

Sygn. akt: KIO 365/19

WYROK
z dnia 18 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Anna Wojciechowska

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2019 r. przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: **Betacom S.A., Clarite Polska S.A.** (ul. Polczyńska 31a 01-377 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Informatyki Resortu Finansów** (ul. Samorządowa 1, 26-601 Radom)

przy udziale wykonawcy: **Computex Sp. z o.o. Sp. k. ul. Mroźna 27, 03-654 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: **Betacom S.A., Clarite Polska S.A.** (ul. Polczyńska 31a, 01-377 Warszawa) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Centrum Informatyki Resortu Finansów** (ul. Samorządowa 1, 26-601 Radom) kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
- Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Radomiu**.

.....
.....
.....

Sygn. akt KIO 365/19

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Centrum Informatyki Resortu Finansów w Radomiu (Zamawiający), którego przedmiotem jest: „Usługa Wsparcia i Rozszerzonego Wsparcia Technicznego dla oprogramowania IBM oraz Usługa Certyfikowanych Warsztatów”, nr ref.: PN/42/18/GKYR (dalej: Postępowanie). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dz. Urz. UE z dnia 5.12.2018 r., nr 2018/S 234-535036. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Betacom S.A., Clarite Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący) zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 oraz art. 22a ust. 6 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wobec wezwania Computex Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie (dalej: Wykonawca) (czynności z dnia 19 lutego 2019 r.) do uzupełnienia zobowiązania innego podmiotu na zasobach którego Wykonawca polega wykazując spełnienie warunku dotyczącego doświadczenia (Decsoft S.A.), w sposób, który prowadzi do niedopuszczalnej zmiany treści tego zobowiązania oraz nieuprawnionego zaniechania przy dokonywaniu zaskarżonej czynności, wezwania Wykonawcy do osobistego wykazania spełniania warunku doświadczenia, tj. w sposób wskazany w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, pomimo że:

- 1) przedstawione przez Wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia, zasoby innego podmiotu (Decsoft S.A.) nie potwierdzają spełniania warunku doświadczenia, Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w sposób, który pozwala dokonać nieuprawnionej zmiany pierwotnej treści złożonego zobowiązania Decsoft S.A., co wykracza poza zakres dopuszczalnych zmian, które mogą być dokonywane w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz jest sprzeczne z wymaganiami wynikającymi z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - prowadzenia postępowania w sposób, który zapewnia równe traktowanie wykonawców, uczciwą konkurencję oraz przejrzystość postępowania,
- 2) zasoby innego podmiotu (Decsoft S.A.) nie potwierdzają spełniania warunku doświadczenia, Zamawiający dokonując zaskarżanej czynności nie wypełnił wynikającego z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp obowiązku wezwania Wykonawcy do

osobistego wykazania spełniania warunku doświadczenia,

3)nie wskazując właściwej podstawy prawnej wezwania do uzupełnienia dokumentów, formułując żądanie uzupełnienia dokumentów bez uwzględnienia art. 22a ust. 6 ustawy Pzp oraz zaniechując wskazania w treści wezwania pełnej informacji o wadach oferty, Zamawiający nie podał wszystkich informacji jakie są niezbędne Wykonawcy dla złożenia dokumentów odpowiadających wymogom jakie wynikają z art. 26 ust. 3, art. 22a ust. 6 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, czym naruszył zasady równego traktowania, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości postępowania.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uwzględnienie odwołania i: (1) nakazanie unieważnienia czynności wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, (2) nakazanie Zamawiającemu ponownego wezwania Wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku doświadczenia oraz (3) uwzględnienie w treści wezwania pełnej podstawy prawnej wezwania, tj. z uwzględnienie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, (4) wskazanie w treści uzasadnienia wezwania także innych - poza wskazaną już w pierwotnym wezwaniu - wad prawnych oferty, które uzasadniają obowiązek zastosowania przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy do osobistego wykazania spełniania warunku doświadczenia, (5) uwzględnienie w treści wezwania żądania osobistego wykazania przez Wykonawcę spełnienia warunku doświadczenia na podstawie art. 22a ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp posiada interes w uzyskaniu przedmiotu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku podjęcia przez Zamawiającego czynności sprzecznej z ustawą Pzp. Wezwanie bowiem, pozwala Wykonawcy na dokonanie w sposób nieuprawniony zmiany treści złożonego wraz z ofertą zobowiązania innego podmiotu (Decsoft S.A.) do udostępniania zasobów. Gdyby Zamawiający postępował w sposób zgodny z normami ustawy Pzp w sytuacji braku wykazania spełnienia warunków udziału przez inny podmiot udostępniający swe zasoby, Wykonawca zobowiązany powinien zostać do osobistego wykazania wymaganego doświadczenia, a w sytuacji braku takiego doświadczenia, do wykluczenia Wykonawcy z postępowania. W takim przypadku, oferta Odwołującego pozostawałaby jedyną złożoną w postępowaniu ofertą odpowiadającą wymaganiom ustawy Pzp oraz SIWZ, a zatem powinna zostać uznana także za ofertę najkorzystniejszą. Podjęcie przez Zamawiającego czynności niezgodnie z normami ustawy Pzp pozwala na niedopuszczalną zmianę treści oferty złożonej przez Wykonawcę, a zatem w oczywisty sposób narusza jego interes w uzyskaniu zamówienia.

W uzasadnieniu podniesionych w odwołaniu zarzutów wskazał co następuje:

1.Przedmiot zamówienia stanowi „Usługa Wsparcia i Rozszerzonego Wsparcia Technicznego dla oprogramowania IBM oraz Usługa Certyfikowanych Warsztatów”. Z nazwy nadanej postępowaniu można wywieść, iż na przedmiot zamówienia składają się (1) Usługa Wsparcia Technicznego (UWT), (2) Usługa Rozszerzonego Wsparcia Technicznego (URWT) oraz (3) Usługa Certyfikowanych Warsztatów (UCW). Powyższe potwierdza Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) ujęty w Rozdziale I pkt 1 i 2 SIWZ oraz §1 ust. 1 Umowy, które wyodrębniają trzy części przedmiotu zamówienia:

1)świadczenie Usługi Wsparcia Technicznego, (wartość 50 422 245,27 zł brutto)

2)świadczenie Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego wymiarze 4.000 Roboczogodzin, (wartość 984 000 zł brutto);

3)świadczenie Usługi Certyfikowanych Warsztatów wymiarze 400 Roboczodni (wartość 1.968 000 zł brutto).

2.Zamawiający w Rozdziale XVII pkt 2 ppkt 4) SIWZ wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazania doświadczenia w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jednej usługi „wsparcia technicznego dla oprogramowania IBM o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł brutto

3.Treść oferty Wykonawcy.

Wykonawca składając ofertę złożył oświadczenie o następującej treści: oświadczam, iż przy realizacji zamówienia będziemy korzystali z podwykonawców w następującym zakresie: realizacja zamówienia w zakresie Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego.

Wykonawca wykazując spełnienie warunku powołał się na zdolności innego podmiotu, tj. Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie. Udostępnione Wykonawcy zasoby ograniczają się jedynie do Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego a więc nie korelują z postawionym warunkiem doświadczenia. Jak czytamy w oświadczeniu Decsoft S.A.: „Zasoby Decsoft S.A. będą wykorzystywane przy realizacji zamówienia w następującym zakresie - realizacja zamówienia w zakresie Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego.” Tym samym, zakres udziału Decsoft S.A. w wykonywaniu zamówienia ograniczony jedynie do Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego nie dotyczy usługi, dla której wymagane jest doświadczenie. Powoływanie się na doświadczenie tego podmiotu należy uznać za pozorne i nieskuteczne, albowiem podmiot ten nie ma zamiaru uczestniczyć w realizacji usług dla których wymagane jest doświadczenie.

Zakres i sposób udostępnienia zasobów wskazuje, iż Decsoft S.A. ograniczy się jedynie do przekazania Wykonawcy „wiedzy, doradztwie oraz konsultacjach”. Treść zobowiązania wskazuje na wolę Decsoft S.A. „współpracy przy realizacji zamówienia” nie zaś - jak wymaga tego art. 22a ust. 4 uPzp - samej „realizacji usługi”. W tym kontekście deklaracja, iż

„podmioty, będzie łączył stosunek podwykonawczy”, który słusznie został uznany za odpowiedni, pozostaje niespójna ze sposobem wykorzystania udostępnianych zasobów, polegającym na przekazaniu wiedzy, doradztwie i konsultacjach.

4. Zamawiający w dniu 29.1.2019 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę, od której Odwołujący złożył w dniu 8.02.2019 r. odwołanie do KIO. W dniu 19.02.2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej i ponownym badaniu i ocenie oferty w związku z zaniechaniem „wezwania Wykonawcy Computex Sp. z o.o. Sp.k. do złożenia uzupełnień w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a w odpowiedzi na wniesione odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania albowiem w związku z unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej brak jest przedmiotu zaskarżenia zakreślonego w odwołaniu. Zamawiający podkreślał, iż uprawniony jest do dokonywania wszelkich czynności przewidzianych przez ustawę Pzp mających na celu weryfikację złożonych ofert.

5. Izba w wyroku z dnia 26.02.2019 r., Sygn. KIO 226/19 w związku z brakiem przedmiotu zaskarżenia oddaliła wniesione odwołanie. Zamawiający po uchyleniu decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej dokonał czynności wezwania Wykonawcy do „uzupełnienia dokumentów” uznając, iż przedstawione przez Wykonawcę Computex Sp. z o.o. Sp.k. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu doświadczenie podwykonawcy Decsoft S.A. nie może być wykorzystane przy realizacji Usługi Wsparcia, ponieważ zgodnie z treścią Zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów zasoby Decsoft S.A. będą udostępnione Wykonawcy Computex Sp. z o.o. Sp.k. wyłącznie przy realizacji zamówienia w zakresie Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego”.

6. Zamawiający uznał w treści wezwania także, iż Wykonawca „nie wykazał spełnienia warunku w pełnym wymaganym zakresie wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ, a więc zarówno w odniesieniu do Usługi Wsparcia, jak i Rozszerzonego Wsparcia Technicznego dla oprogramowania IBM”. Odwołujący stwierdził, że bezsporne jest zatem, że: (a) warunek doświadczenia odnosi się także do Usługi Wsparcia Technicznego; (b) Wykonawca polegając na zasobach Decsoft S.A., który ograniczył swój udział w realizacji zamówienia jedynie do Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego, nie wykazał spełnienia warunku doświadczenia; (c) Zamawiający dochodząc do konkluzji wyrażonych w wezwaniu z dnia 19.02.2019 r., które doprowadziły do uchylenia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, przyznał tym samym, iż Wykonawca naruszył art. 22a ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp.

7. Treść pisma z dnia 19.2.2019 r. wzywającego do „uzupełnienia dokumentów” (dalej także: „wezwanie”) wskazuje, że: po pierwsze, zdaniem Zamawiającego wada dotyczy wyłącznie zobowiązania Decsoft S.A., z uwagi na to, iż zasoby tego podmiotu będą udostępnione Wykonawcy wyłącznie w zakresie Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego; po wtóre, wezwanie Wykonawcy do „uzupełnienia dokumentów” oraz przywołanie jedynie normy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wskazują, że Zamawiający oczekuje złożenia nowego zobowiązania Decsoft S.A. z którego treści wynikać będzie, że - wbrew pierwotnemu oświadczeniu Decsoft S.A. oraz sprzecznie z treścią oferty Wykonawcy - udostępni on zasoby także w zakresie Usługi Wsparcia Technicznego, jak stanowi warunek doświadczenia. Zamawiający oczekuje zatem od Wykonawcy zmiany treści zobowiązania Decsoft S.A., która pozwoli Wykonawcy wykazać spełnienie warunku doświadczenia, którego - jak sam przyznał Zamawiający - Wykonawca nie spełnia. W skutkach, wezwanie Zamawiającego dopuszcza złożenie nowego oświadczenia istotnie zmieniającego treść złożonej oferty. Sposób wezwania do „uzupełnienia” dokumentów jest niezgodny z art. 26 ust. 3, 22a ust. 6 oraz 7 ust. 1 ustawy Pzp, oraz art. 56 ust. 3, 59 ust. 4 oraz 63 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE, orzecnictwem TSUE, orzecnictwem KIO, które zakazują wprowadzania zmian w treści oferty o tak istotnym charakterze oraz pozwalają na dopuszczenie wykonawcy do dalszego udziału w postępowaniu, pod warunkiem, iż wykaże, że sam spełnia warunki udziału w postępowaniu.

10. Zamawiający formułując treść wezwania nie uwzględnił następujących okoliczności faktycznych jak i prawnych, które skutkują wadliwością skierowanego do Wykonawcy wezwania:

1) Wykonawca jak i podmiot trzeci w sposób w pełni świadomy i celowy ograniczyli zakres zasobów Decsoft S.A., które będą wykorzystane wyłącznie do realizacji Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego. Oświadczenia Wykonawcy jak i zobowiązanie Decsoft, treść JEDZ pozostają ze sobą spójne i nie pozostawiają wątpliwości co do woli obu stron zaangażowania Decsoft S.A. wyłącznie do udziału w realizacji Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego.

Wątpliwości co do powyższego nie ma także sam Zamawiający. Wezwanie nie jest następstwem dokonanej przez Zamawiającego oceny, iż złożone oświadczenie ma charakter niekompletny lub zawiera błędy, które można poprawić lub uzupełnić bez dokonywania istotnych zmian treści zobowiązania. Wezwanie jest następstwem stwierdzenia przez Zamawiającego oczywistego w świetle art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, faktu, iż Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, albowiem nie zostały mu udostępnione zasoby innego podmiotu w zakresie niezbędnym dla wykonania części zamówienia dla których to doświadczenie było wymagane. Jego zdaniem, brak woli zatrudnienia Decsoft S.A. do realizacji zamówienia w zakresie Usługi Wsparcia Technicznego został potwierdzony przez Wykonawcę - uczestnika postępowania odwoławczego - w piśmie złożonym na rozprawie w KIO w dniu 21.02.2019 r. Dowód: Kopia pisma procesowego przystępującego (Computex) z dnia 21.2.2019 r. Odwołujący stwierdził, że nie można zgodzić się, iż w przedmiotowej sprawie dopuszczalne jest dokonanie zmiany treści zobowiązania Decsoft S.A.. W skutkach zmiana tak

oznacza zmianę oświadczenia woli podmiotu trzeciego jak i zmierza do zmiany oferty Wykonawcy o zakresie usług powierzanych podwykonawcom. Jak wskazuje wyrok Izby w sprawie Sygn. KIO 1618/17 z dnia 22.8.2017 r. zmiana zakresu powierzanego podwykonawstwa stanowi niedozwoloną zmianę treści oferty i jest niedopuszczalna, gdy oświadczenia w tym zakresie były jednoznaczne i spójne: aby móc skutecznie przyjąć, że wykonawca dokonał zmiany treści oferty, a w sprawie doszło do niedozwolonych negocjacji, konieczne byłoby wykazanie, iż zmiany te dotyczyły treści zobowiązania wykonawcy stanowiącego treść oferty. (...) Taka zmiana prowadzić musi zatem do modyfikacji oświadczenia złożonego pierwotnie w ofercie co do udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu części zamówienia w części do której realizacji potrzebne są zdolności podmiotu trzeciego. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest przepisem ogólnym regulującym zasady poprawiania treści dokumentów, zaś sposób i zakres jego stosowania nie ma charakteru dowolnego. Stosowanie tego przepisu jest możliwe tylko i wyłącznie w zakresie określonym jego hipotezą. Ponadto, stosując ww. przepis, Zamawiający zobowiązany jest uwzględnić wymogi wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. nakaz prowadzenia postępowania w sposób zapewniający realizację zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości postępowania. Sposób wezwania Wykonawcy do „uzupełnienia dokumentów” na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do zmiany treści złożonej oferty o charakterze istotnym po upływie terminu jej złożenia, albowiem wykracza to poza zakres możliwego stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz prowadziłoby to wprost do preferencyjnego traktowania wzywanego wykonawcy i naruszenia wymienionych wcześniej podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Na słuszność interpretacji wskazuje orzecznictwo TSUE oraz KIO. Żądanie poprawienia lub uzupełnienia szczegółów oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (zob. wyroki: z dnia 11.5.2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama, pkt 31; z dnia 29.3.2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 40; z dnia 10.10.2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36). Podobnie KIO w wyroku KIO 2715/17 z dnia 12.1.2018 r.: kolejne nowe oświadczenie (zobowiązanie podmiotu trzeciego - przyw. Odwołującego) prowadzi w istocie do zmiany treści oferty; w której deklarowano samodzielne wykonanie usługi bez udziału podwykonawców. Na brak dopuszczalności zmiany treści zobowiązania w okolicznościach jakie mają miejsce w odniesieniu do oferty Wykonawcy wskazują także normy Dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie art. 56 ust. 3 Dyrektywy, który wskazuje zasady ogólne dotyczące poprawiania ofert, jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub 2dv brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą — chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej - zażądać, aby dani wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem że takie żądania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości. Celem tej regulacji jak i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest dopuszczenie możliwości dokonywania poprawek (ewentualnie uzupełnień) w stosunku do dokumentów składanych w toku prowadzonego postępowania.³ Już z samej treści przepisów można wywieść wniosek, iż „uzupełnienie” dokumentów nie może prowadzić do sytuacji równoznacznej ze złożeniem nowego dokumentu o odmiennej treści, która ma zasadnicze znaczenie dla uznania wykonawcy za spełniającego warunki udziału w postępowaniu. Powyższa konkluzja wynika z wykładni językowej treści art. 56 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE jak i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz zasad wykładni systemowej, które biorą pod uwagę także zasady równego traktowania i przejrzystości. Dokumenty dotyczące podmiotów trzecich, których treść jednoznacznie wskazuje, iż Wykonawca nie posiada do dyspozycji zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia nie mogą być uzupełniane, albowiem są to istotne elementy oferty od których zależy weryfikacja zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Jak czytamy w orzeczeniu TSUE: Jak bowiem wskazał w istocie rzecznik generalny w pkt 30 opinii takie uzupełnienie dokumentów ma bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż warunkuje samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, oraz na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia w rozumieniu art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18. W tych okolicznościach, gdyby instytucja zamawiająca dopuściła, by dany wykonawca złożył omawiane dokumenty w celu uzupełnienia swej pierwotnej oferty, w sposób nieuzasadniony potraktowałaby tego wykonawcę korzystniej w stosunku do innych kandydatów i tym samym naruszyłaby zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, a także wynikający z nich obowiązek przejrzystości, którym podlegają zgodnie z art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające (wyrok TSUE z dnia 4.5.2017 r. sprawa C-387/14 Esaprojekt, pkt 43,44). Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie przewidział w SIWZ możliwości korygowania takich wad, jakie istnieją w odniesieniu do zobowiązania Decsoft S.A. Zamawiający tym samym nie może żądać zastąpienia złożonego już oświadczenia nowym i odstąpić od wymogów, które sam przyjął w dokumentacji postępowania oraz zasad przyjętych w ustawie Pzp. Ponadto art. 51 dyrektywy 2004/18, który stanowi, że instytucja zamawiająca może wezwać wykonawcę do uzupełniania lub wyjaśnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45-50 tej dyrektywy, nie może być interpretowany w ten sposób, że zezwala on na dopuszczenie jakiegokolwiek uzupełnienia braków, które zgodnie z wyraźnymi postanowieniami dokumentacji przetargowej powinny powodować wykluczenie oferenta (wyrok z

dnia 10.11.2016 r. w sprawie C-199/15 Cielat, pkt 30; podobnie wyrok z dnia 6.11.2014 r., Cartiera delTAdda, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 46). Jak wskazuje także orzecznictwo TSUE, żądanie wyjaśnień nie może także rekompensować braku dokumentu lub informacji, których przekazanie było wymagane w dokumentacji przetargowej, gdyż instytucja zamawiająca musi ściśle przestrzegać ustanowionych przez samą siebie kryteriów (zob. wyroki: z dnia 11.5.2017 r. w sprawie C- 131/16 Archus et Gama, pkt 33; z dnia 10.10.2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 40). Ponadto, wnioski wynikające z analizy przepisów regulujących zasady ogólne „poprawiania” ofert, potwierdza także przepis szczególny odnoszący się wyłącznie do dokumentów podmiotowych. Zgodnie z art. 59 ust. 4 Dyrektywy, instytucja zamawiająca może zwrócić się do wykonawców jedynie o „uzupełnienie” lub „wyjaśnienie” zaświadczeń otrzymanych zgodnie z art. 60 i 62. Zasady wynikające z art. 59 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE dotyczące „uzupełniania i wyjaśniania” mają zatem zastosowanie do:

a) informacji o zakresie podwykonawstwa albowiem przepis art. 60 ust. 1 wskazujący zakres zaświadczeń otrzymywanych od wykonawców odsyła do środków dowodowych w załączniku XII do Dyrektywy. Takim zaświadczeniem zgodnie z lit. j) części II Załącznika XII do Dyrektywy jest wskazanie części zamówienia, której realizację wykonawca zamierza ewentualnie zlecić podwykonawcom. W Polsce żądanie takiego zaświadczenia jest obligatoryjnie wymagane na podstawie art. 36b ust. 1 ustawy Pzp i z tego względu nie ma tego dokumentu wymienionego w katalogu dokumentów wskazanych w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26.7.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów.... (Dz.U. poz. 1126 ze zm.). Niezależnie od nieco odmiennych zasad przyjętych przez ustawodawcę krajowego, informacje o zakresie podwykonawstwa powierzanego innym podmiotom na potencjał których wykonawca się powołuje przy wykazywaniu spełnienia warunku doświadczenia, podlegają jedynie „uzupełnieniu” lub „wyjaśnieniu”.

b) złożonych środków dowodów potwierdzających dysponowanie niezbędnymi zasobami albowiem art. 60 ust. 1 mówi także o środkach dowodowych podmiotów trzecich: W odniesieniu do art. 63 wykonawcy mogą wykorzystać wszelkie odpowiednie środki dowodowe, aby udowodnić instytucji zamawiającej, że będą mieli do swojej dyspozycji niezbędne zasoby.

Tym samym, deklaracja co do części zamówienia jaką Wykonawca zamierza zlecić podwykonawcom jak i dowody (zobowiązania) innych podmiotów, jako informacje mające wpływ na ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu (istotne znaczenie), nie mogą ulec zmianie a ewentualnie wyjaśnieniu lub uzupełnieniu. Przyjęcie innej interpretacji, stanowiłaby „istotną zmianę treści oferty”, albowiem informacja o zakresie podwykonawstwa oraz dowodach wskazujących na dysponowanie odpowiednim potencjałem, stanowią informację wymaganą przez ustawę Pzp oraz SIWZ. Od tych informacji zależy m.in. ocena spełnienia wymogu wynikającego z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, a tym samym ocena spełnienia warunku doświadczenia oraz zdolności Wykonawcy do należytego wykonania umowy, oraz w konsekwencji także decyzja o udzieleniu zamówienia. Powyższe, przesądza o braku możliwości zmiany tych informacji w drodze „uzupełnienia” czy też „wyjaśnienia”. Pojęcie „wyjaśniania” i „uzupełniania” było przedmiotem szeregu orzeczeń TSUE i generalnie chodzi o „niewielkie wyjaśnienia” i „sprostowania oczywistych omyłek” (Archus et Gama, pkt 29 ale także Esaprojekt i A.). Z orzecznictwa Trybunału wynika, że zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani z inicjatywy oferenta. Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (pkt 35 wyroku TSUE z dnia 14.9.2017 r. w sprawie C-223/16 Casertana Costruzioni oraz podobnie: wyrok z dnia 7.4.2016 r., Partner A.D., pkt 62; wyrok z dnia 4.5.2017 r., Esaprojekt, C-387/14, pkt 37; wyrok z dnia 10.10.2013 r. w sprawie C-336/12 Manova, pkt 31; wyrok z dnia 29.3.2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko, pkt 36, 37). Trybunał uznał za niedopuszczalne takie sytuacje jak zmiana składu grupy wykonawców, o ile w świetle szczególnych okoliczności odnośnego postępowania dotyczy ona jednego z istotnych elementów wpływających na decyzję o udzieleniu zamówienia, (pkt 37 TSUE Casertana) Ponadto, zmiana podwykonawcy, nawet jeżeli przewidziano możliwość takiej zmiany w treści umowy, może, w wyjątkowych wypadkach, stanowić tego rodzaju zmianę jednego z istotnych elementów umowy koncesyjnej, w sytuacji gdy skorzystanie z usług określonego podwykonawcy, a nie innego, stanowiło, zważywszy na cechy charakterystyczne świadczenia będącego przedmiotem umowy, czynnik rozstrzygający o zawarciu umowy, czego zbadanie jest w każdym wypadku zadaniem sądu krajowego (pkt 38).

2) Wskazywany w wezwaniu sposób uzupełnienia zobowiązania prowadzi wprost do powstania sprzeczności „nowego” zobowiązania Decsoft S.A. z treścią oferty Wykonawcy oraz nie przyczynia się do powstania sytuacji, w której Wykonawca mógłby zostać uznany przez Zamawiającego za Wykonawcę, spełniającego warunek doświadczenia. Wykonawca składając ofertę złożył oświadczenie o następującej treści: oświadczam, iż przy realizacji zamówienia będziemy korzystali z podwykonawców w następującym zakresie: realizacja zamówienia w zakresie Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego. Treść oświadczenia będącego integralną częścią oferty oznacza, iż Wykonawca nie będzie korzystał z podwykonawcy do realizacji części zamówienia w odniesieniu do której Zamawiający

określił warunek doświadczenia tj. w zakresie Usługi Wsparcia Technicznego. Nawet zatem w sytuacji złożenia nowego zobowiązania przez Decsoft S.A., powyższe nie usuwa niezgodności treści oferty z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, która wymaga powierzenia realizacji części zamówienia (usług wsparcia technicznego) podmiotowi, na doświadczenie którego powołuje się wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca nie może zatem polegać na zasobach innych podmiotów jeśli nie zrealizują one zamówienia (usługi). Wobec tego, iż Wykonawca nie powierzy Decsoft S.A. realizacji usług wsparcia technicznego i oświadczenie to pozostaje niezmiennie, ewentualne złożenie nowego zobowiązania przez ten podmiot, pozostaje bez znaczenia dla oceny spełniania warunku doświadczenia przez Wykonawcę. Jedyną formułą umożliwiającą dalszy udział Wykonawcy w postępowaniu pozostaje osobiste wykazanie spełnienia warunku doświadczenia przez Wykonawcę na podstawie art. 22a ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że art. 22a ust. 4 ustawy Pzp nie wskazuje na podwykonawstwo jako wyłącznego stosunku na podstawie którego inny podmiot realizować może część zamówienia, ale w odniesieniu do warunku doświadczenia postawionego przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, jedynie umowa podwykonawstwa gwarantuje faktyczne i realne dysponowanie zdolnościami niezbędnymi dla realizacji usług wsparcia technicznego. Po pierwsze, faktyczne wykonywanie usług przez podmiot posiadający doświadczenie jest niezbędne w zakresie usług wsparcia technicznego, w szczególności tych, których realizację zapewnia wyłącznie Wykonawca, albowiem do ich świadczenia wymagane są specjalistyczne umiejętności, znajomość problematyki oraz zdolność podmiotu do natychmiastowego reagowania. Zakres obowiązków spoczywających na Wykonawcy w zakresie Usług Wsparcia Technicznego określony został w § 3 Umowy oraz załącznikach do Umowy podręczniku „IBM Software Support Handbook” oraz w Międzynarodowej Umowie Passport Advantage, które na podstawie § 3 ust. 12 i 13 stanowią jej integralną część. Po wtóre, sam Decsoft S.A. jak i Wykonawca uznają w treści oferty i zobowiązania, iż zaangażowanie Decsoft S.A. na podstawie umowy podwykonawstwa jest konieczne dla zapewnienia realizacji Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego przez podmiot posiadający wymagane doświadczenie. Po trzecie, ustawowy obowiązek realizacji usług dla których niezbędne jest doświadczenie odpowiada definicji legalnej umowy podwykonawstwa ujętej w art. 2 pkt 9b ustawy Pzp jak i definicji podwykonawstwa ujętej w Umowie stanowiącej opis przedmiotu zamówienia (Zgodnie z § 1 ust. 3 pkt 9 Umowy: „Podwykonawca” - każdy podmiot, któremu Wykonawca zleca wykonania jakichkolwiek części Przedmiotu Umowy). Po czwarte, przepis art. 22a ust. 4 ustawy Pzp nie przywołuje wprost umowy podwykonawstwa jako jedynej właściwej dla stosunku wykonawca-inny podmiot, przede wszystkim z tego względu, że obejmuje on swą hipotezą także sytuację polegania na zdolnościach zawodowych osób, które mogą pozostawać w bezpośredniej dyspozycji wykonawcy na podstawie łączącej wykonawcę z daną osobą umowy np. umowy o dzieło czy zlecenia.

3) Zamawiający pominął w treści wezwania inne wady złożonej oferty, które dodatkowo powodują, iż dokonanie zmian - jako mający charakter istotny - jest niedopuszczalne. Zakres i sposób udostępnienia zasobów wskazuje, iż Decsoft S.A. nie będzie wykonywał usług lecz jego udział ograniczy się jedynie do przekazania Wykonawcy wiedzy, doradztwie oraz konsultacjach. Treść zobowiązania wskazuje na wolę Decsoft S.A. „współpracy przy realizacji zamówienia” nie zaś - jak wymaga tego art. 22a ust. 4 uPzp - samej „realizacji usługi”. Zdaniem Odwołującego (...) W sytuacji istnienia takich wad oferty jak w przypadku oferty Wykonawcy, jedynym dopuszczalnym sposobem jej „poprawienia” pozostającym także w zgodności z normami unijnymi, pozostaje wezwanie wykonawcy do „uzupełnienia dokumentów” lecz wezwanie do „do złożenia” odpowiednich dowodów potwierdzających, iż wykonawca samodzielnie spełnia warunek doświadczenia, a więc wykorzystanie sposobu wskazanego w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu, o którym mowa w ust. 1 nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1. Stosowanie wezwania z uwzględnieniem sposobu określonego w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp ma charakter bezwzględny, w sytuacji, gdy wykonawca odwołując się do potencjału innego podmiotu nie wykazuje, iż dysponuje niezbędnymi zasobami innego podmiotu w stopniu gwarantującym należyte wykonanie zamówienia. Powyższe twierdzenie potwierdza stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych: „Przepis określa działania zamawiającego względem wykonawcy, w sytuacji gdy zgłoszony przez wykonawcę podmiot trzeci, na zasoby którego wykonawca się powołuje, nie potwierdzi dysponowania niezbędnym zasobem lub nie potwierdzi braku podstaw do wykluczenia. Działania owe polegają na obligatoryjnym zażądaniu od wykonawcy, aby w sytuacji, gdy zgłoszony przez niego podmiot trzeci nie wykazał posiadania zasobu lub braku podstaw do wykluczenia - samodzielnie wykazał ten zasób lub zastąpił ten podmiot trzeci innym podmiotem trzecim. Dalej w opinii UZP czytamy: Przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp dotyczy zatem okoliczności, gdy zgłoszony przez wykonawcę na etapie składania ofert (wniosków) podmiot trzeci nie będzie potwierdzał, że dysponuje wymaganym przez zamawiającego zasobem lub, gdy w odniesieniu do podmiotu trzeciego nie zostanie potwierdzony brak podstaw do wykluczenia. W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych w treści takiego wezwania zamawiający — uwzględniając

dotychczasowe orzecznictwo wskazujące na jednoznaczność treści wezwania do uzupełnienia dokumentów - winien powołać się na dyspozycję art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, jeśli wezwanie dotyczy zgłoszonego podmiotu trzeciego lub potencjału, który ten podmiot udostępnia. O tym, że w sytuacji pozornego wykazywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu konieczne jest wezwanie do wykazania spełnienia warunku w oparciu o art. 22a ust. 6 wskazuje także wyrok KIO 29/2018 z dnia 16.1.2018 r., s.18: Na zamawiającym ciąży zatem obowiązek sprawdzenia czy przedstawione przez wykonawcę zasoby podmiotu trzeciego (lub kilku z tych podmiotów) łącznie z zasobami własnymi są wystarczające do spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli wynik oceny jest negatywny, na zamawiającym ciąży obowiązek wezwania wykonawcy do usunięcia takiego stanu. Ze względu na obligatoryjny charakter czynności zamawiającego żądanie takie powinno poprzedzać ewentualne wykluczenie z udziału w postępowaniu. Wykonawca może w takim przypadku w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wedle własnego wyboru: wskazać inny podmiot lub inne podmioty, które udostępniają niezbędny potencjał; wykazać spełnienie przez siebie warunków udziału w postępowaniu - bez udziału zasobów podmiotów trzecich.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 14/03/2019) wniósł o odrzucenie odwołania wskazując na przepis art. 189 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, oraz alternatywnie w odniesieniu do zarzutów w nim podniesionych o ich oddalenie z uwagi na ich bezzasadność.

Co do podstaw odrzucenia odwołania wskazał na odwołanie wniesione w dniu 8 lutego br. rozstrzygniętego wyrokiem z dnia 26 lutego br. sygn. akt: KIO 226/19. Z kolei co do podstaw oddalenia zarzutów wskazał m.in. na następujące okoliczności:

W treści wezwania z dnia 19.02.2019 r. zamawiający jednoznacznie wskazał, jakiego rodzaju wadą dotknięte są złożone przez Computex dokumenty, intencja zamawiającego została jednoznacznie wyrażona w wezwaniu. Dokonana przez zamawiającego czynność jest więc zgodna z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z czym w oparciu o art. 180 ust. 1 ustawy PZP odwołanie podlega oddaleniu. Zamawiający wskazał również, że art. 22a ust. 6 ustawy Pzp w ogóle nie znajduje zastosowania w tym stanie faktycznym postępowania. Przepis ten dotyczy możliwości zmiany podmiotu trzeciego w trakcie trwania postępowania, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzą spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania. Na gruncie niniejszej sprawy przepis ten znalazłby zastosowanie, gdyby podmiot trzeci Decsoft S.A. (a) - nie dysponował wymaganym doświadczeniem lub (b) - zachodziłyby przesłanki do wykluczenia Decsoft S.A. z postępowania. Innymi słowy — wada musiałaby dotyczyć albo podmiotu trzeciego, albo potencjału podmiotu trzeciego, który ma być udostępniony wykonawcy. Żaden z tych przypadków nie występuje w niniejszym postępowaniu - zamawiający nie stwierdził podstaw do wykluczenia Decsoft, nie stwierdził również, aby zasoby (w rozumieniu przedmiotowym), które Decsoft udostępnia, były niewystarczające do spełnienia warunku doświadczenia - Decsoft wykazał, iż posiada doświadczenie w świadczeniu co najmniej Jednej usługi wsparcia technicznego dla oprogramowania IBM o wartości co najmniej 5.000.000,- zł. Podniósł także, że przedmiotem zaskarżenia jest czynność zamawiającego wezwanie z dnia 19.02.2019 r. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, natomiast znaczna część uzasadnienia odwołania wykracza poza ramy zaskarżonej czynności - obejmuje w zasadzie hipotetyczną ocenę przyszłego dowodu złożonego przez Computex na potwierdzenie spełnienia warunku. Jego zdaniem, słusznie wskazuje Computex w przystąpieniu do niniejszego postępowania, że podstawą odwołania nie jest ocena sposobu w jaki wykonawca dokonał uzupełnienia dokumentów. Ocena odpowiedzi udzielonej przez Computex w związku z wezwaniem będzie dokonywana na kolejnym etapie postępowania -wykracza więc poza zaskarżoną czynność.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił (pismo z dnia 6/03/2019) wykonawca Computex Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie (Przystępujący lub wykonawca Computex) wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując na niezasadność podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp.

Stosownie do tego przepisu: „2. Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że (...)

4)odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.”.

Odwołanie w tym postępowaniu z dnia 1 marca 2019 r. zostało wniesione [tak jak wskazał Odwołujący w pkt I (str 2)] cyt.: (...) od czynności Zamawiającego z dnia 19 lutego 2019 r. wezwania Computex Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie (...) do uzupełnienia zobowiązania innego podmiotu na zasobach którego Wykonawca polega wykazując spełnienie warunku dotyczącego doświadczenia (Decsoft S.A.), w sposób, który prowadzi do niedopuszczalnej zmiany

treści tego zobowiązania oraz nieuprawnionego zaniechania przy dokonywaniu zaskarżonej czynności, wezwania Wykonawcy do osobistego wykazania spełniania warunku doświadczenia, tj. w sposób wskazany w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp."

Zatem odwołanie wniesione w dniu 8 lutego 2019 r. (sygn. akt: KIO 226/19) nie mogło dotyczyć czynności podjętej w dniu 19 lutego 2019 r. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego także wyrok z dnia 26 lutego 2019 r. w sprawie odwołania z dnia 8 lutego 2019 r. (sygn. akt: KIO 226/19) nie mógł dotyczyć czynności nie objętej odwołaniem. Izba zwraca także uwagę, że w tej sprawie skład orzekający uwzględniając zarzuty i żądania odwołania oraz fakt unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy Computex Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie, którego to oferty dotyczyły zarzuty, oddalił odwołanie bez merytorycznego rozpoznawania zarzutów w związku z brakiem przedmiotu zaskarżenia. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że w odwołaniu powyższym wniesionym na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Computex Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie podniesiono także zarzut zaniechania wykluczenia tego wykonawcy oraz zaniechania odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 22a ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz pkt 16 w związku z art. 22a ust. 1, 2, 4 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 2 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), a także naruszenie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący w tym odwołaniu, w związku ze wskazanymi zarzutami, wniósł przede wszystkim o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Computex Sp. z o.o. Sp. K. oraz odrzucenie oferty tego wykonawcy, a także nakazanie jego wykluczenia z postępowania lub nakazanie ponownego zbadania i oceny zdolności podmiotowej wykonawcy Computex Sp. z o.o. Sp. K. i wezwanie do złożenia stosownych wyjaśnień przez tego wykonawcę oraz podmiot na rzecz którego referencyjne zamówienie jest wykonywane, a w przypadku gdyby złożone wyjaśnienia potwierdziły brak doświadczenia innego podmiotu, nakazanie Zamawiającemu wezwania w trybie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp wykonawcy do zastąpienia podmiotu na zdolnościach, którego wykonawca polega wykazując spełnienie warunku doświadczenia, innym podmiotem lub złożenia zobowiązania do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia.

W tych okolicznościach Izba nie zgodziła się z twierdzeniami Zamawiającego, że w okolicznościach faktycznych mamy stan zbliżony do powagi rzeczy osądzonej, albowiem w przypadku odwołania wniesionego w dniu 1 marca 2019 r. (sygn. akt: KIO 365/19) Odwołujący nie powołuje się na te same okoliczności faktyczne, jak w odwołaniu z 8 lutego 2019 r. i, które de facto nie były przedmiotem rozstrzygnięcia w wyroku z dnia 26.02.2019 r. (sygn. akt: KIO 226/19).

Podnoszone w odwołaniu zarzuty Izba uznała za niezasadne, albowiem w ocenie Izby zaskarżona czynność wezwania Computex Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie (Computex) do uzupełnienia dokumentów (...) nie została podjęta z naruszeniem wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, a mianowicie art. 26 ust. 3 oraz art. 22a ust. 6 i art. 7 ust. 1 tej ustawy.

W wezwaniu z dnia 19 lutego 2019 r. Zamawiający wskazując na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podał, że wzywa wykonawcę Computex do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej do realizacji Usługi Wsparcia dla oprogramowania IBM. W uzasadnieniu tego wezwania podał, co następuje: „Zamawiający wymagał od Wykonawców wykazania posiadania doświadczenia w świadczeniu co najmniej jednej usługi wsparcia technicznego dla oprogramowania DM o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł brutto (...). Doświadczenie to wymagane jest zarówno przy realizacji Usługi Wsparcia, jak i Rozszerzonego Wsparcia Technicznego dla oprogramowania IBM.

Wykonawca Computex Sp. z o.o. Sp. k. nie wykazał spełnienia warunku w pełnym wymaganym zakresie wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ, a więc zarówno w odniesieniu do Usługi Wsparcia, jak i Rozszerzonego Wsparcia Technicznego dla oprogramowania IBM.

Przedstawione przez Wykonawcę Computex Sp. z o.o. Sp. k. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu doświadczenie podwykonawcy Decsoft S.A. nie może być wykorzystane przy realizacji Usługi Wsparcia, ponieważ zgodnie z treścią Zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów zasoby Decsoft S.A. będą udostępnione Wykonawcy Computex Sp. z o.o. Sp. k. wyłącznie przy realizacji zamówienia w zakresie Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego”.

Powołany w wezwaniu przepis (art. 26 ust.3 Pzp) jednoznacznie stanowi: „3. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”.

Niewątpliwie to w jaki sposób wezwany wykonawca odpowie na treść wezwania, podlegać będzie ocenie na

kolejnym etapie postępowania. Zamawiający w wezwaniu z dnia 19 lutego 2019 r. nie narzucił sposobu uzupełnienia dokumentów, poddając to suwerennej decyzji wykonawcy. Także z przepisu art. 26 ust.3 Pzp takie dookreślenie sposobu w jaki uzupełnienie mogłoby nastąpić, nie wynika. Zatem Izba nie zgodziła się z twierdzeniami Odwołującego, że czynność wezwania z dnia 19 lutego 2019 r. podjęta została z naruszeniem Pzp, tylko z tego powodu, że w tym wezwaniu nie wskazano na przepis art. 22a ust.6 ustawy Pzp i jego pkt 2, uznając tym samym, że w tej sprawie Zamawiający dokonując zaskarżanej czynności nie wypełnił wynikającego z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp obowiązku wezwania wykonawcy do osobistego wykazania spełniania warunku doświadczenia.

Stosownie do powołanego art. 22a ust.6 ustawy Pzp: „6. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub

2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaze zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1”.

Wskazany art. 22a ust.6 Pzpumożliwia zatem wykonawcy, na okoliczność uzupełniania dokumentów, zmianę zgłoszonego podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci, albo wykazanie spełniania warunku samodzielnie własnym potencjałem wyłącznie w sytuacji, gdy w momencie składania oferty (wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) wykonawca opierał się, w tym zakresie, na zdolnościach podmiotów trzecich. Określa tym samym działania zamawiającego względem wykonawcy, w sytuacji gdy zgłoszony przez wykonawcę podmiot trzeci, na zasoby którego wykonawca się powołuje, nie potwierdzi dysponowania niezbędnym zasobem lub nie potwierdzi braku podstaw do wykluczenia. Działania te polegają na obligatoryjnym zażądaniu od wykonawcy, aby w sytuacji, gdy zgłoszony przez niego podmiot trzeci nie wykazał posiadania zasobu lub braku podstaw do wykluczenia – samodzielnie wykazał ten zasób lub zastąpił ten podmiot trzeci innym podmiotem trzecim. Z kolei regulacja z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp określa w sposób kompleksowy zasady wezwania o uzupełnienie dokumentów w przedmiocie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia (niezależnie, czy dotyczą one wykonawcy samodzielnie wykazującego ich spełnienie i brak podstaw do wykluczenia, czy też wykonawcy wykazującego spełnienie warunków udziału w postępowaniu przy pomocy potencjału podmiotu trzeciego). W kontekście regulacji z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp regulacja w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp dotyczy zatem wyłącznie określenia sposobu wykonania obowiązku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wobec wykonawców, którzy wykazują spełnianie warunków przy pomocy zasobów podmiotów trzecich. Izba zwraca jednocześnie uwagę, że przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp wskazuje na możliwość zmiany podmiotu trzeciego zgłoszonego na etapie składania oferty, w trakcie procedury weryfikującej posiadanie stosownych dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu podmiotu trzeciego, może tak jak wskazuje się w opinii UZP cytowanej przez strony, albo dokonać stosownego uzupełnienia dokumentu dotyczącego podmiotu trzeciego zgłoszonego pierwotnie, albo skorzystać z dyspozycji art. 22a ust. 6 ustawy Pzp i na okoliczność wezwania zmienić podmiot trzeci na inny lub samodzielnie spełnić warunek w zakresie udostępnianego zasobu. Odwołujący oczekuje natomiast od Zamawiającego, że ten ponawiając wezwanie uwzględnić powinien w treści wezwania żądanie osobistego wykazania przez wykonawcę spełnienia warunku doświadczenia na podstawie art. 22a ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp, podczas gdy powołany przepis przewiduje w jego punkcie 1 dalej idące środki sanowania w postaci nawet możliwości (w trakcie postępowania) zmiany podmiotu udostępniającego potencjał na inny podmiot. Podsumowując, w sytuacji, gdy nie było spornym, że podmiot trzeci (Decsoft S.A) posiada potencjał w zakresie doświadczenia wymaganego w opisanym powyżej warunku, żądanie zastosowania w tej sprawie w podstawie wezwania także art. 22a ust.6 pkt 2 Pzp nie było zasadne.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku uwzględniając przepisy 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. z 2018 r. poz. 972).

.....
.....
.....