

WYROK

z dnia 23 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2018 r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2018 r. przez wykonawcę **Asseco Poland S.A z siedzibą w Rzeszowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Wielkopolski Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia w Poznaniu**

przy udziale wykonawcy **GreyDot Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Wielkopolski Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia w Poznaniu prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.; dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na rozbudowę środowiska serwerów kasetowych Wielkopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 2 października 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę GreyDot sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”).

Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 8 października 2018 r. wniósł odwołanie od zaniechania wykluczenia Przystępującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp, pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej,

2. naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 22a ust. 1, 2 oraz ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia na potrzeby realizacji zamówienia oraz wobec braku rzeczywistego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, a jedynie dokonanie czynności „użyczenia referencji/doświadczenia” bez faktycznego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.

z ostrożności:

3. naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 w zw. z 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 22a ust. 1, 2 oraz ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego, do przedłożenia dokumentów dotyczących spełnienia warunków udziału w zakresie doświadczenia i w skutek niemożności ich przedłożenia finalnie do wykluczenia Przystępującego i odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert,

- 2.Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3.Wykluczenia Przystępującego oraz odrzucenia jego oferty,
- 4.Dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;

z ostrożności:

- 1.Unieważnienia czynności oceny ofert,
- 2.Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3.Wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie dysponowania referencjami,
- 4.Wykluczenia Przystępującego oraz odrzucenia jego oferty,
- 5.Dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;

Uzasadniając odwołanie wskazał, iż zgodnie z punktem 5.3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) - Warunki udziału w postępowaniu - w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert należycie zrealizowali co najmniej 2 dostawy o przedmiocie tożsamym z niniejszym zamówieniem, tzn. na dostawę serwerów kasetowych na kwotę co najmniej 200.000 zł każda.

Przystępujący wskazał, że dysponuje następującymi referencjami:

-MADKOM S.A. z siedzibą w Gdyni, który poświadczył wykonanie usługi przez Przystępującego oraz

-SPZOZ w Garwolinie, który poświadczył jednak, że dostawę wymaganą w warunkach zamówienia wykonał podmiot o nazwie Vescom sp. z o.o. sp. k. [dalej: VESCOM]

Odwołujący wskazał, że Przystępujący w ofercie powołuje się więc na podmiot trzeci w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ten sam podmiot jest wskazany jako podwykonawca w zakresie: „Podwykonawca udostępni zasoby w postaci doświadczenia (użyczenie referencji) na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia.” W opinii Odwołującego powyższe oznacza, że Przystępujący nie zamierza powierzyć żadnej realnej części realizacji zamówienia temu podwykonawcy, a użył go tylko do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, („czysty handel referencjami”). Konsekwencją tego jest fakt, że potencjalnie Zamówienie będzie realizował Przystępujący, który nie posiada wymaganego doświadczenia.

Odwołujący zauważył, że Przystępujący nie dołączył do oferty także zobowiązania podmiotu trzeciego (VESCOM), a co za tym idzie nie wykazał, że będzie zasobami VESCOM w ogóle dysponował. Sam wskazując wyłącznie, że będzie korzystał z doświadczenia tj. użyczał referencji. Według Odwołującego Przystępujący w żaden sposób nawet nie stara się wykazać, że VESCOM będzie realnie swoje doświadczenie przekazywał. W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z klasycznym obrotem dokumentami, a nie realnym udostępnieniem zasobów. Nie da się użyczyć „doświadczenia” bez jakiegokolwiek udziału w realizacji zamówienia. W rzeczywistości nie funkcjonuje coś takiego jak „przelew” doświadczenia z jednego podmiotu na drugi, gdyż albo się doświadczenie posiada, albo nie. Doświadczenie możemy użyczyć tylko, jeżeli bierzemy udział w wykonaniu zamówienia. Samo Przekazanie dokumentu referencji nie kreuje sytuacji, w której doświadczenie wynikające z tych referencji przechodzi na inny podmiot.

Odwołujący podkreślił, że z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp jednoznacznie wynika, że podmioty trzecie mogą wesprzeć wykonawcę, który nie ma doświadczenia i wiedzy niezbędnej do wykonania zamówienia. Wsparcie to nie może jednak polegać tylko na udostępnieniu wiedzy i doświadczenia w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez udostępnienie referencji. Wsparcie niedoświadczonego i nieposiadającego wiedzy wykonawcy również musi występować na etapie wykonania zadania. Sprawdzanie wiedzy i doświadczenia potencjalnych wykonawców nie stanowi więc celu samego w sobie, tylko ma dać gwarancję zamawiającemu, że zadanie wykonane zostanie przez podmiot w rozumieniu ustawy Pzp zdolny do jego wykonania. W związku z powyższym nie wystarczy udostępnić referencji należytego wykonania przez podmiot trzeci, tylko ten podmiot ma obowiązek udostępnić swoje zasoby na czas realizacji zadania poprzez udział jego zasobów na etapie przygotowania, organizacji, realizacji, monitoringu wykonywanego zadania. Przepis ustawy mówi o niezbędnych zasobach i obowiązku udowodnienia ich dysponowaniem.

Według Odwołującego, Zamawiający powinien od razu wykluczyć Przystępującego i nie stosować procedury uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że Przystępujący w swojej ofercie jednoznacznie zadeklarował w pkt 12, że co prawda VESCOM będzie podwykonawcą, ale w rubryce Część zamówienia wpisał: „podwykonawca udostępni zasoby w postaci doświadczenia (użyczenie referencji) na potrzeby niniejszego zamówienia”. Wobec tego niedopuszczalne jest zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp doprowadzenie do sytuacji negocjowania/zmiany treści złożonej oferty. Jednakże z ostrożności procesowej, Odwołujący podtrzymał także zarzut braku wezwania do przedłożenia odpowiednich referencji, a następnie wykluczenia Przystępującego i odrzucenia oferty.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 października 2018 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu wskazał, że nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a tym samym nie naruszył wskazywanych przepisów art. 22 ust. 1, art. 22a ust. 1, 2 oraz 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, bowiem treść oferty złożona przez Przystępującego zawierająca wewnętrzną sprzeczność w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu odpowiedniego doświadczenia do realizacji zamówienia obligowała zamawiającego do

zastosowania art 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny oferty. Przy zawartym w ofercie zapisie, iż część zamówienia będzie realizował podwykonawca VESCOM sp. z o.o. udostępniając swoje doświadczenie na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia (użyczenie referencji) Zamawiający nie mógł jednoznacznie ustalić zakresu podwykonawstwa, a tym samym nie mógł zdecydowanie ustalić braku spełniania przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu i dokonać czynności wykluczenia tego wykonawcy.

Zatem w trybie wskazanym w art. 87 ust. 1 Pzp Zamawiający przystąpił do szczegółowego wyjaśniania treści oferty w kwestii dotyczącej roli (w trakcie realizacji zamówienia) podmiotu VESCOM sp. z o.o. udostępniającego wykonawcy swoje zasoby, w kwestii wartości zrealizowanych dostaw obejmujących serwery kasetowe (bez pozostałej infrastruktury) oraz w kwestii szczegółowego określenia przez podmiot udzielający referencji sposobu dysponowania zasobami tego podmiotu. Przystępujący wyjaśnił treść swojej oferty składając dwa pisma wraz z oświadczeniem podwykonawcy, zastrzegając jednak utajnienie wyjaśnień jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający wyjaśnił, że uznał złożone przez Przystępującego wyjaśnienia za wystarczające dla potwierdzenia posiadania przez niego odpowiedniego doświadczenia dla realizacji zamówienia, uzyskanego dzięki udostępnieniu przez współpracujący z nim podmiot zarówno personelu posiadającego doświadczenie i wiedzę, jak i zapewnieniu konsultacji i współpracy o charakterze podwykonawstwa. Stąd w opinii zamawiającego zarzut naruszenia wymienionych wyżej przepisów Pzp nie znajduje uzasadnienia.

Odwołujący w piśmie procesowym złożonym na rozprawie wskazał, że Zamawiający w dniu 16 października 2018 r. przekazał mu dalszą dokumentację postępowania, w tym wezwanie Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp skierowane do Przystępującego w dniu 30 sierpnia 2018 r. oraz odpowiedź na to wezwanie.

W ocenie Odwołującego Przystępujący na wezwanie Zamawiającego złożył nowe szersze oświadczenie podmiotu trzeciego w zakresie oferty i zobowiązania do udostępnienia zasobów, czym została naruszona zasada określona w art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia GreyDot sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba nie uwzględniła wniosku zgłoszonego przez Zamawiającego oraz Przystępującego na rozprawie o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Przy rozpatrzeniu przedmiotowego wniosku Izba wzięła pod uwagę wynik kontroli instancyjnej Sądów Okręgowych właściwych dla siedzib zamawiających, które na mocy art. 198a i nast. ustawy Pzp sprawują nadzór instancyjny nad orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. W świetle wyniku kontroli instancyjnej Izba podziela i przyjmuje za własny pogląd wyrażany przez Sądy Okręgowe, że pojęcie wyboru oferty najkorzystniejszej musi być rozumiane jako składowa czynności i zaniechań zamawiającego zakończonych wyborem oferty najkorzystniejszej pod względem materialnym tj. złożonej przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania i oferty niepodlegającej odrzuceniu. Ponadto zgodnie z uchwałami podjętymi przez Sąd Najwyższy w dniu 17 listopada 2017 r. po rozpoznaniu zagadnienia prawnego w sprawach o sygn. akt III CZP 56/17 oraz III CZP 58/17: "Zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu".

W ocenie Izby za uzasadnione zatem należy przyjąć stanowisko, iż na gruncie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w ramach pojęcia wyboru najkorzystniejszej oferty, powinno się uwzględnić także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego.

Izba ustaliła:

I. Zgodnie z punktem 5 SIWZ - Warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający ustalił, że:

„3.W niniejszym postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert należycie zrealizowali co najmniej 2 dostawy o przedmiocie tożsamym z niniejszym zamówieniem, tzn. na dostawę serwerów kasetowych na kwotę co najmniej 200.000 zł każda.

4. Wykonawca może, w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nim stosunków.

5. Wykonawca, który polega na zasobach innych podmiotów musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

6. Zamawiający ocenia, czy udostępnione Wykonawcy doświadczenie pozwalają na wykazanie spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec podmiotu oddającego zasób przesłanki wykluczenia z postępowania, w zakresie określonym w pkt 8 SIWZ – Podstawy wykluczenia z postępowania.”

II. w punkcie 12 złożonej oferty Przystępujący wskazał jako podwykonawcę podmiot Vescom sp. z o.o., sp. k. z siedzibą w Łodzi wskazując, iż podwykonawca udostępni zasoby w postaci doświadczenia (użyczenie referencji) na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia.

III. W oświadczeniu stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ odnośnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Przystępujący wskazał, że warunek określony przez Zamawiającego w punkcie 5.3 SIWZ spełni „korzystając z zasobów innych podmiotów (w tym podwykonawcy w zakresie udostępnienia zasobów w postaci doświadczenia (użyczenie referencji) i wraz z ofertą składa dokumenty w celu udowodnienia Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych do wykonania zamówienia.

IV. Wraz z ofertą Przystępujący złożył oświadczenie Vescom sp. z o.o., sp. k. z siedzibą w Łodzi z dnia 21 sierpnia 2018 r., z którego wynika, iż ww. spółka zobowiązuje się do udostępnienia swoich zasobów do dyspozycji Przystępującego niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia na okres jego wykonania. Zobowiązanie dotyczy zasobów w postaci użyczenia referencji wystawionej przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Garwolinie z dnia 6 listopada 2017 r.

V. Zamawiający pismem z dnia 30 sierpnia 2018 r. działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego o wyjaśnienie treści jego oferty odnośnie:

„1. Jak będzie przebiegać realizacja zamówienia - jaka będzie rola podmiotu udostępniającego zasób - tzn. Vescom Sp. z o.o. Sp. k., na czym polegać będzie udostępnienie zasobu? Jakie czynności będzie wykonywać Vescom Sp. z o.o. Sp. k.?

2. Jaka jest wartość zrealizowanych dostaw w zakresie serwerów kasetowych (bez pozostałej infrastruktury wymienionej w treści referencji)? Zamawiający zwraca się o przedłożenie odpowiednich dowodów (dokumenty/oświadczenia).

3. Zamawiający zwraca się o uzupełnienie oświadczenia złożonego w imieniu podmiotu użyczającego zasób - Vescom Sp. z o.o. Sp. k., w zakresie realnego określenia udostępnianego Wykonawcy zasobu w celu realizacji zamówienia (nie referencje).

Uzasadnienie:

Zamawiający dąży do ustalenia, czy Wykonawca realizując zamówienie będzie realnie dysponował niezbędnymi zasobami na potrzeby realizacji zamówienia.

Zamawiający ocenia również, czy udostępniane wykonawcy przez podmiot Vescom Sp. z o.o. Sp. k. pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Złożone przez Wykonawcę wraz z ofertą dokumenty wymagają wyjaśnienia. W oświadczeniu Vescom Sp. z o.o. Sp. k. wskazany jest inny zasób, niż wymaga Zamawiający. Vescom Sp. z o.o. Sp. k. wskazuje wyłącznie na użyczenie referencji, podczas, gdy na etapie realizacji zamówienia niezbędne jest posiadanie doświadczenia i udostępnienie tego zasobu (doświadczenia) w taki sposób, aby podmiot niedoświadczony (Wykonawca) mógł realnie go wykorzystać.”

VI. Odpowiadając na powyższe wezwanie Przystępujący przy piśmie z dnia 4 września 2018r. przedłożył oświadczenie Vescom Sp. z o.o. Sp. k. z dnia 31 sierpnia 2018 r., z którego wynika, że: „spółka zobowiązuje się do udostępnienia swoich zasobów do dyspozycji Grey Dot Sp. z o.o. z siedzibą pod adresem: Al. Jerozolimskie 85 lok. 21, 02 - 001, Warszawa, NIP 5223023816, Regon 360911240, KRS 0000546129, niezbędnych do realizacji ww. zamówienia, w postaci niezbędnego doświadczenia i wiedzy, potwierdzonej referencjami wystawionymi przez naszego klienta: LUXMED Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-676), przy ul. Postępu 21C, NIP 527-252-30-80 z dnia 5 marca 2018 roku r. dotyczącej dostawy serwerów kasetowych - wartość kontraktu to 399149,76 PLN brutto.

Udostępnienie zasobów następuje na okres wykonania zamówienia. Zasoby będą udostępnione w postaci oddelegowania personelu posiadającego odpowiednie doświadczenie i wiedzę zdobytą w realizacji zamówienia referencyjnego na potrzeby wykorzystania ich przez Grey Dot w trakcie realizacji zamówienia. Grey Dot będzie miała prawo korzystania z zasobów w sposób dowolny, w tym poprzez konsultacje, współpracę zdalną i lokalną i konieczny kontakt w trakcie realizacji zamówienia — a wszystko na podstawie odpowiedniej umowy o współpracy o charakterze częściowego podwykonawstwa.

Okres naszego udziału przy wykonywaniu powyższego zamówienia to okres do końca jego prawidłowego wykonania, a zakres to udostępnienie zasobów w postaci doświadczenia (użyczenie referencji) i osób posiadających odpowiednie doświadczenie i wiedzę."

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Stosownie natomiast do treści art. 22 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu (pkt 1) oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania (pkt 2).

W myśl art. 22a ust. 1 i 2 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu przez Izbę wykluczenia z postępowania wykonawcy GreyDot, który w jego opinii nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia na potrzeby realizacji zamówienia, a ponadto nie wykazał rzeczywistego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, a jedynie dokonanie czynności „użyczenia referencji/doświadczenia” bez faktycznego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.

Izba przeanalizowawszy dokumentację niniejszego postępowania stwierdziła, że wbrew stanowisku Odwołującego, Przystępujący wykazał realność udostępnienia zasobów przez Vescom sp. z o.o. sp. k., tj. podmiot, na który powołał się celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z przedłożonego bowiem Zamawiającemu oświadczenia podmiotu trzeciego z dnia 31 sierpnia 2018 r., złożonego wraz z wyjaśnieniami Przystępującego wynika, iż spółka Vescom sp. z o.o., sp. k. udostępniła Odwołującemu swoje zasoby na okres wykonania zamówienia. Zasoby będą udostępnione w postaci oddelegowania personelu posiadającego odpowiednie doświadczenie i wiedzę zdobytą w realizacji zamówienia referencyjnego na potrzeby wykorzystania ich przez Przystępującego w trakcie realizacji zamówienia. Przystępujący będzie miał prawo do korzystania z zasobów w sposób dowolny, w tym poprzez konsultacje, współpracę zdalną i lokalną i konieczny kontakt w trakcie realizacji zamówienia - a wszystko na podstawie odpowiedniej umowy o współpracy o charakterze częściowego podwykonawstwa. Podmiot udostępniający oświadczył ponadto, że okres jego udziału przy wykonywaniu powyższego zamówienia to okres do końca jego prawidłowego wykonania, a zakres to udostępnienie zasobów w postaci doświadczenia (użyczenie referencji) i osób posiadających odpowiednie doświadczenie i wiedzę.

W ocenie składu orzekającego, Zamawiający prawidłowo uznał na podstawie złożonych przez Przystępującego dokumentów, iż Przystępujący wykazał realność udostępnienia zasobów. Tym samym Przystępujący wykazał posiadanie odpowiedniego doświadczenia dla realizacji zamówienia, uzyskanego dzięki udostępnieniu przez współpracującego z nim podmiotu zarówno personelu posiadającego doświadczenie i wiedzę, jak i zapewnieniu konsultacji i współpracy o charakterze podwykonawstwa.

Odnosząc się następnie do zarzutu naruszenia art. 22a ust. 4 ustawy Pzp wskazać należy, że zgodnie z treścią ww. przepisu w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Powyższy przepis w zakresie obowiązku realizacji części zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby do realizacji których te zdolności są wymagane ma więc zastosowanie tylko i wyłącznie do zamówień których przedmiotem są roboty budowlane bądź usługi, nie znajduje on natomiast zastosowania w postępowaniach obejmujących dostawy, czyli w niniejszym postępowaniu.

Z powyższego zdaniem Izby wynika, iż wbrew stanowisku Odwołującego podmiot udostępniający zasoby, tj. Vescom sp. z o.o., sp. k. nie musi realizować tej konkretnej części zamówienia. Wystarczające jest bowiem, iż Przystępujący wykazał Zamawiającemu, iż realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu.

W konsekwencji powyższych ustaleń skład orzekający uznał, iż Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego.

Odnosząc się kolejno do zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp podniesionych w piśmie procesowym Odwołującego, to Izba uznała, iż zarzut ten jest zarzutem

spóźnionym, w związku z czym nie podlegał on rozpoznaniu. Powyższy zarzut został sformułowany po otrzymaniu przez Odwołującego w dniu 16 października 2018 r. dalszej części dokumentacji postępowania w tym wezwania Zamawiającego skierowanego do Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 30 sierpnia 2018 r. Izba wskazuje, iż Odwołujący powyższy zarzut mógł stanowić podstawę do wniesienia odwołania od czynności Zamawiającego z dnia 16 października 2018 r.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 190 ust. 7 oraz 192 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972 ze zm.).

Przewodniczący: