

Sygn. akt: KIO 3014/24

WYROK

Warszawa, dnia 13 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Trusted Software Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Ogrodowej 58 (00-876 Warszawa), w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Bibliotekę Narodową w Warszawie, przy al. Niepodległości 213 (02-086 Warszawa)

przy udziale:

A) uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ITHOUSE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, przy ul. Grzybowskiej 49 (00-844 Warszawa) i NEW MEDIA STUDIO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, przy ul. Grzybowskiej 49 (00-844 Warszawa)

B) uczestnika po stronie odwołującego – yarrr spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie, przy ul. Skarżyńskiego 14 (31-866 Kraków)

orzeka:

1. Częściowo umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 pkt 1.2.7 i pkt 1.2.8 opisanych w uzasadnieniu odwołania dotyczących usługi wskazanej w poz. 1 w wykazie usług;
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Trusted Software Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych

zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Trusted Software Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty tego wykonawcy poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: .....

Sygn. akt: KIO 3014/24

UZASADNIENIE

Biblioteka Narodowa w Warszawie (dalej jako „zamawiający”) prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług polegających na zapewnieniu specjalistów do realizacji zadań w zakresie modyfikacji i rozwoju systemów IT oraz e-usług” - znak postępowania: XIV.263.3.2024 (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 22.04.2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 237734-2024.

Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) (zwanej dalej: „Pzp”).

W dniu 19 sierpnia 2024 r. wykonawca Trusted Software Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) Art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum w składzie: IT HOUSE sp. z o.o. oraz NEW MEDIA STUDIO sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum IT HOUSE sp. z o.o.”) do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do warunku z rozdziału VI pkt 7 ppkt 4) SWZ pomimo, że złożone przez niego środki są niekompletne i zawierają błędy;

2) Art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum IT HOUSE sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do warunku z rozdziału VI pkt 7 ppkt 4) SWZ pomimo, że złożone przez niego środki budzą szereg wątpliwości co do ich prawdziwości oraz zgodności z ww. warunkiem;

3) Art. 128 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do podmiotów na rzecz których Konsorcjum IT HOUSE sp. z o.o. realizowało usługi referencyjne o udzielenie wyjaśnień istotnych dla oceny spełnienia warunku z rozdziału VI pkt 7 ppkt 4) SWZ.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie uznania oferty Konsorcjum IT HOUSE sp. z o.o. za jedną z najkorzystniejszych;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie oceny spełnienia przez Konsorcjum IT HOUSE sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu;
- 3) wezwania Konsorcjum IT HOUSE sp. z o.o. oraz podmiotów na rzecz, których realizowane były usługi referencyjne do uzupełnienia oraz wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych zgodnie z treścią uzasadnienia zarzutów odwołania.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Jako wykonawca, którego oferta została zakwalifikowana do zawarcia umowy ramowej posiada interes w zawarciu umowy ramowej oraz uzyskaniu zamówień, których dotyczy ta umowa. Zgodnie z warunkami przetargu do zawarcia umowy ramowej mieli zostać zakwalifikowani wyłącznie wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu, tymczasem zamawiający w sposób wadliwy dokonał oceny spełnienia tych warunków przez Konsorcjum IT HOUSE sp. z o.o. Dopuszczenie do zawarcia umowy ramowej wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu powoduje, że odwołujący będzie zmuszony do konkurowania z wykonawcą, który w ogóle nie powinien być dopuszczony do postępowania. W wyniku tego naruszenia odwołujący może zostać pozbawiony uzyskania zamówień wykonawczych. Ponadto, udział w umowie ramowej wykonawcy niespełniającego warunków udziału niewątpliwie osłabia szanse odwołującego na uzyskanie zamówień wykonawczych, a w konsekwencji skutkuje możliwością powstania szkody po jego stronie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, iż jedną z usług referencyjnych przedstawionych przez Konsorcjum IT HOUSE sp. z o.o. w wykazie usług (załącznik nr 16 do SWZ) w celu wykazania spełnienia warunku o którym mowa w rozdziale VI pkt 7 ppkt 4) SWZ jest usługa wykonana na rzecz Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego (poz. 3 wykazu).

Następnie odwołujący wyjaśnił, że uznaje, iż ww. usługa referencyjna wykonywana przez obu członków konsorcjum, w tym IT HOUSE sp. z o.o. została uwzględniona przez zamawiającego przy ocenie spełnienia przedmiotowego warunku. Świadczy o tym choćby okoliczność, w której zamawiający zaakceptował treść złożonego przez Konsorcjum IT HOUSE sp. z o.o. oświadczenia według treści załącznika nr 10 do SWZ. Zdaniem odwołującego, gdyby zamawiający miał oprócz ocenę spełnienia warunku wyłącznie na doświadczeniu drugiego z członków konsorcjum tj. NEW MEDIA STUDIO sp. z o.o. (te usługi były realizowane samodzielnie przez NEW MEDIA STUDIO), to z pewnością

zakwestionowałby oświadczenie IT HOUSE sp. z o.o. co do zamiaru samodzielnej realizacji znacznego zakresu zamówienia. Uwzględniając treść art. 117 ust. 3 ustawy Pzp okoliczność posiadania doświadczenia wyłącznie przez NEW MEDIA STUDIO wykluczałaby bowiem możliwość samodzielnego wykonywania przez ITHOUSE sp. z o.o. usług, co do realizacji których zdolności były wymagane.

1.1.1 W odniesieniu do ww. usługi referencyjnej odwołujący podkreślił, że nieprawdziwe jest oświadczenie Konsorcjum ITHOUSE sp. z o.o. zawarte w wykazie usług jakoby rozpoczęcie realizacji ww. usługi miało miejsce w dniu 24.10.2023 r. W dniu 24.10.2023 r. Konsorcjum ITHOUSE sp. z o.o. podpisało z Głównym Urzędem Nadzoru Budowlanego jedynie umowę ramową, która z oczywistych względów nie stanowi rozpoczęcia realizacji usługi. Dopiero podpisanie umowy wykonawczej oznacza jej rozpoczęcie.

Powyższe oznacza, że wadliwy jest złożony przez ww. wykonawcę wykaz usług, bowiem wbrew wymaganiom SWZ nie określa on w sposób prawidłowy daty rozpoczęcia realizacji usługi referencyjnej.

1.1.2 Następnie odwołujący wskazał, iż wadliwość złożonego przez ww. wykonawcę wykazu usług wynika również z okoliczności, w której nie tylko, że podaje on nieprawdziwy termin rozpoczęcia realizacji usługi, to również w ogóle nie określa on do kiedy usługa była realizowana. Jest to tym bardziej istotne, że jak wskazano powyżej data 24.10.2023 r. nie jest momentem rozpoczęcia realizacji usługi, a zatem w ogóle nie wiadomo na jakie konkretne usługi ww. wykonawca powołuje się w celu wykazania spełnienia warunku, tj. czy jedynie na samą umowę ramową, co w założeniu jest błędne, czy może na skończone, albo na nadal trwające umowy wykonawcze.

1.1.3 Odwołujący podniósł ponadto, że treść złożonego wraz z wykazem usług listu referencyjnego od Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego (z dnia 23.02.2024 r.) w żaden sposób nie usuwa wskazanej wyżej wadliwości wykazu, jak również nie może być uznana za prawidłowe poświadczenie należytej realizacji usługi. W przypadku umowy ramowej referencja może dotyczyć konkretnej umowy wykonawczej, a ww. list takiej umowy nie dotyczy. Odnosi się on jedynie do umowy ramowej i jej wartości, które to informacje są bezprzedmiotowe z punktu widzenia treści sformułowanego warunku.

Zdaniem odwołującego powyższe potwierdza, że w odniesieniu do usługi z poz. 3 wykazu brak jest poświadczenia należytej jej realizacji.

1.1.4 Ponadto według twierdzeń odwołującego, załączone do podmiotowych środków dowodowych oświadczenie własne wykonawcy (z dnia 11.07.2024 r.) również nie usuwa ww. wadliwości. Wymaga podkreślenia, że wskazana w nim wartość 2 800 000 zł netto odnosi się do usług zrealizowanych nie na dzień składania ofert, a na dzień 11.07.2024 r. Nie wiadomo ponadto, czy wartość ta dotyczy usług zrealizowanych w ramach jednej umowy

wykonawczej, czy szeregu takich umów, tymczasem warunek udziału dotyczył 1 usługi tj. 1 umowy o wartości minimum 350 000, 00 zł.

1.1.5 Uwzględniając powyższe odwołujący wskazał, iż formułuje zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 oraz ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ITHOUSE sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunku (dot. poz. nr 3 wykazu usług). Według odwołującego, bezsprzecznie niezbędnym jest bowiem uzupełnienie:

- wykazu usług w zakresie: daty rozpoczęcia i wykonania usługi; opisu wykonanej usługi zgodnie z przedmiotem umowy wykonawczej; konkretnej wartości usługi wykonanej na dzień składania ofert;

-poświadczenia należytej realizacji usługi.

1.2 Następnie odwołujący argumentował, iż również kolejna usługa wskazana przez Konsorcjum ITHOUSE sp. z o.o. w wykazie usług (poz. 1 - na rzecz K Charles Haulage LTD) nie potwierdza jego zdaniem, spełnienia warunku z rozdziału VI pkt 7 ppkt 4) SWZ

1.2.1 W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że w kol. 4 Konsorcjum ITHOUSE sp. z o.o. nie podało daty zakończenia usługi referencyjnej. Jeżeli brak ten miałby wynikać z okoliczności, w której jest to usługa będąca w trakcie realizacji to należało taką informację podać w treści wykazu. Sama treść listu referencyjnego nie wskazuje natomiast, czy dotyczy on jednej skończonej, czy może trwającej umowy.

1.2.2 Dalej odwołujący poddał w wątpliwość prawdziwość oświadczenia Konsorcjum IT HOUSE sp. z o.o. co do wskazanej w wykazie daty rozpoczęcia ww. usługi referencyjnej tj. 01.04.2023 r. Odwołujący następnie wskazał, że w innym postępowaniu na zawarcie umowy ramowej ww. wykonawca również powołał się na referencję od firmy K Charles Haulage LTD, ale jako datę rozpoczęcia usług wskazał 2019 r. Jak dalej argumentował odwołujący w toku wyjaśnień składanych na żądanie ww. zamawiającego (tj. Główny Urząd Nadzoru Budowlanego) Konsorcjum IT HOUSE sp. z o.o. skorygowało treść wykazu informując, że usługa referencyjna została jednak zrealizowana tj. zakończona w latach 2022-2023. W oświadczeniu własnym z dnia 03.10.2023 r. Konsorcjum ITHOUSE sp. z o.o. wskazało: „W przypadku tego projektu realizacja była w latach 2022-2023 [...]”. Również w przedłożonym do ww. wyjaśnień dodatkowym oświadczeniu K Charles Haulage LTD (z dnia 02.10.2023 r.) wskazano: „W latach 2022-2023 New Media Studio wykonało usługę polegającą na [...]”.

Zdaniem odwołującego skoro zatem Konsorcjum ITHOUSE sp. z o.o. wyjaśniło ostatecznie, że projekt referencyjny dla K Charles Haulage LTD był realizowany w latach 2022-2023 [...], to można mieć uzasadnione wątpliwości co do tego realizację jakiej innej usługi New Media Studio rozpoczęło na rzecz K Charles Haulage LTD w dniu 01.04.2023 r.

Zasadne jest bowiem przyjęcie, że usługi, których dotyczy referencja przedłożona w przedmiotowym postępowaniu, a realizowane od dnia 01.04.2023 r., to te same usługi o których mowa w wyjaśnieniach Konsorcjum IT HOUSE sp. z o.o. z dnia 03.10.2023 r. Jeżeli tak jest, to przecież zostały one zakończone w 2023 r. a w tej sytuacji nie wiadomo jakiej innej usługi miałyby dotyczyć poz. 1 wykazu usług.

1.2.3 W dalszej kolejności odwołujący zwrócił uwagę na treść listu referencyjnego od K Charles Haulage LTD (pismo z dnia 09.07.2024 r.). Jak podkreślił on, w przedostatnim akapicie ww. pisma wskazano, że od 2023 r. współpraca z New Media Studio opiewa na kwotę ponad 350 000, 00 zł. Niewątpliwie jednak wartość ta przynajmniej w części przypada na zakończony w 2023 r. projekt o którym mowa w oświadczeniu K Charles Haulage LTD z dnia 02.10.2023 r. Skoro projekt ten/usługa został zakończony w 2023 r. to nie można jego wartości wliczać do wartości rzekomo trwającej od 01.04.2023 r. usługi wskazanej w poz. 1 wykazu dot. przedmiotowego postępowania.

Powyższe oznacza, że niezbędne jest wyjaśnienie, czy przedłożony przez Konsorcjum ITHOUSE sp. z o.o. list referencyjny od K Charles Haulage LTD faktycznie dotyczy usługi spełniającej określone w postępowaniu warunki. Uwzględniając bowiem obecną treść poz. 1 wykazu oraz treść ww. listu referencyjnego nie sposób uznać, że odnosi się on do usługi wskazanej w wykazie, jak również, że potwierdza on należyłą realizację usługi spełniającej warunek z rozdziału VI pkt 7 ppkt 4) SWZ.

1.2.4 Odwołujący następnie wskazał, iż zgodnie ze wzorem wykazu usług (opis kolumny 3) zamawiający wymagał podania wartości wykonanej usługi. W treści przedłożonego przez Konsorcjum ITHOUSE sp. z o.o. wykazu brak jest takiej informacji. Wskazana informacja „ponad 350 000,00 zł brutto” to wyłącznie przepisane warunki. Określenie faktycznej wartości wykonanych usług jest szczególnie istotne w świetle opisanych powyżej wątpliwości dotyczących charakteru i wartości usług realizowanych na rzecz K Charles Haulage LTD. Również treść przedłożonego listu referencyjnego nie usuwa tych wątpliwości (pismo z dnia 09.07.2024 r.). Wskazano w nim jedynie, że wartość dotychczas zrealizowanych usług, a zatem do dnia 09.07.2024 (data wystawienia

referencji) przekracza 350 000, 00 zł netto. Informacja taka jest bez znaczenia, gdyż dla oceny spełnienia warunku znaczenie ma wartość usług wykonanych do dnia składania ofert tj. do dnia 20.05.2024 r. Choćby z tego punktu widzenia rodzi się wątpliwość, czy faktycznie spełniony jest w tym przypadku warunek dotyczący minimalnej wartości usługi.

1.2.5 Odwołujący wskazywał ponadto, że przedmiotem warunku udziału w postępowaniu jest wykonanie usługi polegającej na udostępnianiu zasobów ludzkich w branży IT. Istotą takiej usługi jest oddanie przez wykonawcę do dyspozycji podmiotu zamawiającego zasobów ludzkich wykonawcy, którymi zarządza nie wykonawca, ale

zamawiający. Należy odróżnić od siebie usługę informatyczną, gdzie wykonawca podejmuje się wykonania określonego dzieła i odpowiada za osiągnięcie rezultatu, od usługi udostępnienia zasobów ludzkich, gdzie zasobami tymi zarządza nie wykonawca, a zamawiający.

Zdaniem odwołującego treść referencji od K Charles Haulage LTD w zestawieniu z przedstawionymi wyżej wątpliwościami dotyczącymi usługi z poz. 1 wykazu doświadczenia rodzi uzasadnione wątpliwości, czy referencja ta faktycznie dotyczy usługi udostępnienia zasobów ludzkich. Wymaga choćby zauważenia, że w treści oświadczenia K Charles Haulage LTD z dnia 09.07.2024 r. wskazano, że dzięki współpracy z wykonawcą: „udało nam się przeprowadzić skuteczną digitalizację produktów dla klientów, a także umożliwić im łatwiejszy dostęp do naszych usług”. Stwierdzenie to może wskazywać, że w rzeczywistości New Media Studio mogła wykonywać na rzecz ww. podmiotu zamawiającego konkretną usługę informatyczną, a nie oddawać do dyspozycji tego podmiotu swój personel. Uwzględniając ponadto profil działalności K Charles Haulage LTD (firma spedycyjno-logistyczna) można mieć wątpliwości, czy podmiot taki faktycznie ma zdolności do samodzielnego kierowania projektami IT.

1.2.6 Odwołujący w następnej kolejności wskazywał ponadto, że z dostępnych publicznie dokumentów finansowych New Media Studio (sprawozdania finansowe) wynika, że podmiot ten nie miał żadnych przychodów ze sprzedaży usług poza granicami Polski. Okoliczność ta, w zestawieniu z wyżej wskazanymi wątpliwościami, niewątpliwie wymaga zwrócenia się do Konsorcjum ITHOUSE sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień.

1.2.7 Odwołujący podniósł również, że forma poświadczenia od K Charles Haulage LTD nie odpowiada rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452). Jak wskazał, na dokumencie tym brak jest podpisu elektronicznego jego wystawcy. Przyjmując zatem, że poświadczenie to zostało sporządzone w formie pisemnej, to dla prawidłowości tego dokumentu niezbędne było poświadczenie zgodności przez ten podmiot, którego dokument dotyczy tj. New Media Studio. Tymczasem poświadczenie zostało dokonane przez ITHOUSE sp. z o.o.

1.2.8 W dalszej kolejności odwołujący podniósł, iż porównanie treści oświadczenia K Charles Haulage LTD z dnia 09.07.2024 r. ze wspomnianym wyżej oświadczeniem tego samego podmiotu z dnia 02.10.2023 r. (złożone w postępowaniu prowadzonym przez Główny Urząd Nadzoru Budowlanego) może wskazywać, że na dokumencie referencyjnym w rzeczywistości nie został złożony własnoręczny podpis przez Pana K. K. Wydaje się bowiem, że na obu dokumentach znajduje się dokładnie taki sam podpis, co może

wskazywać, że mamy do czynienia z faksymile, a nie własnoręcznym podpisem. Taka forma dokumentu nie odpowiada natomiast przepisom wskazanego wyżej rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie.

1.2.9 Uwzględniając wskazane powyżej okoliczności (pkt 1.2.1 – 1.2.8) według

odwołującego uznać należy, że zasadny jest zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 1 oraz ust. 4 i ust. 5 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego niezbędne jest:

- uzupełnienie wykazu usług o konkretną wartość usługi wykonanej do dnia składania ofert;
- uzupełnienie referencji, tak aby jej forma odpowiadała przepisom rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452).

Jak podkreślił odwołujący, szczególnie istotne jest wezwanie Konsorcjum ITHOUSE sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień przynajmniej w następującym zakresie:

- potwierdzenie, poprzez przedłożenie stosownych dokumentów, w tym umowy z K Charles Haulage LTD, że:
- usługa referencyjna faktycznie została rozpoczęta w dniu 01.04.2023 r.
- przedmiotem usługi było udostępnienie zasobów ludzkich w branży IT, w tym

wskazanie jakich specjalistów i na jaki okres dotyczyła ta usługa;

- przedmiotem usługi referencyjnej nie były konkretne usługi informatyczne realizowane przez NEW MEDIA STUDIO, ale oddanie specjalistów IT do dyspozycji K Charles Haulage LTD, który nimi dysponował.
- potwierdzenie, że faktycznie NEW MEDIA STUDIO sprzedawała usługi na rzecz spółki brytyjskiej, w tym wyjaśnienie dlaczego z dokumentów finansowych spółki za poprzednie lata wynika, że sprzedaż krajowa wynosiła 100% przychodów.

Uwzględniając wagę formułowanych zarzutów, w tym szereg przedstawionych wątpliwości co do prawdziwości oświadczeń własnych Konsorcjum IT HOUSE sp. z o.o., według odwołującego niezbędne jest również zwrócenie się bezpośrednio do Charles Haulage LTD o udzielenie wyjaśnień w powyższym zakresie.

Powyższe zdaniem odwołującego potwierdza, że zamawiający naruszył we wskazanym zakresie art. 128 ust. 1 oraz ust. 4 i ust. 5 ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje ponadto, że skutkiem wyjaśnień pozyskanych od Konsorcjum IT HOUSE oraz Charles

Haulage LTD może być uznanie, że wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji nie będzie możliwe wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów np. o nowe referencje, ale automatyczne odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b i c ustawy Pzp.

1.3 Odwołujący podniósł iż, również ostatnia z usług wskazana przez Konsorcjum ITHOUSE sp. z o.o. w wykazie doświadczenia (świadczona na rzecz Orange S.A.) nie potwierdza spełnienia warunku z rozdziału VI pkt 7 ppkt 4) SWZ.

1.3.1 W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że w kol. 4 Konsorcjum IT HOUSE sp. z o.o. nie podało daty zakończenia usługi referencyjnej. Jeżeli brak ten miałby wynikać z okoliczności, w której jest to usługa będąca w trakcie realizacji to należało taką informację podać w treści wykazu.

1.3.2 Odwołujący poddawał ponadto w wątpliwość prawdziwość oświadczenia Konsorcjum ITHOUSE sp. z o.o. co do wskazanej w wykazie daty rozpoczęcia ww. usługi referencyjnej tj. 01.01.2022 r. Jak wskazał on, w innym postępowaniu o zawarcie umowy ramowej (postępowanie Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego) ww. wykonawca również powołał się na referencję od Orange Polska S.A. w przedmiocie udostępnienia zasobów ludzkich w branży IT, ale jako datę rozpoczęcia usług wskazywał zamiennie 2018, 2019 oraz 2020 r. W przedłożonym w ww. postępowaniu liście referencyjnym od Orange Polska S.A. z dnia 02.10.2023 r. wskazano: „Od 2020 roku New Media Studio realizuje usługę polegającą na zapewnieniu zasobów ludzkich w branży IT takich specjalności jak: [...], a wartość tej usługi została już zrealizowana na kwotę wyższą niż 500 000 zł netto”. Z treści tego dokumentu wynika zatem zdaniem odwołującego, że od 2020 oraz po dniu 02.10.2023 r. New Media Studio realizowała usługę zapewnienia zasobów ludzkich IT. W świetle wykazu przedłożonego w przedmiotowym postępowaniu przez Konsorcjum ITHOUSE sp. z o.o., również na udostępnienie zasobów ludzkich w branży IT, można mieć zatem uzasadnione wątpliwości, czy faktycznie usługa ta rozpoczęła się w dniu 01.01.2022 r. Z innego dokumentu wynika bowiem, że rozpoczęła się ona w 2020 r.

Powyższe wymaga zweryfikowania przez Zamawiającego, kiedy faktycznie rozpoczęło się wykonywanie ww. usługi referencyjnej, jaka jest jej wartość oraz co było jej przedmiotem.

1.3.3 Odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie ze wzorem wykazu usług (opis kolumny 3) zamawiający wymagał podania wartości wykonanej usługi. W treści przedłożonego przez Konsorcjum ITHOUSE sp. z o.o. wykazu brak jest takiej informacji. Wskazana informacja „ponad 350 000,00 zł brutto” stanowi wyłącznie przepisanie warunku. Określenie faktycznej wartości wykonanych usług jest szczególnie istotne w świetle opisanych powyżej wątpliwości dotyczących charakteru i wartości usług realizowanych na rzecz Orange Polska S.A. Również treść przedłożonego listu referencyjnego nie usuwa tych wątpliwości (pismo z dnia

08.07.2024 r.). Wskazano w nim, że wartość dotychczas zrealizowanych usług, a zatem do dnia 08.07.2024 (data wystawienia referencji) przekracza 2 mln zł netto. Informacja taka jest tymczasem bez znaczenia, gdyż dla oceny spełnienia warunku znaczenie ma wartość usług wykonanych do dnia składania ofert tj. do dnia 20.05.2024 r.

1.3.4 Odwołujący wskazał dalej, iż przedmiotem warunku udziału w postępowaniu jest wykonanie usługi polegającej na udostępnianiu zasobów ludzkich w branży IT. Istotą takiej usługi jest oddanie przez wykonawcę do dyspozycji podmiotu zamawiającego zasobów ludzkich wykonawcy, którymi zarządza nie wykonawca, ale zamawiający. Należy odróżnić od siebie usługę informatyczną, gdzie wykonawca podejmuje się wykonania określonego dzieła i odpowiada za osiągnięcie rezultatu, od usługi udostępnienia zasobów ludzkich, gdzie zasobami tymi zarządza nie wykonawca, a zamawiający. Według odwołującego treść referencji od Orange Polska S.A. w zestawieniu z przedstawionymi wyżej wątpliwościami dotyczącymi usługi z poz. 2 wykazu doświadczenia rodzi uzasadnione wątpliwości, czy referencja ta faktycznie dotyczy usługi udostępnienia zasobów ludzkich. Wymaga choćby zauważenia, że w treści oświadczenia Orange Polska S.A. z dnia 02.10.2023 r. wskazano, że usługi New Media Studio dotyczą ponad 30 projektów. Stwierdzenie to może wskazywać, że w rzeczywistości New Media Studio mogła wykonywać na rzecz ww. podmiotu zamawiającego konkretne usługi informatyczne za których rezultat odpowiadała, a nie oddawała do dyspozycji Orange Polska S.A. swój personel.

1.3.5 Uwzględniając wskazane powyżej okoliczności (pkt 1.3.1 – 1.3.4) zdaniem

odwołującego uznać należy, że zasadny jest zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 1 oraz ust. 4 i ust. 5 ustawy Pzp.

Niezbędne jest:

- uzupełnienie wykazu usług o: konkretną wartość usługi wykonanej do dnia składania ofert.

Szczególnie istotne jest jednak wezwanie Konsorcjum ITHOUSE sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień przynajmniej w następującym zakresie:

- potwierdzenie, poprzez przedłożenie stosownych dokumentów, w tym umowy z Orange Polska S.A., że:
- usługa referencyjna faktycznie została rozpoczęta w dniu 01.01.2022 r.
- przedmiotem usługi było udostępnienie zasobów ludzkich w branży IT, w tym wskazanie jakich specjalistów i jakiego okresu dotyczyła ta usługa;
- przedmiotem usługi referencyjnej nie były konkretne usługi informatyczne realizowane przez NEW MEDIA STUDIO, ale oddanie specjalistów IT do dyspozycji Orange Polska S.A. która nimi dysponowała.

Uwzględniając wagę sformułowanych zarzutów, w tym szereg przedstawionych wątpliwości co do prawdziwości oświadczeń własnych Konsorcjum IT HOUSE sp. z o.o. niezbędne jest również zwrócenie się bezpośrednio do Orange Polska S.A. o udzielenie wyjaśnień w powyższym zakresie.

Powyższe potwierdza, że zamawiający naruszył we wskazanym zakresie art. 128 ust. 1 oraz ust. 4 i ust. 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał ponadto, że skutkiem wyjaśnień pozyskanych od Konsorcjum IT HOUSE oraz Orange Polska S.A. może być uznanie, że wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji nie będzie możliwe wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów np. o nowe referencje, ale automatyczne odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b i c ustawy Pzp.

2. Następnie odwołujący podniósł, iż stosownie do art. 117 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji, których te zdolności są wymagane. Z kolei w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp wskazano, że w przypadku, o którym mowa w ust. 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Powyższe potwierdza, że prawidłowe oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp to takie, które pokrywa się ze sposobem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jeżeli wymagane doświadczenie posiada tylko jeden z członków konsorcjum, to w treści ww. oświadczenia musi zostać jednoznacznie wskazane, że usługi, których dotyczy warunek wykona wyłącznie ten członek konsorcjum, który to doświadczenie posiada.

W treści złożonego odwołania odwołujący wykazał, że zamawiający nie miał prawa uznać, że ITHOUSE sp. z o.o. posiada wymagane doświadczenie. Niezależnie zatem od podnoszonych w treści niniejszego odwołania w stosunku do New Media Studio zarzutów, zamawiający od razu winien był zakwestionować zamiar ITHOUSE sp. z o.o. samodzielnego wykonania usług objętych warunkiem. Potwierdza to, że zamawiający naruszył art. 117 ust. 4 ustawy Pzp.

Powyższe potwierdza zasadność zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum IT HOUSE sp. z o.o. do uzupełnienia oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp zgodnego ze sposobem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego, w dniu 05 września 2024 r. odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik. Ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez odwołującego, wniósł w pierwszej kolejności o oddalenie odwołania bez merytorycznego rozpoznania zarzutów wobec niespełnienia przez odwołującego przesłanek art. 505 ust. 1 Pzp., tj. przez wzgląd na brak wykazania przesłanek materialnoprawnych dopuszczalności odwołania.

Zamawiający wskazał, iż artykuł ten określa materialnoprawne przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, decydujące o zasadności ich wnoszenia. Są nimi posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie, kwalifikowanego poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zamawiający wskazał na wyrok KIO z dnia 03 marca 2022 r. o sygn. akt KIO 427/22, gdzie Izba stwierdziła, iż „przesłanki materialnoprawne dopuszczenia odwołania muszą być wykazane w odwołaniu. Brak wykazania przesłanek materialnoprawnych uzasadnia oddalenie odwołania. Oddalenie odwołania z uwagi na brak wykazania przesłanek materialnoprawnych dopuszczalności odwołania uzasadnia niepoddawanie rozpoznaniu zarzutów merytorycznych podnoszonych w odwołaniu, z uwagi na stwierdzony brak dopuszczalności tego odwołania. Izba nie może się domyślać wykazania przesłanki, nie może jej domniemywać czy też wnioskować z przedstawionego uzasadnienia faktycznego odwołania”

Przepis art. 505 ust. 1 Pzp wymaga wykazania, że wykonawca, uczestnik konkursu oraz inny podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie. Legitymowanie się przez wykonawcę wnoszącego odwołanie interesem w uzyskaniu zamówienia oznacza stan, w którym ma on lub miał realną szansę na uzyskanie zamówienia, zaprzepaszczonej niezgodnymi z przepisami PZP czynnościami zamawiającego lub zaniechaniem czynności, do których zamawiający jest zobowiązany. Tymczasem w przedmiotowym

postępowaniu interes wykonawcy przejawia się w osiągnięciu celu, w jakim wykonawcy składają oferty, czyli zawarciu umowy ramowej. Natomiast uzyskanie zamówień jednostkowych na podstawie tej umowy ramowej jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym w okolicznościach realizacji umowy ramowej, bez względu na to, z którymi wykonawcami zamawiający zawarze umowy ramowe – wynika to z faktu, że zamawiający zawarze umowy ramowe z wieloma wykonawcami (5 wykonawcami), a zasady udzielania zamówień jednostkowych, określone w § 4 Projektu umowy ramowej, są skonstruowane w taki sposób, że wielu z tych wykonawców ma szansę na zawarcie poszczególnych umów wykonawczych. Zamawiający podkreślił, iż odwołujący błędnie utożsamia szkodę z nieuzyskaniem zamówienia jednostkowego, jednak tak rozumiana „szkoda” wynika wprost ze specyfiki umowy ramowej i udzielania zamówień jednostkowych.

Zdaniem zamawiającego zarzucane naruszenie nie wpływa na możliwość udzielenia odwołującemu zamówienia jednostkowego i nie „osłabia szansy odwołującego na uzyskanie zamówień wykonawczych”, ponieważ:

- 1) odwołujący jest w gronie 5 wykonawców, których oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze, a zatem zawarze z Zamawiającym umowę ramową,
- 2) zarzucane naruszenie nie wpływa na liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawarze umowy ramowe (bo jest 15 ofert oraz vide Rozdział XVI ust. 5 SWZ), a zatem odwołujący będzie „konkurował” o zamówienia jednostkowe zawsze z 4 innymi wykonawcami,
- 3) zasady udzielania zamówień jednostkowych, określone w § 4 Projektu umowy ramowej, są skonstruowane w taki sposób, że poszczególni wykonawcy będą mogli uzyskać zamówienie jednostkowe, w zależności od zakresu danego zamówienia jednostkowego (tj. zależnie od ról i przypisanej tym rolom liczby roboczogodzin w ramach zamówienia jednostkowego) i stawek brutto za roboczogodzinę określonych w umowie ramowej dla poszczególnych ról objętych tym zamówieniem jednostkowym (natomiast w kryteriach pozacenowych przyznawania punktów wszyscy ci wykonawcy są w takiej samej sytuacji i otrzymają z tego tytułu taką samą liczbę punktów). Należy podkreślić, że udzielenie zamówienia jednostkowego nie zależy od ceny całkowitej oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu o zawarcie umowy ramowej, lecz od stawek brutto za roboczogodzinę zaoferowanych dla poszczególnych ról przez wykonawców w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej,
- 4) z analizy stawek brutto za roboczogodzinę zaoferowanych dla poszczególnych ról przez wykonawców, których oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze, wynika, że w wielu przypadkach stawki brutto zaoferowane przez odwołującego są niższe od stawek zaoferowanych przez innych wykonawców i tak:
  - a) porównanie pozycji w tabelach zawierających stawki brutto za roboczogodzinę: w tabeli odwołującego i w tabeli Konsorcjum IT HOUSE Sp. z o.o. pokazuje, że w wielu przypadkach stawki odwołującego są równe lub niższe od stawek Konsorcjum IT HOUSE Sp. z o.o.,
  - b) stawka brutto za roboczogodzinę zaoferowana przez odwołującego dla roli w poz. 1, która ma zdecydowanie największy udział w maksymalnej łącznej liczbie Roboczogodzin w ramach zamówienia objętego umową ramową, jest najniższa spośród stawek wszystkich pozostałych wykonawców, których oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze, w szczególności jest niższa od stawki Konsorcjum IT HOUSE Sp. z o.o.,
  - c) porównanie pozycji w tabelach zawierających stawki brutto za roboczogodzinę: tabeli Odwołującego, tabeli Konsorcjum IT HOUSE Sp. z o.o. i tabeli Wykonawcy yarrl S.A., zajmującego 6. pozycję w rankingu ofert (w przypadku odrzucenia oferty Konsorcjum

IT HOUSE Sp. z o.o., zamawiający mógłby zawarze umowę ramową z tym Wykonawcą zamiast z Konsorcjum IT HOUSE Sp. z o.o., po pozytywnej weryfikacji podmiotowych środków dowodowych), pokazuje, że ewentualne uwzględnienie odwołania, którego celem jest odrzucenie oferty Konsorcjum IT HOUSE Sp. z o.o., nie zwiększy szans odwołującego na uzyskanie zamówień jednostkowych, bowiem w większości pozycji tabeli, w których stawki Konsorcjum IT HOUSE Sp. z o.o. są niższe/równe od stawek odwołującego, to również stawki Wykonawcy yarrl S.A. są niższe od stawek odwołującego, a nawet często niższe/równe od stawek konsorcjum IT HOUSE Sp. z o.o.

- 5) wybór wykonawcy do realizowania zamówienia jednostkowego zależy też od zakresu zamówienia jednostkowego, który wynika z ustalonego w toku realizacji projektu IT zapotrzebowania zamawiającego na usługi specjalistów – w zależności od tego, jakie role i jaka liczba roboczogodzin będą objęte zamówieniem jednostkowym, to wynik punktowania w celu wyboru takiego wykonawcy może być różny (szczegółowy opis punktowania jest w par. 4 ust. 6 Projektu umowy ramowej), a zatem same stawki za roboczogodzinę nie przesądzą o takim wyborze. Wybór wykonawcy do zamówienia jednostkowego zależy od kombinacji ww. czynników, tj. zakresu zamówienia jednostkowego, określonego przez role i przypisaną im liczbę roboczogodzin objętych danym zamówieniem jednostkowym oraz stawek za roboczogodzinę dla tych ról.

Przez wzgląd na powyższe, w ocenie zamawiającego odwołanie nie jest dopuszczalne i nie powinno zostać poddane ocenie merytorycznej wobec niespełnienia przesłanek określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. W razie nieuwzględnienia stanowiska zamawiającego odnośnie braku wykazania przez odwołującego interesu prawnego we wniesieniu odwołania zamawiający przedstawił uzasadnienie, wnosząc o oddalenie zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili – wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ITHOUSE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i NEW MEDIA

STUDIO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (zwani dalej: „przystępującym”).

Wraz ze zgłoszeniem przystąpienia przystępujący przedstawił swoje stanowisko i stosunkowali się do zarzutów podniesionych przez odwołującego. W pierwszej kolejności przystępujący jednak podniósł brak istnienia interesu prawnego po stronie odwołującego we wniesieniu przez niego odwołania, wskazując iż odwołujący wywodzi swój interes we wniesieniu odwołania wskazując, że „będzie zmuszony do konkurencji z wykonawcą, który w ogóle nie powinien być dopuszczony do postępowania. W wyniku tego naruszenia odwołujący może zostać pozbawiony uzyskania zamówień wykonawczych”.

Przystępujący zauważył jednak, iż zamówienia na podstawie umów wykonawczych udzielane będą, jak stanowi treść umowy ramowej, zgodnie z aktualnym zapotrzebowaniem zamawiającego. Zgodnie z § 4 ust. 5 projektu umowy ramowej, w przypadku potrzeby udzielenia zamówienia jednostkowego zamawiający będzie dokonywał wyboru wykonawcy do realizacji zamówienia jednostkowego spośród wykonawców, z którymi zawarł umowę ramową, na podstawie liczby punktów przyznanych zgodnie z kryteriami punktowania określonymi w ust. 6. Zamawiający dokona wyboru wykonawcy, który otrzymał najwyższą łączną liczbę punktów. Sposób przyznawania punktów uregulowany został szczegółowo w ust. 6 projektu umowy. Wynika z niego, iż wykonawca, który zajął pierwsze miejsce w ogólnym zestawieniu ofert najkorzystniejszych, niekoniecznie a priori zajmie pierwsze miejsce co do każdego zamówienia jednostkowego, bowiem to uzależnione jest od ceny i innych czynników dla każdego z zamówień jednostkowych. Pierwsze miejsce przystępującego w ogólnej tabeli ofert najkorzystniejszych, czy też ogólniej samo jego umiejscowienie wśród ofert najkorzystniejszych, wcale nie pozbawia odwołującego możliwości otrzymania zamówień. Nawet gdyby to odwołujący uplasował się na pierwszej pozycji ogólnego zestawienia ofert najkorzystniejszych, wcale nie gwarantowałoby mu to zawarcia większej liczby umów wykonawczych, a zatem jego sytuacja faktycznego nie uległaby zmianie w przypadku hipotetycznego wykluczenia przystępującego.

Z powyższych względów przystępujący podnosił brak interesu prawnego odwołującego we wniesieniu odwołania.

Mając na uwadze powyższe przystępujący wniósł o oddalenie w całości odwołania. W pierwszej kolejności, w ocenie przystępującego odwołujący nie wykazał interesu prawnego we wniesieniu niniejszego odwołania. Niezależnie od tej kwestii, w ocenie przystępującego podniesione przez odwołującego zarzuty należy uznać za bezzasadne.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca yarrl spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie (zwany dalej: „przystępującym yarrl”). W dniu 05 września 2024 r. ww. przystępujący złożył pismo procesowe, w którym przedstawił swoje stanowisko i odniósł się do zarzutów podniesionych przez odwołującego.

W dniu 09 września 2024 r. odwołujący złożył pismo procesowe wraz załącznikami, w którym wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w tym piśmie

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone

odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz pismach procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego i przystępującego o oddalenie odwołania z uwagi na brak wykazania przez odwołującego przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Pzp).

Sam fakt, że odwołujący znajduje się w gronie pięciu wykonawców, których oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze i że zamawiający z odwołującym zawarł umowę ramową oraz to iż odwołujący posiada możliwość realizowania zamówień jednostkowych nie pozbawia jeszcze odwołującego interesu w kwestionowaniu czynności zamawiającego w niniejszym postępowaniu pod względem ich prawnej poprawności. Dlatego też w ocenie Izby odwołujący w sposób prawidłowy uzasadnił interes przejawiający się w możliwości zawarcia umowy ramowej oraz możliwości uzyskaniu zamówień, których dotyczy ta umowa.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym:

- a) po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ITHOUSE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i NEW MEDIA STUDIO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.
- b) po stronie odwołującego wykonawca yarrl spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie, wobec spełnienia przesłanek

określonych w art. 525 Pzp, W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z: dokumentacji postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszenia przystąpienia po stronie zamawiającego i po stronie odwołującego oraz złożonych w sprawie pism procesowych wraz z załącznikami oraz dowody z dokumentów złożonych na rozprawie

Izba w związku z wycofaniem przez odwołującego w części zarzutu nr 2 w pkt 1.2.7 i pkt 1.2.8 opisanych w uzasadnieniu odwołania dotyczących usługi wskazanej w poz.1 w wykazie usług, umorzyła na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp postępowanie odwoławcze w tym zakresie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówieniu publicznego pn. „Świadczenie usług polegających na zapewnieniu specjalistów do realizacji zadań w zakresie modyfikacji i rozwoju systemów IT oraz e-usług”.

Zamawiający w Rozdziale VI Podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu w pkt 7 wskazał, iż o zawarcie umowy ramowej w postępowaniu mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Jednym z nich był wskazany w ppkt 4 warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej:

4) w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej - Zamawiający uzna warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał należycie lub wykonuje należycie co najmniej 2 usługi polegające na udostępnianiu zasobów ludzkich w branży IT, a wartość każdej z wykonanych usług wynosiła co najmniej 350 000,00 zł brutto (słownie złotych: trzysta pięćdziesiąt tysięcy).

W przypadku wykazania usługi wykonywanej (będącej w trakcie realizacji), Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli do upływu terminu składania ofert część ww. usługi została wykonana co najmniej na wymaganą kwotę.

W postępowaniu wpłynęło 15 ofert, w tym odwołującego, przystępującego i przystępującego yarrl. Po dokonaniu przez zamawiającego oceny ofert, oferta przystępującego została oceniona najwyżej. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Zamawiający w dniu 09.08.2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszych ofert.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła co następuje:

Analizując przedstawiony stan faktyczny oraz materiał zgromadzony w sprawie Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż rozpoznając odwołanie dokonuje oceny, czy czynności podjęte w postępowaniu przez zamawiającego lub zaniechanie czynności w zakresie objętym odwołaniem, zostało wykonane prawidłowo czy też naruszyło przepisy prawa zamówień publicznych.

W ocenie Izby czynnościom zamawiającego nie można przypisać naruszeń przepisów podnoszonych w odwołaniu tj. art. 128 ust.1, art. 128 ust.4 i art. 128 ust. 5 Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do warunku z rozdziału VI pkt 7 ppkt 4) SWZ, poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do warunku z rozdziału VI pkt 7 ppkt 4) oraz poprzez zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do podmiotów, na rzecz których przystępujący realizował usługi referencyjne o udzielenie wyjaśnień istotnych dla oceny spełnienia warunku z rozdziału VI pkt 7 ppkt 4) SWZ.

Na wstępie należy wskazać, iż jak stanowi § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415, dalej jako „Rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych”) w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty

potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Wskazany powyżej przepis § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych jednoznacznie wskazuje, jakich dokumentów zamawiający mogą żądać od wykonawców aby potwierdzić spełnienie

przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej – w przypadku usług są to: wykaz usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane oraz dowody określające, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wykaz usług to nic innego jak oświadczenie wykonawcy przybierające co do zasady formę zgodną z wzorem określonym przez zamawiającego w danym postępowaniu. Zamawiający konstruując ten wzór określa, jakie informacje należy w wykazie usług podać w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z kolei dowody załączane do wykazu usług, pochodzące co do zasady od podmiotów trzecich (odbiorców usług), takie jak poświadczenia czy referencje, mają na celu wykazanie czy usługi zostały wykonane należycie. Inne okoliczności, takie jak wartość, przedmiot czy data wykonania usług, badane są w oparciu o oświadczenie wykonawcy (tak wyrok KIO sygn. akt 1846/22 z dnia 04 sierpnia 2022 r.)

Mając na uwadze powyższej wskazać należy, iż zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, referencje stanowią potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość, daty i miejsce wykonania Wykonawca podaje w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych. Należy również mieć na uwadze, że zamawiający nie ma wpływu na treść sformułowań zawartych w referencjach, z uwagi na to iż są one wystawiane przez podmiot trzeci. Przywołać można tu przykładowo wyrok o sygnaturze KIO sygn. akt 2145/16 z 28 listopada 2016 r., „Zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest do badania złożonych dokumentów łącznie, tzn. badanie informacji zawartych w jednolitym dokumencie wraz z informacjami zawartymi w referencjach bądź innych dokumentach załączonych przez wykonawcę. Nieuprawnionym byłoby dokonywanie oceny tychże dokumentów rozłącznie, tym bardziej, że treść referencji bądź innych dokumentów przedstawionych na wezwanie nie została określona w obowiązujących przepisach, a jej zakres zależy każdorazowo od podmiotu, który tę referencję, bądź inny dokument wystawia”.

Konkludując potwierdzeniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jest oświadczenie wykonawcy w formie wykazu, który potwierdza zakres, rodzaj i wartość wykonanych prac, a przedstawione referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie prawidłowość i należyty sposób wykonywanej danej usługi referencyjnej. Nie może zatem ulegać najmniejszej wątpliwości, że dokumentem potwierdzającym zakres wykonanych usług

i doświadczenie wykonawcy jest wykaz usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane.

Przechodząc teraz do poszczególnych usług referencyjnych, wobec których odwołujący formułował zarzuty, to w odniesieniu do usługi referencyjnej wskazanej w wykazie usług w poz. 3 przez przystępującego, zrealizowanej na rzecz Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego (zwanego dalej: „GUNB”), Izba uznał iż zamawiający słusznie oparł swoje stanowisko na tym, iż w wykazie została podana data rozpoczęcia usługi dla usługi trwającej nadal, co zamawiający dopuścił określając warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej. Potwierdzeniem tego, iż mamy odczynienia z usługą trwającą nadal są w referencjach GUNB, znajdujące się słowa wskazujące na to, że usługa nie została zakończona, a trwa dalej tj. firma (...) świadczy usługę, czy usługa jest realizowana. Tak więc podnoszone przez odwołującego twierdzenia, iż przystępujący wskazując na spełnienie warunku tak naprawdę nie wiadomo czy powołuje się on na umowę ramową, czy może na skończone albo na nadal trwające umowy wykonawcze w tym stanie rzeczy są niezasadne.

W kwestii załączonego do podmiotowych środków dowodowych oświadczenia przystępującego z dnia 11 lipca 2024 dotyczącego referencji uzyskanych od GUNB Izba stwierdziła, iż oświadczenie to wraz z wykazem usług potwierdziło spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a w świetle przepisów ustawy Pzp to właśnie oświadczenie wykonawcy (przyjmujące formę wykazu usług), a w tym przypadku dodatkowo jeszcze oświadczenie dotyczące referencji stanowi podmiotowy środek dowodowy potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Jeśli zaś chodzi o podnoszoną przez odwołującego kwestię dotyczącą tego, iż nie wiadomo czy wartość wskazana w tym oświadczeniu dotyczy usług realizowanych w ramach jednej umowy wykonawczej czy szeregu takich umów, Izba wskazuje na treść warunku udziału w postępowaniu określoną przez zamawiającego. Zamawiający określając warunek nie wskazał, co należy rozumieć pod określeniem usługa. Tym samym przystępujący wskazując na wartość zrealizowanej usługi warunek spełnił i zupełnie irrelevantne jest to usługa była zrealizowana w ramach jednej umowy wykonawczej czy kilku takich umów.

Ponadto przystępujący przedstawił na rozprawie dowód w postaci umowy wykonawczej zawartej pomiędzy GUNB i przystępującym, na świadczenie kompleksowych usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich z branży IT, zawartej w dniu 19.01.2024 r. który to dowód w zestawieniu oświadczeniem z wykazu usług, referencjami i dołączonymi przez przystępującego do umowy wykonawczej fakturami VAT (faktura FS/24/3/7 na kwotę 310 074, 39 zł brutto, faktura VAT FS/24/4/11 na kwotę 520 875, 48 zł brutto) również potwierdza spełnienie przez niego warunku udziału w postępowaniu.

Przechodząc w następnej kolejności do usługi referencyjnej wskazanej w wykazie usług w poz. 1 dotyczącej K Charles Haulage LTD (zwanego dalej: „K Charles”) co do podnoszonej przez odwołującego kwestii, że w wykazie przystępujący nie wskazał daty zakończenia usługi referencyjnej, a jeśli brak ten podyktowany tym, że dotyczy ona usługi która jest w trakcie realizacji to również należało taką informację podać z treści wykazu, w ocenie Izby potwierdziła się ocena zamawiającego, iż mamy odczynienia z usługą, która jest w trakcie realizacji. Potwierdził to również przystępujący na rozprawie, jak również w piśmie procesowym. Potwierdza to treść referencji i użyte słowa wskazujące na trwanie usługi: „New Media Studio Sp. z o.o. udzieliło i udziela nam wsparcia w zakresie udostępnienia zasobów ludzkich w branży IT(...)”. Jak już wyżej wskazano zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest do badania złożonych dokumentów łącznie, w tym przypadku wykazu usług wraz z referencjami. Tak więc brak wskazania przez przystępującego w wykazie, że usługa trwa nadal, czy jest realizowana obecnie nie powoduje, iż wykaz ten w tym

zakresie jest nieprawidłowy.

Przechodząc w dalsze kolejności do zarzutów odwołującego poddających w wątpliwość prawdziwość oświadczenia przystępującego co do wskazanej w wykazie daty rozpoczęcia usługi referencyjnej, które oparł odwołujący na tym, iż w innym postępowaniu na zawarcie umowy ramowej przystępujący również powołał się na referencję od podmiotu K Charles, ale jako datę rozpoczęcia usług podał wówczas 2019 r., należy wskazać iż skoro przystępujący powołał się na usługę trwającą, a zamawiający wskazał, iż w przypadku wykazania usługi wykonawczej będącej w trakcie realizacji zamawiający uzna warunek za spełniony, jeśli do upływu składania części usługi zostanie wykonana co najmniej na wymagana w warunku kwotę, wskazana data początkowa jest irrelevantna co do oceny spełnienia warunku.

Ponadto przedstawiona przez odwołującego argumentacją związana z innym postępowaniem i powoływaniem się w nim przez przystępującego również na referencję od K Charles dotycząc świadczenia usług ich realizacji i wskazywania poszczególnych dat ich rozpoczęcia i zakończenia jest tylko założeniami poczynionymi przez odwołującego, które nie znajdują odzwierciedlenia w zabranym materiale dowodowym. Ponadto nie ma to wpływu na dokonaną ocenę wykazu usług przez zamawiającego. Zamawiający dokonując oceny wykazu usług przystępującego oparł się na oświadczeniu w nim zawartym, które w połączeniu z przedstawionymi referencjami nie mogło prowadzić do innego wniosku, jak tylko tego, że przystępujący wykazał się spełnieniem warunku jeżeli chodzi o tą usługę referencyjną.

Jeśli zaś chodzi o zarzut czyniony przez odwołującego dotyczący tego, iż zamawiający wymagał podania wartości wykonanej usługi zaś w treści przedłożonego przez przystępującego wykazu jest brak takiej informacji, a wskazana kwota „ponad 350 000, 00 zł brutto” to wyłącznie przepisanie warunku, Izba doszła do przekonania iż twierdzenia odwołującego w tym zakresie nie są chybione. To właśnie na podstawie oświadczenia wykonawcy zawartego w wykazie usług badane jest spełnienie warunków udziału w postępowaniu co stanowi podmiotowym środkiem dowodowy. Określenie jakim posłużył się przystępujący, zdaniem Izby pozwalało ocenić zamawiającemu, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu.

Co do kwestii zarzucanej przez odwołującego że treść referencji od K Charles rodzi uzasadnione wątpliwości czy referencja ta faktycznie dotyczy usług udostępnienia zasobów ludzkich skład orzekający stoi na stanowisku, iż odwołujący w tym zakresie nie przedstawił żadnego dowodu, na podstawie którego tak wywodził. Ciężar dowodu odnośnie tego zarzutu spoczywał na odwołującym, jako na stronie wywodzącej skutki prawne z powoływanych twierdzeń. W ocenie składu orzekającego odwołujący temu ciężarowi nie sprostał, a jego argumentacja sprowadzała się do głosownych twierdzeń, które nie znalazły zdaniem Izby potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym. Nie może umknąć uwadze, że z treści referencji wystawionych przez K Charles wynika wprost: „New Media Studio Sp. z o.o. udzieliło i udziela nam wsparcia w zakresie udostępnienia zasobów ludzkich w branży IT(...)”.

Izba doszła do przekonania, iż nie można zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego i wskazywanymi przez niego wątpliwościami, czy referencja ta faktycznie dotyczy usługi udostępnienia zasobów ludzkich. Odwołujący w swojej argumentacji wskazywał, iż należy odróżnić od siebie usługę informatyczną, gdzie wykonawca podejmuje się wykonania określonego dzieła i odpowiada za osiągnięcie rezultatu, od usługi udostępnienia zasobów ludzkich gdzie zasobami tymi zarządza nie wykonawca, a zamawiający. Odwołujący swoje stanowisko buduje w oparciu, o to że w referencjach K Charles, oprócz powyższego stwierdzenia wskazał, iż „udało nam się przeprowadzić skuteczną digitalizację produktów dla klientów, a także umożliwić im łatwiejszy dostęp do naszych usług”. Zdaniem odwołującego stwierdzenie to może wskazywać, że w rzeczywistości New Media Studio mogła wykonywać na rzecz K Charles konkretną usługę informatyczną, a nie oddawać do dyspozycji tego podmiotu swój personel, jednakże odwołujący w tym zakresie, jak już wyżej to wskazano nie przedstawił żadnego dowodu, a argumentacje swoją oparł jedynie na domysłach.

Należy również wskazać, iż referencje nie muszą zawierać szczegółowych informacji co do zakresu zadania, którego dotyczą. Istotne jest, aby na ich podstawie można było ustalić, że dotyczą zadania wskazanego przez wykonawcę w wykazie usług i potwierdzają

jego należyta realizację. W ocenie Izby, te dane były na gruncie złożonych przez przystępującego referencji identyfikowalne i nie budziły żadnych wątpliwości. Izba również nie podziela argumentacji odwołującego wskazującej na to, iż potwierdzeniem powyższego może być także profil działalności K Charles Haulage LTD (firma spedycyjno-logistyczna) i dlatego też na tej podstawie można mieć wątpliwości, czy podmiot taki faktycznie ma zdolności do samodzielnego kierowania projektami IT. Twierdzenie odwołującego w tym zakresie, zdaniem Izby są zbyt daleko idące nie mające odzwierciedlenia w zebranych materiale dowodowym.

Przechodząc następnie do zarzutu, gdzie odwołujący wskazał, iż z publicznie dostępnych dokumentów finansowych przystępującego New Media Studio wynika, że podmiot ten nie miał żadnych przychodów ze sprzedaży usług poza granicami kraju, jak również analiza dowodów przedstawionych przez odwołującego wraz z pismem procesowym złożonym w dniu 09 września 2024 roku. tj. dokumentów finansowych przystępującego New Media Studio (pobrane z portalu Ministerstwa Finansów) tj. informacji dodatkowej za 2021 i 2023 oraz sprawozdania finansowego za 2022, Izba wskazuje, iż powyższe może rodzić uzasadnione wątpliwości co do spełnienia przez przystępującego w zakresie tej usługi referencyjnej warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że z treści ww. dowodów wynika, że zarówno w roku 2023 jak i w latach poprzedzających tj. 2020-2022 ww. spółka nie uzyskała żadnych przychodów ze sprzedaży usług poza granicami kraju (sprzedaż na eksport oraz sprzedaż wewnątrzspółnotowa), co rodzi wątpliwości, czy wskazane w poz. 1 wykazu usług doświadczenie na rzecz spółki brytyjskiej faktycznie zostało zrealizowane przez New Media Studio. Izba doszła do przekonania, iż dowody przedstawione przez odwołującego mogą powodować niejasności co do tego czy rzeczywiście tak jak wskazał przystępujący w wykazie usługa, usługa ta realizowana był od 1.04.2023 r. na rzecz spółki brytyjskiej, skoro w roku 2023

jak i w latach poprzedzających tj. 2020-2022 ww. spółka nie uzyskała żadnych przychodów ze sprzedaży usług poza granicami kraju. Izba podziela argumentację przystępującego, iż zamawiający nie ma obowiązku badania w trakcie dokonywania czynności badania i oceny ofert sprawozdań finansowych wykonawców. Jednakże zarzut formułowany przez odwołującego dotyczy tego czy przystępujący w ogóle realizował umowę na rzecz K Charles, a tym samym czy wskazane w poz. 1 wykazu usług doświadczenie na rzecz K Charles faktycznie miało miejsce. Ponadto Przystępujący nie przedstawił, żadnego dowodu na zaprzeczenie twierdzeń odwołującego, a argumentacja zaprezentowana przez przystępującego na rozprawie w tym zakresie była bardzo lakoniczna.

Konkludując, jednakże tak jak już Izba wcześniej wskazywała zamawiający oceniając podmiotowe środki dowodowe dotyczące usługi referencyjnej wskazanej w pkt 1 wykazu

usług nie miał wiedzy w tym zakresie, w związku z tym oceniał je prawidłowo w momencie dokonywania ich oceny.

W odniesieniu do usługi referencyjnej świadczonej przez przystępującego na rzecz Orange Polska S.A. wskazanej w poz. 2 wykazu usług i zarzutów wskazywanych względem niej przez odwołującego, to w dużej mierze zasadna jest argumentacja przedstawiona przez Izbę powyżej.

Przystępujący nie podając daty zakończenia usługi, powołuje się na usługę trwającą. Treść referencji wprost wskazuje, poprzez użyte tam słowa: „udzielają” (...) czy „wspiera”, że należy mieć na uwadze usługę trwającą obecnie.

Odwołujący dalej poddawał w wątpliwość, podobnie jak przy usłudze referencyjnej wskazanej w wykazie usług w poz. 1 datę rozpoczęcia powołując się na postępowanie prowadzone przez innego zamawiającego. W zakresie tego zarzutu właściwa jest argumentacja, o której mowa powyżej w ramach zarzutów dotyczących usługi referencyjnej świadczonej przez przystępującego na rzecz K Charles i nie zasadne jest jej powielanie.

Odwołujący ponownie w zakresie i tej usługi referencyjnej zarzucił, iż przystępujący nie podał, zgodnie z tym co wymagał zamawiający wartości wykonanej usługi, a podana informacja „ponad 350 000, 00 zł brutto” stanowi wyłącznie przepisanie warunku, jak również odwołujący poddał w wątpliwość czy referencja ta faktycznie dotyczy usługi udostępniania zasobów ludzkich. Izba i tutaj wskazuje, iż zasadna jest argumentacja przedstawiona powyżej. Izba dodatkowo pragnie zwrócić uwagę iż Dowód nr 3 „Informacja o współpracy” pochodzący od Orange Polska S.A. przedstawiony na rozprawie przez przystępującego potwierdza, iż oświadczenie złożone w tym zakresie przez przystępującego w wykazie usług jest prawidłowe i wskazuje na to, iż przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Reasumując, Izba stwierdziła, iż stanowisko odwołującego odnoszące się do niewykazania przez przystępującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu pozostało gołosłowne i nie broniło się w stosunku do twierdzeń i dowodów przedstawionych w postępowaniu odwoławczym przez przystępującego. W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby po stronie zamawiającego powinny powstać jakiekolwiek uzasadnione wątpliwości co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez przystępującego, które uzasadniałyby chociażby wezwanie przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, nie mówiąc już o wezwaniu do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, czy zwróceniu się bezpośrednio do podmiotów na rzecz których przystępujący realizował usługi referencyjne o udzielenie wyjaśnień istotnych dla oceny spełnienia warunku w trybie art. 128 ust. 5 Pzp. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy,

analizowany przez pryzmat podstaw faktycznych zarzutów odwołania, nie daje podstaw do wyprowadzenia takiego wniosku. Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodowemu, który w myśl art. 534 ust. 1 ustawy Pzp na nim spoczywał.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania sformułował również zarzut wskazujący na to, iż w treści złożonego odwołania wykazał on, że zamawiający nie miał prawa uznać, że IT HOUSE sp. z o.o. posiada wymagane doświadczenie. Niezależnie zatem od podnoszonych w treści odwołania zarzutów w stosunku do New Media Studio, zamawiający powinien był zakwestionować zamiar IT HOUSE sp. z o.o. samodzielnego wykonania usług objętych warunkiem, co zdaniem odwołującego potwierdza naruszenie przez zamawiającego art. 117 ust. 4 ustawy Pzp.

Jak wskazał odwołujący, powyższe potwierdza zasadność zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum IT HOUSE sp. z o.o. do uzupełnienia oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp zgodnego ze sposobem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zarzut ten został w treści uzasadnienia przez odwołującego podniesiony jako konsekwencja skonstruowanego wcześniej zarzutu dotyczącego naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp. Odwołujący nie uzasadnił szerzej tego zarzutu w treści odwołania, zaś w toku postępowania odwoławczego wykazano, że zamawiający prawidłowo działał i nie doszło do naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp. Stąd też Izba także oddaliła ten zarzut.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania i koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Przewodnicząca: .....

