

WYROK
z dnia 11 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Członkowie: Emil Kuriata

Jolanta Markowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez: „**WASKO**” S.A. w Gliwicach, przy udziale wykonawców konsorcjum firm „**BONAIR**” SA w Warszawie, „**BAKK**” Sp. z o.o. w Warszawie oraz „**TIMSI**” Sp. z o.o. w Warszawie oraz „**BETACOM**” SA w Warszawie, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, od czynności Zamawiającego – Instytutu Techniki Budowlanej w Warszawie

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Instytut Techniki Budowlanej w Warszawie wykluczenie wykonawcy „PROXIMUS” S.A. w Katowicach, powtórne badanie i ocenę złożonych w postępowaniu wniosków;**
2. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego Instytut Techniki Budowlanej w Warszawie** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego WASKO SA w Gliwicach;
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **18.600 zł 00 gr** (osiemnastu tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Zamawiającego Instytut Techniki Budowlanej w Warszawie na rzecz wykonawcy WASKO SA w Gliwicach, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego rybie przetargu ograniczonego na **„Zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego oraz cyfryzację zasobów (wydawnictw, publikacji i produktów ITB) w ramach Zintegrowanego Systemu Informatycznego realizowanego w ramach Projektu „Rozwój infrastruktury informatycznej - zwiększenie dostępności potencjału naukowego dla nauki, gospodarki”**, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 37-053039 w dniu 17 lutego 2010r.

W prowadzonym postępowaniu, Zamawiający w dniu 17 marca 2010r. dokonał badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i po uprzednim wezwaniu wykonawców ASSECO Poland S.A.; konsorcjum którego liderem jest BONAIR S.A.; CSF Sp. z o.o.; oraz „PROXIMUS” S.A. do uzupełnienia braków w zakresie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przekazał za pośrednictwem faksu informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcom w dniu 6 kwietnia 2010r.

W następstwie tej oceny przyznał następujące oceny wykonawcom, którzy złożyli wnioski:

- „BETACOM” S.A. w Warszawie – 37 pkt;
- CSF Polska sp. z o.o. w Lublinie – 33 pkt;
- Konsorcjum firm „BONAIR” S.A. w Warszawie, BAKK Sp. z o.o. w Warszawie oraz TIMSI Sp. z o.o. w Warszawie, którego liderem jest „BONAIR” S.A. w Warszawie – 31 pkt;
- S&T Services Polska Sp. z o.o. w Warszawie – 27 pkt;
- „PROXIMUS” S.A. w Katowicach – 21 pkt;
- „WASKO” S.A. w Gliwicach – 16 pkt

oraz wykluczył z postępowania „ASSECO” Poland S.A. w Warszawie.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz zaniechania czynności, to jest:

- 1) czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wskazanych w odwołaniu wykonawców oraz czynności przyznania ocen spełniania tych warunków przez wskazanych w odwołaniu wykonawców,
- 2) zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wskazanych w odwołaniu

wykonawców,

- 3) zaniechania czynności wezwania wskazanych w odwołaniu wykonawców do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy.

Czynnościom i zaniechaniem Zamawiającego Odwołujący postawił następujące zarzuty:

- 1) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 51 ust. 1, la i 2 ustawy poprzez dokonanie wadliwej czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wskazanych w odwołaniu wykonawców oraz wadliwej czynności przyznania oceny spełniania tych warunków przez wskazanych w odwołaniu wykonawców;

- 2) odnośnie wykonawcy „PROXIMUS” S.A., z Katowic,

- zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PROXIMUS z postępowania, pomimo że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu;

- zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PROXIMUS z postępowania, pomimo że złożył on nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

- zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PROXIMUS do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy, pomimo że wykonawca PROXIMUS nie złożył wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy;

- 3) odnośnie konsorcjum firm (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia): „BONAIR” S.A., w Warszawie, „BAKK” Sp. z o.o. w Warszawie, „TIMSI” Sp. z o.o., w Warszawie:

- zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum BONAIR do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy, pomimo że konsorcjum BONAIR nie złożyło

wymaganego przez Zamawiającego dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy;

4) odnośnie wykonawcy „BETACOM” S.A. w Warszawie:

- zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy BETACOM z postępowania, pomimo że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy BETACOM do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy, pomimo że wykonawca BETACOM nie złożył wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy;

5) zarzut naruszenia innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia odwołania.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o **uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:**

- a) powtórzył czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz powtórzył czynność przyznania ocen spełniania tych warunków;
- b) dokonał czynności wykluczenia z postępowania wskazanych w odwołaniu wykonawców;
- c) dokonał czynności wezwania wskazanych w odwołaniu wykonawców do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- d) dokonał czynności ponownego poinformowania wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, iż Wykonawca PROXIMUS w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia odwołał się do wiedzy i doświadczenia innych podmiotów, podczas gdy zobowiązania tych podmiotów dotyczyły tylko udzielenia osób zdolnych do wykonania zamówienia. Zdaniem Odwołującego dołączone do wniosku „Zobowiązania” są tylko i wyłącznie zobowiązaniami w zakresie

oddania wykonawcy „PROXIMUS” S.A. do dyspozycji osób zdolnych do wykonania zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia nie obejmują natomiast oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów, tj. wiedzy i doświadczenia, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, w związku z czym, zdaniem Odwołującego, wykonawca „PROXIMUS” S.A. nie wykazał spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia (z wyjątkiem warunku dotyczącego oprogramowania bibliotecznego Aleph), zatem Zamawiający winien wykluczyć tego wykonawcę z postępowania.

Wskazał dalej Odwołujący, że wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykonania co najmniej 3 wdrożeń polegających na zaprojektowaniu i wykonaniu (bądź dostosowaniu do potrzeb użytkownika) aplikacji: — portali informacyjnych dla minimum 300 użytkowników o wartości nie mniejszej niż 100 000 PLN netto a także — systemu workflow dla minimum 300 użytkowników o wartości nie mniejszej niż 100 000 PLN netto. Odwołujący podał, iż w uzupełnionym wykazie wykonanych dostaw lub usług wykonawca „PROXIMUS” S.A. wskazał zamówienie wykonane dla ING Securities S.A., w Warszawie, co do którego data wykonania wskazana w referencji to luty 2006r. Dodatkowo Odwołujący zarzucił, że w uzupełnionym wykazie wykonanych dostaw lub usług „PROXIMUS” SA w Katowicach wskazał zamówienie wykonane dla TIM S.A., w Siechnicach, gdzie z referencji nie wynika, by wykonane zamówienie dotyczyło systemu workflow dla minimum 300 użytkowników, a zatem nie może być ono brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Podniósł Odwołujący, że skoro „PROXIMUS” S.A. była już wzywana do uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw lub usług w powyższym zakresie, to nie jest możliwie kolejne wezwanie wykonawcy PROXIMUS do uzupełnienia w tym zakresie.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że osoby wskazane we wniosku „PROXIMUS” S.A. jako kandydaci do funkcji analityka ERP oraz architekta ERP nie spełniają postawionych przez Zamawiającego warunków, co wynika, z ich życiorysów zawodowych, wobec czego konieczne było, wezwanie wykonawcy „PROXIMUS” S.A. do złożenia w wyznaczonym terminie wykazu osób, tak aby potwierdzał on spełnianie przez wskazane osoby wymagań postawionych wobec analityka ERP i architekta ERP.

Podniósł dalej Odwołujący, że Zamawiający zaniechał wezwania konsorcjum, którego liderem jest „BONAIR” S.A. do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy, pomimo że ten wykonawca nie złożył wymaganego przez Zamawiającego dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Odwołujący podał, że wchodzący w skład konsorcjum wykonawca „BAKK” Sp. z o.o. w Warszawie nie załączył do wniosku aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy w związku z czym konieczne było wezwanie konsorcjum, którego liderem jest „BONAIR” S.A. do złożenia w wyznaczonym terminie ww. dokumentu.

Wskazał Odwołujący w uzasadnieniu, że Zamawiający zaniechał także wykluczenia wykonawcy „BETACOM” S.A. z postępowania, pomimo że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu, w związku z załączeniem przez ten podmiot do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu *Zobowiązań* innych podmiotów do udzielenia przez ich podwykonawców osób zdolnych do wykonania zamówienia, które jednak, zdaniem Odwołującego nie obejmują udostępnienia wiedzy i doświadczenia podwykonawców. W oparciu o powyższe Odwołujący argumentował o potrzebie wykluczenia tego wykonawcy, stawiając zarazem z ostrożności zarzut zaniechania wezwania wykonawcy „BETACOM” S.A. do złożenia w wyznaczonym terminie pisemnych zobowiązań innych podmiotów do oddania wykonawcy BETACOM do dyspozycji niezbędnych zasobów, tj. wiedzy i doświadczenia, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Końcowo Odwołujący podniósł, że wykonawca „BETACOM” S.A. opisał w wykazie wykonanych dostaw lub usług zamówienie wykonane dla Nice Polska Sp. z o.o., w Pruszkowie, jednak do wykazu nie został załączony jakikolwiek dokument potwierdzający, że zamówienie dla Nice Polska Sp. z o.o. zostało wykonane należycie, przez co jego zdaniem, konieczne jest zatem wezwanie wykonawcy „BETACOM” S.A. do złożenia w wyznaczonym terminie ww. dokumentu.

Wykonawcy: „BETACOM” S.A., oraz konsorcjum, którego liderem jest „BONAIR” S.A. przystąpili do postępowania odwoławczego podejmując polemikę z zarzutami skierowanymi wobec złożonych odpowiednio przez każdego z wykonawców wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzut dotyczący niewykazania przez „PROXIMUS” SA, że dysponuje osobami na stanowisko analityka ERP oraz Architekta ERP spełniającymi wymagania postawione w ogłoszeniu.

Odwołujący w piśmie z dnia 6 maja 2010r. cofnął zarzut, zgodnie z którym do wykazu wykonanych dostaw lub usług we wniosku „BETACOM” SA w Warszawie nie został dołączony dokument potwierdzający że zamówienie dla NICE Polska sp. z o.o. w Pruszkowie zostało wykonane należycie

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu a przede wszystkim wnioski złożone przez wykonawców, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, uprawniający go do złożenia odwołania, gdyż uznanie za nieprawidłowe wniosków złożonych przez innych wykonawców umożliwi mu zaproszenie do drugiego etapu przetargu ograniczonego, pozwalając ubiegać się o zamówienie.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

1. Przechodząc do analizy zarzutów podniesionych w odwołaniu, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, w zakresie niewykluczenia z postępowania wykonawcy „PROXIMUS” S.A. w Katowicach.

Zamawiający zawarł w ogłoszeniu następujące wymaganie: *„Wykonawca powinien wykazać, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie), wykonał co najmniej 3 wdrożenia każdego z poniższych systemów informatycznych polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu (bądź dostosowaniu do potrzeb użytkownika) aplikacji: — portal informacyjny dla minimum 300 użytkowników o wartości nie mniejszej niż 100 000 PLN netto”.*

Wykonawca „PROXIMUS” S.A., po wezwaniu przez Zamawiającego do uzupełnienia załączonego do wniosku wykazu wykonanych usług złożył nowy wykaz wykonanych dostaw lub usług, w którym wskazano trzy zamówienia polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu (bądź dostosowaniu do potrzeb użytkownika) aplikacji portalu informacyjnego dla minimum 300 użytkowników o wartości nie mniejszej niż 100 000 PLN netto, w tym zamówienie wykonane dla ING Securities S.A. w Warszawie.

Z analizy zapisów wykazu a także dopełniającej go referencji wynika rozbieżność co do terminu wykonania usługi – w wykazie wskazano, że usługę, polegającą na przebudowie serwisu internetowego wykonano w maju 2007r., podczas gdy z listu referencyjnego z dnia 16 maja 2007r. wystawionego przez odbiorcę tej usługi wynika, że *„w lutym 2006 roku miała miejsce przebudowa serwisu internetowego”*.

Uznanie przez Zamawiającego tak opisanej usługi za spełniającą wymaganie, by wykonawca wykazał się wykonaniem usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków wydaje się być dowolnym i nie znajdującym oparcia w złożonych przez wykonawcę dokumentach. Z dokumentów tych zdaje się wynikać, że usługę wykonano w okresie wykraczającym ponad rok poza wymagany, trzyletni okres od dnia składania wniosków. Powyższy wniosek potwierdziła treść złożonej na rozprawie przez Odwołującego korespondencji z wystawcą spornej referencji, który potwierdził prawdziwość referencji z 16 maja 2007r. wskazując jednocześnie, że zakończenie przebudowy serwisu internetowego nastąpiło 11 lutego 2006r.

Analiza treści uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego dokumentów prowadzi do wniosku, że Zamawiający winien był powziąć uzasadnione wątpliwości co do okresu wykonania przedmiotowej usługi, zaś bezkrytyczne przyjęcie złożonego dokumentu referencyjnego o wskazanej treści stanowiło naruszenie art. 7 Prawa zamówień publicznych. W następstwie powyższego uznać należało, że wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się wymagany w ogłoszeniu doświadczeniem.

Powyższa ocena znajduje potwierdzenie w brzmieniu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający żąda (lub – w zamówieniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, może żądać) dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w

postępowaniu. Z przepisu tego wynika, że dokumenty przedłożone przez wykonawców muszą potwierdzać w sposób niezbity, nie pozostawiający wątpliwości spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Okoliczność spełniania bądź nie warunków udziału w postępowaniu nie może zatem być pozostawiona interpretacji zamawiającego ani jego dobrej woli, lecz musi wynikać jednoznacznie z załączonych do wniosku dokumentów.

Z tego względu, Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła zarzut odwołania w powyższym zakresie. Ponieważ wykonawca „PROXIMUS” S.A. w Katowicach był wzywany przez Zamawiającego (pismo z 23 marca 2010r.) do *„uzupełnienia Wykazu wykonanych zamówień i dokumentów potwierdzających, że wymienione w nim zamówienia zostały wykonane należycie (...) w zakresie potwierdzającym spełnianie warunku udziału w postępowaniu”*, nie jest dopuszczalne ponowne wezwanie tego wykonawcy do udokumentowania spełniania powyższego warunku. Konsekwencją powyższego stało się uwzględnienie zarzutu Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy „PROXIMUS” S.A. w Katowicach z postępowania.

2. Zamawiający w ogłoszeniu zawarł wymaganie: *„Wykonawca powinien wykazać, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie), wykonał co najmniej 3 wdrożenia każdego z poniższych systemów informatycznych polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu (bądź dostosowaniu do potrzeb użytkownika) aplikacji: (...) — system workflow dla minimum 300 użytkowników o wartości nie mniejszej niż 100 000 PLN netto”*. Wykonawca „PROXIMUS” S.A. w Katowicach, po wezwaniu go przez Zamawiającego do złożenia nowego wykazu wykonanych dostaw lub usług wskazał wśród trzech usług potwierdzających wykonanie zamówień zgodnie z wymaganiem ogłoszenia zamówienie wykonane dla TIM S.A. w Siechnicach. Zarówno w wykazie wykonanych dostaw lub usług jak i w załączonym do wykazu „Liście referencyjnym” brak jest informacji na temat liczby użytkowników systemu workflow wykonanego dla TIM S.A.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający dokonał oceny spełniania postawionego warunku nie posiadając żadnych uzasadnionych przesłanek dających podstawę do uznania, że list referencyjny oraz wykaz wykonanych usług odnoszą się do usługi odpowiadającej postawionemu przez niego wymaganiu. Nie sposób przyjąć argumentacji Zamawiającego

sformułowanej w tym zakresie, iż z zakresu referencji wywiódł, że spełnia ona postawiony warunek, i że z faktu, że wystawca referencji TIM S.A. jest dużym podmiotem o dużej ilości oddziałów, wywnioskowano że system obejmował co najmniej 300 użytkowników.

Krajowa Izba Odwoławcza podkreśla, że ustalenie, czy wykonawca spełnia bądź nie warunek udziału w postępowaniu, nie może być wynikiem dedukcji lub przypuszczeń Zamawiającego lecz wyraźnie wynikającym z treści wniosku lub oferty stwierdzeniem, znajdującym wyraźne oparcie w zapisach załączonych dokumentów. Dokonaną w taki sposób jak w niniejszym postępowaniu ocenę, należy uznać za dowolną i nie znajdującą potwierdzenia w dokumentach złożonych przez wykonawcę. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego rzeczą i obowiązkiem wykonawcy jest wykazać że jego wniosek lub oferta odpowiada wymaganiom postawionym przez Zamawiającego. Powyższy obowiązek wynika wprost z treści art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie jest dopuszczalne zastępowanie wykonawcy przez Zamawiającego w realizacji tego obowiązku. Takie działanie ostatecznie należy uznać za sprzeczne z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skutkiem takiej oceny stało się uznanie, że wykonawca „PROXIMUS” S.A. w Katowicach nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się wymaganym w ogłoszeniu doświadczeniem. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając zarzut odwołania w powyższym zakresie, uznając zarazem że nie jest dopuszczalne ponowne wezwanie tego wykonawcy do udokumentowania spełniania powyższego warunku nakazała Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy „PROXIMUS” S.A. w Katowicach z postępowania.

3. Nie podzieliła natomiast Krajowa Izba Odwoławcza argumentacji Odwołującego co do podstaw wykluczenia wykonawcy „PROXIMUS” S.A. w Katowicach z powodu niewykazania przez tego wykonawcę legitymowania się odpowiednią, wymaganą przez Zamawiającego wiedzą i doświadczeniem udzieloną temu podmiotowi przez jego podwykonawców. Podobnie należało ocenić wniosek Odwołującego co do zaniechania przez Zamawiającego wezwania „BETACOM” S.A. w Warszawie w wyznaczonym terminie do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy, a także postawionego jako alternatywny wniosek Odwołującego co do obowiązku wykluczenia tego wykonawcy z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, złożenie przez wykonawców „PROXIMUS” S.A. oraz „BETACOM” S.A. wraz z wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, na potwierdzenie dysponowania odpowiednią wiedzą, doświadczeniem oraz potencjałem technicznym i osobowym zobowiązań innych podmiotów do udzielenia wykonawcy odpowiednich zasobów, spełnia warunki ogłoszenia.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, przy czym w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W świetle powyższego przepisu, dopuszczalne jest udzielenie przez inny podmiot posiadanych zasobów w pełnym jak i określonym zakresie – zarówno wszystkich wymienionych w przepisie art. 26 ust. 1 b ustawy (wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych) jak i niektórych spośród tych zasobów.

Nie ulega wątpliwości, także że dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi być jednoznaczne, i nie może być pozostawione domysłom lub domniemaniom Zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu.

Na gruncie analizowanej sprawy należało jednakże uznać, że wszystkie załączone do wniosku lub uzupełnione na wezwanie Zamawiającego *Zobowiązania* do dysponowania przez „PROXIMUS” S.A. w Katowicach zasobami innych podmiotów obejmowały nie tylko osoby ale także wskazaną w art. 22 ust. 1 pkt 2 b) oraz art. 26 ust. 1 b ustawy wiedzę i doświadczenie podmiotów składających wskazane *Zobowiązania*. Zobowiązania podmiotów: Contium S.A. z siedzibą we Wrocławiu; Andrzej Chojnacki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Mikrofilm-Center” „Digital-Center” z siedzibą w Złotnikach k. Poznania; Biuro Projektowania Systemów, Biuro Projektowania Systemów Cyfrowych S.A. z siedzibą w Chorzowie oraz Consorg Sp. zo.o. z siedzibą w Chorzowie zawierają bowiem

wyraźne oświadczenie złożone przez ich wystawców, że reprezentowane podmioty wyrażają wolę wystąpienia w charakterze podwykonawców w realizacji zamówienia, oraz że zobowiązują się oddać do dyspozycji Wykonawcy na okres realizacji kontraktu wymagane w ogłoszeniu osoby zdolne do wykonania zamówienia, które wymienione zostały w odrębnych załącznikach. Ponadto każde z analizowanych zobowiązań zawiera wyraźne oświadczenie, że podwykonawca posiada „doświadczenie w zakresie realizacji systemów informatycznych.”, przy czym wykaz wykonanych zamówień oraz potwierdzenie że zamówienia te zostały wykonane należycie zamieszczono w osobnym załączniku dołączając równocześnie posiadane przez podwykonawcę w wymaganym zakresie referencje. Z powyższego wynika niezbicie, że z porozumienia pomiędzy „PROXIMUS” S.A. a jego podwykonawcami, którego następstwem są załączone do wniosku zobowiązania tych podmiotów do udzielenia odpowiednich zasobów obejmują udzielenie przez te podmioty nie tylko osób zdolnych do wykonania zamówienia, ale także wiedzy i doświadczenia posiadanych przez podwykonawców.

Podobnie należało ocenić wniosek złożony przez „BETACOM” S.A. w Warszawie – dołączone do tego wniosku zobowiązania złożone przez podmioty: Columbus Polska Sp. z o.o. w Warszawie oraz eo Networks S. A. w Warszawie zawierają zobowiązanie się do udzielenia nie tylko osób zdolnych do wykonania zamówienia, ale w każdym z tych zobowiązań zawarta jest wzmianka, iż „do niniejszego zobowiązania załączamy: (...), dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień zrealizowanych (...)”. Analogiczny zapis zawarto w zobowiązaniu wystawionym przez Aleph Polska Sp. z o.o z siedzibą w Warszawie. Powyższe wskazuje, wbrew twierdzeniu Odwołującego, że przedmiotem omawianych zobowiązań jest nie tylko wystąpienie przez wskazane podmioty w charakterze podwykonawców, udzielenie przez ich wystawców osób zdolnych do wykonania zamówienia ale także wiedzy i doświadczenia tych podmiotów, wyrażającej się w posiadaniu odpowiednich referencji. Z tego względu bezpodstawną jest konkluzja Odwołującego, zgodnie z którą wykonawca „BETACOM” S.A. w Warszawie nie wykazał spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie: portali informacyjnych dla minimum 300 użytkowników o wartości nie mniejszej niż 100 000 PLN netto; oprogramowania dedykowanego wykonanego w technologii klient-serwer zgodne z założeniami przekazanymi przez użytkownika o wartości nie mniejszej niż 100 000 PLN

netto; oprogramowania bibliotecznego Aleph w wersji co najmniej 16 o wartości nie mniejszej niż 30 000 PLN netto, co powinno skutkować zdaniem Odwołującego – wykluczeniem wykonawcy „BETACOM” S.A. z postępowania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w analizowanym zakresie nie sposób zatem mówić o naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców „PROXIMUS” S.A. oraz „BETACOM” S.A. z postępowania jak i o naruszeniu art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy „BETACOM” S.A. do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy. W konsekwencji należało uznać, że złożone w postępowaniu przez „PROXIMUS” S.A. w Katowicach oraz „BETACOM” SA w Warszawie wnioski w analizowanym wyżej zakresie są prawidłowe.

4. Nie uwzględniono zarzutu Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy „PROXIMUS” S.A. z postępowania, pomimo że złożył on, zdaniem Odwołującego, nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w analizowanym postępowaniu nie sposób przypisać wykonawcy „PROXIMUS” S.A. złożenia nieprawdziwych informacji. Przeprowadzone postępowanie wskazuje na brak zamiaru po stronie tego wykonawcy złożenia nieprawdziwych informacji, przy czym nieścisłości w wykazie w zakresie usług mających dokumentować doświadczenie wykonawcy a także rozbieżności dostrzeżone w brzmieniu referencji nie przesądzają o zamiarze złożenia nieprawdziwych informacji.

5. Ustosunkowując się do podniesionego w odwołaniu w stosunku do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez konsorcjum firm „BONAIR” S.A., w Warszawie, „BAKK” Sp. z o.o. w Warszawie, „TIMSI” Sp. z o.o., w Warszawie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum, którego liderem jest „BONAIR” S.A. do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zarzut ten w brzmieniu wyartykułowanym w odwołaniu nie zasługuje na uwzględnienie, skoro Wykonawca został w

dniu 23 marca 2010r. wezwany do złożenia dokumentu i w odpowiedzi złożył informację z Krajowego Rejestru Karnego dla podmiotu zbiorowego.

Argumentację Odwołującego zaprezentowaną na rozprawie oraz w piśmie z dnia 6 maja 2010r., zgodnie z którą przedmiotowa informacja opiewa na datę późniejszą aniżeli dzień składania wniosków (24 marca 2010r. podczas gdy termin do składania wniosków upłynął w dniu 17 marca 2010r.) w związku z czym Konsorcjum, którego liderem jest „BONAIR” SA powinno podlegać wykluczeniu, co do zasady należy uznać za prawidłową.

Zgodnie bowiem z treścią art. 24 ust. 1 pkt 9) ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania wyklucza się podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. W myśl natomiast przepisu art. 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych spełnianie warunków udziału w postępowaniu może być przez wykonawców dokumentowane tylko za pomocą enumeratywnie wymienionych w *Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* dokumentów – w odniesieniu do mającego siedzibę na terenie RP podmiotu zbiorowego, fakt nie orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary może być wykazany wyłącznie za pomocą aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Dokument ten może być, w myśl art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uzupełniany w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, przy czym złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła jednakże wniosku Odwołującego podniesionego w powyższym zakresie dopiero na rozprawie, a także zawartego w piśmie z dnia 6 maja 2010r., pozostawiając powyższą kwestię Zamawiającemu.

Stosownie bowiem do treści art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych, Krajowa

Izba Odwoławcza orzeka w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, w wyniku czego, nie odmawiając słuszności wywodom Odwołującego pozostawiono powyższe zarzuty poza zakresem dokonanego rozstrzygnięcia.

Z tego względu, orzeczono stosownie do brzmienia wniosku odwołania w tym zakresie – oddalając tym samym zarzut dotyczący zaniechania przez Zamawiającego wezwania konsorcjum, którego liderem jest „BONAIR” S.A. do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy, skoro to wezwanie w rzeczywistości miało miejsce.

6. Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła zarzuty Odwołującego odnośnie niespełniania przez wykonawcę „PROXIMUS” S.A. w Katowicach warunku dysponowania osobami mającymi pełnić funkcję analityka ERP, od której wymagano, by *„uczestniczył w co najmniej 2 wdrożeniach systemu klasy ERP opisanego w pkt. II.1.5 punkt 8 w charakterze analityka.”*, gdzie na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawca wskazał pana Rafała Sady, w którego życiorysie wskazywano, jako rolę w projekcie Project Manager, lub Konsultanta nie analityka.

Podobnie oceniono argumentację Odwołującego co do niespełniania przez zaproponowanych we wniosku tego wykonawcy w charakterze architekta ERP osób. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej wskazane we wniosku „PROXIMUS” S.A. w Katowicach osoby nie spełniają wszystkich wymagań postawionych wobec architekta ERP. Następczo, po wniesieniu odwołania powyższą ocenę podzielił także Zamawiający, uznając częściowo odwołanie (pismo z dnia 6 maja 2010r).

Krajowa Izba Odwoławcza uznając zasadność powyższych zarzutów, z uwagi na uwzględnienie dalej idącego wniosku dotyczącego wykluczenia wykonawcy „PROXIMUS” S.A. w Katowicach nie orzekała o nakazaniu wezwania wykonawcy do uzupełnienia powyższych braków wniosku na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z wnioskiem Odwołującego zawartym w piśmie z dnia 6 maja 2010r., w przedmiocie cofnięcia zarzutu odwołania, zgodnie z którym, do wykazu wykonanych dostaw lub usług we wniosku „BETACOM” S.A. w Warszawie nie został dołączony dokument potwierdzający że zamówienie dla NICE Polska sp. z o.o. w Pruszkowie zostało wykonane należycie, Krajowa Izba Odwoławcza nie rozpatrywała zarzutu w tym zakresie.

Mając na względzie przytoczone wyżej przepisy a także powołane okoliczności, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż w analizowanej sprawie wbrew zarzutom Odwołującego, nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 51 ust. 1, 1 a) i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uwzględniono we wskazanym wyżej zakresie zarzut Odwołującego wskazujący na braki we wniosku złożonym przez „PROXIMUS” S.A. w Katowicach, do których usunięcia wykonawca ten był uprzednio wzywany, co skutkowało nakazaniem wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych w pkt 1 i 2 względów - miało miejsce w analizowanej sprawie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....