ponownego złożenia przez Corrado nieprawdziwych informacji w nowym, uzupełnionym *Wykazie usług*. Odwołujący wyjaśnił, że Corrado wskazał, iż wartość dostawy wraz z serwisem wynosiła powyżej 7.000.000,00 zł, w tym wartość usług serwisowych wynosiła powyżej 2.000.000,00 zł, a zatem wartość samej dostawy wynosiła powyżej 5.000.000,00 zł.

Odwołujący podał, że otrzymał od Banku Millenium S.A. zapytanie ofertowe, dotyczące powołanego w *Wykazie* oraz referencjach zamówienia. Odwołujący zaoferował dostawę 956 zestawów urządzeń za cenę 3.179.792 zł. Zamawiający - Bank Millenium S.A.

poinformował Odwołującego, że Arcus S.A. zaoferował niższą kwotę, zatem nie mógł dostarczyć urządzeń za kwotę 5.000.000,00 zł.

Odwołujący zwrócił uwagę, że niezależnie od podanych kwot, Corrado wskazał datę rozpoczęcia dostawy taką samą jak datę rozpoczęcia świadczenia usług wydruku. Z listu referencyjnego Banku Millenium wynika, że Arcus S.A. dostarczyła urządzenia oraz wdrożyła system do zarządzania wydrukiem. Nie jest możliwe, zdaniem Odwołującego, dostarczenie urządzeń, wdrożenie systemu zarządzania wydrukiem oraz rozpoczęcie świadczenia usług wydruku w tym samym dniu. Wdrożenie jest długotrwałym, wieloetapowym procesem, liczonym w miesiącach a nie dniach.

Powyższe, w ocenie Odwołującego, wskazuje na wadliwość *Wykazu usług*, a z uwagi na to, że został on już raz uzupełniony, Zamawiający nie może po raz kolejny wezwać Corrado do uzupełnienia *Wykazu*, lecz powinien go wykluczyć z postępowania z uwagi na brak wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia, złożenie nieprawdziwych informacji, ewentualnie powinien wezwać Corrado do wyjaśnień w zakresie uzupełnionego *Wykazu* i referencji, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jednak bez dalszej możliwości ich uzupełniania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W pkt 5.1. SIWZ Zamawiający postanowił, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi spełniać warunku udziału w postępowaniu dotyczące m.in. wiedzy i doświadczenia (ppkt 5.1.2. SIWZ). Jednocześnie w pkt 5.3 SIWZ Zamawiający wskazał, że *„jako spełniający warunki udziału w postępowaniu zostaną ocenieni wykonawcy, którzy w zakresie warunku określonego w pkt 5.1.2. wykażą wykonanie lub wykonywanie usługi/usług polegającej/polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również jako serwis, konserwacja urządzeń) o wartości łącznie co najmniej 150 000, 00 PLN (dla usług rozliczanych w innych walutach niż PLN równowartość co najmniej 150 000 PLN brutto według średniego kursu NBP na dzień zawarcia umów) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie”*.

W celu wykazania spełniania przedmiotowego warunku wykonawcy zostali zobowiązani do przedłożenia *„Wykazu wykonanych, a w przypadku usług okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (wg załącznika nr 3), oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie”* (pkt 6.3.1. SIWZ). Dodatkowo w pkt 6.3.2. SIWZ Zamawiający zawarł następujące postanowienie: *„Określenie usług, których dotyczy*

obowiązek wskazania przez wykonawcę w wykazie lub złożeniu poświadczeń, w tym informacja o usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie:

6.3.2.1 Wykaz powinien wskazywać wykonanie lub wykonywanie usługi/usług polegającej/polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również jako serwis, konserwacja urządzeń) o wartości łącznie co najmniej 150 000, 00 PLN (dla usług rozliczanych w innych walutach niż PLN równowartość co najmniej 150 000 PLN brutto według średniego kursu NBP na dzień zawarcia umów) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.

6.3.2.2. Złożone poświadczenia powinny potwierdzać należyte wykonanie lub wykonywanie usługi/usług polegającej/polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również jako serwis, konserwacja urządzeń) o wartości łącznie co najmniej 150 000, 00 PLN (dla usług rozliczanych w innych walutach niż PLN równowartość co najmniej 150 000 PLN brutto według średniego kursu NBP na dzień zawarcia umów) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie”.

Przystępujący wraz z ofertą przedłożył *Wykaz wykonanych*, a w przypadku a w przypadku usług okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (załącznik nr 4 do SIWZ) – str. 5 oferty, w którym wskazano zamówienia realizowane w okresie od 1 stycznia do 30 września 2015 r. na rzecz Totalizatora Sportowego Sp. z o.o. o wartości ok. 500 tys. zł, zaś przedmiot zamówienia określono jako: *„dostawa urządzeń: druk, kopia, scan z obsługą serwisową”*.

Do Wykazu został dołączony dokument pt.: *Potwierdzenie z dnia 21 grudnia 2015 r.* (str. 6 oferty), w którym ówczesny Zamawiający potwierdził, że: *„współpracujemy z firmą ARCUS S.A., która w terminie 01.01.2015 do 30.09.2015 r. zrealizowała dla na dostawy kilkudziesięciu wielofunkcyjnych urządzeń drukujących marki KYOCERA wraz z serwisem, na łączną kwotę przekraczającą 500 tys. złotych. Dostarczone urządzenia pracują jako koparki, drukarki i skanery sieciowe w naszej Centrali i oddziałach terenowych. Dodatkowo większość maszyn objęte jest systemem do autoryzacji użytkowników za pomocą kart zbliżeniowych. Informuję, że dostawy sprzętu zostały przeprowadzone terminowo i z należytą starannością, zaś serwis gwarancyjny i bieżącą obsługę eksploatacyjną na terenie całego kraju oceniam pozytywnie”*.

Jednocześnie Przystępujący przedłożył wraz z ofertą *Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia z dnia 29 grudnia 2015 r.*, w którym Arcus S.A. zobowiązuje się do oddania na rzecz

Przystępującego do dyspozycji niezbędnych zasobów, tj. posiadanej wiedzy, doświadczenia o referencji w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia na okres korzystania z nich w trakcie wykonywania wskazanego zamówienia „w zakresie powierzonych do wykonania wszelkich czynności związanych z wykonaniem zamówienia w trakcie jego realizacji”.

Pismem z dnia 1 lutego 2016 r. Zamawiający, na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do złożenia „wyjaśnień dotyczących załączonego do oferty wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz 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 na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z warunkiem zawartym w pkt 5.3. SIWZ Wykonawca w zakresie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia winien wykazać wykonanie lub wykonywanie usługi/usług polegającej/polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również jako serwis, konserwacja urządzeń) o wartości łącznie co najmniej 150 000.00 PLN (dla usług rozliczanych w innych walutach niż PLN równowartość co najmniej 150 000 PLN brutto wg średniego kursu NBP na dzień zawarcia umów) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

Wykonawca do oferty dołączył wykaz usług zawierający 1 pozycję: (...)

Z wykazu oraz załączonego dowodu wynika, że zakres prac obejmował szerszy zakres niż wymagał Zamawiający, np.: dostawę kilkudziesięciu wielofunkcyjnych urządzeń drukujących co potwierdza również wskazana wartość.

W związku z powyższym proszę o wyjaśnienie jaką wartość w całości zadania stanowiła usługa serwisowa urządzeń wielofunkcyjnych?”

W odpowiedzi (pismo z dnia 3 lutego 2016 r.) Przystępujący oświadczył, „iż w całości zadania usługa serwisowa urządzeń wielofunkcyjnych (usługa polegająca na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń wielofunkcyjnych: druk, kopia, skan, rozumiana również jako serwis, konserwacja urządzeń) stanowiła wartość 174 168,00 zł brutto”. Jednocześnie Przystępujący przedłożył pismo sporządzone przez Arcus S.A. (pismo z dnia 2 lutego 2016 r.), w którym ten wskazał: „W nawiązaniu do zapytania dotyczącego wartości usług serwisowych dotyczących dostawy urządzeń kopiująco-skanujących z obsługą serwisową dla Totalizatora Sportowego Sp. z o.o. wyjaśniamy, że wartość usług serwisowych

polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń (rozumianych również jako serwis, konserwacja urządzeń) wynosiła 174 168 zł brutto.

Pismem z dnia 11 lutego 2016 r. Odwołujący zwrócił uwagę Zamawiającemu, że z oferty Przystępującego wynika, iż ten wykonawca nie spełnia wymogów SIWZ w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia.

1. *„Brak wykazania przez Corrado wiedzy i doświadczenia oraz poświadczenia należytego wykonania usług.*

1.1. *Zgodnie z pkt 6.3.2.1 oraz 6.3.1. SIWZ Wykonawca powinien wykazać wykonanie usługi/usług polegającej/polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również jako serwis, konserwacja urządzeń) o wartości łącznie co najmniej 150.000,00 zł wraz z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wykonawca Corrado w celu wykazania spełnienia powyższego warunku przedstawił usługi wykonywane na rzecz Totalizatora Sportowego Sp. z .o.o. i jako wartość podał kwotę ok. 500.000 zł.*

1.2. *Corrado załączył jako dowód należytego wykonania usług poświadczenie wystawione przez Totalizator Sportowy Sp. z o.o. Zgodnie z treścią poświadczenia, wystawionego w dniu 21 grudnia 2015 r., Totalizator potwierdził wykonanie przez ARCUS S.A. w okresie od 1 stycznia 2015 r. do 30 września 2015 r. dostawę kilkudziesięciu urządzeń wielofunkcyjnych drukujących marki KYOCERA wraz z serwisem, na łączną kwotę przekraczającą 500.000 złotych. Z poświadczenia nie wynika, że wykonawca (ARCUS S.A.) świadczył usługi utrzymania ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również jako serwis, konserwacja urządzeń) o wartości co najmniej 150.000 zł.*

1.3. *Wykonawca zwrócił się do Totalizatora Sportowego Sp. z o.o. o udostępnienie w trybie dostępu do informacji publicznej umowy (umów), których dotyczyło wystawione potwierdzenie. W odpowiedzi wykonawca otrzymał umowę zawartą w dniu 23 czerwca 2015 r. pomiędzy ARCUS S.A. a Totalizatorem Sportowym Sp. z o.o. Z umowy wynika, że dostawa urządzeń powinna zostać zrealizowana do dnia 30 września 2015 r., a następnie przez okres 36 miesięcy powinien być świadczony serwis w następujący sposób:*

a) *36 miesięczna Gwarancja Producenta, licząc od dnia instalacji i dostarczenia urządzeń;*

b) *Świadczenie usług serwisu gwarancyjnego rozumianego jako usługa świadczona przez wykonawcę w okresie 36 miesięcznej Gwarancji Producenta na urządzenia, obejmująca pełne koszty przywrócenia dostarczonego*

urządzenia do sprawności, w przypadku awarii urządzenia niezawinionej przez Zamawiającego;

c) Okresowe Przeglądy Techniczne.

1.2. Usługi określone w pkt a) powyżej świadczone były przez podmiot trzeci - producenta, a nie spółkę ARCUS S.A., zatem nie mogą być brane pod uwagę pod kątem spełnienia warunku udziału w przedmiotowym Postępowaniu. Usługi określone w pkt b) powyżej świadczone są w przypadku awarii, a ich koszt nie jest uwzględniony jako osobna pozycja w umowie. Ponadto, usługi te wykonawca powinien rozpocząć dopiero po dostawie oraz instalacji urządzeń. Zatem, z uwagi na to, że poświadczenie dotyczy okresu do 30 września 2015 r., czyli planowanego zakończenia dostawy, z poświadczenia nie wynika należyte świadczenie usług serwisu gwarancyjnego.

1.3. Okresowe Przeglądy Techniczne dokonywane są po osiągnięciu przez zamawiającego odpowiedniej ilości wydruku. Średnio przeglądy urządzeń KYOCERA drukujących w kolorze wykonywane są po ok. 100.000 wydruków (<http://www.kvocera.oferteo.pl/kopiarka-kyocera-taskalfa-2551ci-/65339>). Przy założeniu średniego wydruku u Zamawiającego na poziomie ok 10.000 - 20.000 stron miesięcznie i założeniu, że dostawa została zrealizowana do dnia 30 września 2015 r., pierwszy przegląd powinien zostać wykonany po ok. 5 - 10 miesiącach. Średni koszt przeglądu to ok. 300 zł za urządzenie. Niemożliwe jest zatem osiągnięcie kwoty 150.000 zł za usługę serwisu urządzeń od 30.09.2015 r., a nawet od dnia 24 czerwca 2015 r., czyli przy praktycznie niemożliwym założeniu, że dostawa, instalacja oraz odbiór miały miejsce pierwszego dnia po zawarciu umowy.

2. Potwierdzenie.

2.1. Dokument złożony przez Corrado zatytułowany „potwierdzenie” nie stanowi dowodu potwierdzającego należyte wykonanie usług. Dokument potwierdza jedynie należyte wykonanie dostaw. Totalizator Sportowy Sp. z o.o. w zakresie serwisu gwarancyjnego oraz bieżącej obsługi eksploatacyjnej oświadczył jedynie, że usługi te ocenia pozytywnie. Fakt, że dostawę ocenił jako przeprowadzoną terminowo i z należyłą starannością oznacza, że zamawiający odróżnia pojęcia oceny „pozytywnej” od „należytego wykonania”.

3. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów.

3.1. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów powinno potwierdzać realne udostępnienie zasobów, głównie poprzez podwykonawstwo. Treść zobowiązania powinna jednoznacznie wskazywać na realność udostępnienia,

natomiast ARCUS S.A, wskazał jedynie, że oddaje do dyspozycji niezbędne zasoby, tj. posiadaną wiedzę, doświadczenie i referencje. Jako zakres ARCUS S.A. określił wszelkie czynności związane z wykonywaniem zamówienia w trakcie jego realizacji. Taki sposób udostępnienia nie wskazuje na jego realność, a co za tym idzie, może prowadzić do tego, że zamówienie wykona wykonawca, który nie posiada wiedzy i doświadczenia niezbędnych do należytego wykonania zamówienia.

3.2. Powyższe twierdzenia potwierdzają przykładowe orzeczenia KIO:

- Za wypełnienie obowiązku udowodnienia, nałożonego na wykonawcę w art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. nie można uznać niezwykle ogólnych fragmentów zobowiązania tego podmiotu prowadzącego się de facto do jednego zdania o umowie o współpracy łączącej L. z przystępującym Ś., której treścią ma być bliżej niesprecyzowane doradztwo. O ile można hipotetycznie założyć, że wiedzę teoretyczną w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. można spróbować przekazać przez doradzanie to jednak nie wiadomo, czy umówiony sposób przekazania tej wiedzy taki skutek zagwarantuje. W analizowanej sprawie nie wiadomo w ogóle jak takie doradzanie będzie się odbywać. Nie wiadomo, kto będzie przekazywał przystępującemu Ś. teorię na temat tego, w jaki sposób należy wykonywać usługi transportu sanitarnego. Nie wiadomo jak często owo doradzanie będzie się odbywało i czy umówiona częstotliwość (sposób reakcji) zagwarantuje zamawiającemu, że w każdym przypadku gdy przystępujący Ś. z powodu braku wiedzy nie będzie mógł zrealizować zamówienia, uzyskane wsparcie L. pozwoli na usunięcie wynikłych problemów. Zdaniem Izby owo wsparcie jeśli ma być wsparciem realnym i rzeczywistym musi mieć charakter ścisły i bieżący. Natomiast zupełnie nie wiadomo w jaki sposób poprzez owo doradzanie mają zostać przekazane przystępującemu Ś. umiejętności praktyczne (czyli doświadczenie). Podkreślić należy, że doświadczenie są to praktyczne umiejętności, wprawa, biegłość wynikające z tego, że kiedyś już się zrealizowało analogiczną usługę. Nie wiadomo w jaki sposób bliżej niesprecyzowane doradzanie sprawi, że przystępujący Ś. stanie się doświadczony tak samo jak L. i będzie realizował zamówienie tak jak podmiot doświadczony. Skrajnie lakoniczna, enigmatyczna treść zobowiązania w żaden sposób nie uprawniała zamawiającego do ustalenia, że realność polegania na zasobie została udowodniona w jakimkolwiek stopniu. Takich informacji próżno było szukać w treści zobowiązania podmiotu trzeciego. Zdaniem Izby, skupianie się wyłącznie na stronie formalnej (złożenia jakiegokolwiek dokumentu nazwanego pisemnym zobowiązaniem do oddania zasobów i abstrahując od jego treści), przyzwolenie na handlowanie referencjami, bez udowodnienia, że rzeczywiście*

zasoby te zostaną użyte przy realizacji zamówienia stoi w sprzeczności z celami i brzmieniem przywoływanej dyrektywy i jednoznacznym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE. Nie jest to bowiem "stosowna sytuacja", o której mowa w art. 47 ust. 2 i 48 ust. 3 dyrektywy i powołanych wcześniej orzeczeniach TS UE. Według Izby przyjęcie wykładni prawa krajowego sprzecznej z prawem unijnym prowadzi do szeroko opisywanego w literaturze zjawiska handlu referencjami w celu uzyskania zamówienia publicznego (wyrok KIO z dnia 21 lipca 2015 r., sygn. akt: 1431/15).

- Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE w zakresie możliwości powoływania się przez wykonawcę na zasoby podmiotów trzecich wynika, że powołanie się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty i możliwe jest w stosownych sytuacjach. Innymi słowy, zamawiający musi upewnić się, że wykonawca faktycznie ma do swojej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia, a w konsekwencji, czy jest to "stosowna sytuacja", o której mowa w przepisach dyrektywy (wyrok KIO z dnia 13 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1359/15). (...)

4. Wezwanie Corrado

4.1. Zgodnie z powyższym, Zamawiający powinien wezwać Corrado co najmniej do:

- a) wyjaśnień w zakresie rzeczywistej kwoty serwisu;
- b) wyjaśnień w zakresie podstawy wyliczenia kwoty serwisu, ze szczególnym wskazaniem na brak takiej pozycji w umowie zawartej pomiędzy ARCUS S.A. a Totalizatorem Sportowym Sp. z o.o.;
- c) uzupełnienia dowodu potwierdzającego należyte wykonanie usług zgodnie z wymogiem SIWZ;
- d) uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w zakresie spełniania udziału warunków Postępowania (aktualnie złożone zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów nie potwierdza realności udostępnienia)".

Komisja przetargowa w odniesieniu do pisma Odwołującego „dokonała analizy dokumentów i stwierdziła:

Ad. 1.1. i 1.2 Wykonawca Pan K. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą B. K. CORRADO załączył do oferty wykaz usług zawierający 1 pozycję, której przedmiotem była: „dostawa urządzeń: druk, kopia, scan z obsługą serwisową z systemem autoryzacji” na kwotę ok 500 tys. zł wykonaną w terminie 10.10.2015-30.09.2015. Następnie w wyniku wyjaśnień oświadczył, że wartość usługi serwisowej urządzeń kopiująco-skanujących stanowi kwotę 174 168 zł w całości zadania. W związku z powyższym brak jest podstaw do twierdzenia, iż Wykonawca B. K. CORRADO nie spełnia warunku zawartego w pkt 5.3. SIWZ w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.

Ad. 1.3 i 1.2 i 1.3 Wykonawca B. K. CORRADO potwierdza wykonanie usługi, której przedmiotem była: „dostawa urządzeń: druk, kopia, scan z obsługą serwisową z systemem autoryzacji” wykonanej w okresie od 01.01.2015 do 30.09.2015, natomiast Wykonawca Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. powołuje się na umowę z dnia 23.06.2015 co zdaniem Komisji wskazuje na inną umowę.

Ad. 4.1

- a) Zamawiający otrzymał wyjaśnienie w zakresie rzeczywistej kwoty serwisu, z którego wynika jaka wartość w całości zadania stanowiła usługa serwisowa urządzeń kopiująco-skanujących.*
- b) Brak takiego wymogu w SIWZ. Złożone przez Wykonawcę B. K. CORRADO wyjaśnienia są wystarczające w odniesieniu do spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.*
- c) Złożone przez Wykonawcę B. K. CORRADO wyjaśnienia są wystarczające (podana została wyodrębniona kwota 174 168 zł i zakres czynności ujętych w podanej kwocie - serwis i konserwacja urządzeń).*
- d) Zdaniem Komisji brak jest podstaw do żądania od Wykonawcy Corrado dodatkowych dokumentów lub oświadczeń w zakresie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia” (protokół z dnia 24 lutego 2016 r.).*

Pismem z dnia 3 marca 2015 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, że: „w związku z udostępnioną kopią korespondencji Zamawiającego z wykonawcą CORRADO – K. B. (dalej: „Corrado”), tj. wezwaniem do wyjaśnień dotyczących treści wykazu usług z dnia 1 lutego 2016 roku oraz odpowiedzi Corrado z dnia 3 lutego 2016 roku wraz z pismem firmy ARCUS S.A. udostępniającym Corrado zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, zwracamy uwagę, że ww. wyjaśnienia, z których wynika, że wartość usługi serwisowej urządzeń wielofunkcyjnych stanowiła 174 168 zł brutto, biorąc pod uwagę przedmiot umowy i okres jej trwania, budzą poważne wątpliwości. Corrado w treści wyjaśnień poprzestał jedynie na podaniu powyższej kwoty, nie wskazując elementów usług stanowiących podstawę wyliczenia, ani nie załączył dowodów na poparcie jego prawdziwości. Oświadczenie ARCUS S.A. należy w tym zakresie uznać za niewystarczające.

1. Brak wykazania przez Corrado posiadania wiedzy i doświadczenia oraz poświadczenia należytego wykonania usług.

1.1. Zgodnie z pkt 6.3.2.1 oraz 6.3.1. SIWZ Wykonawca powinien wykazać wykonanie usługi/usług polegającej/polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również jako serwis, konserwacja urządzeń) o wartości łącznie co najmniej 150.000,00 zł wraz z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wykonawca Corrado w celu wykazania spełnienia powyższego warunku przedstawił usługi wykonywane na rzecz

Totalizatora Sportowego Sp. z o.o. udostępnione przez ARCUS S.A. i jako wartość podał kwotę ok. 500.000 zł.

- 1.2. Corrado załączył jako dowód należytego wykonania usług poświadczenie wystawione przez Totalizator Sportowy Sp. z o.o. Zgodnie z treścią poświadczenia, wystawionego w dniu 21 grudnia 2015 r., Totalizator potwierdził wykonanie przez ARCUS S.A. w okresie od 1 stycznia 2015 r. do 30 września 2015 r. dostawę kilkudziesięciu urządzeń wielofunkcyjnych drukujących marki KYOCERA wraz z serwisem, na łączną kwotę przekraczającą 500.000 zł. Z poświadczenia nie wynika, że wykonawca (ARCUS S.A.) świadczył usługi utrzymania ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również jako serwis, konserwacja urządzeń) o wartości co najmniej 150.000 zł.*
- 1.3. W wyjaśnieniach Corrado z dnia 3 lutego 2016 roku sprecyzowano, że usługi serwisowe urządzeń wielofunkcyjnych (usługa polegająca na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń wielofunkcyjnych rozumiana również jako serwis, konserwacja urządzeń) wynosiła 174 168 zł brutto, poprzestając w tym zakresie tylko na oświadczeniu ARCUS S.A., które nie zawiera żadnego wyjaśnienia, jak powyższa kwota została obliczona.*
- 1.4. Wykonawca zauważa, że w piśmie z dnia 12 lutego 2016 roku przekazał Zamawiającemu informację, iż zwrócił się do odbiorcy zamówienia - Totalizatora Sportowego Sp. z o.o. - o udostępnienie w trybie dostępu do informacji publicznej umowy (umów), których dotyczyło wystawione potwierdzenie, tj. obejmujących okres pomiędzy 1 stycznia 2015 r. a 30 września 2015 r. W odpowiedzi Wykonawca otrzymał wyłącznie umowę zawartą w dniu 23 czerwca 2015 r. pomiędzy ARCUS S.A. a Totalizatorem Sportowym Sp. z o.o. Z umowy wynika, że dostawa urządzeń (72 sztuki) powinna zostać zrealizowana do dnia 30 września 2015 r. (§ 3 ust. 17 pkt 1 umowy), a następnie przez okres 36 miesięcy powinien być świadczony serwis w następujący sposób:*

 - a) 36 miesięczna Gwarancja Producenta, licząc od dnia instalacji i dostarczenia urządzeń;*
 - b) świadczenie usług serwisu gwarancyjnego rozumianego jako usługa świadczona przez wykonawcę w okresie 36 miesięcznej Gwarancji Producenta na urządzenia, obejmująca pełne koszty przywrócenia dostarczonego urządzenia do sprawności, w przypadku awarii urządzenia niezawinionej przez Zamawiającego;*
 - c) Okresowe Przeglądy Techniczne.*
- 1.2. Usługi określone w pkt a) powyżej świadczone były przez podmiot trzeci - producenta, a nie spółkę ARCUS S.A., zatem nie mogą być brane pod uwagę pod kątem spełnienia warunku udziału w przedmiotowym Postępowaniu. Usługi określone*

w pkt b) powyżej świadczone są w przypadku awarii, a ich koszt nie jest uwzględniony jako osobna pozycja w umowie. Zatem, z uwagi na to, że poświadczenie dotyczy okresu do 30 września 2015 r., czyli planowanego zakończenia dostawy, z poświadczenia nie wynika należyte świadczenie usług serwisu gwarancyjnego.

- 1.3. Podobnie usługi Okresowych Przeglądów Technicznych są świadczone w okresie 36 miesięcznej gwarancji, co oznacza, iż również rozpoczynają się po dostawie. Dodatkowo zgodnie z umową Okresowe Przeglądy Techniczne dokonywane są po osiągnięciu przez zamawiającego odpowiedniej ilości wydruku. Średnio przeglądy urządzeń KYOCERA drukujących w kolorze wykonywane są po ok. 100.000 wydruków (<http://www.kvocera.oferteo.pl/kopiarka-kvocera-taskalfa-2551ci-/65339>). Przy założeniu średniego wydruku u zamawiającego na poziomie ok 10.000-20.000 stron miesięcznie i założeniu, że dostawa została zrealizowana do dnia 30 września 2015 r., pierwszy przegląd powinien zostać wykonany po ok. 5-10 miesiącach. Średni koszt przeglądu to ok. 300 zł za urządzenie.
- 1.4. Biorąc pod uwagę powyższe, obiektywnie niemożliwe było osiągnięcie kwoty ponad 150.000 zł (wskazanej przez Corrado 174 168 zł brutto) za usługę serwisu urządzeń do dnia 30 września 2015 r. świadczonych w oparciu o umowę zawartą w dniu 23 czerwca 2015 r., a taka data (30 września 2015 r.) została wskazana w wykazie usług przedłożonym na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu. Z ostrożności Wykonawca podnosi, że nawet gdyby uznać, że usługi świadczone są od dnia 24 czerwca 2015 r. „co jest jednak założeniem praktycznie niemożliwym, gdyż dostawa, instalacja oraz odbiór nie mogły mieć miejsca w ciągu pierwszego dnia po zawarciu umowy, jak również sama treść poświadczenia z 21 grudnia 2015 r. wprost wskazuje na wykonanie dostawy w terminie od 1 stycznia 2015 r. do 30 września 2015 r. Wykonawca zauważa, że przy łącznej kwocie zamówienia przekraczającej 500 000 zł usługi serwisu w okresie od dnia 24 czerwca 2015 r. do dnia 30 września 2015 r. wynosiłyby niemalże 1/3 łącznej wartości zamówienia. Biorąc pod uwagę, że zakres zamówienia o wartości łącznej 500.000 zł obejmuje dostawę 72 urządzeń, co zapewne stanowi najbardziej istotny koszt zamówienia, powyższe założenie uznać należy za całkowicie nieracjonalne. Oznaczałoby to, że na pozostały okres umowy objęty obowiązkiem świadczenia usług serwisowych (wynoszący wówczas 33 miesiące) pozostaje znacznie mniejsza kwota niż wykorzystana przez pierwsze 3 miesiące. Powyższy wniosek należy uznać za pozbawiony jakiegokolwiek racjonalności, wręcz absurdalny.
- 1.5. Wykonawca zauważa nadto, iż z otrzymanych przez Wykonawcę od Totalizatora Sportowego Sp. z o.o. dokumentów nie wynika, aby przed datą 23 czerwca 2015 r.

była zawierana jakakolwiek inna umowa w zakresie dostawy urządzeń z obsługą serwisową z systemem autoryzacji obejmująca okres od 1 stycznia 2015 r., pomimo że taki termin Corrado wskazało w wykazie usług. Równocześnie Totalizator Sportowy Sp. z o.o. bezzasadnie nie ujawnił wartości wynagrodzenia Corrado wynikającej z umowy, stąd samodzielna weryfikacja tych informacji przez Wykonawcę na chwilę obecną nie jest możliwa.

1.6. Wykonawca podnosi zatem, że Zamawiający, mając świadomość powyższych okoliczności, w tym obiektywnej niemożności realizacji usług serwisowych na podaną kwotę w tak krótkim czasie oraz pokrywanie się terminu dostawy z terminem wykonania obsługi serwisowej, winien uzyskać dodatkowe wyjaśnienia Corrado odnośnie sposobu wyliczenia podanej kwoty, w tym zakresu objętych nią usług oraz okresu ich świadczenia, w szczególności obejmujące odpowiedzi na pytania:

- 1) czy podana wartość dotyczy usług serwisowych już wykonanych,
- 2) jakiego okresu wykonywania usług dotyczy podana wartość 174 168 zł brutto,
- 3) jaki zakres wykonanych usług został uwzględniony w podanej wartości 174 168 zł brutto;
- 4) w jaki sposób obliczono wartość 174 168 zł brutto, biorąc pod uwagę okoliczność, że umowa z Totalizatorem Sportowym Sp. z o.o. nie zawiera odrębnej pozycji dotyczącej obsługi serwisowej.

Powyższe niejasności i sprzeczności w dokumentach złożonych przez Corrado potwierdzają niewykazanie spełnienia warunku udziału przez ten podmiot pomimo obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 2a Pzp, jak również świadczyć mogą o złożeniu przez ten podmiot nieprawdziwych informacji w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

1.7. Na potwierdzenie podnoszonych przez Wykonawcę twierdzeń Wykonawca załącza kopię wniosku o udostępnienie informacji publicznej skierowanego do Totalizatora Sportowego Sp. z o.o. oraz umowę z 23 czerwca 2015 r. otrzymaną w realizacji tego wniosku.

1.8. Ponadto Wykonawca wskazuje, że wobec istotnych wątpliwości w zakresie prawidłowości i prawdziwości informacji przekazywanych przez Corrado Zamawiającemu, zasadne jest zwrócenie się przez Zamawiającego o wyjaśnienie powyższych niezgodności bezpośrednio do Totalizatora Sportowego Sp. z o.o., na rzecz którego usługi były wykonywane, na podstawie § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane: „W razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o

których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu".

2. Wadliwe potwierdzenie należytego wykonania usług serwisowych.

- 2.1. Wykonawca podtrzymuje stanowisko, iż dokument złożony przez Corrado zatytułowany „potwierdzenie” (z dnia 21 grudnia 2015 r.) nie stanowi poświadczenia należytego wykonania usług serwisowych wymaganych treścią warunku udziału w postępowaniu. Dokument potwierdza jedynie należyte wykonanie dostaw. Totalizator Sportowy Sp. z o.o. w zakresie serwisu gwarancyjnego oraz bieżącej obsługi eksploatacyjnej oświadczył jedynie, że usługi te ocenia pozytywnie. Fakt, że dostawę ocenił jako przeprowadzoną terminowo i z należytą starannością oznacza, że zamawiający odróżnia pojęcia oceny „pozytywnej” od „należytego wykonania”.
- 2.2. Ponadto z treści „potwierdzenia” wprost wynika, że wskazane przez Corrado w wykazie usług daty realizacji (1 stycznia 2015 r. - 30 września 2015 r.) dotyczą dostawy urządzeń, a nie usług serwisowych. Oznacza to, że Corrado w treści wykazu usług podało nieprawdziwe, wprowadzające w błąd informacje o dacie i wartości wykonanych usług serwisowych niezbędnych dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu. Co więcej, podanie jako końcowej daty wykonania dostaw dnia 30 września 2015 r. jednoznacznie wskazuje, że obsługa serwisowa o wskazanej wartości nie mogła do tego dnia być wykonana.
- 2.3. Podobnie wskazana w treści „potwierdzenia” wartość nie dotyczy usług serwisowych wymaganych treścią warunku udziału w Postępowaniu, lecz łącznej wartości zamówienia obejmującego dostawy, Gwarancję Producenta, serwis gwarancyjny oraz Okresowe Przeglądy Techniczne, co było przedmiotem wezwania do wyjaśnień.
- 2.4. Biorąc pod uwagę powyższe, „potwierdzenie” z dnia 21 grudnia 2015 r. nie stanowi wystarczającego potwierdzenia należytego wykonania usług zgodnych z treścią warunku udziału w Postępowaniu. Wręcz przeciwnie, jego wnikliwa analiza winna skutkować wezwaniem Corrado do szczegółowych wyjaśnień odnośnie usług wskazanych w wykazie usług, w tym ich przedmiotu, okresu ich świadczenia (data wykonania) i wartości. Informacje zawarte w „potwierdzeniu” i wykazie usług wskazują bowiem na podanie przez Corrado informacji nieprawdziwych i niepotwierdzających spełniania warunku udziału w Postępowaniu, gdyż nie dotyczą wykonanych usług obsługi serwisowej wymaganych treścią warunku. Niezależnie od

faktu, że „potwierdzenie” dotyczy zamówienia niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, z uwagi na brak prawidłowego potwierdzenia należytego wykonania usług, dokument ten podlega uzupełnieniu.

3. Wadliwy Wykaz usług.

3.1 Wykonawca zauważa, że uszło uwadze Zamawiającego, iż przedłożony w ofercie Corrado wykaz usług w żaden sposób nie może być uznany za zgodny z treścią wymagania Zamawiającego wyrażonego w pkt 6.3.1. i 6.3.2.1. SIWZ, gdyż nie dotyczy usługi/usług polegającej/polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urzędzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również jako serwis, konserwacja urzędzeń) o wartości łącznie co najmniej 150.000,00 zł, lecz dostawy urzędzeń z obsługą serwisową z systemem autoryzacji. Wskazuje na to wprost opis przedmiotu zamówienia zawarty w wykazie, daty wykonania (w kontekście treści „potwierdzenia” z dnia 21 grudnia 2015 r. zawierającego analogiczną informację dotyczącą dostawy urzędzeń), jak również wartość, która nie jest wartością usług, a taką należało podać w wykazie. Przedłożony wykaz usług w ogóle nie dotyczy zatem usług, lecz zawiera informacje irrelewantne z punktu widzenia spełnienia wymagania Zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 6.3.1. i 6.3.2. SIWZ i jako taki nie może być uznany za wystarczający dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu.

3.2. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający winien wezwać Corrado do uzupełnienia prawidłowego wykazu usług potwierdzającego opisany przez Zamawiającego warunek udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia z podaniem wszystkich niezbędnych w tym zakresie informacji.

4. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów.

4.1 Zgodnie z orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej, zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów powinno potwierdzać realne udostępnienie zasobów. Treść zobowiązania powinna jednoznacznie wskazywać na realność udostępnienia, natomiast ARCUS S.A. wskazał jedynie, że oddaje do dyspozycji niezbędne zasoby, tj. posiadaną wiedzę, doświadczenie i referencje. Jako zakres ARCUS S.A. określił wszelkie czynności związane z wykonywaniem zamówienia w trakcie jego realizacji. Taki sposób udostępnienia nie wskazuje na jego realność, a co za tym idzie, może prowadzić do tego, że zamówienie wykona wykonawca, który nie posiada wiedzy i doświadczenia niezbędnych do należytego wykonania zamówienia.

4.2. Powyższe twierdzenia potwierdzają przykładowe orzeczenia KIO:

- „Za wypełnienie obowiązku udowodnienia, nałożonego na wykonawcę w art. 26 ust 2b ustawy P.z.p. nie można uznać niezwykle ogólnych fragmentów zobowiązania tego podmiotu sprowadzającego się de facto do jednego zdania o

umowie o współpracy łączącej L. z przystępującym Ś., której treścią ma być bliżej niesprecyzowane doradztwo. O ile można hipotetycznie założyć, że wiedzę teoretyczną w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. można spróbować przekazać przez doradzanie to jednak nie wiadomo, czy umówiony sposób przekazania tej wiedzy taki skutek zagwarantuje. W analizowanej sprawie nie wiadomo w ogóle jak takie doradzanie będzie się odbywać. Nie wiadomo, kto będzie przekazywał przystępującemu Ś. teorię na temat tego, w jaki sposób należy wykonywać usługi transportu sanitarnego. Nie wiadomo jak często owo doradzanie będzie się odbywało i czy umówiona częstotliwość (sposób reakcji) zagwarantuje zamawiającemu, że w każdym przypadku gdy przystępujący Ś. z powodu braku wiedzy nie będzie mógł zrealizować zamówienia, uzyskane wsparcie L. pozwoli na usunięcie wynikłych problemów. Zdaniem Izby owo wsparcie jeśli ma być wsparciem realnym i rzeczywistym musi mieć charakter ścisły i bieżący. Natomiast zupełnie nie wiadomo w jaki sposób poprzez owo doradzanie mają zostać przekazane przystępującemu Ś. umiejętności praktyczne (czyli doświadczenie). Podkreślić należy, że doświadczenie są to praktyczne umiejętności, wprawa, biegłość wynikające z tego, że kiedyś już się zrealizowało analogiczną usługę. Nie wiadomo w jaki sposób bliżej niesprecyzowane doradzanie sprawi, że przystępujący Ś. stanie się doświadczony tak samo jak L. i będzie realizował zamówienie tak jak podmiot doświadczony. Skrajnie lakoniczna, enigmatyczna treść zobowiązania w żaden sposób nie uprawniała zamawiającego do ustalenia, że realność polegania na zasobie została udowodniona w jakimkolwiek stopniu. Takich informacji próżno było szukać w treści zobowiązania podmiotu trzeciego. Zdaniem Izby, skupianie się wyłącznie na stronie formalnej (złożenia jakiegokolwiek dokumentu nazwanego pisemnym zobowiązaniem do oddania zasobów i abstrahując od jego treści), przyzwolenie na handlowanie referencjami, bez udowodnienia, że rzeczywiście zasoby te zostaną użyte przy realizacji zamówienia stoi w sprzeczności z celami i brzmieniem przywoływanej dyrektywy i jednoznacznym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE. Nie jest to bowiem "stosowna sytuacja", o której mowa w art. 47 ust. 2 i 48 ust. 3 dyrektywy i powołanych wcześniej orzeczeniach TS UE. Według Izby przyjęcie wykładni prawa krajowego sprzecznej z prawem unijnym prowadzi do szeroko opisywanego w literaturze zjawiska handlu referencjami w celu uzyskania zamówienia publicznego" (wyrok KIO z dnia 21 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1431/15)

- „Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE w zakresie możliwości powoływania się przez wykonawcę na zasoby podmiotów trzecich wynika, że

powołanie się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty i możliwe jest w stosownych sytuacjach. Innymi słowy, zamawiający musi upewnić się, że wykonawca faktycznie ma do swojej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia, a w konsekwencji, czy jest to "stosowna sytuacja", o której mowa w przepisach dyrektywy" (wyrok KIO z dnia 13 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1359/15).

5. Wezwanie Corrado

5.1. Zgodnie z powyższym, Zamawiający powinien wezwać Corrado co najmniej do:

- a) wyjaśnień w zakresie podanej kwoty serwisu 174 168 zł brutto, ze szczególnym wskazaniem na brak takiej pozycji w umowie zawartej pomiędzy ARCUS S.A. a Totalizatorem Sportowym Sp. z o.o., w tym sposobu jej obliczenia, zakresu usług objętych ww. kwotą oraz okresu ich świadczenia i udzielenia odpowiedzi na pytania:
 - czy podana wartość 174168 zł brutto dotyczy usług serwisowych już wykonanych,
 - jakiego okresu wykonywania usług dotyczy podana wartość 174 168 zł brutto, tj. czy usługa serwisowa obejmuje okres od 1 stycznia 2015 r. do 30 września 2015 r. jak wskazano w treści wykazu usług,
 - jaki zakres wykonanych usług został uwzględniony w podanej wartości 174 168 zł brutto,
 - w jaki sposób obliczono wartość 174 168 zł brutto, biorąc pod uwagę okoliczność, że umowa z Totalizatorem Sportowym Sp. z o.o. nie zawiera odrębnej pozycji dotyczącej obsługi serwisowej;*
- b) uzupełnienia wykazu usług i dowodu potwierdzającego należyte wykonanie usług zgodnie z wymogiem SIWZ, gdyż wykaz usług i „potwierdzenie” z 21 grudnia 2015 r. nie potwierdzają w należyty sposób spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, gdyż nie odnoszą się do usług zgodnych z treścią warunku udziału w Postępowaniu;*
- c) uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w zakresie spełniania udziału warunków Postępowania (aktualnie złożone zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów nie potwierdza realności udostępnienia).”*

Pismem z dnia 14 marca 2016 r. Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zwrócił się do Przystępującego „o złożenie wyjaśnień dotyczących załączonego do oferty wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączonych dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane

należycie na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z warunkiem zawartym w pkt 5.3. SIWZ Wykonawca w zakresie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia winien wykazać wykonanie lub wykonywanie usługi/usług polegającej/polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również jako serwis, konserwacja urządzeń) o wartości łącznie co najmniej 150 000,00 PLN (dla usług rozliczanych w innych walutach niż PLN równowartość co najmniej 150 000 PLN brutto wg średniego kursu NBP na dzień zawarcia umów) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie.

W świetle złożonego wykazu usług wraz z poświadczeniem wystawionym przez Totalizator Sportowy Sp. z o.o. proszę o następujące wyjaśnienia:

1. Czy w skład pozycji nr 1 wykazu usług wchodzi kilka zamówień (umów) czy jest to jedno zamówienie i jedna umowa? Jeżeli więcej niż jedna proszę o uszczegółowienie tej pozycji poprzez nadanie „nazwy” kolejnym umowom, podanie przedmiotu, daty wykonania, podmiotu i wartości wyłącznie wykonanych usług dotyczących serwisu gwarancyjnego (o ile był świadczony odpłatnie) i bieżącej obsługi eksploatacyjnej do dnia 30.09.2015 r.
2. Czy serwis gwarancyjny i bieżąca obsługa eksploatacyjna zakończyły się w dniu 30.09.2015 r.? W przypadku jeśli trwają nadal - jaką wartość stanowi usługa serwisu gwarancyjnego (o ile był świadczony odpłatnie) i bieżąca obsługa eksploatacyjna zrealizowana do dnia 30.09.2015 r.?”

W odpowiedzi (pismo z dnia 16 marca 2016 r.) Przystępujący podał: „W swoim piśmie z dnia 3 lutego 2016 r. (wezwanie z dnia 1 lutego 2016 r.) Wykonawca CORRADO wyjaśnił, że w ramach usług serwisowych dostawy urządzeń kopiująco-skanujących z obsługą serwisową dla Totalizatora Sportowego Sp. z o.o. (oddanych mu do dyspozycji, jako niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia mu na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp), wartość usług serwisowych polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń (rozumianych również jako serwis, konserwacja urządzeń) wynosiła 174 168 zł brutto.

Tym samym zostało potwierdzone, że dostawa ta została zrealizowana. Dokument potwierdzenia z dnia 21 grudnia 2015 r., jednoznacznie wskazuje, że zamówienie zostało zrealizowane terminowo i z należytą starannością. Stwierdzenie „współpracujemy” w żaden sposób negatywnie nie wpływa na tę ocenę prawidłowości wykonania dostawy oraz wykonywania usług polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również, jako serwis lub konserwację urządzeń; tu okresowych

przeглядów technicznych), do czego Firma udostępniająca zasoby jest zobowiązana w okresie 36 miesięcy od dnia podpisania protokołu odbioru dostarczonych urządzeń bez uwag. Tym bardziej, że „serwis gwarancyjny i bieżąca obsługa eksploatacyjna na terenie kraju została oceniona pozytywnie”. Powyższe w żaden sposób nie wpływa na wartość usług serwisowych polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń określoną na 174 168 zł brutto, a także wykazana zdolność w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający nie wymagał bowiem aby poświadczenie w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych było wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (choć warunek ten i tak był spełniony w odniesieniu do pierwotnie określonego w SIWZ terminu 31.12.2015 składania ofert, który później był trzykrotnie zmieniany) ani określenia wartości wykonanych usług na ten dzień. Niewątpliwie też spełniony został wymóg jej realizacji: „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenie jest krótszy - w tym okresie”.

Ze względu na powyższe, a także wobec jednoznacznego wskazania ww. wartości, która przekracza wymaganą kwotę oraz dopuszczenia możliwości jej osiągnięcia w jednej lub kilku usługach, pytanie nr 1 jest bezprzedmiotowe. W szczególności bez znaczenia i poza zakresem opisu przedmiotowego warunku jest liczba składających się na wartość 174 168 zł usług, a także nazwy ewentualnych, składających się na nie umów, chociaż jak wskazano powyżej wymagane usługi wykonywane są w ramach jednej umowy. Wobec jednoznacznego wykazania ich jako usług „serwisu gwarancyjnego i bieżącej obsługi eksploatacyjnej na terenie kraju” analogicznie należy odnieść się także do kwestii przedmiotu, chociaż potwierdzam, że wymienione usługi dotyczyły „serwisu” na co wskazuje bezpośrednio treść potwierdzenia, a także konserwacji urządzeń w ramach obsługi eksploatacyjnej.

Podsumowując kwestie związane z pytaniem 1 należy stwierdzić, że na usługę/usługi serwisowe o wartości 174 168 zł wykonywane w związku z dostawą urządzeń do 30 września 2015 r. składały i składają się usługi rozumiane jako serwis, konserwacja urządzeń, tj. spełniające wymogi stawiane przez Zamawiającego ze względu na: przedmiot, wartości i czas ich wykonania (oznaczenie podmiotu wynika jednoznacznie z wykazu oraz dokumentu potwierdzenia).

Udzielone powyżej wyjaśnienie wyczerpuje także odpowiedź na pytanie 2. Okoliczność kontynuacji współpracy, o której mowa w dokumencie potwierdzenia z dnia 21 grudnia 2015 r. świadczy jedynie pozytywnie o sposobie wykonywania przez Wykonawcę usług, ale nie ma wpływu na złożone w wykazie usług oświadczenie, co do ich wartości. Tym bardziej, co jeszcze raz należy podkreślić, że Zamawiający nie wymagał określenia wartości usług wykonanych na dzień wystawienia poświadczenia (tu 30 września 2015 r.) w ramach

usług dalej wykonywanych przez Wykonawcę na rzecz podmiotu wystawiającego poświadczenie”.

Pismem z dnia 22 marca 2016 r. Zamawiający zwrócił się do Totalizatora Sportowego z następującym wnioskiem: „działając na podstawie § 1 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w związku ze złożeniem przez jednego z wykonawców Państwa potwierdzenia oznaczonego datą 21.12.2015 r. dotyczącego zrealizowania dostaw kilkudziesięciu wielofunkcyjnych urządzeń drukujących marki KYOCERA wraz z serwisem przez firmę ARCUS S.A., ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa zwracam się z prośbą o przedłożenie dodatkowych informacji objętych treścią wydanego przez Państwa potwierdzenia oraz przekazanie informacji określających stan faktyczny. (...)”

W świetle powyższego działając na podstawie art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz.U. 2015 nr 0 poz. 2058) zwracam się z prośbą o udzielenie informacji czy wartość serwisu gwarancyjnego (o ile był świadczony odpłatnie) i bieżącej obsługi eksploatacyjnej, objętych Państwa potwierdzeniem osiągnęła kwotę co najmniej 150 000,00 zł w okresie od 01.01.2015 r. do 30.09.2015 r.”

W odpowiedzi (pismo z dnia 30 marca 2016 r.) Totalizator Sportowy podał: „po otrzymaniu wyjaśnień komórki merytorycznej, informuję, że wartość serwisu gwarancyjnego i bieżącej obsługi eksploatacyjnej (materiały eksploatacyjne - tonery), objętych potwierdzeniem Spółki Totalizator Sportowy Sp. z o.o. z dnia 21.12.2015 r. dotyczącym współpracy z firmą ARCUS SA. w okresie od 01.01.2015 r. do 30.09.2015 r. osiągnęła kwotę co najmniej 150.000,00 zł.”

Za pismem z dnia 4 kwietnia 2016 r. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu pismo, które otrzymał „od Totalizatora Sportowego Sp. z o.o. (dalej: „Totalizator Sportowy”) w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie informacji publicznej dotyczącej między innymi referencji wykonawcy CORRADO – K. B. (dalej: „Corrado”), tj. zamówień realizowanych na rzecz Totalizatora Sportowego w okresie pomiędzy 1 stycznia 2015 r. a 23 czerwca 2015 r.” Odwołujący zwrócił również Zamawiającemu uwagę „na nieprawdziwe informacje znajdujące się w ofercie Corrado, na co jednoznacznie wskazują wyjaśnienia Corrado oraz pismo Totalizatora Sportowego.

1. Oświadczenie Totalizatora Sportowego Sp. z o.o.

1.1. Totalizator Sportowy pismem z dnia 30 marca 2016 r. oświadczył, że w okresie od 15 stycznia 2015 r. do 31 kwietnia 2015 r. ARCUS S.A. dostarczył do Totalizatora

Sportowego 3 (trzy) sztuki urządzeń drukujących jako zakup interwencyjny dla Centrali Spółki oraz 1 (jedno) urządzenie drukujące dla oddziału Spółki. Totalizator Sportowy wskazał, że zamówienia te nie zawierały szczegółowych umów, a dostawy były oparte na standardowej gwarancji.

1.2. Z pisma przesłanego przez Totalizator Sportowy Sp. z o.o. wynika, że ARCUS S.A. nie świadczył w okresie od 1 stycznia 2015 r. do 23 czerwca 2016 r. usługi/usług polegającej/polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również jako serwis, konserwacja urządzeń).

[Urządzenia drukujące a nie kopiująco-skanujące]

1.3. Dostarczone w ww. okresie urządzenia były urządzeniami drukującymi, a nie urządzeniami kopiująco-skanującymi. W odpowiedzi na pytanie numer 1 zadane Zamawiającemu, tj.: Czy jako spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia dopuści Zamawiający referencje na wykonywanie usługi utrzymania ciągłości pracy urządzeń drukujących (rozumianych również jako serwis, konserwacją urządzeń, utrzymanie systemu) o łącznej wartości znacznie powyżej wymaganej kwoty 150.000 zł brutto wykonywanych na rzecz Zamawiającego? Zamawiający odpowiedział: W odpowiedzi na zapytanie Zamawiający wyjaśnia, że utrzymuje w mocy zapisy SIWZ. Zamawiający informuje, iż przedmiotowe postępowanie dotyczy urządzeń kopiująco-skanujących. Według oceny Zamawiającego zamawiane urządzenia kopiująco-skanujące są urządzeniami dużo bardziej skomplikowanymi niż drukujące i w związku z tym ich serwis i obsługa wymagają wiedzy i doświadczenia na innym poziomie i w innym zakresie.

1.4. Z powyższego jednoznacznie wynika, że warunek posiadania wiedzy i doświadczenia nie mógł zostać spełniony przez utrzymanie ciągłości pracy urządzeń drukujących.

[Zamówienie realizowane od 15 stycznia 2015 r. a nie 1 stycznia 2015 r.]

1.5. Dostawy były wykonywane od 15 stycznia 2015 r., a nie jak oświadczył Corrado w wykazie - od 1 stycznia 2015 r. Totalizator oświadczył, że zamówienia były realizowane 15 stycznia, 8 lutego, 13 lutego oraz 31 kwietnia. W wykazie Corrado wskazał jako daty wykonania usług: 01.01.2015 - 30.09.2015. Oznacza to, że Corrado podał nieprawdźwie informacje w zakresie dat świadczenia usług.

[Dostawy a nie usługi utrzymania ciągłości pracy]

1.6. Z oświadczenia Totalizatora Sportowego wynika, że ARCUS S.A. w okresie od 1 stycznia 2015 r. do 23 czerwca 2015 r. nie świadczył usług polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również jako serwis, konserwacja urządzeń), lecz jedynie zrealizował dostawy czterech urządzeń.

[Liczba umów]

1.7. Corrado w treści wyjaśnień oświadczył również, że wskazane w wykazie usługi świadczył w ramach jednej umowy (zgodnie z wykazem od 1 stycznia 2015 r. do 30

września 2015 r.), natomiast z pisma Totalizatora Sportowego wynika, że zawarł on umowę z Arcus S.A. dopiero 23 czerwca 2015 r.

- 1.8. Z przesłanego przez Totalizator Sportowy Sp. z o.o. pisma wynika, że Corrado podał nieprawdziwe informacje zarówno w wykazie jak i w wyjaśnieniach. Nieprawdziwe informacje dotyczyły prawie każdej kolumny w wykazie, tj. przedmiotu, daty oraz wartości.
- 1.9. Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Jak wskazuje doktryna, Informacje takie mogą być zawarte m.in. w oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, oświadczeniu lub dokumentach potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, a także dokumentach potwierdzających wniesienie wadium w formach innych niż w pieniądzu. Wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 może mieć miejsce na każdym etapie postępowania.

2. Wyjaśnienia Corrado

- 2.1. Zgodnie z art. 26 ust. 4 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U z 2015 r. poz. 2164) Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy. W przypadku powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości dotyczących oświadczeń lub dokumentów Zamawiający ma nie tylko uprawnienie, ale wręcz obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnień. Wątpliwości mogą wynikać z analizy innych dokumentów - tak jak w przedmiotowym postępowaniu - z dokumentów dostępnych w trybie dostępu do informacji publicznych, które przesłała Zamawiającemu Konica Minolta.
- 2.2. Potwierdzenie powyższego rozumienia treści przepisów Ustawy znajduje się także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. w wyroku z dnia 22 stycznia 2015 r. (KIO 25/15): Złożenie przez wykonawcę formalnie poprawnego oświadczenia nie zwalnia zamawiającego z obowiązku jego zbadania. Przeciwnie, zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. zamawiający ma obowiązek rozwiązać wątpliwości, jakie nasuwają się w związku ze złożonymi mu dokumentami czy oświadczeniami. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że ocena warunków odbywa się rzeczywiście z uwzględnieniem składanych przez wykonawców dokumentów i oświadczeń wymaganych w SIWZ, ale równocześnie z uwzględnieniem zasad wiedzy i doświadczenia zamawiającego. Dlatego zamawiający nie mając pewności spełnienia warunków przez wykonawcę powinien zastosować procedurę wyjaśniania oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w

postępowaniu. Jeżeli zatem zamawiający np. na podstawie analizy stron internetowych odwołującego powziął wątpliwości, co do tego, czy sieć odwołującego spełnia warunek opisany w SIWZ to miał prawo wezwania go do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

2.3. Zamawiający wezwał Corrado do wyjaśnień w zakresie wykazu wykonanych usług i zadał wykonawcy pytania, na które nie otrzymał odpowiedzi. Zamawiający między innymi zadał Corrado pytanie, czy serwis gwarancyjny i bieżąca obsługa eksploatacyjna zakończyły się w dniu 30.09.2015 r. Wątpliwości Zamawiającego wynikają wprost ze sprzeczności złożonego wykazu z treścią złożonego przez Corrado poświadczenia oraz dokumentów otrzymanych od Totalizatora Sportowego.

2.4. Wezwanie do wyjaśnień w tym zakresie było zatem obowiązkiem Zamawiającego, a Corrado winien odpowiedzieć wyjaśniając sprzeczności. Tymczasem Corrado nie złożył w tym zakresie wyjaśnień. Corrado wskazał natomiast, że: stwierdzenie „współpracujemy” w żaden sposób negatywnie nie wpływa na tę ocenę prawidłowości wykonania dostawy oraz wykonywania usług polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również jako serwis lub konserwację urządzeń; tu okresowych przeglądów technicznych), do czego Firma udostępniająca zasoby jest zobowiązana w okresie 36 miesięcy od dnia podpisania protokołu odbioru dostarczonych urządzeń bez uwag.

2.5. Okresowe przeglądy techniczne zostały wycenione w §7 ust. 5 i 6 umowy zawartej pomiędzy ARCUS S.A. a Totalizatorem Sportowym Sp. z o.o. W załączniku nr 1 do Formularza Oferty w tabelach nr 2a i 3a ARCUS S.A. zobowiązany był wpisać liczbę przeglądów oraz cenę dla każdego urządzenia przy założeniu 100.000 wydruków. Okresowe przeglądy techniczne dokonywane są po wykonaniu określonej liczby wydruków.

2.6. Przykładowa karta gwarancyjna wystawiona przez Arcus S.A. dla urządzeń KYOCERA w §17 stanowi: Niezawodną pracę urządzenia zapewnia wykonywanie regularnych przeglądów okresowych. Przeglądy są płatne i powinny być wykonywane przez Autoryzowany Serwis, co 12 miesięcy lub częściej w zależności od obciążenia i warunków eksploatacji.

Dowód:<https://krabbe.pl/public/assets/dokumentv/Gwarancia%20Kvocera%20Drukarki%202014v2.pdf>

2.7. Oznacza to, że standardowo pierwszy Okresowy Przegląd Techniczny powinien zostać zrealizowany po 12 miesiącach od dostawy, czyli dopiero 30.09.2016 r. W przypadku zwiększonej eksploatacji Okresowy Przegląd Techniczny byłby wykonany wcześniej, ale nie mógł być wykonany tak wcześnie jak to wynika z wykazu - czyli w dniu dostawy - i posiadać wartość aż 174.168 zł brutto.

3. Nieprawdziwe informacje

- 3.1. Zgodnie z treścią wykazu złożonego przez Corrado, usługi polegające na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również jako serwis, konserwacja urządzeń) zakończyły się w dniu 30.09.2015 r. Natomiast zgodnie z treścią poświadczenia wystawionego przez Totalizator Sportowy Sp. z o.o. w dniu 30.09.2015 r. została zakończona realizacja dostaw. Nie jest zatem możliwe, aby tego samego dnia została wykonana dostawa i jednocześnie żeby zostały zakończone usługi utrzymania ciągłości pracy (zgodnie z wyjaśnieniami Corrado - Okresowe Przeglądy Techniczne).
- 3.2. Oznacza to, że realne korzystanie z urządzeń rozpoczęło się od 1 października 2015 r. Okresowe przeglądy techniczne zostają wykonane po osiągnięciu odpowiedniej liczby wydruków, co oznacza, że pierwszy przegląd powinien zostać wykonany po około pięciu miesiącach od dostawy urządzeń. Koszt takiego przeglądu to około 300 zł za urządzenie.
- 3.3. Nie jest zatem możliwe, aby w ciągu zaledwie 2,5 miesiąca (od 1 października 2015 r. do 19 stycznia 2016 r.) zostały wykonane przeglądy na kwotę 174.168 zł brutto. Umowa przewidywała dostawę 74 urządzeń wielofunkcyjnych. Przy założeniu, że koszt za jeden Okresowy Przegląd Techniczny to 300 zł, każde z urządzenie musiałoby przechodzić Okresowy Przegląd Techniczny co około 9 dni. W praktyce, przeglądy nowych urządzeń przeprowadza się co około 5-10 miesięcy.
- 3.4. Ponadto, Corrado wskazał, że wartość całej umowy wynosiła ok. 500.000 zł. Na powyższą wartość składała się także dostawa 72 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych oraz 74 komplety materiałów eksploatacyjnych zapasowych, instalacja urządzeń oraz 36 miesięczna gwarancja producenta. Za co najmniej wątpliwe należy przyjąć, że Okresowe Przeglądy Techniczne, które mają być świadczone przez 36 miesięcy od dostawy urządzeń, zostały przez 1 dzień lub nawet przez 2,5 miesiąca wykonane za kwotę 174.168 zł. przy wartości całej umowy w kwocie 500.000 zł.
- 3.5. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający zobowiązany jest wykluczyć Corrado na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy, gdyż Wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Wykonawca, mając możliwość ustosunkowania się do wątpliwości Zamawiającego, nie tylko nie przedstawił żadnych konkretnych danych, które uwiarygadniałyby jego oświadczenia złożone w Postępowaniu, lecz przeciwnie - zanegował w istocie uprawnienie Zamawiającego do żądania od niego szczegółowych wyjaśnień dotyczących treści złożonych dokumentów. Z powyższego jednoznacznie wynika, że przedstawiane przez Wykonawcę informacje miały na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do okoliczności niezbędnych dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w

postępowaniu. Przesłanka wykluczenia Wykonawcy składającego nieprawdziwe informacje ma charakter obligatoryjny i odrębny od przesłanki niewykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu. Złożenie nieprawdziwych informacji uniemożliwia wezwanie do uzupełnienia, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy, gdyż w świetle ugruntowanego orzecznictwa nie można zastąpić informacji nieprawdziwych prawdziwymi”.

W rzeczonym piśmie (pismo z dnia 30 marca 2016 r.) Totalizator Sportowy udzielił Odwołującemu następującej odpowiedzi: *„po otrzymaniu wyjaśnień komórki merytorycznej, udostępniam następujące informacje dotyczące współpracy z firmą ARCUS S.A. w okresie pomiędzy 1 stycznia 2015 r. a 23 czerwca 2015 r.*

- 1. W okresie od 15 stycznia 2015 r. do 31 kwietnia 2015 r. Firma Arcus dostarczył do Totalizatora Sportowego 3 sztuki urządzeń drukujących jako zakup interwencyjny na potrzeby komórek organizacyjnych Centrali Spółki oraz jedno urządzenie drukujące dla oddziału Spółki, również jako zakup interwencyjny. Do tych zamówień nie ma szczegółowych umów a dostawy oparte są na zasadach standardowej gwarancji. Zamówienia były realizowane 15 stycznia, 8 lutego, 13 lutego i 31 kwietnia 2015. Powyższe zamówienia opatrzone są klauzulą „chronione” co zgodnie z przyjętymi w Spółce standardami postępowania z grupami informacji oznacza, że treść ww. zamówień nie podlega ujawnieniu ze względu na informacje techniczne, organizacyjne, handlowe objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i zgodnie z art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, nie podlegają udostępnieniu na wniosek.*
- 2. W dniu 23.06.2015 r. Spółka Totalizator Sportowy Sp. z o.o. w wyniku rozstrzygnięcia postępowania zakupowego nr 26/BZK/2015 zawarła umowę z firmą ARCUS S.A. na dostawę urządzeń wielofunkcyjnych wraz z materiałami eksploatacyjnymi. Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia wraz z Opisem Przedmiotu Zamówienia oraz wzorem umowy w postępowaniu zakupowym prowadzonym przez Spółkę pod nr 26/BZK/2015, opublikowano na stronie internetowej Spółki w dniu 30.04.2015 r. - dokumenty te wraz kopią umowy zostały Panu dostarczone wraz z odpowiedzią na wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 26.01.2016 r. Część danych zawartych w przedmiotowej umowie została przed udostępnieniem usunięta. Odnośnie typów urządzeń nabytych w ramach umowy ramowej należy stwierdzić, że zaoferowane urządzenia spełniają minimalne wymagania postawione w SIWZ.*

Jednocześnie Totalizator Sportowy poinformował Odwołującego, że poza dokumentami już udostępnionymi, pozostałe dokumenty i dane nie mogą zostać

udostępnione ze względu na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z protokołu z posiedzenia Komisji przetargowej z dnia 4 kwietnia 2016 r. wynika, że „dokonano analizy ofert, wyjaśnień oraz pism skierowanych do Zamawiającego przez Wykonawcę Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o. o., jak również Totalizator Sportowy Sp. z o. o. i uznano, że Wykonawca Pan K. B. (...) spełnia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia pod względem zakresu oraz wartości usługi. Brak jest jednak podstaw do uznania zobowiązania podmiotu trzeciego - Arcus S.A. za prawidłowe. W świetle powyższego uznano za zasadne wystąpić do w/w Wykonawcy z pismem (...)”.

W ślad za powyższym pismem z dnia 4 kwietnia 2016 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, „o złożenie dokumentów na potwierdzenie spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, tj. wykonania lub wykonywania usługi/usług polegającej/polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również jako serwis, konserwacja urządzeń) o wartości łącznie co najmniej 150 000,00 PLN (dla usług rozliczanych w innych walutach niż PLN równowartość co najmniej 150 000 PLN brutto wg średniego kursu NBP na dzień zawarcia umów) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

Wykonawca do oferty dołączył zobowiązanie podmiotu trzeciego Arcus S.A., ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa do oddania mu do dyspozycji zasobów w postaci posiadanej wiedzy, doświadczenia i referencji w trakcie realizacji zamówienia publicznego pn. ZP-P-1.271.1.115.2015 „usługa utrzymania ciągłości pracy dzierżawionych urządzeń kopiująco-skanujących” na okres korzystania z nich w trakcie wykonywania zamówienia na „usługę utrzymania ciągłości pracy dzierżawionych urządzeń kopiująco-skanujących” ZP-P-1.271.1.115.2015 w zakresie powierzonych do wykonania wszelkich czynności związanych z wykonaniem zamówienia w trakcie jego realizacji.

W zobowiązaniu brak jest jednoznacznego wskazania sposobu wykorzystania udostępnionych zasobów przez Wykonawcę Pana K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B. K. CORRADO, jak również treść nie wskazuje na charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem oraz zakres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Treść zobowiązania określa wyłącznie rodzaj wykorzystywanych zasobów, tj. wiedza i doświadczenie, jak również okres na jaki udostępnione są zasoby. Natomiast określenie zakresu powierzonych do wykonania czynności poprzez zapis: „w zakresie powierzonych do wykonania wszelkich czynności związanych z wykonaniem zamówienia w trakcie jego realizacji” nie można uznać jako jednoznaczne określenie sposobu wykorzystania zasobów

innego podmiotu przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem, jak również jednoznacznego wskazania zakresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Jednocześnie Zamawiającemu nie złożono żadnych dowodów, które umożliwiłyby ustalenie, że Wykonawca zapewnił sobie dysponowanie zasobem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem zagwarantuje rzeczywisty dostęp do tego zasobu. Zgodnie z poglądem ugruntowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej brak w treści przedłożonego dokumentu wyczerpujących informacji co do wykorzystania przez Wykonawcę wskazanego w treści zobowiązania zasobu powoduje, że dowód w postaci zobowiązania Arcus S.A. nie może stanowić wystarczającej podstawy do przyjęcia, że zasoby tego podmiotu w postaci wiedzy i doświadczenia będą pozostawać w dyspozycji Wykonawcy na czas realizacji zamówienia. Z dokumentów przedstawionych na potwierdzenie dostępności zasobów podmiotu trzeciego Zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że potencjał podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. To na Wykonawcy decydującym się na skorzystanie z dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ciąży obowiązek przedstawienia takich dowodów, z których Zamawiający będzie mógł ustalić w sposób jednoznaczny zakres i sposób udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego. To w treści przedłożonego zobowiązania podmiot trzeci winien był wskazać w jaki sposób będzie udostępniał posiadana wiedzę i doświadczenie - czy to w formach podwykonawstwa czy to w ramach udostępnienia wykwalifikowanych pracowników, którzy będą wykonywać nadzór nad realizacją zamówienia (KIO 2173/15 i 2174/15).

Treść zobowiązania powinna bezspornie i jednoznacznie wskazywać na zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, a także zakres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Aby przekazanie potencjału było skuteczne podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby musi zobowiązać się do realnego przekazania określonych zasobów.

W związku z powyższym załączone do oferty zobowiązanie co do treści nie może zostać uznane jako dokument na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym proszę o złożenie:

wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz 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.

Wykonawca w sytuacji, gdy polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego 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.

Dokumenty winny być złożone w formie zgodnej z pkt 6 SIWZ.

Złożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty winny potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż na dzień, w którym upłynął termin składania ofert, tj. 19.01.2016 r.”

W odpowiedzi (pismo z dnia 7 kwietnia 2016 r.) Przystępujący zauważył:

„W pierwszej kolejności pragnę podnieść, że w przypadku nieuwzględnienia przez Zamawiającego dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego Arcus S.A., mając na uwadze art. 26 ust. 3 Pzp, Zamawiający winien bezwzględnie wezwać do uzupełnienia poprawnego dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego, a w przypadku jego braku nowego wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie. Tymczasem Zamawiający wezwał do uzupełniania nowego wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie, tym samym uniemożliwiając Wezwanemu poprawienie błędnego w ocenie Zamawiającego dokumentu i złożenie w jego miejsce właściwego zobowiązania. W ocenie Wezwanego, w wyniku zakwestionowania samego dokumentu zobowiązania i uniemożliwienia jego uzupełnienia, Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, Wezwany pragnie zauważyć, że skoro Zamawiający nie wezwał do uzupełnienia dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego, a wezwał do uzupełnienia wykazu usług, nie opisał dlaczego wykazana usługa nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Obowiązkiem Zamawiającego, w przypadku wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, do uzupełnienia dokumentu bądź złożenia wyjaśnień, jest zawsze dokładne opisanie dlaczego Zamawiający uznał dokument za wadliwy lub niepełny. Wezwania nie spełniające tych wymogów, nie wywołują skutku, prawidłowego wezwania wykonawcy do złożenia dokumentu, czy też do udzielenia wyjaśnień. Powyższe potwierdza liczne orzecznictwo KIO, w tym m.in. wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2012, o sygn. akt: KIO 1659/12, czy też wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2012, o sygn. akt: KIO 679/12, KIO 700/12”.

Pismem z dnia 8 kwietnia 2016 r. Zamawiający poinformował Przystępującego, iż anuluje pismo z dnia 4 kwietnia 2016 r.

Odwołujący w dniu 17 kwietnia 2016 r. skierował do Zamawiającego pismo następującej treści: „w nawiązaniu do otrzymanej korespondencji Zamawiającego ze spółką Totalizator Sportowy Sp. z o.o. (dalej: „Totalizator Sportowy”), którego referencje (potwierdzenie) przedłożył wykonawca CORRADO – K. B. (dalej: „Corrado”) w celu wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia, niniejszym Wykonawca wskazuje na sprzeczności pomiędzy wyjaśnieniami Corrado, pismem Totalizatora Sportowego oraz treścią wykazu dostaw złożonego przez Corrado, które jednoznacznie wskazują na złożenie przez Corrado nieprawdziwych informacji.

Jak już Wykonawca wcześniej wykazywał, Corrado złożył nieprawdziwe informację mające wpływ na wynik Postępowania, co obliuguje Zamawiającego do wykluczenia Corrado z Postępowania.

Zamawiający zwrócił się do Totalizatora Sportowego z prośbą o udzielenie informacji czy wartość serwisu gwarancyjnego (o ile był świadczony odpłatnie) i bieżącej obsługi eksploatacyjnej, objętych Państwa potwierdzeniem osiągnęła kwotę co najmniej 150.000,00 zł w okresie od 1.01.2015 r. do 30.09.2015 r.

Powyższe pytanie zostało zadane w oderwaniu od wyjaśnień Corrado i w sposób uniemożliwiający Zamawiającemu weryfikację czy Corrado złożył nieprawdziwe informacje ani czy spełnia warunek udziału w Postępowaniu.

Corrado w wyjaśnieniach z dnia 16 marca 2016 r. oświadczył, że:

stwierdzenie „współpracujemy” w żaden sposób negatywnie nie wpływa na tę ocenę prawidłowości wykonania dostawy oraz wykonywania usług polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również jako serwis lub konserwację urządzeń; tu okresowych przeglądów technicznych), do czego Firma udostępniająca zasoby jest zobowiązana w okresie 36 miesięcy od dnia podpisania protokołu odbioru dostarczonych urządzeń bez uwag.

Jak już wskazywał Wykonawca, z umowy zawartej pomiędzy ARCUS S.A. a Totalizatorem Sportowym wynika, że serwis miał być świadczony w następujący sposób:

- a) 36 miesięczna Gwarancja Producenta, licząc od dnia instalacji i dostarczenia urządzeń;
- b) Świadczenie usług serwisu gwarancyjnego rozumianego jako usługa świadczona przez wykonawcę w okresie 36 miesięcznej Gwarancji Producenta na urządzenia, obejmująca pełne koszty przywrócenia dostarczonego urządzenia do sprawności,

w przypadku awarii urządzenia niezawinionej przez Zamawiającego;

c) Okresowe Przeglądy Techniczne.

Corrado oświadczył, że serwis w rozumieniu warunku udziału w przedmiotowym Postępowaniu stanowiły Okresowe Przeglądy Techniczne (wyjaśnienia Corrado z dnia 16 marca 2016 r.), a serwis miał być świadczony po dostawie, tj. po 30.09.2015 r.

Totalizator Sportowy Sp. z o.o. udzielił odpowiedzi, która nawiązuje bezpośrednio do pytania Zamawiającego, lecz nie koresponduje z wyjaśnieniami Corrado i nie potwierdza, czy:

- 1) serwis dotyczył urządzeń kopiująco-skanujących - tu Wykonawca przypomina, że z poprzedniego pisma Totalizatora Sportowego wynika, że do dnia 23 czerwca 2015 r. zrealizowana została jedynie dostawa czterech urządzeń drukujących, zatem podana kwota nie świadczy o tym, że wskazana usługa spełnia wymogi SIWZ;
- 2) kwota dotyczy Okresowych Przeglądów Technicznych - które, jak wskazał Corrado spełniają wymogi SIWZ, a które zgodnie z umową powinny być realizowane dopiero po dostawie, zatem nie jest możliwe aby ich kwota przekroczyła 150.000,00 zł w terminie do 30 września 2015 r., w sytuacji gdy do 30 września 2015 r. została zrealizowana dostawa. Ponadto, z wcześniej przekazanych przez Totalizatora Sportowego informacji wynika, że w terminie 01.01.2015-15.01.2015 r. nie były realizowane żadne dostawy (ani tym bardziej serwis).

Zatem, w celu potwierdzenia, czy Corrado złożył nieprawdziwe informacje (pomimo tego, że Zamawiający w chwili obecnej posiada już wystarczające informacje aby stwierdzić, że Corrado złożył nieprawdziwe i sprzeczne informacje - co obliguje Zamawiającego do wykluczenia Corrado z Postępowania), Zamawiający powinien zadać Totalizatorowi Sportowemu pytania: (i) jaka była wartość Okresowych Przeglądów Technicznych zrealizowanych przez Arcus S.A., (ii) jeżeli wartość ta osiągnęła 150.000,00 zł to w jakim terminie oraz (iii) jaki typ urządzeń był serwisowany.

Zamawiający już w chwili obecnej, po analizie otrzymanych dokumentów jest zobowiązany do wykluczenia Corrado z Postępowania. Potwierdzenie powyższego znajduje się w orzecznictwie KIO:

Wyrok KIO z dnia 23 lipca 2015 r., KIO 1425/15:

W ocenie Izby, działanie Odwołującego w sposób jednoznaczny stanowi przejaw rażącego niedbalstwa, które również umożliwia zastosowanie sankcji określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. (...) Skutek w postaci wykluczenia z postępowania wykonawcy za złożenie nieprawdziwych informacji uzależniony jest także od spełnienia drugiej przesłanki, zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wpływu lub możliwości ich wpływu na wynik postępowania. Przyjmuje się, że informacje

mają wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli ich złożenie przesądza o wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, ocenie ofert lub możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą.

Wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2015 r., KIO 726/15:

Jednakże, wbrew stanowisku zamawiającego, wskazany przepis dyrektywy klasycznej nie ogranicza postaci winy jedynie do winy umyślnej (zamiaru bezpośredniego i ewentualnego). Nie ma zatem podstaw, aby wyłączać spod zakresu zastosowania tej podstawy wykluczenia przypadków poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwymi informacjami złożonymi w wyniku niedbalstwa wykonawcy. Zdaniem Izby takiego niedbalstwa dopuścił się przystępujący, który co najmniej posłużył się w postępowaniu nieprawdziwymi informacjami nie weryfikując informacji przekazywanych mu przez podmiot trzeci - to jest firmę A. sp. z o.o. Wzięto pod uwagę, że w profesjonalnym obrocie reguły należytej staranności wymagają upewnienia się, czy stan rzeczy deklarowany w oświadczeniach składanych zamawiającemu odpowiada rzeczywistości. Dostrzeżenia wymagało, że w myśl art. 14 ustawy P.z.p. w zw. z art. 355 § 2 k.c. należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy uznać przystępującego, spółkę prawa handlowego i wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego”.

Pismem z dnia 18 kwietnia 2016 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego podając: „W związku z pismem z dnia 08.04.2016 przekazuję wezwanie do uzupełnienia dokumentów w pełnym brzmieniu.

Działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) proszę o złożenie dokumentów na potwierdzenie spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, tj. wykonania lub wykonywania usługi/usług polegającej/polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również jako serwis, konserwacja urządzeń) o wartości łącznie co najmniej 150 000,00 PLN (dla usług rozliczanych w innych walutach niż PLN równowartość co najmniej 150 000 PLN brutto wg średniego kursu NBP na dzień zawarcia umów) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

Wykonawca do oferty dołączył wykaz usług zawierający 1 pozycję: (...)

Jednocześnie w wyjaśnieniach z dnia 16.03.2016r. Wykonawca stwierdził, że „... na ocenę prawidłowości wykonania dostawy oraz wykonywania usług polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również jako serwis, konserwacja urządzeń; tu okresowych przeglądów technicznych, do czego Firma udostępniająca zasoby jest zobowiązana w okresie 36 miesięcy od dnia podpisania

protokołu odbioru dostarczonych urządzeń bez uwag)..." oraz "... jak wskazano powyżej wymagane usługi wykonywane są ...". Wykonawca stwierdził również, że: "... usługi wykonywane są w ramach jednej umowy ...". Wyjaśnienia te jednoznacznie określają, że wskazana pozycja wykazu usług obejmuje realizację jednej usługi (umowy), która nie została zakończona i jest w trakcie realizacji. Fakt ten potwierdzają informacje udzielone przez Totalizator Sportowy Sp. z o.o. - wystawcę poświadczenia. Zgodnie z treścią umowy nr BZK/503-65/26/2015 obejmowała ona dostawę sprzętu z terminem realizacji do dnia 30.09.2015r., świadczenie usługi gwarancji producenta - 36 miesięcy liczone od daty potwierdzenia odbioru dostawy protokołem odbioru oraz wykonywanie przeglądów technicznych - w okresie trwania gwarancji producenta.

Biorąc pod uwagę, że Wykonawca w wykazie jako termin realizacji wskazał okres od 01.01.2015 do 30.09.2015 i załączył poświadczenia potwierdzające współpracę w okresie 01.01.2015 do 30.09.2015, a umowa określa, że w tym okresie wykonana była wyłącznie jej część w zakresie dostawy sprzętu - dokumenty złożone przez Wykonawcę nie potwierdzają wykonania usługi polegającej na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również jako serwis, konserwacja urządzeń) w zakreślonym okresie, tj. do 30.09.2015 r. o wartości 174 168 zł.

W przywołanych wyjaśnieniach Wykonawca stwierdził ponadto, że:

- a) "... Zamawiający nie wymagał bowiem aby poświadczenie w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych było wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem składania ofert..."
- b) "...Zamawiający nie wymagał określenia wartości usług wykonanych na dzień wystawienia poświadczenia..."
- c) fakt, iż usługa jest nadal wykonywana "... w żaden sposób nie wpływa na wartość usług serwisowych polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń określoną na 174 168 zł brutto..."

Zamawiający w pkt 6.4.1. SIWZ wymagał aby poświadczenie, w odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych było wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Ponadto w pkt 6.3.1. SIWZ Zamawiający wymagał złożenia Wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz 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. Jest to żądanie zgodne z brzmieniem § 1.1. pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z

19 lutego 2013 r. poz. 231). W związku z powyższym zamawiający prawidłowo określił informacje jakie mają być zawarte w wykazie usług i nie miał prawa, a tym bardziej obowiązku określenia, że wartość ma dotyczyć usług wykonanych na dzień wystawienia poświadczenia, natomiast Wykonawca miał obowiązek przedłożenia dokumentów zawierających informacje potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym wskazujących, że w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wartość wykonanej usługi polegającej na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących (rozumianych również jako serwis, konserwacja urządzeń) osiągnęła wartość co najmniej 150 000,00 PLN. Potwierdza to orzecznictwo KIO, przykładowo:

Skoro bowiem ustawodawca dopuścił możliwość wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez dostawy lub usługi o charakterze okresowym lub ciągłym przez umowy niezakończone, to tym bardziej można posłużyć się dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie świadczenia okresowego lub ciągłego, wystawionym w trakcie wykonywania umowy (arg. a maiori ad minus) nawet jeśli przed dniem, w którym upłynął termin składania ofert umowa została wykonana w całości. Warunkiem jest jednak, aby świadczenie okresowe lub ciągłe, w zakresie objętym dokumentem odpowiadało wymaganiom zamawiającego określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. - Sygn. akt KIO 142/14.

W świetle postawionego warunku udziału w postępowaniu nie ma przeszkód, by Wykonawca wykazał się wycinkiem świadczonej w dłuższym okresie usługi, jeśli tylko wypełni ona postawione wymaganie w zakresie jej przedmiotu - Sygn. akt: KIO 1533/12.

W odniesieniu do wystąpienia Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień dotyczących ilości zamówień (umów) oraz serwisu gwarancyjnego i bieżącej obsługi eksploatacyjnej, Wykonawca w swoim piśmie z dnia 16.03.2016 r. oświadczył, iż wartość usług serwisowych tj. wartość 174 168,00 zł stanowiąca część kwoty z wykazu, tj. 500 000 zł została osiągnięta w ramach jednej umowy. Zamawiający jest w posiadaniu umowy nr BZK/503-65/26/2015 z dnia 23 czerwca 2015 r. podpisanej na podstawie zamówienia nr 26/BZK/2015 pomiędzy Totalizatorem Sportowym Sp. z o.o. a firmą Arcus SA, z której wynika, iż od daty podpisania umowy tj. od 23.06.2015 r. do zakończenia realizacji umowy, tj. 30.09.2015 r. odbyła się jedynie dostawa 72 urządzeń wielofunkcyjnych wraz z kompletem pełnowartościowych tonerów, a serwis rozpoczął się z dniem zakończenia dostawy, tj. 30.09.2015 r.

W świetle powyższego fakt, iż usługa jest nadal wykonywana ma istotne znaczenie dla oceny spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, biorąc pod uwagę termin zakreślony przez Wykonawcę w wykazie, to usługa polegająca na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących (rozumiana również jako serwis, konserwacja urządzeń) nie mogła osiągnąć wymaganej kwoty, gdyż zgodnie z przywołaną umową wykonywanie przeglądów

technicznych miało rozpocząć się po dokonaniu odbioru dostawy ustalonego na 30.09.2015r., tj. w czasie wykraczającym poza daty z wykazu i poświadczenia.

Zgodnie z wiedzą Zamawiającego przy dostawie nowych urządzeń będących na gwarancji pierwszy okresowy przegląd wykonywany jest po 12 miesiącach lub po osiągnięciu przebiegu ok. 100 000 kopii. Warunek 12 miesięcy nie mógł być zrealizowany, ponieważ należy rozpatrywać okres od daty zawarcia umowy, tj. 23.06.2015 r. do daty podanej w wykazie, czyli 30.09.2015 r.

Jednocześnie wykonanie 100 000 kopii w ciągu 71 dni roboczych (od 24.06.2015 r. do 30.09.2015 r.) byłoby równe wykonaniu ok. 1500 kopii dziennie (co stanowi 3 ryzy papieru). Wartości te zostały określone pod warunkiem realizacji całości dostawy urządzeń objętych umową w następnym dniu po podpisaniu umowy, co w ocenie Zamawiającego, biorąc pod uwagę treść zawartej umowy mogło być realizowane wyłącznie po całkowitej dostawie, której termin wyznaczony został na 30.09.2015 r.

Ponadto z umowy nr BZK/503-65/26/2015 z dnia 23 czerwca 2015 r. wynika, że Totalizator Sportowy Sp. z o.o. otrzymał z każdym urządzeniem, oprócz tonera startowego, jeszcze jeden dodatkowy komplet tonerów, co umożliwia wydrukowanie np. dla urządzenia zaproponowanego w postępowaniu Kyocera Taskalfa 3550ci ok. 25000 stron, co stanowi 50 ryz papieru (źródło: <http://www.dodrukarki.pl/tk-8305k-toner-czarny-do-kyocera-taskalfa-3050ci-3051ci-3550ci-3551ci-25k.html>).

Zatem wartość 174 168,00 zł nie mogła być osiągnięta również w przypadku realizacji dostaw materiałów eksploatacyjnych (tonerów).

Ponadto Wykonawca do oferty dołączył zobowiązanie podmiotu trzeciego Arcus S.A., (...) do oddania mu do dyspozycji zasobów w postaci posiadanej wiedzy, doświadczenia i referencji w trakcie realizacji zamówienia publicznego pn. ZP-P-1.271.1.115.2015 „usługa utrzymania ciągłości pracy dzierżawionych urządzeń kopiująco-skanujących” na okres korzystania z nich w trakcie wykonywania zamówienia na „usługę utrzymania ciągłości pracy dzierżawionych urządzeń kopiująco-skanujących” ZP-P-1.271.1.115.2015 w zakresie powierzonych do wykonania wszelkich czynności związanych z wykonaniem zamówienia w trakcie jego realizacji.

W zobowiązaniu brak jest jednoznacznego wskazania sposobu wykorzystania udostępnionych zasobów przez Wykonawcę Pana K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B. K. CORRADO, jak również treść nie wskazuje na charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem oraz zakres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Treść zobowiązania określa wyłącznie rodzaj wykorzystywanych zasobów, tj. wiedza i doświadczenie, jak również okres na jaki udostępnione są zasoby. Natomiast określenie zakresu powierzonych do wykonania czynności poprzez zapis: „w zakresie powierzonych do

wykonania wszelkich czynności związanych z wykonaniem zamówienia w trakcie jego realizacji" nie można uznać jako jednoznaczne określenie sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem, jak również jednoznacznego wskazania zakresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Jednocześnie Zamawiającemu nie złożono żadnych dowodów, które umożliwiłyby ustalenie, że Wykonawca zapewnił sobie dysponowanie zasobem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem zagwarantuje rzeczywisty dostęp do tego zasobu. Zgodnie z poglądem ugruntowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej brak w treści przedłożonego dokumentu wyczerpujących informacji co do wykorzystania przez Wykonawcę wskazanego w treści zobowiązania zasobu powoduje, że dowód w postaci zobowiązania Arcus S.A. nie może stanowić wystarczającej podstawy do przyjęcia, że zasoby tego podmiotu w postaci wiedzy i doświadczenia będą pozostawać w dyspozycji Wykonawcy na czas realizacji zamówienia. Z dokumentów przedstawionych na potwierdzenie dostępności zasobów podmiotu trzeciego Zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że potencjał podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. To na Wykonawcy decydującym się na skorzystanie z dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ciąży obowiązek przedstawienia takich dowodów, z których Zamawiający będzie mógł ustalić w sposób jednoznaczny zakres i sposób udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego. To w treści przedłożonego zobowiązania podmiot trzeci winien był wskazać w jaki sposób będzie udostępniał posiadaną wiedzę i doświadczenie - czy to w formach podwykonawstwa czy to w ramach udostępnienia wykwalifikowanych pracowników, którzy będą wykonywać nadzór nad realizacją zamówienia (KIO 2173/15 i 2174/15).

Treść zobowiązania powinna bezspornie i jednoznacznie wskazywać na zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, a także zakres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Aby przekazanie potencjału było skuteczne podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby musi zobowiązać się do realnego przekazania określonych zasobów.

W związku z powyższym załączone do oferty dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.3. SIWZ.

W związku z powyższym proszę o złożenie:

- wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz 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.

Wykonawca w sytuacji, gdy polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego 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.

Dokumenty winny być złożone w formie zgodnej z pkt 6 SIWZ.

Złożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty winny potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż na dzień, w którym upłynął termin składania ofert, tj. 19.01.2016 r.”

W odpowiedzi (pismo z dnia 25 kwietnia 2016 r.) Przystępujący przedłożył Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (załącznik nr 4 do SIWZ), w którym przedmiot dostawy opisano w następujący sposób: „dostawa urządzeń: druk, kopia, skan wraz z usługą serwisową polegającą na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących. W tym: obsługa serwisowa w formie odpłatności za click 956 kpl. Urządzeń wielofunkcyjnych polegająca na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących”. Jednocześnie Przystępujący wskazał, że referencyjna usługa jest realizowana od 25 czerwca 2014 r. (ten dzień określono również jako „datę rozpoczęcia umowy”) na rzecz Banku Millenium S.A. z siedzibą w Warszawie, zaś wartość dostawy urządzeń na dzień 31 grudnia 2015 r. wynosiła powyżej 7 mln zł, zaś wartość obsługi serwisowej w podanej dacie przekroczyła 2 mln zł. Z przedmiotowym Wykazem przedłożono List referencyjny z dnia 19 stycznia 2016 r. z którego wynika, że firma Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie „dostarczyła wraz z obsługą za wydruk 956 kpl. Urządzeń MFP oraz wdrożyła system do zarządzania wydrukiem MyQ follow me printing na dostarczonych urządzeniach MFP. Dostarczone rozwiązanie Arcus Kyocera MOS, zostało objęte 48 miesięcznym serwisem wraz z monitoringiem i dostawą materiałów eksploatacyjnych”.

Przystępujący w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia skorzystał z potencjału innego podmiotu, przedstawiając zobowiązanie tegoż podmiotu do oddania do dyspozycji Przystępującego zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia o następującej treści: „Po zapoznaniu się z treścią pisma Urzędu Miasta Lublin - Biura Zamówień Publicznych z dnia 18 kwietnia 2016 r. (Nr ZP-P-1.271.1.115.2015) oraz w związku ze złożonym zobowiązaniem z dnia 29 grudnia 2015 r. (załączonym do oferty niżej wymienionemu Wykonawcy) do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia przez ARCUS SA, ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa do oddania na rzecz CORRADO Konrad Burczyński, 20-055 Lublin ul. Skautów 11 b w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługa utrzymania ciągłości pracy dzierżawionych urządzeń kopiująco-skanujących.” ZP-P-1.271.1.115.2015, oświadczam: M. Ł. - Wiceprezes Zarządu, R. C. - Członek Zarządu że jestem osobą odpowiednio umocowaną do niniejszej czynności, działając w imieniu podmiotu ARCUS S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Kolejowej 5/7 (numer KRS: 0000271167), i potwierdzam złożone w dniu 29 grudnia 2015 r. zobowiązanie do udostępnienia Wykonawcy pn.: CORRADO K. B., 20-055 Lublin ul. Skautów 11b, zwanemu dalej „Wykonawcą”, posiadanych przez podmiot zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia.

W związku z powyższym potwierdzam także, że w imieniu ARCUS S.A. oddałem Wykonawcy do dyspozycji niżej wymienione zasoby w celu korzystania z nich przez Wykonawcę - w przypadku wyboru jego oferty w przedmiotowym postępowaniu i udzielenia mu zamówienia - przy wykonaniu przedmiotu zamówienia.

Potwierdzam także, że zakres zasobów, jakie udostępniłem w imieniu ARCUS S.A. Wykonawcy w dniu 29 grudnia 2015 r. na okres realizacji przedmiotowego zamówienia obejmuje:

- wiedzę i doświadczenie uzyskaną w związku z wykonanymi przez ARCUS S.A i przekazanymi CORRADO K. B. do umieszczenia w wykazie wykonanych zamówień zamówieniami wraz z referencjami (poświadczeniami należytego wykonania) w zakresie niezbędnym do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i co się z tym wiąże ARCUS S.A zapewnia poprzez swoich specjalistów doradztwo i wsparcie temu Wykonawcy na etapie realizacji projektu oraz dostawy urządzeń skanująco-kopiujących, a w szczególności w zakresie instalacji, uruchomienia, wdrożenia i testów poprawności działania oraz udzielenia pomocy merytorycznej przy bieżącej obsłudze serwisowej w trakcie trwania przedmiotowego zamówienia.

Tym samym zobowiązuję się do faktycznej i rzeczywistej (realnej) współpracy przy realizacji przedmiotowego zamówienia, zgodnie z zawartą pomiędzy naszymi Firmami umową o stałą współpracę.

Oświadczam, że jestem świadom, iż w przypadku straty Zamawiającego powstałej w skutek nieudostępnienia ww. zasobów odpowiem wobec Zamawiającego solidarnie z ww. Wykonawcą. Moja odpowiedzialność wygasa, jeżeli nieudostępnienie przedmiotowych zasobów nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponoszę winy”.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z pisma Totalizatora Sportowego z dnia 4 maja 2016 r., w którym Totalizator Sportowy odpowiadając na wiosek Odwołującego o udostępnienie informacji publicznej otrzymany w dniu 21 kwietnia 2016 r. przedłożył Odwołującemu pismo z dnia 27 kwietnia 2016 r., „zawierające wyjaśnienia komórki merytorycznej”. W rzeczonym piśmie podano następujące informacje: „W związku ze złożonym drogą elektroniczną wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej z dnia 21 kwietnia 2016 r., odpowiadając na pytania w nim sformułowane uprzejmie informuję, co następuje:

Ad.1.

W Potwierdzeniu z dnia 21 grudnia 2015 r. (referencje) Spółka nie wskazywała żadnej konkretnej umowy a jedynie potwierdziła fakt współpracy z ARCUS SA w określonym przedziale czasowym oraz realizacji dostaw urządzeń na kwotę przekraczającą 500 tys. złotych.

W odpowiedzi na Państwa pismo, udzielonej 30 marca 2016 r. wskazywaliśmy nie jedną, ale wiele zamówień i umów na podstawie których ARCUS SA realizował dostawy.

W związku z powyższym nie jesteśmy w stanie udzielić odpowiedzi na zadane pytanie.

Informujemy jednak, że w okresie przywołanym w Potwierdzeniu, tj. 1.01.2015 r. do 30.09.2015 r. stwierdziliśmy wykonanie jednego przeglądu serwisowego dla urządzenia zakupionego w roku 2014.

Ad. 2.

Zgodnie z odpowiedzią udzieloną na pytanie pierwsze, możemy stwierdzić jedynie, że w okresie przywołanym w Potwierdzeniu, tj. 1.01.2015 r. 30.09.2015 r. wartość Okresowych Przeglądów Technicznych nie osiągnęła 150 tys. zł brutto.

Ad. 3.

W eksploatacji w Spółce pozostawały urządzenia:

- w okresie 1.01.2015 - 15.01.2015 - P6026, FS-4200DN, M3040DN.FSC2526MFP, 3051CI;*
- w okresie 16.01.2015-23.06.2015 - P6026, FS-4200DN, M3040DN.FSC2526MFP, 3051CI;*
- w okresie 24.06.2015 - 30.09.2015 - P6026, FS-4200DN, M3040DN, M2035DN, FSC2526MFP, 2551 CI, M6026CIDN.*

Ad. 4.

Zgodnie z odpowiedzią udzieloną na pytanie pierwsze, możemy jedynie stwierdzić, że zgodnie z udzielonymi zamówieniami i umowami, rozpoczęcie świadczenia usług serwisu, również obejmującego wymagane przez producenta Okresowe Przeglądy Techniczne, następuje z dniem potwierdzenia dostawy i instalacji urządzeń w miejscu użytkowania. Dostawy były realizowane sukcesywnie w roku 2014 i 2015. W okresie przywołanym w Potwierdzeniu, tj. 1.01.2015 r. 30.09.2015 r., ostatnia dostawa została potwierdzona 2 września 2015 r.

Ad. 5.

Zgodnie z odpowiedzią udzieloną na pytanie pierwsze wskazanie dat jest niemożliwe. Ponadto, w związku z Państwa uwagą odnośnie udzielania sprzecznych informacji udzielanych spółce Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. oraz Gminie Lublin, należy stwierdzić, że jest ona bezprzedmiotowa, ponieważ informacje te były udzielane co do różnych przedmiotów zapytania.

W przypadku spółki Konica zapytanie dotyczyło udostępnienia dokumentów na mocy których realizowane były dostawy urządzeń przez firmę ARCUS S.A. W przypadku Gminy Lublin zapytanie dotyczyło łącznej wartości serwisu gwarancyjnego i bieżącej obsługi eksploatacyjnej. W odpowiedzi udzielonej Gminie Lublin w dniu 30.03.2016 r. nie wskazywaliśmy:

- a) rozumienia serwisu jako Okresowych Przeglądów Technicznych - wyraźnie wskazaliśmy „wartość serwisu gwarancyjnego i bieżącej obsługi eksploatacyjnej” zgodnie z zadaniem pytaniem, podkreślając dodatkowo, że w bieżącej obsłudze eksploatacyjnej uwzględniamy dostawy materiałów -tonerów;
- b) umowy czy umów, których dotyczyła wskazana w odpowiedzi kwota.

Okres 1.01.2015 - 30.09.2015 r., wskazany w odpowiedzi dla Gminy Lublin jest zgodny z okresem wskazanym w zadaniu pytaniu oraz trwaniem usług, których pytanie dotyczyło. Okres 15.01.2015 - 30.09.2015 jest zgodny z datami obowiązywania/udzielenia zamówień i umów spełniających kryteria Państwa pytania. Różnice wynikają więc z faktu różnych przedmiotów i sformułowania pytań.

Kwestie sposobu interpretacji dokumentów przez strony postępowania, które Państwo podnosicie w swoim piśmie, są sprawą tych stron a nie naszej Spółki”.

Pismem z dnia 13 maja 2016 r. Odwołujący zwrócił się do Totalizatora Sportowego z wnioskiem o udzielenie informacji publicznej w trybie dostępu do informacji publicznej wskazując, że „ w związku z Państwa odpowiedzią z dnia 27 kwietnia 2016 roku na wniosek Konica Minolta Business Solutions Sp. z o.o. („Konica Minolta”) z dnia 21 kwietnia 2016 roku o udzielenie informacji publicznej związanej z realizacją na rzecz Totalizatora Sportowego

Sp. z o.o. („Totalizator Sportowy”, „Spółka”) umowy z 23.06.2015 r. przez Arcus S.A. będącej m.in. przedmiotem potwierdzenia wystawionego przez Totalizator Sportowy z dnia 21.12. 2015 r. (dalej: „Potwierdzenie”) (w załączeniu), bardzo prosimy o udzielenie dodatkowych informacji w zakresie objętym ww. wnioskiem z 21 kwietnia 2016 r. i doprecyzowanie udzielonej przez Państwa odpowiedzi.

1. We Wniosku z dnia 21 kwietnia 2016 roku zadane zostały m.in. następujące pytania:

- 1) Jaka była wartość Okresowych Przeglądów Technicznych zrealizowanych przez Arcus SA na podstawie umowy wskazanej w Potwierdzeniu?
- 2) Jeżeli wartość Okresowych Przeglądów Technicznych zrealizowanych przez Arcus S.A. na podstawie umowy wskazanej w Potwierdzeniu osiągnęła 150 000 zł to w jakiej dacie?

W udzielonej w dniu 27 kwietnia 2016 roku odpowiedzi stwierdziliście Państwo, że:

Ad. 1

W Potwierdzeniu z dnia 21 grudnia 2015 r. (referencje) Spółka nie wskazywała żadnej konkretnej umowy a jedynie potwierdzała fakt współpracy z ARCUS S.A. w określonym przedziale czasowym oraz realizacji dostaw urządzeń na kwotę przekraczającą 500 000 zł. W odpowiedzi na Państwa pismo, udzielonej 30 marca 2016 r. wskazywaliśmy niejedną, ale wiele zamówień i umów na podstawie których ARCUS S.A. realizował dostawy.

W związku z powyższym nie jesteśmy w stanie udzielić odpowiedzi na zadane pytanie. Informujemy jednak, że w okresie przywołanym w Potwierdzeniu tj. 1.01.2015 r. do 30.09.2015 r. stwierdziliśmy wykonanie jednego przeglądu serwisowego dla urządzenia zakupionego w 2014 r.

Ad. 2

Zgodnie z odpowiedzią udzieloną na pytanie pierwsze, możemy stwierdzić jedynie, że w okresie przywołanym w Potwierdzeniu, tj. 1.01.2015 r. 30.09.2015 r. wartość Okresowych Przeglądów Technicznych nie osiągnęła 150 tys. zł brutto.

W Państwa piśmie znalazło się też stwierdzenie, że w odpowiedzi skierowanej do Gminy Lublin wskazaliście, że „w bieżącej obsłudze eksploatacyjnej uwzględniamy dostawy materiałów -tonerów”.

Z Państwa pisma z 30.03.2016 r. skierowanym do Konica Minolta (w załączeniu) wynika, że poza umową z 23.06.2015 r. Arcus S.A. dostarczył w 2015 r. 4 urządzenia. Tym samym zakładamy, że Poświadczenie z 21.12.2015 r. dotyczy przede wszystkim umowy z 23.06.2015 r. Umowa z 23.06.2015 r. obejmuje: (1) dostawy urządzeń wraz z kompletem materiałów eksploatacyjnych (w nomenklaturze umowy- Materiały Eksploatacyjne oraz Materiały Eksploatacyjne Zapasowe), (2) świadczenie Serwisu Gwarancyjnego (nie wycenione oddzielnie), (3) Okresowe Przeglądy Techniczne (zgodnie z Państwa

odpowiedzią do 30.09.2015 r. nie został wykonany żaden Okresowy Przegląd Techniczny dla urządzeń objętych dostawą na podstawie umowy z 23.06.2015 r.).

W związku z powyższymi odpowiedziami uprzejmie prosimy o następujące doprecyzowanie udzielonych odpowiedzi:

- 1) Czy Poświadczenie z 21.12.2015 r. dotyczy zamówień obejmujących 4 urządzenia, których mowa w Państwa piśmie z 30.03.2016 r. skierowanym do Konica Minolta oraz umowy z 23.06.2015 r.?*
- 2) Czy słusznym jest wniosek, że w zakresie Okresowych Przeglądów Technicznych dotyczących urządzeń dostarczonych w 2015 r. do dnia 30.09.2015 r. nie wykonano żadnego Okresowego Przeglądu Technicznego?*
- 3) Jaki zakres czynności ARCUS S.A. objęty został określeniem „bieżącej obsługi eksploatacyjnej”, o której mowa w Poświadczeniu z 21.12.2015 r. oraz w Państwa piśmie z 30.03.2016 r. skierowanym do Gminy Lublin? Jaki zakres przedmiotu zamówienia wynikający z umowy z 23.06.2016 r. objęli Państwo w Poświadczeniu z 21 grudnia 2015 r. pojęciem „bieżącej obsługi eksploatacyjnej”?*

II. Firma ARCUS S.A. w wyjaśnieniu przekazanym Gminie Lublin przez wykonawcę składającego ofertę (nie objętym żadną klauzulą poufności i udostępnionym Konica Minolta przez Gminę Lublin) wskazała, że wartość usług serwisowych dotyczących dostawy urządzeń kopiująco-skanujących z obsługą serwisową dla Państwa (wartość usług serwisowych polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń (rozumianych jako serwis, konserwacja urządzeń) wynosiła 174 168 zł.

- 4) Jakie usługi serwisowe ARCUS S.A. (wynikające z umowy z 23.06.2015 roku lub ewentualnie z pozostałych dostaw) na Państwa rzecz są objęte powyższą kwotą 174168 zł ?*

Równocześnie wskazujemy, że wystawione przez Państwa dokumenty wykorzystywane są w przetargu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w celu pozyskania zamówienia publicznego. Tym samym wyjaśnienie rzetelności oświadczeń składanych w powołaniu się na te dokumenty pozostaje także w Państwa najlepiej pojętym interesie”.

Totalizator Sportowy w odpowiedzi (pismo z dnia 23 maja 2016 r.) przedłożył Odwołującemu pismo z dnia 16 maja 2016 r., „zawierające wyjaśnienia komórki merytorycznej”, w którym podano: „W odpowiedzi na wniosek o udzielenie informacji publicznej z dnia 13 maja 2016 r. informuję jak niżej:

Ad. I.

- 1) Ponownie oświadczam, że Poświadczenie z dnia 21.12.2015 r. dotyczy dostaw*

urządzeń wielofunkcyjnych zrealizowanych w okresie 1.01.2015 r. - 30.09.2015 r. co wyraźnie wskazano w Poświadczeniu. Jest więc oczywiste, że objęło zarówno 4 urządzenia, dla których daty realizacji dostaw wskazano w piśmie z dnia 30.03.2016 r. jak i dostarczone w ramach umowy z dnia 23.06.2015 r.

2) Wniosek jest słuszny. Urządzenia we wskazanym okresie nie wymagały takiej czynności.

2) W przywołanym w pytaniu piśmie z dnia 30.03.2016 r. skierowanym do Gminy Lublin wskazaliśmy „...bieżącej obsługi eksploatacyjnej (materiały eksploatacyjne - tonery)”. Zapis ten jednoznacznie określa podstawowy charakter tej obsługi. W jej zakres wchodziło również wsparcie dla administratorów w zakresie konfiguracji urządzeń, w szczególności z rozwiązaniem systemu zarządzania drukiem Printoscope. Analogicznie należy rozumieć zakres w odniesieniu do Poświadczenia z dnia 21.12.2015 r.

Ad. II.

3) Totalizator Sportowy sp. z o.o. nie widzi możliwości ani potrzeby zapoznawania się i oceny dokumentów z postępowań dotyczących dostaw na rzecz innych podmiotów, w których uczestniczą jego dostawcy. Dlatego też nie będziemy się odnosić do zawartości dokumentów składanych w takich postępowaniach przez firmę ARCUS S.A. Wyjaśniać możemy wyłącznie zawartość dokumentów, które są naszego autorstwa.

Ponieważ pytania z wniosku ponownie dotyczyły informacji jakie przekazaliśmy już uprzednio i najwyraźniej wynikały z niedokładnego zapoznania się z wcześniejszymi odpowiedziami oświadczam, że w pismach z dnia 16.02.2016 r., 30.03.2016 r., 27.04.2016 r. przekazano wyczerpujące informacje w zakresie o który występował wnioskujący. W związku z tym ewentualne kolejne prośby o doprecyzowanie będą pozostawiane bez odpowiedzi”.

Odwołujący za pośrednictwem poczty elektronicznej (wiadomość e-mail z dnia 20 maja 2016 r.) zwrócił się do Banku Millenium S.A. z następującym zapytaniem: „z uwagi na fakt, że wystawiony przez Państwa List referencyjny z dnia 19 stycznia 2016 r. dotyczący zawartej pomiędzy Bankiem Millennium S.A. a Arcus S.A. umowy został wykorzystany w postępowaniu o zamówienie publiczne w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę udziału w postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia oraz z uwagi na fakt, że zostały ujawnione kwoty oraz data rozpoczęcia świadczenia usług (w załączeniu), zatem informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, uprzejmie proszę o udzielenie informacji odnośnie umowy będącej przedmiotem Listu referencyjnego z dnia 19 stycznia 2016 r. (w załączeniu):

1. czy potwierdzają Państwo, że realizacja „obsługi serwisowej w formie odpłatności

- za click 956 kpl. urządzeń wielofunkcyjnych polegająca na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących" rozpoczęła się w dniu 25 czerwca 2014 r.?*
2. *Czy potwierdzają Państwo, że na dzień 31 grudnia 2015 r. wartość „obsługi serwisowej w formie odpłatności za click 956 kpl. urządzeń wielofunkcyjnych polegająca na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń kopiująco-skanujących" przekroczyła 2.000.000,00 zł?” (pismo z dnia 19 maja 2016 r.).*

W odpowiedzi (wiadomość e-mail z dnia 20 maja 2016 r.) przedstawiciel Banku Millennium S.A. wskazał, co następuje: *„mogę potwierdzić tylko i wyłącznie zgodność z prawdą treści listu referencyjnego. Ewentualnie mogę sprostować tylko informację podaną poza listem referencyjnym, że data 25 czerwca 2014 to data zawarcia umowy z firmą Arcus a nie data rozpoczęcia świadczenia usług. Nie odniosę się jednak w żaden sposób do podanych wartości finansowych (co do ich prawidłowości bądź nie), gdyż takich informacji nie udzielamy”.*

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z treści SIWZ i umowy z dnia 23 czerwca 2015 r. nr BZK/503-65/26/2015, zawartej pomiędzy Arcus S.A. z Totalizatorem Sportowym, w wyniku udzielonego zamówienia, z których wynika, że dostawa urządzeń powinna zostać zrealizowana do dnia 30 września 2015 r., a następnie przez okres 36 miesięcy powinien być świadczony serwis w następujący sposób: (i) 36 miesięczna Gwarancja Producenta, licząc od dnia instalacji i dostarczenia urządzeń; (ii) świadczenie usług serwisu gwarancyjnego rozumianego jako usługa świadczona przez wykonawcę w okresie 36 miesięcznej Gwarancji Producenta na urządzenia, obejmująca pełne koszty przywrócenia dostarczonego urządzenia do sprawności, w przypadku awarii urządzenia niezawinionej przez Zamawiającego (iii) Okresowe Przeglądy Techniczne.

Izba nie dopuściła dowodów zawnioskowanych przez Zamawiającego uznając je za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy. Odwołujący kwestionował bowiem jedynie wartość urządzeń dostarczonych w ramach umowy z Bankiem Millennium S.A. a nie wartość usług serwisowych.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Odwołujący, zdaniem Izby, w sposób nieuprawniony utożsamia sposób rozumienia spornego warunku udziału w postępowaniu ze świadczeniem usług serwisowych. Tymczasem brzmienie przedmiotowego warunku wskazuje na szerszy zakres, bowiem mowa tam o utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń

kopiująco-skanujących, przy czym mając na uwadze zastrzeżenie uczynione przez Zamawiającego, należy dojść do wniosku, że serwis jest jedynie jednym z desygnatów analizowanego pojęcia. Oznacza to, że serwis może obejmować się również na utrzymanie ciągłości pracy urzędzeń kopiująco-skanujących, ale nie jest to jedyna usługa składająca się na rzeczowe utrzymanie ciągłości pracy urzędzeń.

Za przyjęciem podanego sposobu odkodowania spornego warunku z pewnością przemawia jego treść, ale również potwierdza to sam Zamawiający i Przystępujący. Zamawiający wzywając bowiem Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie spornego Wykazu (pismo z dnia 14 marca 2016 r.), w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, swego zapytania nie ogranicza jedynie do serwisu gwarancyjnego, ale pytając o referencyjną usługę stara się zasięgnąć informacji na temat bieżącej obsługi eksploatacyjnej, wykonywanej ewentualnie w ramach referencyjnego zdania.

To pokazuje, że usługa utrzymania ciągłości pracy urzędzeń obejmuje zarówno bieżącą usługę eksploatacyjną, ale także serwis i konserwację urzędzeń, które to czynności Zamawiający wskazał odrębnie, posługując się terminem „również”, co należy odczytywać, że także te odrębnie wyspecyfikowane czynności mieszczą się w utrzymaniu ciągłości pracy urzędzeń. Natomiast, skoro te dwie czynności nie wyczerpują pojęcia „utrzymanie ciągłości pracy urzędzeń” to wydaje się, że zasadnym jest przyjęcie, mając chociażby na względzie stanowisko Zamawiającego jako autora SIWZ, iż bieżąca obsługa eksploatacyjna, która zapewnia możliwość nieprzerwanej pracy urzędzeń stanowi kolejną czynność (usługę), składającą się na utrzymanie ciągłości pracy urzędzeń.

Dalej stwierdzić należy, że Odwołujący w sposób nieuprawniony przyjął, że *Potwierdzenie* z dnia 21 grudnia 2015 r. odnosi się do umowy zawartej pomiędzy Totalizatorem Sportowym a firmą Arcus S.A. w dniu 23 czerwca 2016 r. Powyższych okoliczności nie potwierdza w swoich wyjaśnieniach z dnia 3 lutego 2016 r. Przystępujący, ani też wykonawca świadczący referencyjną usługę – wyjaśnienie z dnia 2 lutego 2016 r.

Na próżno poszukiwać powyższego również w wyjaśnieniach ówczesnego Zamawiającego, który w piśmie z dnia 30 marca 2016 r., kierowanym do Zamawiającego, odnosi się do współpracy z firmą Arcus S.A. zakreślając jej ramy czasowe, nie wskazując jednocześnie, iż dotyczyła jednej, wskazywanej przez Odwołującego, umowy. Stanowisko powyższe potwierdził ówczesny Zamawiający w piśmie kierowanym do Odwołującego w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie informacji publicznej. W piśmie z dnia 27 kwietnia 2016 r. ówczesny Zamawiający wyjaśnił, że referencje przedłożone przez Przystępującego nie dotyczą „żadnej konkretnej umowy”. W powołanym piśmie wyjaśniono również, że nie ma sprzeczności pomiędzy informacjami udzielanymi Zamawiającemu i Odwołującemu, bowiem Odwołujący domagał się udostępnienia dokumentów na mocy, których realizowane były dostawy urzędzeń przez firmę Arcus S.A., zaś zapytanie Zamawiającego dotyczyło łącznej

wartości serwisu gwarancyjnego i bieżącej obsługi eksploatacyjnej, przy czym ówczesny Zamawiający wyjaśnił, że rozumienie serwisu nie obejmowało Okresowych Przeglądów Technicznych.

Warto zwrócić uwagę na kolejne wyjaśnienia Totalizatora Sportowego, kierowane do Odwołującego, w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie informacji publicznej, a mianowicie (pismo z dnia 16 maja 2016 r.), że w zakres bieżącej obsługi eksploatacyjnej wchodzi dostawa tonerów, ale również wsparcie dla administratorów w zakresie konfiguracji urządzeń, w szczególności z rozwiązaniem systemu zarządzania drukiem Printoscope i tak też należy rozumieć pojęcie „bieżącej obsługi eksploatacyjnej” na gruncie *Poświadczenia* z dnia 21 grudnia 2016 r.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, również wyjaśnienia Przystępującego z dnia 16 marca 2016 r. nie potwierdzają, że dokument *Poświadczenia* dotyczy wyłącznie umowy z dnia 23 czerwca 2016 r. W pierwszej kolejności należy dostrzec, że Przystępujący w treści rzeczonych wyjaśnień nie referuje wprost do przedmiotowej umowy. Nie sposób również stwierdzić, że pojęcie „okresowe przeglądy techniczne”, użyte przez Przystępującego, odnosi się wyłącznie do spornej umowy, skoro po pierwsze, na gruncie powołanej umowy przedmiotowe pojęcie jako zdefiniowane pisane jest z dużych liter, po drugie zaś, w świetle rzeczonych wyjaśnień nie można pominąć, że jak wskazał Przystępujący, w ramach referencyjnej usługi wykazał serwis oraz konserwację urządzeń.

Jednocześnie dostrzec należy, że Totalizator Sportowy przyznał, że w okresie poprzedzającym zawarcie umowy z dnia 23 czerwca 2015 r., tj. od 1 stycznia 2015 r. do 22 czerwca 2015 r. dostarczono jedynie urządzenia drukujące, ale już w *Poświadczeniu* mówi o wielofunkcyjnych urządzeniach drukujących.

Zdaniem Izby, w tych okolicznościach nie sposób stwierdzić, że Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje, w zakresie dat świadczenia spornej usługi. Jakkolwiek wydawać by się mogło, że w istocie referencyjna usługa dotyczy tylko umowy z dnia 23 czerwca 2015 r., to stanowisko Totalizatora zawarte w *Poświadczeniu* takich podstaw nie daje, mowa tam bowiem o wielofunkcyjnych urządzeniach drukujących. Zdaniem Izby, gdyby Totalizator Sportowy w istocie rzeczonym *Poświadczeniem* chciał objąć usługi wykonane jedynie w ramach wskazanej umowy, z pewnością obejmowałoby ono inny okres. Tymczasem Totalizator wprost wskazał okres od 1 stycznia 2015 r. do 30 września 2015 r.

Z drugiej strony Izba dostrzega, że Totalizator Sportowy w odniesieniu do okresu poprzedzającego zawarcie umowy, w korespondencji kierowanej do Odwołującego, mówi o urządzeniach drukujących. Pozostaje więc wątpliwość, czy w okresie od 1 stycznia 2015 r. do 22 czerwca 2015 r. świadczona była referencyjna usługa i obejmowała ona jedynie urządzenia drukujące, czy też kopiująco-skanujące, biorąc pod uwagę, że w *Poświadczeniu* w odniesieniu do całego okresu (od 1 stycznia do 30 września 2015 r.), a nie tylko po

zawarcia spornej umowy, mowa o serwisie gwarancyjnym i bieżącej obsłudze eksploatacyjnej, dotyczącej wielofunkcyjnych urządzeń drukujących. Jednakże wątpliwości tych nie da się usunąć, a w każdym razie Odwołujący w swojej inicjatywie dowodowej temu nie sprostał, a zatem w sposób niebudzący wątpliwości, zdaniem Izby, nie można stwierdzić, że Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje w przedmiocie dat świadczenia referencyjnej usługi.

W ocenie Izby, jedynie jednoznaczne ustalenie, że stan faktyczny, co do którego złożył oświadczenie wykonawca, nie odpowiada rzeczywistości, a okoliczności te służyły potwierdzeniu warunków udziału w postępowaniu, daje podstawy do wykluczenia z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jeśli zaś przedmiotowe okoliczności, choć budzą pewne wątpliwości, to jednak korespondują z treścią referencji i wprost nie pozostają sprzeczne z oświadczeniem wystawcy referencji, nie mogą stać się podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Wydaje się, że na gruncie niniejszej sprawy możemy mówić o pewnym chaosie definicyjnym, który nie daje możliwości jednoznacznego przesądzenia o złożeniu nieprawdziwych informacji. Po pierwsze, sam Zamawiający mówiąc o ciągłości pracy urządzeń, poza tym, że określa, iż w ramach tego pojęcia należy rozumieć serwis i konserwację urządzeń, nie definiuje tego pojęcia w sposób zamknięty. Na dalszym etapie (wezwanie do wyjaśnień) wskazuje dopiero, że w ramach tego pojęcia rozumie również bieżącą obsługę eksploatacyjną (nieograniczoną wyłącznie do konserwacji). Po drugie, Totalizator Sportowy w odniesieniu do referencyjnego okresu mówi o serwisie gwarancyjnym i bieżącej obsłudze eksploatacyjnej wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, co nie pozwala na przyjęcie, że w okresie pomiędzy 1 stycznia a 22 czerwca 2015 r. wykonywano jedynie usługi dotyczące urządzeń drukujących. Sam Przystępujący również nie jest precyzyjny w swoich wypowiedziach, jakkolwiek w *Wykazie* mówi o usłudze serwisowej, to już w wyjaśnieniach z dnia 16 marca 2016 r. mówi o serwisie i konserwacji urządzeń, a także o bieżącej obsłudze eksploatacyjnej i okresowych przeglądach technicznych.

Zdaniem Izby, brak również podstaw do stwierdzenia, że wartość usługi referencyjnej we wskazanym okresie nie przekroczyła 150.000,00 zł. Po pierwsze bowiem, Totalizator Sportowy w piśmie z dnia 30 marca 2016 r. potwierdził wykonanie usługi serwisowej i bieżącej obsługi eksploatacyjnej na wskazaną kwotę. Oświadczenie to nigdy nie zostało odwołane, wręcz przeciwnie, w piśmie z dnia 27 kwietnia 2016 r. kierowanym do Odwołującego okoliczność ta została potwierdzona.

Po drugie, na tym tle nie sposób nie zauważyć, że Odwołujący wartość referencyjnej usługi stara się ocenić w aspekcie Okresowych Przeglądów Technicznych, o których mowa we wspomnianej umowie z dnia 23 czerwca 2015 r. Świadczy o tym treść wniosku z dnia 21 kwietnia 2016 r. o udostępnienie informacji publicznej, zacytowana w pkt 1 i 2 we wniosku z

dnia 13 maja 2016 r., a potwierdza treść odwołania. Tymczasem zabieg ten jest nieuprawniony wobec jednoznacznego oświadczenia Totalizatora Sportowego, że *Poświadczenie*, nie odnosi się do konkretnej umowy.

Nadto, nie można pomijać, że Totalizator Sportowy oświadczył również, iż bieżąca obsługa eksploatacyjna obejmowała wsparcie dla administratorów w zakresie konfiguracji urządzeń i dostawę materiałów eksploatacyjnych co wprost potwierdza, że utożsamianie referencyjnej usługi z Okresowymi Przeglądami Technicznymi nie znajduje uzasadnienia.

Dodatkowo, również w świetle brzmienia warunku udziału w postępowaniu, o czym była mowa wyżej, niedopuszczalne jest zawężanie pojęcia „utrzymanie ciągłości pracy urządzeń” wyłącznie do usług serwisowych. Skoro Zamawiający potwierdził, w korespondencji kierowanej do wykonawców, że utrzymanie ciągłości pracy urządzeń obejmuje również bieżącą obsługę eksploatacyjną to nie sposób wykluczyć, że dostawa tonerów i wsparcie administratorów w zakresie konfiguracji urządzeń nie wchodzi w zakres pojęcia „utrzymanie ciągłości pracy urządzeń”.

Zdaniem Izby, na podstawie treści wyjaśnień Przystępującego z dnia 16 marca 2016 r. nie sposób stwierdzić, że referencyjną usługę stanowiły okresowe przeglądy techniczne, wydaje się bowiem, że w odniesieniu do powyższego Przystępujący mówi o trwającej współpracy pomiędzy Arcus S.A. i Totalizatorem Sportowym. Nie można przy tym pomijać, że wyjaśniając wartość referencyjnych usług Przystępujący wskazuje zarówno na serwis, jak i konserwację urządzeń w ramach obsługi eksploatacyjnej.

W tych okolicznościach potwierdzenie przez Totalizator Sportowy, że w okresie do 30 września 2015 r. nie wykonano żadnego Okresowego Przeglądu Technicznego nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, bowiem Odwołujący nie wykazał, że bieżąca obsługa eksploatacyjna żądanej przez Zamawiającego wartości nie przekraczała.

Faktem jest, że w wyjaśnieniach z dnia 16 marca 2016 r. Przystępujący potwierdził, że usługa referencyjna została wykonana w ramach jednej umowy. W istocie zaś biorąc pod uwagę termin wykonania rzeczowej usługi i wyjaśnienia Totalizatora Sportowego, że *Poświadczenie* nie dotyczy jednej konkretnej umowy, na tym tle nie sposób uznać, iż utrzymanie ciągłości urządzeń dotyczy jednej umowy. Zdaniem Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy albo jest tak, że referencyjna usługa była wykonywana w okresie podanym w *Wykazie*, ale wtedy zasadne jest przyjęcie, że nie w ramach jednej umowy, albo też jest tak, że była wykonywana w ramach jednej umowy, ale wtedy nie jest możliwe, aby była realizowana przed dniem 23 czerwca 2015 r.

Ostatecznie jednakże nawet stwierdzenie, że realizacja spornej usługi nie nastąpiła w ramach jednej umowy nie daje podstaw do stwierdzenia, że złożono nieprawdziwe informacje, które winny skutkować wykluczeniem Przystępującego z postępowania. Zwrócić

bowiem należy uwagę, że warunkiem Zamawiającego nie było zrealizowanie referencyjnych usług o wymaganej wartości w ramach jednej umowy. Zatem, nawet gdyby powyższe nie znalazło potwierdzenia, to pozostaje to bez wpływu na ocenę, że warunek co do przedmiotu i wartości został spełniony.

Na marginesie dodać należy, że nawet gdyby przyjąć, że *Wykaz* dotyczy jedynie umowy z dnia 23 czerwca 2015 r., to po pierwsze, referencyjna usługa mieściłaby się w przedziale czasowym zakreślonym przez Przystępującego i Zamawiającego, po drugie zaś, przedmiot umowy ograniczony w tym okresie nawet do dostawy tonerów i wsparcia administratorów (co ówczesny Zamawiający potwierdził) wpisuje się w treść warunku, po trzecie, Odwołujący nie wykazał, że tak rozumiana usługa referencyjna była zrealizowana na kwotę nieprzekraczającą 150.000,00 zł, a zatem nawet gdyby przyjąć, że wystąpiły pewne nieścisłości, to nie wpływa to ostatecznie na ocenę, zdaniem Izby, iż spełnienie warunku udziału w postępowaniu zostało przez Przystępującego wykazane.

Ostatecznie, zdaniem Izby, wskazane nieścisłości czy też wątpliwości rodziły trudności w zakresie weryfikacji spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu, ale z pewnością nie dawały podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a zatem zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 należało uznać za bezprzedmiotowy.

Izba nie podziela również twierdzenia Odwołującego, że doszło do naruszenia przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Zwrócić bowiem należy uwagę, że rzeczony wyjaśnienia należy odczytywać w kontekście informacji podawanych przez Totalizator Sportowy i treści wniosków o udzielenie przedmiotowych informacji, a także sposobu rozumienia spornego warunku udziału w postępowaniu. Jak wskazano wyżej, ograniczenie referencyjnej usługi jedynie do serwisu, a zwłaszcza do Okresowego Przeglądu Technicznego, o którym mowa w umowie z dnia 23 czerwca 2015 r., jak chciałyby Odwołujący, jest nieuzasadnione. Skoro zaś Odwołujący podstawą oceny czyni powyższe złożenie, uznać należy, że wnioski oparte na nim nie mogą być prawidłowe.

W tych okolicznościach, a z pewnością wobec niezaktualizowania się przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, skorzystanie z instytucji wezwania do złożenia dokumentów, oświadczeń, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, było możliwe.

Na marginesie należy jedynie dodać, że Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, wyrażonym w piśmie z dnia 18 kwietnia 2016 r. Zwraca uwagę pewna niekonsekwencja Zamawiającego w rozumieniu spornego warunku udziału w postępowaniu i

poczynienie założeń, które w okolicznościach niniejszej sprawy nie są uprawnione. Szerzej była o tym mowa wyżej.

W konsekwencji, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 22 ust. 1 pkt oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i tym samym naruszenia zasady uczciwej konkurencji wobec zaniechania wykluczenia Przystępującego z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania i wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Co do braku realności udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci Izba wskazuje, że każdorazowo ocena w tym zakresie winna dotyczyć konkretnego przypadku. Zarzut Odwołującego, że przedmiotowe udostępnienie nie ma związku z warunkiem udziału w postępowaniu jest błędna, nie mówiąc, że nieuzasadniona przez Odwołującego. W ocenie Izby, zapewnienie Przystępującemu doradztwa i wsparcia specjalistów z ramienia Arcus S.A., na etapie realizacji projektu oraz dostawy urządzeń skanująco-kopiujących, a także pomocy merytorycznej przy bieżącej obsłudze serwisowej w trakcie trwania przedmiotowego zamówienia daje podstawy do stwierdzenia, że przez cały okres utrzymania ciągłości pracy urządzeń, stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia Przystępującemu podmiot, który zrealizował to zamówienie, zapewni wsparcie poprzez doradztwo, ale również udzielenie pomocy merytorycznej. Zaoferowana pomoc, zdaniem Izby, koresponduje ze spornym warunkiem udziału w postępowaniu i zabezpiecza prawidłowe wykonanie zamówienia.

W ocenie Izby, okoliczność, że „pomoc merytoryczna” nie została bliżej sprecyzowana nie stoi na przeszkodzie uznaniu realności spornego zobowiązania. Na gruncie analizowanego zobowiązania „pomoc merytoryczną” należy rozumieć szeroko, jako wszelkie wsparcie niezbędne przy bieżącej obsłudze serwisowej. Nie ulega też wątpliwości, że pomoc będzie dotyczyć przedmiotu zamówienia oraz świadczona będzie w okresie realizacji zamówienia, zaś udzielać jej będą pracownicy Arcus S.A. Zdaniem Izby, nie jest konieczne definiowanie „pomocy merytorycznej”, nie ma bowiem przeszkód, aby podmiot udostępniający zasoby określił zakres wsparcia jak najszerzej, choć przy opisanu rodzaju tej współpracy. Przedmiot i zakres współpracy, w ocenie Izby, został więc wskazany.

Na tym tle należy zwrócić uwagę, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie określa poziomu szczegółowości zobowiązania. Wydaje się jednak, że przy usługach nieskomplikowanych i niewymagających udziału podmiotu trzeciego w ich realizacji, a za tą właśnie Izba uznaje usługę będącą przedmiotem zamówienia, opisany sposób udostępnienia zasobów potwierdza możliwość realnego z nich skorzystania.

W zobowiązaniu z dnia 22 kwietnia 2016 r. Arcus S.A. potwierdził, że zakres zasobów udostępnionych Przystępującemu pokrywa się z tymi, o których mowa w zobowiązaniu z

dnia 29 grudnia 2015 r. Powyższe oznacza jedynie tyle, że na podstawie kwestionowanego zobowiązania Przystępujący zyskał możliwość posłużenia się wykonanymi przez Arcus S.A. usługami i referencjami w zakresie niezbędnym do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Natomiast w żadnym zobowiązaniu wprost nie wskazano, o jaką usługę referencyjną chodzi. Zatem, nieuprawnione jest twierdzenie, że zobowiązanie z dnia 22 kwietnia 2016 r. nie może potwierdzać udostępnienia zasobów w takim samym zakresie jak zobowiązanie z dnia 29 grudnia 2015 r., bowiem *List referencyjny*, sporządzony przez Bank Millennium S.A. został wystawiony w dniu 19 stycznia 2016 r. Pierwotne zobowiązanie określa zakres zasobów, zaś następcze zobowiązanie analogicznie kształtuje ten zakres, zatem nie ma przeszkód, aby je potwierdzało. W tych okolicznościach zarzut naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać za chybiony.

Izba nie dostrzega również podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezachowanie formy pisemnej zobowiązania do udostępnienia zasobów z powodu niezłożenia informacji z rejestru przedsiębiorców, potwierdzającej umocowanie do złożenia przedmiotowego oświadczenia woli. Po pierwsze, zwrócić należy uwagę, że w wezwaniu z dnia 18 kwietnia 2016 r. Zamawiający wezwał Przystępującego jedynie do przedłożenia pisemnego zobowiązania do udostępnienia zasobów. Zatem, brak złożenia przedmiotowej informacji nie może wywoływać negatywnych skutków dla Przystępującego. Po drugie, niewykazanie w formie pisemnej umocowania do działania w imieniu Arcus S.A. nie może prowadzić do wykluczenia Przystępującego z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu, tym bardziej, że podstawa umocowania została wskazana w treści zobowiązania (piastun spółki) i składający w tym przedmiocie złożyli oświadczenie. Działanie zaś osób działających w imieniu organu może i zostało stwierdzone przez Zamawiającego na podstawie jawnego rejestru przedsiębiorców w ramach Krajowego Rejestru Sądowego.

Zdaniem Izby, skutek w postaci wykluczenia Przystępującego z postępowania z powodu wskazanej przyczyny byłby zbyt daleko idący, tym bardziej wobec wykonawcy niewezwanego do przedłożenia dokumentu, z którego wynika umocowanie do działania osób udostępniających zasób. W ocenie Izby, wniosek Odwołującego w tym przedmiocie mógłby okazać się słuszny jedynie w okolicznościach, w których osoby decydujące o udostępnieniu zasobu w istocie nie posiadałyby umocowania do działania w tym przedmiocie. Jednak wobec niepotwierdzenia przedmiotowej okoliczności zarzut okazał się nietrafny.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, że uzupełniony *Wykaz* daje podstawy do stwierdzenia złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie spełniania warunku

wiedzy i doświadczenia albo niewykazanie spełniania przedmiotowego warunku (art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp).

W pierwszej kolejności dostrzec należy, że Odwołujący formułując pierwszy z zarzutów wskazuje jedynie na możliwość złożenia nieprawdziwych informacji. Powyższe sformułowanie wystarczy do stwierdzenia nietrafności przedmiotowego zarzutu. Wynika bowiem z niego wprost, że Odwołujący poprzestaje w tym zakresie jedynie na swoich przypuszczeniach. Odwołujący nie wykazał, że Arcus S.A. nie zrealizował referencyjnej usługi na kwotę przekraczającą 2.000.0000,00 zł.

Domysły Odwołującego, że dostawa urządzeń nie została zrealizowana na kwotę powyżej 5.000.000,00 zł nie dość, że nie ma oparcia w materiale dowodowym, to pozostaje irrelevantna dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Zdaniem Izby, nie można wykluczyć, że część urządzeń w ramach umowy z Bankiem Millennium S.A. została dostarczona w dniu zawarcia umowy, tj. w dniu 25 czerwca 2014 r., zatem od tej daty należy liczyć świadczenie usługi serwisowej, o której mowa w *Wykazie*.

Jednakowoż, gdyby nawet przyjąć, że we wskazanej dacie nie rozpoczęto świadczenia usług, polegających na utrzymaniu ciągłości pracy urządzeń, to rzeczona okoliczność, zdaniem Izby, pozostaje bez wpływu na ocenę spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu, skoro w okresie wymaganym przez Zamawiającego Arcus S.A. zrealizował usługę co do przedmiotu i wartości odpowiadającą treści warunku udziału w postępowaniu.

W tych okolicznościach brak podstaw do stwierdzenia złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji mających istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Odwołujący nie wykazał również, aby usługa referencyjna wskazana w uzupełnionym *Wykazie* nie spełniała wymagań Zamawiającego, zatem nie ma podstaw do twierdzenia, że Przystępujący nie wykazał spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu.

Izba nie dostrzega podstaw do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, odnośnie uzupełnionego *Wykazu*, a także treści referencji z powodów, o których była mowa wyżej. W konsekwencji zarzut w tym przedmiocie należy uznać za chybiony.

Wobec niepotwierdzenia się okoliczności wskazanych w treści odwołania zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp musiał być uznany za nietrafny.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: