

Sygn. akt: KIO/UZP 519/10

WYROK
z dnia 7 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Honorata Łopianowska
Aneta Mlącka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia i 6 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Unizeto Technologies S.A. ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70- 486 Szczecin** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, ul. Niepodległości 190, 00- 608 Warszawa** protestu z dnia 10 marca 2010 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: ComArch S.A. (lider konsorcjum), Freesoft Plc, z siedzibą lidera konsorcjum: Al. Jana Pawła II 39A, 31 – 864 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum: ComArch S.A., Freesoft Plc.,

2. kosztami postępowania obciąża **Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, ul. Niepodległości 190, 00- 608 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Unizeto Technologies S.A. ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70- 486 Szczecin,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 844 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy osiemset czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, ul. Niepodległości 190, 00- 608 Warszawa** na rzecz **Unizeto Technologies S.A. ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70- 486 Szczecin** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Unizeto Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70- 486 Szczecin.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na eksploatację, modyfikację, serwis oraz prowadzenie prac rozwojowych systemów informatycznych wspomagających obsługę ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych w KRUS. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 146 - 197007 w dniu 30 lipca 2008 r.

W dniu 3 marca 2010 r. wykonawcy biorący udział w postępowaniu zostali poinformowani o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokonanej w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, która to czynność została wykonana w wyniku wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 1971/09, 1980/09. Zamawiający dopuścił do etapu składania ofert trzech wykonawców, w tym Konsorcjum firm ComArch S.A., Freesoft Plc (zwane dalej Konsorcjum ComArch).

Wykonawca Unizeto Technologies S.A. wniósł protest dotyczący zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności wykluczenia Konsorcjum ComArch z postępowania. Zarzucił naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wniósł o unieważnienie czynności ponownej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożonego przez Konsorcjum ComArch, unieważnienie czynności zaproszenia Konsorcjum ComArch do złożenia oferty, wykluczenie Konsorcjum ComArch z postępowania. Wykonawca wskazał, że pismem z dnia 22 lutego 2010 r. i 24 lutego 2010 r. przedstawił zamawiającemu nowe fakty, które w ocenie wykonawcy jednoznacznie potwierdzają, że Konsorcjum ComArch podlega wykluczeniu z postępowania. Stwierdził, że obowiązkiem zamawiającego jest niezwłoczne wykluczenie wykonawcy w sytuacji, gdy wypełni się jedna z przesłanek wykluczenia wskazana w art. 24 Pzp, bez względu na etap postępowania. Wiedzę o nowych okolicznościach uzasadniających wykluczenie Konsorcjum ComArch z postępowania zamawiający uzyskał w dniu 24 lutego 2010 r., czyli w toku powtórnego badania i oceny wniosków. Tym samym, z uwagi na nowe okoliczności, nieznanne w dniu wydania wyroku przez KIO z dnia 29 stycznia 2010 r., obowiązkiem zamawiającego było wykluczenie tego wykonawcy z postępowania. Odwołujący wskazał, iż zamawiający dysponuje odpowiedzią Węgierskich Linii Kolejowych z dnia 15 lutego 2010r. dotyczącą informacji o projekcie realizowanym przez FreeSoft, a wskazanym przez Konsorcjum ComArch na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w ogłoszeniu o zamówieniu, iż wykonawca musi wykazać, że w ciągu ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - prowadził realizację dwóch lub więcej przedsięwzięć informatycznych o wartości, co najmniej 10 000 000 PLN netto każde (poza dostawami sprzętu i licencji oprogramowania) odpowiadających swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia, z których (pkt 2.4) przynajmniej jedno przedsięwzięcie dotyczy systemu wykorzystującego bazy danych Adabas. Zgodnie z uzyskaną odpowiedzią, jak też zawartą na realizację tego projektu umową, oprogramowanie służące zarządzaniu bazą danych Adabas nie było i nie jest również obecnie wykorzystywane przez MAV Zrt (Węgierskie Linie Kolejowe), ani przez MAV CARGO Zrt. (SA). Skoro Węgierskie Linie

Kolejowe nie wykorzystywały i nie wykorzystują oprogramowania służącego zarządzaniu bazą danych Adabas, to żaden wykonawca, w tym również FreeSoft, nie mógł wykonać na ich rzecz przedsięwzięcia dotyczącego systemu wykorzystującego bazy danych Adabas. Podniósł, iż zamawiający ma obowiązek badania wszystkich dostępnych dokumentów, nie tylko składanych wraz z wnioskiem. Zdaniem odwołującego, złożone przez Węgierskie Linie Kolejowe oświadczenie nie pozostawia żadnych wątpliwości, że Konsorcjum ComArch oświadczając w wykazie, iż projekt realizowany na rzecz Węgierskich Linii Kolejowych dotyczył systemu wykorzystującego bazy danych Adabas, podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Zdaniem odwołującego, wpływ podania nieprawdziwych informacji na wynik postępowania jest oczywisty, gdyż w przypadku nie wykrycia tego naruszenia Konsorcjum ComArch mogłoby zostać zaproszone do dalszego udziału w postępowaniu i uzyskać zamówienie.

Konsorcjum ComArch przystąpiło do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wnosząc o odrzucenie, ewentualnie oddalenie protestu.

Zamawiający odrzucił protest. Stwierdził, że informacja z dnia 3 marca 2010r. dotyczyła wykonania czynności jakie musiał wykonać zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 29 stycznia 2010r. sygn. akt: K10/UZP/1980/09. Polegały one na konieczności dokonania badania i oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum firm: Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o. o. Wola Info S.A. z uwzględnieniem pozostałych wniosków spełniających warunki udziału w postępowaniu, określone w ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający podkreślił, iż w dniu 23 grudnia 2009r. rozstrzygnął protest wniesiony przez Konsorcjum ComArch, a z rozstrzygnięcia protestu wynikało wprost, iż Konsorcjum ComArch zostanie zaproszone do kolejnego etapu postępowania o udzielenie zamówienia. W tym samym dniu zamawiający poinformował wykonawców o spełnieniu przez Konsorcjum ComArch warunków udziału w postępowaniu i zaproszeniu tego wykonawcy do złożenia oferty. Nie ulega zatem wątpliwości, iż o czynności stanowiącej podstawę wniesienia protestu w dniu 11 marca 2010 r. odwołujący powziął informację już w dniu 23 grudnia 2009r. Zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp, termin na wniesienie protestu przysługiwał odwołującemu do dnia 2 stycznia 2010r. Zachodzą zatem przesłanki określone w art. 180 ust. 7 Pzp zobowiązujące do odrzucenia protestu.

Wykonawca Unizeto Technologies S.A. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, zarzucając naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, art. 7 ust. 1 w związku z art. 180 ust. 7 Pzp. Oświadczył, iż podtrzymuje

w całości argumentację zawartą w proteście. Wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia protestu, unieważnienie czynności ponownej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum ComArch, unieważnienie czynności zaproszenia Konsorcjum Comarch do złożenia oferty, dokonania ponownej oceny wniosków złożonych w postępowaniu oraz wykluczenie Konsorcjum Comarch z postępowania.

Odwołujący wskazał, że KIO w wyroku z dnia 29 stycznia 2010 r. nakazała unieważnienie czynności wykluczenia „odwołującego B” (Konsorcjum firm: Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., Wola Info S.A.) z postępowania i dokonanie ponownego badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku odwołującego B. Stosując się do ww. wyroku zamawiający dokonał ponownego badania i oceny wszystkich wniosków złożonych w postępowaniu, co potwierdził pismem przesłanym w dniu 3 marca 2010 r. Odwołujący wyjaśnił, iż w dniu 23 grudnia 2009 r. nie mógł wiedzieć o nowych okolicznościach, o których zamawiający został poinformowany pismami z dnia 22 lutego 2010 r. i 24 lutego 2010 r. Tę wiedzę odwołujący nabył po dniu 29 stycznia 2010r., o czym niezwłocznie poinformował zamawiającego. Skoro w dniu 24 lutego 2010r. zamawiający był na etapie ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, to tym samym, przy zachowaniu należytej staranności, wiedzę o braku wykluczenia Konsorcjum ComArch z postępowania, w wyniku nowych okoliczności przedstawionych przez odwołującego, odwołujący nabył z chwilą otrzymania informacji o wynikach ponownej oceny wniosków w dniu 3 marca 2010 r. Korzystanie ze środków ochrony prawnej wobec zaniechania dokonania czynności przez zamawiającego, przed dniem otrzymania informacji o wynikach ponownej oceny wniosków, uznane zostałyby jako przedwczesne i prowadziłyby, na późniejszym etapie postępowania, do braku możliwości korzystania z prawa do wniesienia protestu. Podkreślił, iż złożony protest wskazuje jako podstawą jego złożenia - brak uwzględnienia przez zamawiającego nowych okoliczności, które uzasadniają wykluczenie Konsorcjum ComArch z postępowania.

Konsorcjum ComArch przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp, jako że zostało poprzedzone protestem wniesionym z uchybieniem terminów wskazanych w ustawie oraz na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp, z uwagi, iż odwołanie dotyczy czynności, której zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 14 grudnia 2009 r. zapadłym w wyroku KIO z dnia 29 stycznia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1971/09, 1980/09). Z ostrożności przystępujący wniósł także o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba uznała, iż decyzja zamawiającego, w postaci zaniechania czynności wykluczenia Konsorcjum ComArch z postępowania, w przypadku potwierdzenia się, iż narusza przepisy ustawy Pzp, mogłaby spowodować uszczerbek w interesie prawnym odwołującego, uniemożliwiając bądź utrudniając mu uzyskanie zamówienia publicznego.

Zważywszy, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte przez zamawiającego w dniu 30 lipca 2008 r., zgodnie z brzmieniem art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), która weszła w życie w dniu 24 października 2008r., do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie mają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczące warunków udziału w postępowaniu (art. 22 Pzp) w brzmieniu obowiązującym przed ww. nowelizacją ustawy oraz przepisy działu VI ustawy Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, określone w art. 187 ust. 4 Pzp. Zamawiający i przystępujący wnosili o odrzucenie odwołania wskazując, że o czynności stanowiącej podstawę wniesienia protestu w dniu 11 marca 2010 r. (protest z dnia 10 marca 2010 r.) odwołujący powziął informację już w dniu 23 grudnia 2009 r. tj. wówczas, gdy zamawiający rozstrzygnął protest wniesiony przez Konsorcjum ComArch, a z rozstrzygnięcia protestu wynikało, iż Konsorcjum ComArch zostanie zaproszone do kolejnego etapu postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie zamawiającego, zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp, termin na wniesienie protestu przysługiwał odwołującemu do dnia 2 stycznia 2010 r. Izba nie uwzględniła powyższego wniosku. Ostateczne rozstrzygnięcie protestu z dnia 14 grudnia 2009 r. wniesionego przez Konsorcjum ComArch nastąpiło w dniu 29 stycznia 2010 r. w wyniku wyroku KIO w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1971/09, 1980/09 zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 3 Pzp. Protest z dnia 10 marca 2010 r. został natomiast wniesiony wobec zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności wykluczenia Konsorcjum ComArch z postępowania na podstawie nowych okoliczności, które nie były badane w toku postępowania toczącego się w wyniku

wniesienia protestu w dniu 14 grudnia 2009 r. Okoliczności wynikające z pism złożonych przez odwołującego do zamawiającego w dniu 22 i 24 lutego 2010 r. wraz z kopią umowy zawartej w dniu 19 sierpnia 2005 r. pomiędzy Węgierskimi Kolejami Państwowymi Spółka Akcyjna a Przedsiębiorstwem Usług Informatycznych i Rozwoju Oprogramowania Freesoft Spółka Akcyjna, są nowymi okolicznościami w sprawie, które nie były badane w toku postępowania zakończonego wyrokiem KIO z dnia 29 stycznia 2010 r. W ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, iż okoliczności powyższe były badane i oceniane przez zamawiającego po ich złożeniu przez odwołującego. Potwierdza to treść protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 1 marca 2010 r., w którym zamawiający wyraził wątpliwości dotyczące zakresu usługi wykonanej na rzecz Węgierskich Kolei Państwowych, w szczególności zrealizowania przedsięwzięcia dotyczącego systemu wykorzystującego bazy danych Adabas. Zamawiający wyjaśnił także w toku rozprawy, że „w celu dalszego wyjaśnienia wątpliwości co do zakresu usługi zrealizowanej na rzecz Węgierskich Kolei Państwowych, zwrócił się po raz kolejny w dniu 3 marca 2010 r. o wyjaśnienie do Węgierskich Kolei Państwowych i uzyskał odpowiedź w dniu 31 marca 2010 r., która nic nie wniosła do sprawy, ponieważ podmiot zagraniczny powołał się w piśmie na inny kontrakt, niż wskazany w poprzednio udzielonych wyjaśnieniach. Pismo nie zawiera żadnych dodatkowych informacji, co do zrealizowanej przez Freesoft usługi”. Izba uznała, że zaproszenie Konsorcjum ComArch do złożenia oferty stanowi wyraz decyzji zamawiającego, a tym samym zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o nowe okoliczności, a zatem od tego momentu należy liczyć termin na wniesienie protestu wobec tego zaniechania. Biorąc pod uwagę powyższe, termin na wniesienie protestu został przez odwołującego zachowany. Izba nie podzieliła twierdzenia zamawiającego, iż ze złożonych dokumentów nie wynikają żadne nowe okoliczności. Powyższe twierdzenie jest bowiem efektem dokonanej przez zamawiającego oceny ww. okoliczności, a wobec tego jest ono wyrazem faktycznego oddalenia żądań zawartych w proteście wniesionym w dniu 11 marca 2010 r. przez odwołującego.

Izba uznała, że odwołanie nie podlega również odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp, jak wnosił przystępujący wykonawca. Błędne jest twierdzenie, iż odwołanie dotyczy czynności, której zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 14 grudnia 2009 r. zapadłym w wyroku KIO z dnia 29 stycznia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1971/09, 1980/09). Podkreślić w szczególności należy, że okoliczności wynikające ze złożonych przez odwołującego dokumentów nie były badane w toku postępowania przed KIO, a zatem należy uznać, że wyrok KIO w żadnym zakresie nie rozstrzygał zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia Konsorcjum ComArch na podstawie nowych okoliczności wynikających z przedłożonych zamawiającemu dokumentów.

W świetle powyższych ustaleń, w ocenie Izby, nie wystąpiły także przesłanki, określone w art. 180 ust. 7 Pzp, zobowiązujące zamawiającego do odrzucenia protestu.

W toku niniejszego postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody ze złożonych przez odwołującego dokumentów: pisma Węgierskich Kolei Państwowych z dnia 15 lutego 2010 r. przekazanego drogą elektroniczną i pisemnego potwierdzenia treści tej korespondencji (pismo z dnia 17 marca 2010 r.) oraz umowy o wykonawstwo zawartej w dniu 19 sierpnia 2005 r. pomiędzy Węgierskimi Kolejami Państwowymi Spółka Akcyjna a Przedsiębiorstwem Usług Informatycznych i Rozwoju Oprogramowania Freesoft Spółka Akcyjna.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu, przedmiotem zamówienia jest eksploatacja, modyfikacja, serwis oraz prowadzenie prac rozwojowych systemów informatycznych wspomagających obsługę ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych w KRUS, opisanych jako dotyczących systemów KRUS: Krusnal, Kachna, Krusnal C wraz modułami statystycznymi, które ściśle ze sobą współpracują i służą do kompleksowej obsługi ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego.

W sekcji III.2 ogłoszenia o zamówieniu (Warunki udziału w postępowaniu), w punkcie III.2.3 zdolność techniczna zamawiający określił m.in. (pkt 2) wymóg, iż wykonawca musi wykazać, że w ciągu ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, (...) prowadził realizację dwóch lub więcej przedsięwzięć informatycznych o wartości co najmniej 10 000 000 PLN netto każde, odpowiadających swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia, które spełniają jednocześnie następujące warunki, między innymi: (ppkt 2.4) przynajmniej jedno przedsięwzięcie dotyczy systemu wykorzystującego bazy danych Adabas. Dla wykazania spełnienia ww. warunku należało przedłożyć dokumenty (oryginały lub poświadczone przez wykonawcę za zgodność z oryginałem kserokopie) między innymi: wykaz przedsięwzięć, o których mowa w sekcji III.2.3 ogłoszenia z podaniem informacji o przedmiocie przedsięwzięcia, wartości, datach wykonanych lub wykonywanych usług, odbiorcach, a także załączyć dokumenty potwierdzające, że usługi zrealizowane w ramach tych przedsięwzięć zostały lub są należycie wykonane. W wykazie usług należało podać: nazwę przedsięwzięcia, okres realizacji, czy wykorzystywano sieć i technologię sieci WAN, ile lokalizacji obsługiwano, ilu użytkowników pracowało jednocześnie, czy wykorzystywano bazy danych Adabas, czy wykorzystywano bazy danych Oracle, czy przedsięwzięcie dotyczy świadczenia usług outsourcingowych, czy przedsięwzięcie dotyczy sektora publicznego.

Konsorcjum ComArch w złożonym we wniosku wykazie wykonanych usług, w pozycji nr 5 wskazało przedsięwzięcie – modernizacja systemu zarządzania organizacją klasy ERP,

z podaniem informacji, iż dotyczyło ono między innymi administrowania i zarządzania systemami pracującymi w sieci WAN, obsługiwało kilka różnych lokalizacji, o łącznej liczbie co najmniej kilkuset użytkowników, pracujących jednocześnie, projekt dotyczył sektora publicznego, był realizowany w okresie 2005-2007 roku i miał wartość powyżej 10 mln PLN, zamawiającym były Węgierskie Linie Kolejowe. We wniosku Konsorcjum ComArch nie złożyło dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie ww. przedsięwzięcia. Pismem z dnia 23 stycznia 2009r. zamawiający wezwał Konsorcjum ComArch do złożenia wyjaśnień treści wykazu oraz między innymi do złożenia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi na rzecz Węgierskich Linii Kolejowych. Pismem z dnia 30 stycznia 2009 r. wykonawca udzielił odpowiedzi, iż przedsięwzięcie realizowane zarówno na rzecz Renault Polska Sp. z o.o. jak i na rzecz Węgierskich Linii Kolejowych dotyczyło systemu wykorzystującego bazy danych Oracle i Adabas. Wykonawca dołączył do wyjaśnień pismo z dnia 6 marca 2007 r. wraz z tłumaczeniem, wystawione przez MAV (Węgierskie Koleje Państwowe) zatytułowane „Zmodernizowanie i standaryzacja systemu ERP Węgierskich Linii Kolejowych” potwierdzające, że firma FreeSoft Plc realizowała wymieniony projekt informatyczny, a zakres projektu obejmował między innymi migrację bazy danych (Oracle i Adabas pliki płaskie). Projekt dotyczył również przeglądu i ujednoczenia dedykowanych rozwiązań klienta. Projekt został wykonany należyście zgodnie z warunkami umowy. Pismem z 14 października 2009 r. zamawiający zwrócił się do Węgierskich Kolei Państwowych MAV o wyjaśnienie, dotyczące wystawionych referencji dla FreeSoft Plc, czy przedsięwzięcie swoim zakresem obejmowało eksploatację, serwis oraz prowadzenie prac rozwojowych systemu informatycznego, wykorzystującego bazy danych Adabas. W udzielonej odpowiedzi z dnia 27 marca 2009 r. adresat potwierdził jedynie należyte wywiązanie się firmy FreeSoft Plc z kontraktu. Węgierskie Koleje Państwowe nie udzieliły odpowiedzi na szczegółowe pytania zamawiającego. W kolejnym piśmie z dnia 4 stycznia 2010 r. wyjaśniły, iż dokumentacja postępowania jest chroniona i poufna.

Powyższe okoliczności były badane przez KIO i zostały ustalone oraz ocenione w wyroku KIO/UZP z dnia 29 stycznia 2010 r. Jak stwierdziła Izba w ww. wyroku: *„Odwołujący nie wykazał, iż konsorcjum ComArch S.A., FreeSoft Plc, nie realizowało projektu w zakresie eksploatacji, modyfikacji, serwisu oraz prowadzenia prac rozwojowych systemu wykorzystującego bazy danych ORACLE i ADABAS. Swoje zarzuty odwołujący wyłącznie opiera na uzasadnieniu, jakie sporządził zamawiający, wykluczając konsorcjum ComArch S.A., FreeSoft Plc z postępowania, czego Izba nie może uznać za wystarczający dowód w sprawie, przemawiający za argumentacją odwołującego.”* Ponadto, w uzasadnieniu oddalenia odwołania Izba wskazała, iż *„Nie znalazło potwierdzenia, że konsorcjum ComArch S.A., FreeSoft Plc, złożyło nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, jego zarzuty opierają się na wnioskowaniu, iż*

skoro Węgierskie Koleje Państwowe potwierdziły w szczególności wykonanie migracji danych z systemu działającego w oparciu o bazę danych ADABAS do systemu działającego w oparciu o bazę danych ORACLE R 11.03., to przedsięwzięcie to nie obejmowało innych zadań. Z pewnością krótka informacja zawarta w piśmie zlecającego, dotycząca tego przedsięwzięcia nie daje obrazu całości wykonywanych prac. Należy mieć na uwadze, iż projekt był realizowany długotrwanie w latach 2005 – 2007, a więc nie obejmował jednorazowej usługi. Postawienie takiego zarzutu nie może być gołosłowne. Aby Izba mogła uznać zasadność zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, należy wykazać, nie tyle, że przedstawione informacje są niepełne, ale że odbiegają od stanu rzeczywistego i zostały tak przedstawione świadomie, lub w warunkach odpowiedzialności za działania osób trzecich, a celem było uzyskanie przez uczestnika postępowania zamówienia publicznego, do którego wykonywania nie ma odpowiednich kwalifikacji, potwierdzonych doświadczeniem praktycznym. Ponadto, że wywarły wpływ na wynik postępowania.”

W niniejszym postępowaniu Izba nie oceniała ponownie powyższych okoliczności ustalonych przez KIO w powoływanym wyroku. Izba odniosła się wyłącznie do zarzutów odwołania podniesionych w oparciu o złożone przez odwołującego nowe dokumenty uzyskane od Węgierskich Kolei Państwowych w lutym i marcu 2010 r., a także wyjaśnienia Węgierskich Kolei Państwowych uzyskane przez zamawiającego w odpowiedzi na wniosek z dnia 3 marca 2010 r.

W ocenie Izby, zebrany materiał dowodowy nie potwierdza w sposób niezbity zasadności zarzutu złożenia przez Konsorcjum ComArch nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania, które mogłyby stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Zarówno korespondencja Węgierskich Kolei Państwowych z dnia 15 lutego 2010 r. przesłana drogą elektroniczną, jak i potwierdzenie pisemne treści tej korespondencji z dnia 17 marca 2010 r. zawierają wyjaśnienie, że podmiot, na rzecz którego firma Freesoft Plc. realizowała usługę wskazaną w wykazie wykonanych usług w pozycji 5, nie wykorzystywał jak i obecnie nie wykorzystuje bazy danych Adabas. Węgierskie Koleje Państwowe potwierdziły, że umowa z dnia 19 sierpnia 2005 r. nie zawiera odniesienia do bazy danych Adabas. Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że złożone przez odwołującego dokumenty z pewnością nie potwierdzają okoliczności, iż system wykorzystujący bazy danych Adabas został zrealizowany na rzecz Węgierskich Kolei Państwowych przez podmiot Freesoft Plc. W ocenie Izby, informacje zawarte w ww. dokumentach wywołują uzasadnione wątpliwości co do zakresu zrealizowanej usługi. Powyższe wątpliwości co do zakresu wykonanej usługi i ewentualnej prawdziwości złożonego przez Konsorcjum ComArch oświadczenia w powyższym przedmiocie nie mogą jednak stanowić podstawy do jednoznacznego stwierdzenia, że wykonawca złożył w wykazie informacje, które nie odpowiadają

rzeczywistości. Powzięcie uzasadnionych wątpliwości nie pozwala na stanowcze ustalenie stanu rzeczywistego, a zatem w konsekwencji nie sposób jest uznać, że oświadczenie Konsorcjum ComArch, co do zakresu omawianej usługi, nie odpowiada stanowi rzeczywistemu. Izba stoi na stanowisku, że wykluczenie wykonawcy z postępowania może nastąpić wyłącznie w przypadku, gdy fakt złożenia przez niego nieprawdziwych informacji jest oczywisty i nie budzi żadnych wątpliwości w świetle zebranych dowodów (patrz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 7 stycznia 2009 r. sygn. akt XII Ga 433/08). Taka pewność w niniejszym postępowaniu nie występuje. Jak stwierdził przystępujący wykazana usługa była wykonywana na podstawie kilku umów, a wymóg dotyczący poufności dokumentacji dotyczącej przedsięwzięcia nie pozwala na udostępnienie zrealizowanej umowy zamawiającemu. Węgierskie Koleje Państwowe wskazywały w przesyłanych zamawiającemu informacjach na różne kontrakty realizowane przez Freesoft Plc i poczyniły także zastrzeżenie co do poufności danych ich dotyczących w piśmie przesłanym zamawiającemu w dniu 4 stycznia 2010r. W świetle zebranych dowodów nie można zatem jednoznacznie wykluczyć okoliczności, iż zakres zrealizowanej usługi dotyczył w jakimś zakresie systemu wykorzystującego bazy danych Adabas. W szczególności Izba zważyła przy tym brak jednoznacznego wyjaśnienia powyższych kwestii przez zlecającego usługę, rozbieżność treści udzielanych przez niego informacji oraz odmowę udostępnienia umowy przez wykonawcę z uwagi na poufność informacji. Złożone przez odwołującego dokumenty nie wykluczają jednoznacznie powyższej możliwości. Wątpliwości nie można w tym przypadku tłumaczyć na niekorzyść wykonawcy, a wobec tego, w ocenie Izby, brak jest jednoznacznych dowodów potwierdzających słuszność zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, skutkujących obowiązkiem wykluczenia Konsorcjum CoimArch z postępowania.

Uzasadnione wątpliwości, o których mowa powyżej, w szczególności co do zakresu zrealizowanej usługi, wskazanej w wykazie na potrzeby wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, muszą być jednak brane pod uwagę przez zamawiającego przy badaniu spełniania warunków podmiotowych przez wykonawcę. Zamawiający może bowiem udzielić zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy spełniającemu warunki udziału w postępowaniu. Zatem, jakiegokolwiek uzasadnione wątpliwości co do zakresu zrealizowanej usługi podlegają wyjaśnieniu. W ustalonym stanie faktycznym wątpliwości nie zostały przez wykonawcę tj. Konsorcjum ComArch wyjaśnione. W konsekwencji, brak jednoznacznego wyjaśnienia powziętych przez zamawiającego wątpliwości powoduje, że zamawiający nie może uznać, iż spełnienie danego warunku zostało przez wykonawcę wykazane. Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że brak wykazania przez Konsorcjum ComArch w sposób jednoznaczny zakresu zrealizowanej usługi nie pozwala na przyjęcie, iż wykonawca wykazał spełnianie warunku podmiotowego. Zdaniem Izby, oczywisty jest fakt,

że „referencje”, co do zasady, nie muszą potwierdzać zakresu wykonanej usługi, a są składane w celu wykazania należytego wykonania zamówienia. Jednakże zauważyć należy, iż w przypadku, gdy w świetle uzyskanych przez zamawiającego informacji z innych źródeł wynika, że zakres danej usługi budzi wątpliwości, to na wykonawcy ciąży obowiązek jednoznacznego wyjaśnienia zakresu tej usługi, w tym również poprzez np. przedstawienie stosownych dokumentów potwierdzających niezbitcie wymagany w treści warunku zakres zrealizowanego świadczenia. Brak wykazania, że usługa obejmowała wymagany zakres świadczenia obciąża w sposób negatywny wykonawcę, skutkując uznaniem, iż wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnienie warunku. Zamawiający powinien w takim przypadku wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a jeśli brak jest tej możliwości - dokonać wykluczenia wykonawcy.

W ustalonym stanie faktycznym w przedmiotowym postępowaniu uzasadnione wątpliwości, dotyczące wymaganego zakresu zrealizowanej usługi, skoro nie zostały wyjaśnione przez Konsorcjum ComArch w sposób jednoznaczny, to powodują, iż zamawiający nie może uwzględnić usługi świadczonej na rzecz Węgierskich Kolei Państwowych, jako potwierdzającej wymagane doświadczenie.

Biorąc pod uwagę, iż wykonawca ten przedstawił, w wykazie zrealizowanych usług, przedsięwzięcie zrealizowane na rzecz innego podmiotu tj. Renault Polska Sp. z o.o., które według oświadczenia złożonego przez Konsorcjum ComArch, w ramach wyjaśnień udzielonych na wniosek zamawiającego z dnia 23 stycznia 2009 r. (pismo z dnia 30 stycznia 2009 r.), obejmowało usługę dotyczącą systemu wykorzystującego m.in. bazy danych Adabas, zachodzi możliwość uwzględnienia przez zamawiającego na podstawie tej usługi, iż wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. W powyższym zakresie zamawiający jest zobowiązany ocenić wniosek przystępującego.

Ponadto, zamawiający posiada także możliwość wezwania Konsorcjum ComArch do uzupełnienia wykazu wykonanych usług, ponieważ wykonawca nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, tj. w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku wykonania przedsięwzięcia obejmującego usługę dotyczącą systemu wykorzystującego bazy danych Adabas.

Biorąc pod uwagę, że wskazana przez Konsorcjum ComArch usługa zrealizowana na rzecz Węgierskich Kolei Państwowych nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji II.2.3 pkt 2.4 ogłoszenia o zamówieniu, stosownie do dokonanych przez Izbę ustaleń, wykonawca nie podlega jednak na tym etapie postępowania wykluczeniu z postępowania, ponieważ zamawiający ma obowiązek dokonania ponownej oceny wniosku złożonego przez wykonawcę.

W ocenie Izby, uznanie przez zamawiającego, iż ww. wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, pomimo istotnych wątpliwości co do zakresu wykazanej usługi, narusza zasadę zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określoną w przepisie art. 7 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że naruszenie przez zamawiającego powyższego przepisu ustawy Pzp w toku oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może mieć wpływ na wynik postępowania, a zatem, stosownie do treści art. 191 ust. 1a Pzp, stanowi o wypełnieniu się ustawowej przesłanki do uwzględnienia odwołania.

Izba nie stwierdziła przesłanek do wykluczenia Konsorcjum ComArch z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a oraz art. 191 ust. 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 400 zł, stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....