

WYROK
z dnia 23 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Bogdan Artymowicz**
Członkowie: **Agnieszka Bartczak – Żuraw**
Renata Tubisz

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2012 r. przez wykonawcę **NEWIND Grupa Apator sp. z o.o., 54 – 413 Wrocław, ul. Klecińska 125** w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowieckie Centrum Neuropsychiatrii spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 05 – 462 Zagórze, k/Warszawy, Gmina Wiązowna**

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy **NEWIND Grupa Apator sp. z o.o., 54 – 413 Wrocław, ul. Klecińska 125** oraz uznania jego oferty za odrzuconą, dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy **NEWIND Grupa Apator sp. z o.o., 54 – 413 Wrocław, ul. Klecińska 125**,
2. kosztami postępowania obciąża **Mazowieckie Centrum Neuropsychiatrii spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 05 – 462 Zagórze, k/Warszawy, Gmina Wiązowna** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **NEWIND Grupa Apator sp. z o.o., 54 – 413 Wrocław, ul. Klecińska 125** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Mazowieckie Centrum Neuropsychiatrii spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 05 – 462 Zagórze, k/Warszawy, Gmina Wiązowna** na rzecz wykonawcy **NEWIND Grupa Apator sp. z o.o., 54 – 413 Wrocław, ul. Klecińska 125** kwotę 7 500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Mazowieckie Centrum Neuropsychiatrii Sp. z o. o. z siedzibą w Zagórzcu prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest usługa wsparcia analitycznego i projektowego podczas realizacji projektu informatyzacji Mazowieckiego Centrum Neuropsychiatrii.

Pismem z dnia 11 maja 2012 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Cotis EU Sp. z o. o. Sp. komandytowo-aukcyjna z siedzibą w Warszawie, EU Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, Jacek Czernuszenko prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą STRATIS Jacek Czernuszenko z siedzibą w Łomiankach [dalej także jako „konsorcjum Cotis”]. Jednocześnie zamawiający poinformował wykonawców, iż działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), [dalej także, jako „Pzp], wykluczył z postępowania wykonawcę Newind Grupa Apatro Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu ze względu na nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Wobec takich czynności zamawiającego w dniu 16 maja 2012 r., odwołanie złożył wykonawca Newind Grupa Apatro Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu zarzucając zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez bezpodstawne przyjęcie, że odwołujący nie może ubiegać się o udzielenie zamówienia z uwagi na niespełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wdrożenia co najmniej jednego systemu zarządzania przedsiębiorstwem klasy ERP;
- 2) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 4 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą z uwagi na niespełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wdrożenia co najmniej jednego systemu zarządzania przedsiębiorstwem klasy ERP;
- 3) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór, jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Cotis, nie będącej najkorzystniejszą ofertą złożoną w przedmiotowym postępowaniu;
- 4) naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji przejawiający się wykluczeniem odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania (unieważnienia uznania oferty za odrzuconą) odwołującego,
- 3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 4) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 5) nakazanie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, że przepisy ustawy oraz § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r., z dnia 30 grudnia 2009 r., w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) nie przewidują możliwości wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia przez podmiot o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp. Odwołujący podkreślał, iż na gruncie prawa europejskiego nie ma przeszkód do powoływania się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotów trzecich. W ocenie odwołującego powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich nie może również stanowić podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu, jeżeli wykonawca jest w stanie udowodnić, że zasobami tymi będzie faktycznie dysponował podczas realizacji zamówienia. W przedmiotowej sprawie odwołujący w wykazie zrealizowanych usług, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 4.1. ust. 2.1 SIWZ w zakresie wdrożenia co najmniej jednego systemu zarządzania przedsiębiorstwem klasy ERP wskazał usługę zrealizowaną przez podmiot trzeci, przedłożył dokument potwierdzający należytość realizacji tej usługi oraz w oryginale przedłożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego. W ocenie odwołującego nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, że odwołujący nie może przedłożyć w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi przez podmiot trzeci i dokument ten winien potwierdzać należytość realizacji usługi przez samego odwołującego. Nie sposób również zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie może dysponować zasobami podmiotów innych w zakresie wiedzy i doświadczenia, bowiem dokumenty, które wykonawca winien przedłożyć, a które należą do podmiotu innego i potwierdzają należytość wykonania wykazanych zamówień nie mieszczą się w katalogu dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania. W ocenie odwołującego niemożność posłużenia się zasobami podmiotu innego w zakresie wiedzy i doświadczenia i

udokumentowania posiadania rzeczywiście tego zasobu stoi w sprzeczności z dyspozycją art. 26 ust. 2b Pzp. W ocenie odwołującego, przepis art. 26 ust. 2b Pzp wyraźnie wiąże możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 zasobów należących do innego podmiotu z istnieniem rzeczywistej potrzeby wykazania tego zasobu w związku z jego niezbędnością dla realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Mazowieckie Centrum Neuropsychiatrii Sp. z o. o. z siedzibą w Zagórzcu prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest usługa wsparcia analitycznego i projektowego podczas realizacji projektu informatyzacji Mazowieckiego Centrum Neuropsychiatrii.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 kwietnia 2012 r., pod numerem 125488.

Zgodnie z rozdziałem 4.1 ust. 2.1 SIWZ zamawiający wymagał aby wykonawcy wykazali się m.in. realizacją co najmniej 4 usług doradczych lub prowadzenia 4 wewnętrznych programów /projektów wdrożeniowych oraz pomocy technicznej w zakresie organizacji, realizacji i wdrożenia przedsięwzięć informatycznych lub teleinformatycznych, których łączny budżet przekraczał 1 200 000 PLN, w tym:

- wdrożenia co najmniej jednego systemu zarządzania przedsiębiorstwem (klasy ERP),
- wdrożenia co najmniej jednego systemu informatycznego wspomagającego działalność placówek opieki medycznej,
- wdrożenia architektury procesów przedsiębiorstwa,
- realizacji co najmniej jednego projektu współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej.

Zgodnie z ust. 4 w/w rozdziału SIWZ zamawiający za dyspozycją art. 26 ust. 2b Pzp wskazał, iż Wykonawcy mogą 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. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany był 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 wykonaniu zamówienia.

Do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) konsorcjum Cotis na kwotę 227.000,00 zł netto,
- 2) Newind Grupa Apator Sp. z o. o., na kwotę 58.000,00 zł netto,

- 3) Europejskie Centrum Technologii Informatycznych i Zarządzania ITmed Sp. z o. o. na kwotę 129.268,00 zł netto,
- 4) CT Partners S.A. na kwotę 462.500,00 zł netto.

Izba ustaliła, iż wykonawca Newind Grupa Apator Sp. z o. o., na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 4.1. ust. 2.1 SIWZ w zakresie wdrożenia co najmniej jednego systemu zarządzania przedsiębiorstwem (klasy ERP) posłużył się potencjałem podmiotu trzeciego. Na potwierdzenie należytego wykonania usługi ujętej w załączniku nr 5 – wykaz wykonanych usług – zastrzeżonego przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, odwołujący załączył list referencyjny potwierdzający należyte wykonanie usługi. Zarówno załączony wykaz jak i dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi potwierdzały spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym powyżej.

Pismem z dnia 9 maja 2012 r., zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp zwrócił się do odwołującego o uzupełnienia dokumentów cz.4.3 ust. 1.1 pkt. 2) tj. wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie usług na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz.4.1 ust. 2.1. , z podaniem przedmiotu, dat wykonania, odbiorców i wartości, sporządzony wg załącznika nr 5 do SIWZ, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wezwanie dotyczyło referencji załączonej w ofercie przetargowej w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, która z punktu widzenia Zamawiającego nie spełniała wymagań SIWZ (referencje dotyczą innego niż NEWIND Grupa Apator Sp. z o.o. podmiotu).

W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 10 maja 2012 r., odwołujący wskazał, że przedłożony uprzednio na stronie 29 i 30 oferty wykaz potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w rozdziale 4.1. ust. 2.1 SIWZ. Jednocześnie z ostrożności odwołujący przedłożył nowy wykaz w którym wskazał dodatkową usługę wraz z dokumentem potwierdzającym jej należyte wykonanie.

Pismem z dnia 11 maja 2012 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę konsorcjum Cotis. Jednocześnie zamawiający poinformował wykonawców, iż działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, wykluczył z postępowania wykonawcę Newind Grupa Apator Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu ze względu na nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Czynności te leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Jednocześnie Izba ustaliła, iż w dniu 17 maja 2012 r., zamawiający wezwał wykonawców do zgłaszania przystąpień do przedmiotowego postępowania odwoławczego.

W terminie określonym w art. 185 ust. 2 Pzp do Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne przystąpienie do postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający dokonując czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i uznając jego ofertę za odrzuconą oraz dokonując czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy konsorcjum Cotis dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w treści odwołania.

Dokonanie wskazanych czynności przez Zamawiającego oparte było na zakwestionowaniu przez Zamawiającego istoty normy prawnej wyrażonej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Przepis ten zakłada bowiem, że wykonawca ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego może oprzeć się na określonym, wskazanym w tym przepisie, potencjale podmiotu trzeciego, w tym co do potencjału wiedzy i doświadczenia. Istotne jest, aby tenże wykonawca był w stanie udowodnić podmiotowi zamawiającemu, że będzie mógł korzystać z tego udostępnianego mu potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia. Przykładowym dowodem potwierdzającym powyższe, jest - zgodnie ze wskazaną regulacją prawną - pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego o udostępnieniu wykonawcy określonego potencjału. Rozwiązanie przewidziane w tym przepisie stanowi więc ustawowo przewidziany, a zatem legalny, wyjątek od zasady, że warunki udziału w postępowaniu, opisane przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, a w przypadku trybów, które nie wymagają publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w zaproszeniu do negocjacji (opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu), ma spełnić tylko wykonawca, czyli podmiot ubiegający się samodzielnie o uzyskanie zamówienia, bądź w grupie podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienia, zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy

Pzp. Wskazany wyjątek od tej zasady opisany w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp został w sposób celowy i świadomy wprowadzony do regulacji krajowej – ustawy Pzp w oparciu o podstawę prawną przewidzianą w tym zakresie przez regulacje unijne zawarte w dyrektywach zamówieniowych 2004/17/WE i 2004/18/WE. Tym samym zatem zastosowanie tego przepisu przez wykonawcę, który ubiega się o zamówienie i w postępowaniu o udzielenie zamówienia powołuje się w celu wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia na potencjał podmiotu trzeciego, nie może być uznane przez Zamawiającego za działanie sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa, skoro te zakładają wprost możliwość skorzystania z takiej instytucji.

W ocenianym przez Izbę stanie faktycznym sprawy Odwołujący przedstawił w swojej ofercie zarówno wykaz wykonanych usług, wskazując w nim określoną usługę na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, opisanego przez Zamawiającego w postanowieniach SIWZ, jak i dokument potwierdzający wykonanie tej usługi w sposób prawidłowy (dokumenty zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały tak przez Zamawiającego, jak i Izbę ocenione i zweryfikowane). Dokumenty te wskazują, że określona usługa została wykonana przez podmiot, co do którego w ofercie Odwołującego przedłożone zostało pisemne zobowiązanie tego podmiotu o udostępnieniu potencjału wiedzy i doświadczenia Odwołującemu z jednoczesnym wskazaniem, że potencjał ten będzie wykorzystywany w trakcie wykonywania przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe dokumenty w sposób jednoznaczny wskazują, że Odwołujący skorzystał w tym zakresie z instytucji przewidzianej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i czynienie z tego tytułu zarzutu Odwołującemu przez Zamawiającego należało uznać za pozbawione jakiegokolwiek podstawy prawnej, zatem niedopuszczalne. Dodatkowo zauważyć należy, że Zamawiający w żaden sposób nie kwestionował zakresu, czy rodzaju wykazywanej przez Odwołującego jako wypełnienie opisu warunku udziału w postępowaniu usługi. Podstawą uznania przez niego, że Odwołujący nie spełnia wymaganego warunku jest jedynie możliwość posługiwania się w ogóle potencjałem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie, co należało – jak wskazano powyżej - uznać za niedopuszczalne w świetle aktualnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp. Tym samym też – w ocenie Izby – niedopuszczalne było skierowanie przez Zamawiającego do Odwołującego wezwania do uzupełnienia dokumentów ze wskazaniem argumentacji podniesionej przez Zamawiającego (referencje dotyczą innego niż Odwołujący podmiotu). Spełnienie wskazanego warunku udziału w postępowaniu wynikało bowiem już z treści samej oferty. Przedłożone w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumenty jedynie potwierdzają fakt spełnienia opisu tego warunku na podstawie treści samej oferty.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p.,
tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....