Sygn. akt KIO 4983/24

WYROK

Warszawa, dnia 3 lutego 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska

Protokolant:Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2025 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2024 roku przez wykonawcę MERA-SERWIS SGL SPÓŁKA Z OGRANICZO ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWO-AKCYJNA z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim w postępov prowadzonym przez zamawiającego "KOLEJE MAZOWIECKIE - KM" SPÓŁKA Z OGRANICZO ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego AUTOMATIKON SPÓŁKA Z OGRANICZON ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Jaworze

orzeka:

1.Oddala odwołanie

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę MERA-SERWIS SGL SPÓŁKA Z OGRANICZO ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWO-AKCYJNA z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę: 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz po 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę i Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

2.2.zasądza od wykonawcy MERA-SERWIS SGL SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SP KOMANDYTOWO-AKCYJNA z siedzibą w Grodzisku Mazowieckimna rzecz zamawiającego "KOLEJE MAZOWIECKIE - KM" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem 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 4983/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający - "KOLEJE MAZOWIECKIE - KM" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z s w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Usługa sprzedaży biletów za pośrednictwem biletomatów stacjonarnych”, nr referencyjny: MWZ2.27.65.2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 września 2024 r. pod numerem: 528670-2024.

W postępowaniu tym wykonawca MERA-SERWIS SGL SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNO SPÓŁKA KOMANDYTOWO-AKCYJNA z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim (dalej: „Odwołujący”) w dniu 28 grudnia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, tj.: wobec wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Automatikon Spółka z o.o., która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie, gdyż ww. wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie ogólnego doświadczenia, określonego w treści Rozdziale VII ust. 2 pkt 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) przez złożenie wraz z ofertą zobowiązania podmiotu trzeciego (Avista Spółka z o.o.) nie gwarantującego wykonawcy Automatikon Spółka z o.o. realnego odstępu do potencjału tego podmiotu.

<u>Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:</u>

1.art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 122 ust. 1 ustawy Pzp, art. 123 ustawy Pzp, art. 118 ust. 2 ustawy Pzp oraz treścią art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp – przez wybór oferty najkorzystniejszej, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż została wybrana przez Zamawiającego na skutek bezpodstawnego uznania, że wykonawca Automatikon Spółka z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu i potwierdził je przy pomocy złożonych podmiotowych środków dowodowych (zobowiązania podmiotu trzeciego) w zakresie ujętym w treści Rozdziału VII ust. 2 pkt 1 SWZ tj. potwierdzającego, że ww. wykonawca wykazał spełnienie warunku w zakresie ogólnego doświadczenia;

2.art. 122 ust. 1 ustawy Pzp w związku z treścią art. 123 ustawy Pzp, art. 118 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp przez bezpodstawne zaniechanie wezwania wykonawcy Automatikon Spółka z o.o. do

zastąpienia podmiotu trzeciego (Avista Spółka z o.o.) innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu;

alternatywnie, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznająca przedmiotowe odwołanie uznała, że istnieją podstawy do uzupełnienia/poprawienia zobowiązania podmiotu trzeciego (Avista Spółka z o.o.) Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

3.art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, art. 118 ust. 2 ustawy Pzp oraz treścią art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp – przez wybór oferty najkorzystniejszej, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż została wybrana przez Zamawiającego na skutek bezpodstawnego uznania, że wykonawca Automatikon Spółka z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu i potwierdził je przy pomocy złożonych podmiotowych środków dowodowych (zobowiązania podmiotu trzeciego) w zakresie ujętym w treści Rozdziału VII ust. 2 pkt 1 SWZ tj. potwierdzającego, że ww. wykonawca wykazał spełnienie warunku w zakresie ogólnego doświadczenia.

4.art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w związku z treścią art. 118 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp przez bezpodstawne zaniechanie wezwania wykonawcy Automatikon Spółka z o.o. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych – zobowiązania podmiotu trzeciego (Avista Spółka z o.o.) potwierdzającego, że udział tego ostatniego w realizacji przedmiotu zamówienia będzie miał charakter realny, tj. że zostanie on zaangażowany bezpośrednio jako podwykonawca w realizację przewidzianej usługi sprzedaży biletów i podjęcie się roli podmiotu obsługującego płatności elektroniczne (bezgotówkowe).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej w dniu 18.12.2024 r., tj. wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Automatikon Spółka z o.o. wobec braku wykazania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu ujętego w treści Rozdziału VII ust. 2 pkt 1 SWZ;

2.w ramach zarzutu podstawowego (zarzut nr 1 i 2) nakazania Zamawiającemu wezwania do zastąpienia podmiotu trzeciego (Avista Spółka z o.o.) innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że wykonawca Automatikon Spółka z o.o. samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu;

3.w ramach zarzutu alternatywnego (zarzut nr 3 i 4) nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Automatikon Spółka z o.o. do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp ze względu na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu ujętego w treści Rozdziału VII ust. 2 pkt 1 SWZ przez złożenie zobowiązania podmiotu trzeciego gwarantującego ww. wykonawcy realny dostęp do potencjału podmiotu trzeciego;

4.powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem wyniku wezwań oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Odwołujący opisał stan faktyczny sprawy wskazując, że przedmiotowem zamówienia jest długookresowa (realizowana w okresie 67 miesięcy) usługa obejmująca sprzedaż biletów oraz obsługę płatności bezgotówkowych realizowanych na dostarczonych przez wykonawcę biletomatach stacjonarnych.

Odwołujący przywołał treść warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (Rozdział VII SWZ).

Odwołujący nawiązał do oferty Uczestnika postępowania wskazując, że w pkt 3 formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SWZ) złożył on oświadczenie, że przedmiot zamówienia zamierza *wykonać siłami własnymi i przy pomocy podwykonawców, zgodnie z poniższymi zapisami *).*

AVISTA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, ul. Kaleńska 5, 04-367 Warszawa NIP 822-19-99 KRS 0000008895.

część zamówienia: nadzór nad stworzeniem oraz utrzymaniem oprogramowania biletomatów, udzielenie stałego doradztwa i konsultacji w zakresie realizacji sprzedaży biletów za pośrednictwem biletomatów stacjonarnych, oddelegowanie zasobów personalnych, konsultacje merytoryczne, nadzór nad pracami programistycznymi.

Odwołujący wskazał, że podmiot udostępniajacy zasoby AVISTA Spółka z o.o. złożyła następujące zobowiązanie:

AVISTA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, ul. Kaleńska 5, 04-367 Warszawa NIP 822-19-99 KRS 0000008895. (nazwa, adres podmiotu oddającego do dyspozycji Wykonawcy niezbędne zasoby) Zobowiązujemy się do oddania do dyspozycji Wykonawcy Automatikon Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Stokrotek 51, 43-384 Jaworze, NIP: 5472141934, (nazwa, adres Wykonawcy) posiadanych przez nas niezbędnych zasobów, tj.:

1)zakres zasobów, jakie udostępniamy Wykonawcy:

Zdolność techniczna i zawodowa niezbędna do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, w postaci doświadczenia w realizacji zamówienia polegającego na świadczeniu przez okres co najmniej 12 kolejnych miesięcy, usługi sprzedaży biletów za pośrednictwem co najmniej 45 sztuk samoobsługowych urządzeń stacjonarnych,

zapewniających możliwość wydruku biletu i/lub potwierdzenia sprzedaży, z których każde obsługiwało przynajmniej płatności bezgotówkowe za pośrednictwem kart płatniczych i urządzeń mobilnych. (należy szczegółowo opisać zakres zasobów oddanych do dyspozycji Wykonawcy)

2)sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez Wykonawcę powyższych zasobów przy wykonywaniu zamówienia:

Podmiot udostępniający zasoby będzie brał aktywny udział w realizacji zamówienia przez Wykonawcę jako jego podwykonawca. Okres udostępnienia zasobów: przez cały okres realizacji zamówienia przez Wykonawcę. (należy opisać sposób wykorzystania przez Wykonawcę zasobów i okres udostępnienia)

3)zakres realizacji przez nas usług):*

Podmiot udostępniający zasoby będzie wykonywał w trakcie realizacji zamówienia przez Wykonawcę w szczególności następujące czynności: nadzór nad stworzeniem oraz utrzymaniem oprogramowania biletomatów, udzielenie stałego doradztwa i konsultacji w zakresie realizacji sprzedaży biletów za pośrednictwem biletomatów stacjonarnych, oddelegowanie zasobów personalnych, konsultacje merytoryczne, nadzór nad pracami programistycznymi. (należy opisać, czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia, zrealizuje usługę, których wskazane zdolności dotyczą) na potrzeby realizacji zamówienia publicznego pn. „Usługa sprzedaży biletów za pośrednictwem biletomatów stacjonarnych", znak: MWZ2.27.65.2024. Potwierdzamy, że stosunek łączący nas z Wykonawcą gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający błędnie ocenił treść zobowiązania do udostępnienia zasobów. Odwołujący podniósł, że podmiot udostępniajacy zasoby, w treści zobowiązania, ograniczył się do nadzoru nad stworzeniem oraz utrzymaniem oprogramowania biletomatów, udzieleniem stałego doradztwa i konsultacji w zakresie realizacji sprzedaży biletów za pośrednictwem biletomatów stacjonarnych, oddelegowania zasobów personalnych, konsultacji merytorycznych, nadzoru nad pracami programistycznymi.

W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że podmiot trzeci musi faktycznie wykonywać czynności wchodzące w zakres zamówienia. Wówczas zobowiązanie podmiotu trzeciego, który udostępnia wykonawcy potencjał, powinno wskazywać, w jakim zakresie podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których dotyczą udostępniane zdolności.

Zdaniem Odwołującego podmiot trzeci musi wystąpić w roli podwykonawcy realizującego faktycznie określony zakres usług (a więc zgodnie z treścią warunku oraz opisem przedmiotu zamówienia usługi sprzedaży biletów za pomocą samoobsługowych urządzeń stacjonarnych (…), które będą obsługiwały płatności bezgotówkowe za pośrednictwem kart płatniczych i BLIK. Tym samym, w ocenie Odwołującego, podmiot trzeci powinien przyjąć na siebie rolę bezpośredniego podwykonawcy, co najmniej w najistotniejszym elemencie usługi, tj. jako podmiot świadczący sprzedaż biletów i jako podmiotu obsługującego płatności elektroniczne (bezgotówkowe) realizowanych przy wykorzystaniu dostarczonych urządzeń. Ograniczenie się jedynie do wsparcia, konsultacji i doradztwa i to w ubocznych elementach świadczenia jakimi są prace programistyczne, czy też doradztwo i konsultacje w zakresie realizacji sprzedaży biletów nie gwarantuje realnego dostępu do zasobów podmiotu trzeciego.

Udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez konsultacje czy doradztwo (jak w niniejszym wypadku) jest w obecnym stanie prawnym niewystarczające.

Pismem z dnia 23 stycznia 2025 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie w całości.

<u>W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:</u>

Z treści zobowiązania Avista Sp. z o.o., które zostało złożone wraz z ofertą wprost wynika, że Avista Sp. z o.o. będzie podwykonawcą Automatikon Sp. z o.o. i to w szerokim zakresie, obejmującym m.in. oddelegowanie zasobów personalnych do realizacji zamówienia w ramach podwykonawstwa. Jak wynika z ww. dokumentów, Avista Sp. z o.o. zadeklarowała w ramach podwykonawstwa również nadzór nad stworzeniem oraz utrzymywaniem oprogramowania biletomatów, udzielenie stałego doradztwa i konsultacji w zakresie realizacji sprzedaży biletów za pośrednictwem biletomatów stacjonarnych, konsultacje merytoryczne, czy też nadzór nad pracami programistycznymi. Zakres udziału Avista Sp. z o.o. w realizacji zamówienia będzie zatem bardzo szeroki i będzie dotyczyć całości przedmiotu umowy, a w szczególności oprogramowania umożliwiającego sprzedaż biletów, zgodnie z ofertą i wymaganiami Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że Avista Sp. z o.o. zobowiązała się do udostępnienia swojej wiedzy i doświadczenia w formie podwykonawstwa, w istotnych elementach związanych z realizacją przedmiotu zamówienia (a nie jego marginalną częścią), co zostało potwierdzone odpowiednim oświadczeniem, będącym częścią oferty.

Wykonawca AUTOMATIKON SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Jaworze z przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie wykonawca skutecznie zgłosił

swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 23 stycznia 2025 r. Uczestnik postępowania odniósł się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych, 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.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Za nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy Izba uznała dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożone przez:

1. Odwołującego wraz z pismem z dnia 29 stycznia 2025 r., tj. ofert na oprogramowanie;
2. Zamawiającego na rozprawie, tj. wydruku ze strony internetowej AVISTA SPÓŁKA Z OGRANICZON ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie (dalej: „AVISTA").

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez Uczestnika postępowania wraz z pismem procesowym z dnia 23 stycznia 2025 r., tj.: przedwstępną umowę o podwykonawstwo z dnia 11 października 2024 r. *na fakt*: zakresu i realności udostępnionych zasobów.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa sprzedaży biletów za pośrednictwem biletomatów stacjonarnych.

Zgodnie z treścią rozdziałem VII (Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia) ust. 2 pkt 2 SWZ dot. zdolności technicznej i zawodowej: *Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał przez okres co najmniej 12 kolejnych miesięcy co najmniej jedno zamówienie polegające na świadczeniu usługi sprzedaży biletów za pośrednictwem co najmniej 45 samoobsługowych urządzeń stacjonarnych zapewniających możliwość wydruku biletu i/lub potwierdzenia sprzedaży, z których każde obsługiwało przynajmniej płatności bezgotówkowe za pośrednictwem kart płatniczych i BLIK.*

Okres trzech lat liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert.

Z kolei zgodnie z pkt 3 Zamawiający w celu spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu dopuścił poleganie na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 11 października 2024 r. w postępowaniu złożone zostały trzy oferty:

Uczestnik postępowania wraz z ofertą przedłożył zobowiązanie podmiotu AVISTA do udostępnienia zasobów w postaci zdolności technicznej i zawodowej niezbędnej do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia w realizacji zamówienia polegającego na świadczeniu przez okres co najmniej 12 kolejnych miesięcy, usługi sprzedaży biletów za pośrednictwem co najmniej 45 sztuk samoobsługowych urządzeń stacjonarnych, zapewniających możliwość wydruku biletu i/lub potwierdzenia sprzedaży, z których każde obsługiwało przynajmniej płatności bezgotówkowe za pośrednictwem kart płatniczych i urządzeń mobilnych. Zobowiązanie zostało przygotowane na formularzu przygotowanym przez Zamawiającego jako załącznik nr 5 do SWZ.

Treść zobowiązania AVISTY została przytoczona w odwołaniu i odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać jej powtarzanie.

Pismem z dnia 18 grudnia 2024 r. Zamawiający poinformował o wynikach postępowania wskazując, że jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Uczestnika postępowania.

Stan faktyczny nie był pomiędzy Stronami sporny, a spór ogniskował się wokół oceny czy udostępnione przez AVISTĘ zasoby mają charakter realny, a co za tym idzie czy Uczestnik postępowania w rzeczywistości będzie dysponował danym zasobem w toku realizacji przedmiotowego zamówienia. Zdaniem Odwołującego wsparcie, konsultacje i doradztwo w zakresie prac programistycznych oraz doradztwo i konsultacje w zakresie realizacji sprzedaży biletów nie gwarantuje realnego dostępu do zasobów podmiotu trzeciego.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 b i c ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę: b)*

niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp *W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.* Z kolei zgodnie z ust. 3 *Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.*

Zasadniczo wywody Odwołującego sprowadzały się do tego, że Uczestnik postępowania wykaże realność dostępu do zasobów podmiotu trzeciego tylko wtedy, gdy podmiot ten de facto zrealizuje w całości przedmiotowe zamówienia. Odwołujący zarówno w odwołaniu jak i w piśmie stanowiącym replikę na odpowiedź na odwołanie, konsekwentnie referował wyłącznie do doradztwa i konsultacji (przytaczając bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie), pomijając oświadczenie AVISTA dot. oddelegowania zasobów personalnych.

W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano, i z tym należy się zgodzić, że podmioty udostępniające zasoby muszą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawcy, wykonując usługi do realizacji których zdolności były wymagane i określone przez zamawiającego. W rozpoznawanej sprawie podmiot udostępniający zasoby będzie uczestniczył w realizacji zamówienia jako podwykonawca.

Zdaniem Izby, biorąc pod uwagę treść zobowiązania oraz przedwstępnej umowy o podwykonawstwo, podmiot trzecie nie będzie pełnił jedynie funkcji doradczych. Z zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby wynika, że zapewni specjalistów, którzy będą aktywnie uczestniczyć w pracach programistycznych związanych ze stworzeniem i utrzymaniem oprogramowania biletomatów, jak również w procesie sprzedaży biletów oraz obsługi płatności elektronicznych. W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy, Izba nie znalazła również podstaw prawnych i faktycznych do nakazania Zamawiającemu wezwanie Uczestnika postępowania do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, czy też żądania aby zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. § 5 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……