

Sygn. akt: KIO 1259/12

WYROK

z dnia 27 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak -Żuraw

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2012r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Polska Telefonii Komórkowa Centertel Sp. z o.o., Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnika Poznańska, Pl. M. Skłodowskiej-Curie 5, 60-965 Poznań.**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie.**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Polska Telefonii Komórkowa Centertel Sp. z o.o., Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Polska Telefonia Komórkowa Centertel Sp. z o.o., Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Polska Telefonia Komórkowa Centertel Sp. z o.o., Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa** na rzecz **Politechnika Poznańska, Pl. M. Skłodowskiej-Curie 5, 60-965 Poznań** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **w Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Politechnika Poznańska w Poznaniu, Pl. Marii Skłodowskiej – Curie 5, 60 – 965 Poznań (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pod nazwą „Kompleksowa obsługa informatyczna Zamawiającego w modelu outsourcingu IT”. Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę większą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2012 r. pod nr 2012/S 60-097845.

W dniu 6 czerwca 2012 r. Zamawiający przekazał informację o wynikach spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 15 czerwca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Integrated Solutions sp. z o.o., ul. Moniuszki 1a, 00-014 Warszawa (lider) oraz Polska Telefonii Komórkowa – Centertel sp. z o.o., ul. Skierniewicka 01-230 Warszawa (partner) (dalej "Odwołujący"). Odwołujący oświadczał, iż jest wykonawcą, którego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku gdyby Zamawiający nie wykluczył Odwołującego z postępowania, mógłby złożyć swoją ofertę w postępowaniu.

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Odwołujący wnosił odwołanie na czynności:

- oceny wniosku Odwołującego,
- wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Zamawiającemu zarzucał naruszenie:

- 1) art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z art. 30 ustawy Przepisy wprowadzające ustawy reformujące system nauki z dnia 30 kwietnia 2010 r. (Dz. U. Nr 96, poz. 620), poprzez przyjęcie, że referencyjna usługa wskazana w pkt 1 tabeli nr 2 stanowiącej załącznik nr 3 do wniosku, nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ze względu na to, że realizowana była na rzecz zamawiającego, który nie jest jednostką sektora

finansów publicznych, podczas gdy umowa dotycząca realizacji usługi została zawarta z zamawiającym, który w chwili podpisywania umowy posiadał status jednostki sektora finansów publicznych,

- 2) art. 7 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że referencyjna usługa wskazana w pkt 1 tabeli nr 3 stanowiącej załącznik nr 3 do wniosku, nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, ze względu na to, że realizowana była na rzecz wyższej uczelni, która zatrudnia poniżej 1000 pracowników, podczas gdy uczelnia ta zatrudnia ponad 1000 pracowników,
- 3) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnoszących się do usługi wskazanej w pkt 1 tabeli nr 3 stanowiącej załącznik nr 3 do wniosku, w zakresie liczby pracowników zatrudnionych we wskazanej tam uczelni wyższej,
- 4) art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, oraz art. 78 i 99 k.c., poprzez przyjęcie, że wykonawca nie udowodnił spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie opisanym w sekcji III.3 „Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów” pkt 1.1 ogłoszenia o zamówieniu, ze względu na to, że nie przedłożył prawidłowego dokumentu potwierdzającego umocowanie osoby podpisującej zobowiązanie do udostępnienia zasobów, podczas gdy wykonawca przedłożył kopię pełnomocnictwa potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez osobę podpisującą oryginał pełnomocnictwa,

ewentualnie,

art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz rozporządzenia 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 (Dz. U. Nr 226, poz.1817) (dalej "rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów"), poprzez przyjęcie, że wykonawca nie udowodnił spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie opisanym w sekcji III.3 „Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów” pkt 1.1 ogłoszenia o zamówieniu, ze względu na to, że nie przedłożył prawidłowego dokumentu potwierdzającego umocowanie osoby podpisującej zobowiązanie do udostępnienia zasobów, podczas gdy z ogłoszenia oraz wskazanych przepisów nie wynika obowiązek przedkładania pełnomocnictwa osoby podpisującej zobowiązanie do udostępniania zasobów,

- 5) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów

dokumentów, poprzez przyjęcie, że wykonawca nie udowodnił spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie opisanym w sekcji III.2.3 „Minimalny poziom ewentualnych standardów”, ze względu na to, że przedłożył referencje oznaczone nr 1, 3, 4, 5 i 6 poświadczone za zgodność z oryginałem przez osoby uprawnione do reprezentacji podmiotów udostępniających zasoby niezbędne do realizacji zamówienia, a nie przez wykonawcę, podczas gdy dokumenty te zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem zarówno przez wykonawcę, jak i podmiot udostępniający zasoby niezbędne do realizacji zamówienia.

Wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny wniosku Odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- 3) dokonanie ponownej oceny wniosku Odwołującego.

W uzasadnieniu wskazywał, co następuje.

1. W pkt 1 tabeli nr 2 stanowiącej załącznik nr 3 do wniosku, wskazano referencyjną usługę, która została zrealizowana na rzecz instytutu badawczego. Usługa potwierdza spełnienie warunku opisanego w sekcji III.2.3 „Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów” pkt 1.2) ogłoszenia. Zdaniem Zamawiającego przedstawiona usługa nie mogła potwierdzić spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jako, że nie została zrealizowana na rzecz jednostki sektora finansów publicznych, o której mowa w art. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240) (dalej „ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych”).

Zdaniem Odwołującego ze stanowiskiem tym nie można się zgodzić z następujących względów.

Zamawiający, opisując warunek udziału w postępowaniu, uznał, że dla prawidłowej realizacji zamówienia powinien wyłonić wykonawcę, który wykaże się doświadczeniem we wdrożeniu systemu informatycznego w obszarze Kadr i Płac wykonanym dla jednostki sektora finansów publicznych. Istotne więc było, aby umowa dotycząca realizacji zamówienia uwzględniała specyfikę działania takich jednostek, m.in. w sensie organizacyjnym i prawnym. Umowa dotycząca referencyjnej usługi została zawarta z instytutem badawczym w stanie prawnym, w którym jednostka ta posiadała status jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu art. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Oznacza to, że zamówienie to zostało przygotowane i udzielone przed jednostkę sektora finansów publicznych. Status instytutu uległ zmianie dopiero z dniem wejścia w życie art. 30 ustawy Przepisy wprowadzające ustawy reformujące system nauki z dnia 30 kwietnia 2010 r. (Dz. U. Nr 96, poz. 620), na mocy którego instytuty badawcze przestały być jednostkami sektora finansów

publicznych. Pomimo utraty statusu jednostki sektora finansów publicznych w trakcie obowiązywania umowy, zamówienie było realizowane w pierwotnym kształcie uwzględniającym specyfikę działania jednostki sektora finansów publicznych. Oznacza to, że wykonawca dysponuje doświadczeniem, które zgodnie z opisem warunku jest wystarczające do realizacji przedmiotowego zamówienia.

2. Odwołujący podnosił, że referencyjna usługa wskazana w pkt 1 tabeli nr 3 stanowiącej załącznik nr 3 do wniosku, służyć może potwierdzeniu spełnienia warunku opisanego w sekcji III. 2.3 „Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów pkt 1. 3) ogłoszenia, ale również może potwierdzać spełnienie warunku opisanego w sekcji III.2.3 „Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów” pkt 1.2) ogłoszenia. Wniosek taki wynika z następujących okoliczności:

- wskazana w pkt 1 tabeli nr 3 jednostka jest nie tylko uczelnią wyższą w rozumieniu ustawy o szkolnictwie wyższym, ale również jednostką sektora finansów publicznych,
- system wdrożony na rzecz tej uczelni obejmował swoim zakresem również obszar Kadr i Płac,
- Zamawiający w ogłoszeniu nie zawarł zastrzeżenia, że dla spełnienia każdego z warunków wskazanych w sekcji III 2.3. „Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów”, wymagane jest przedstawienie innego zamówienia.

W związku z tym niezależnie od tego, czy referencyjna usługa, o której mowa w pkt 1 tabeli nr 2 stanowiącej załącznik nr 3 do wniosku, została wykonana na rzecz jednostki sektora finansów publicznych, potwierdzenie spełnienia warunku omawianego w ramach niniejszego zarzutu może nastąpić poprzez wykazanie usługi referencyjnej wykonanej na rzecz zamawiającego wskazanego w pkt 1 tabeli nr 3 stanowiącej załącznik nr 3 do wniosku .

W pkt 1 tabeli nr 3 stanowiącej załącznik nr 3 do wniosku, Odwołujący wskazał referencyjną usługę która potwierdza spełnienie warunku w sekcji III. 2.3 „Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów pkt 1.3) ogłoszenia o zamówieniu. Zdaniem Zamawiającego usługa nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu ze względu na to, że wskazana uczelnia nie zatrudnia 1000 pracowników.

Zamawiający, opisując warunek udziału w postępowaniu, uznał, że dla prawidłowej realizacji zamówienia musi wyłonić wykonawcę, który wykaże się doświadczeniem we wdrożeniu systemu informatycznego w obszarze Kadr, Płac, Finansów, Księgowości, Ewidencji Majątku oraz Gospodarki Materiałowej w publicznej uczelni wyższej, która zatrudnia co najmniej 1000 pracowników. Zamawiający ustalił, że wskazana uczelnia nie zatrudnia 1000 pracowników. Zamawiający dokonał tym samym interpretacji warunku udziału w

postępowaniu w ten sposób, że uczelnia ma zatrudniać 1000 osób na podstawie umowy o pracę. Zamawiający abstrahuje tym samym od tego, że potocznie mianem pracownika określa się wszelkie osoby zatrudnione u danego pracodawcy niezależnie od podstawy tego zatrudnienia. Ponadto Zamawiający traci z pola widzenia cel, dla którego opisał warunek we wskazany sposób. Istotą wskazanego warunku jest uzyskanie doświadczenia we wdrożeniu systemu informatycznego, który służy do obsługi odpowiednio dużej jednostki, a co za tym idzie odpowiedniej liczby osób zatrudnionych. Z punktu widzenia złożoności oraz wielkości systemu, nie ma znaczenia, czy np. wyliczane są płace dla osób zatrudnionych na podstawie umów o pracę czy też osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnych, co więcej wprowadzenie różnych podstaw zatrudnienia powoduje skomplikowanie systemu.

W związku z tym należy stwierdzić, że przy ocenie spełnienia omawianego warunku istotne jest, że system informatyczny wdrożony w uczelni obsługuje jednostkę zatrudniającą ponad 1000 osób, a tym samym podana usługa referencyjna potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

3. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażany jest jednolity pogląd, iż zamawiający nie może bezkrytycznie przyjmować wszelkich oświadczeń wykonawców, lecz ma obowiązek weryfikować je w oparciu o informacje, które są powszechnie dostępne, jak również informacje, uzyskane od innych podmiotów. Z drugiej jednak strony w przypadku zaistnienia rozbieżności w odniesieniu do uzyskanych informacji, Zamawiający powinien wyjaśnić sporne kwestie zwracając się do wykonawcy o wyjaśnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp (por. wyroki KIO/UZP/1817/09). W związku z tym przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający zobowiązany był wezwać Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień odnoszących się do liczby pracowników zatrudnionych w uczelni, o której mowa w pkt 1 tabeli nr 3 załącznika nr 3 do wniosku.

4. Pełnomocnictwo do podpisania zobowiązania do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, zostało podpisane przez prezesa spółki, uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji tej spółki (vide odpis KRS). Do wniosku Odwołujący dołączył kopię tego pełnomocnictwa, potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez osobę podpisującą pełnomocnictwo. Tym samym zachowana została pisemna forma pełnomocnictwa, skoro pod treścią oświadczenia o udzieleniu pełnomocnictwa złożony został własnoręczny podpis osoby uprawnionej do jednoosobowej reprezentacji spółki udzielającej pełnomocnictwa.

Ponadto, nawet gdyby przyjąć, że do wniosku nie dołączono pisemnego pełnomocnictwa, z

ogłoszenia oraz obowiązujących przepisów prawa nie wynika obowiązek przedkładania pełnomocnictwa osób podpisujących zobowiązanie do udostępniania zasobów. Jest tak z następujących względów:

- Zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia zasób, jest dokumentem składanym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.
- Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawców postępowaniu, jednak aby z tej możliwości móc skorzystać musi wskazać je w ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający w ogłoszeniu nie zawarł wymogów odnoszących się do obowiązku wykazania umocowania osób podpisujących zobowiązania do udostępniania zasobów.
- Zakres możliwych do żądania dokumentów określa rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów. W rozporządzeniu tym, jednoznacznie wskazano, że dokumentami innych podmiotów, jakich zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy, który korzysta z cudzych zasobów, są wyłącznie dokumenty wskazane w § 2 tegoż rozporządzenia (dokumenty wykazujące brak podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu). Zaprezentowany powyżej pogląd podzielił Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 18 listopada 2010 r. (sygn. akt V Ca 2059/11).

5. Zdaniem Zamawiającego wykonawca nie udowodnił spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie opisanym w sekcji III.2.3 „Minimalny poziom ewentualnych standardów”, ze względu na to, że przedłożył referencje oznaczone nr 1, 3, 4, 5 i 6 poświadczone za zgodność z oryginałem przez osoby uprawnione do reprezentacji podmiotów udostępniających zasoby niezbędne do realizacji zamówienia, a nie przez wykonawcę. Referencje oznaczone nr 1, 3, 4, 5 i 6 są poświadczone za zgodność z oryginałem przez osoby uprawnione do reprezentacji podmiotów udostępniających zasoby niezbędne do realizacji zamówienia, ale także przez wykonawcę. W związku z tym referencje te są potwierdzone za zgodność z oryginałem w sposób należyty, niezależnie od sposobu interpretacji § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Mając na względzie powyższe wnosił w petitum.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izby ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w sekcji III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu wskazał m.in., że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli wykażą, że: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje:

- 1) co najmniej dwie usługi analizy rozumianej jako część procesu wdrożenia polegające na opracowaniu dokumentu zwyczajowo określanego jako Koncepcja Wdrożenia lub Projekt Wdrożenia, zawierającego docelową mapę procesów wykonanych dla jednostek sektora finansów publicznych, o których mowa w art. 9 Ustawy z dnia 27.8.2009 roku o finansach publicznych, w ramach usług projektowych o wartości co najmniej 0,5 mln PLN brutto każdy, obejmujących każdorazowo obszary co najmniej Kadr, Płac, Finansów, Księgowości, Ewidencji Majątku oraz Gospodarki Materiałowej, z czego co najmniej jedna usługa wykonana dla publicznej uczelni wyższej, o której mowa w art. 2 ust. 1 pkt. 2) ustawy z dnia 27.7.2005 roku, Prawo o szkolnictwie wyższym, zatrudniającej co najmniej 1 000 pracowników,
 - 2) co najmniej jedną usługę wdrożenia systemu w obszarze Kadr i Płac wykonaną dla jednostki sektora finansów publicznych, o której mowa w art. 9 Ustawy z dnia 27.8.2009 roku o finansach publicznych, zatrudniającej co najmniej 1 000 pracowników w ramach usługi projektowej o wartości 500 000 PLN brutto,
 - 3) co najmniej jedną usługę wdrożenia systemu obejmującego co najmniej obszary Kadr, Płac, Finansów, Księgowości, Ewidencji Majątku oraz Gospodarki Materiałowej w publicznej uczelni wyższej, o której mowa w art. 2 ust. 1 pkt. 2) ustawy z dnia 27.7.2005 roku Prawo o szkolnictwie wyższym, zatrudniającej co najmniej 1000 pracowników w ramach usługi projektowej o wartości co najmniej 500 000 PLN brutto
- Każda z usług, określonych w pkt 1), 2) i 3) powinna dotyczyć odrębnych projektów zrealizowanych na rzecz różnych zamawiających. Wartości podane, w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku, w walutach obcych wykonawca przeliczy wg średniego kursu NBP na dzień poprzedzający termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający dopuścił możliwość polegania na zasobach innych podmiotów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (przywołał w treści ogłoszenia o zamówieniu treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp).

Na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia należało złożyć wykaz usług zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do wniosku wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (tzw. referencji).

Odwołujący do wniosku nie załączył wykazu usług. Przedstawił go na wezwanie Zamawiającego z dnia 10 maja 2012 r. wraz z pismem z 18 maja 2012 r. Uzupełnienie zostało zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W pkt 1 tabeli nr 2 załącznika nr 3 na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w sekcji III.2.3 „Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów” pkt 1.2) ogłoszenia o zamówieniu podał usługę wykonaną na rzecz instytutu badawczego.

W pkt 1 tabeli nr 3 załącznika nr 3 na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w sekcji III.2.3 „Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów” pkt 1.3) ogłoszenia o zamówieniu podał usługę wykonaną na rzecz publicznej uczelni wyższej, deklarując, że zatrudnia ona co najmniej 1000 pracowników, jak tego wymagał Zamawiający.

W uzupełnionym wniosku złożył potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopię pełnomocnictwa obejmującego uprawnienie do podpisania zobowiązania do udostępnienia zasobów (str. 31-33).

Referencje oznaczone nr 1, 3, 4, 5 i 6 dotyczące udostępnionego zasobu wiedzy i doświadczenia zostały złożone w kopiach poświadczonych za zgodność z oryginałem przez osoby uprawnione do reprezentacji podmiotów udostępniających zasoby niezbędne do realizacji zamówienia. Na referencjach widniał także podpis wraz z pieczęcią osoby podpisującej z upoważnienia Odwołującego wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym.

Pismem z 6 czerwca 2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu Zamawiający zakwestionował usługę wskazaną w uzupełnionym wykazie pkt 1 tabeli nr 2 stanowiącej załącznik nr 3 do wniosku, uznając, iż została ona wykonana na rzecz instytutu badawczego, które to podmioty nie są zaliczane do sektora finansów publicznych (art. 9 pkt 14 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych wyłącza instytuty badawcze z sektora finansów publicznych). Usługa ta nie potwierdza zatem spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji III.2.3 „Minimalny poziom wymaganych standardów” w zakresie pkt 1.2) ogłoszenia o zamówieniu, który wymagał wykazania się usługą na rzecz jednostki sektora finansów publicznych. Zamawiający uznał także, iż Odwołujący nie spełnia

standardu określonego w sekcji III.2.3 „Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów” pkt 1.3) ogłoszenia o zamówieniu, gdyż podana przez niego w pkt 1 tabeli nr 3 usługa nie była wykonana na rzecz publicznej uczelni wyższej zatrudniającej co najmniej 1000 pracowników, jak tego wymagał Zamawiający. Zamawiający wskazywał, że na podstawie informacji uzyskanych telefonicznie w Dziale Spraw Pracowniczych tej uczelni stwierdził, iż warunek nie jest spełniony. Ponadto w sprawozdaniu Działu Spraw Pracowniczych podano stan zatrudnienia, który nie potwierdza spełnienia warunku. Zamawiający zakwestionował także spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji III.2.3 „Minimalny poziom standardów” pkt 1.1) ogłoszenia o zamówieniu, gdyż wraz z zobowiązaniem do udostępnienia zasobów dołączono kopię pełnomocnictwa potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez osobę reprezentującą mocodawcę. Dodatkowo Odwołujący załączył kopię poświadczoną za zgodność oryginałem poświadczenia własnoręczności podpisu tej osoby. Zamawiający uznał, iż pełnomocnictwo upoważniające do podpisania zobowiązania do udostępnienia zasobów nie jest dokumentem, o którym mowa w rozporządzeniu w sprawie dokumentów. W związku z tym w oparciu o art. 14 ustawy Pzp znajdują do niego zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 99 § 2 kodeksu cywilnego pełnomocnictwo ogólne wymaga pod rygorem nieważności formy pisemnej. Złożona przez wykonawcę kopia pełnomocnictwa potwierdzona za zgodność z oryginałem nie spełnia warunku pisemności, gdyż podpis poniżej treści oświadczenia woli nie jest podpisem własnoręcznym. Ponadto Zamawiający zakwestionował, iż określone referencje wystawione na rzecz podmiotów trzecich zostały przedstawione w kopiach potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez podmioty trzecie, a nie wykonawcę. Zamawiający uznał to za niedopuszczalne, przywołując wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2011 r. KIO 1611/11. Zamawiający wskazywał, iż wzywał wykonawcę do uzupełnienia wykazu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, toteż powtórzenie tej czynności jest niedopuszczalne.

W treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o jego oddalenie. Przywoływał także argumentację na potwierdzenie swojego stanowiska. Do argumentacji tej Izba odniosła się w dalszej części uzasadnienia.

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła brak przesłanek do odrzucenia odwołania, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis. Odwołujący spełnia też przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba przy wydaniu orzeczenia w sprawie uwzględniła w ramach materiału dowodowego dokumentację postępowania, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, wniosek

Odwołującego o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym, wezwanie do uzupełnienia, uzupełnienie wniosku, informację o wykluczeniu skierowaną do Odwołującego, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, pismo przedłożone przez Odwołującego dotyczące liczby zatrudnionych u odbiorcy usługi wskazanego w pkt 1 tabeli nr 3 uzupełnionego wykazu.

Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z art. 30 ustawy Przepisy wprowadzające ustawy reformujące system nauki z dnia 30 kwietnia 2010 r. (Dz. U. Nr 96, poz. 620), poprzez przyjęcie, że referencyjna usługa wskazana w pkt 1 tabeli nr 2 stanowiącej załącznik nr 3 do wniosku, nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ze względu na to, że realizowana była na rzecz zamawiającego, który nie jest jednostką sektora finansów publicznych, podczas gdy umowa dotycząca realizacji usługi została zawarta z zamawiającym, który w chwili podpisywania umowy posiadał status jednostki sektora finansów publicznych.

Zarzut powyższy nie potwierdził się. Odwołujący nie zdołał wykazać, aby istotnie podmiot, na rzecz którego świadczona była usługa, w dacie zawarcia umowy posiadał status jednostki sektora finansów publicznych. W treści wykazu jako datę realizacji usługi podano jedynie miesiąc i rok, z czego wnioskować można, iż są to daty zakończenia świadczenia usługi. Ponadto z treści referencji w sposób ogólny wynika okres wykonywania usługi na rzecz wskazanego odbiorcy. Zamawiający podnosił, iż podmiot, na rzecz którego wykonywana była usługa, w okresie poprzedzającym wejście w życie ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (Dz. U. Nr 96, poz. 618) był jednostką badawczo-rozwojową. Ustawa z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (Dz. U. Nr 96, poz. 618) weszła w życie z dniem 1 października 2010 r., z wyjątkiem art. 39 ust. 2, który wszedł w życie po upływie 12 miesięcy od dnia ogłoszenia. Art. 8 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. Przepisy wprowadzające ustawy reformujące system nauki (Dz. U. Nr 96, poz. 620) przewidywał, że z dniem wejścia w życie ustawy wymienionej w art. 4 (ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (Dz. U. Nr 96, poz. 618) traci moc ustawa z dnia 25 lipca 1985 r. o jednostkach badawczo-rozwojowych (Dz. U. z 2008 r. Nr 159, poz. 993 oraz z 2009 r. Nr 168, poz. 1323). Przepisy dostosowujące i przejściowe do ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych przewidywały natomiast:

"Art. 49.

1. Jednostki badawczo-rozwojowe działające na podstawie ustawy z dnia 25 lipca 1985 r. o jednostkach badawczo-rozwojowych, które uzyskały kategorię 1, 2, 3, 4 lub 5 na podstawie przepisów ustawy z dnia 8 października 2004 r. o zasadach finansowania

nauki, stają się instytucjami badawczymi w rozumieniu ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytucjach badawczych. Do jednostek tych stosuje się przepisy art. 32 ust. 2.

2. Jednostki, o których mowa w ust. 1, które uzyskały kategorię 2, 3 lub 4 na podstawie przepisów ustawy z dnia 8 października 2004 r. o zasadach finansowania nauki, podlegają audytowi, o którym mowa w art. 36 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytucjach badawczych. Audyt dokonywany jest w terminie 18 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytucjach badawczych.
3. Jednostki, o których mowa w ust. 1, które uzyskały kategorię 5 na podstawie przepisów ustawy z dnia 8 października 2004 r. o zasadach finansowania nauki, są włączane do instytucji badawczych, przekształcane w instytucje gospodarki budżetowej, likwidowane bądź podlegają komercjalizacji, w trybie i na zasadach określonych w ustawie z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytucjach badawczych w terminie 18 miesięcy od dnia wejścia w życie tej ustawy.

Art. 50.

Państwowe instytucje badawcze działające na podstawie ustawy z dnia 25 lipca 1985 r. o jednostkach badawczo-rozwojowych stają się państwowymi instytucjami badawczymi w rozumieniu ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytucjach badawczych."

Zgodnie z art. 9 pkt 14 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych w wersji obowiązującej przed jego nowelizacją dokonaną art. 30 ustawy Przepisy wprowadzające ustawy reformujące system nauki z dnia 30 kwietnia 2010 r. (Dz. U. Nr 96, poz. 620) jednostkami sektora finansów publicznych były inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, jednostek badawczo-rozwojowych, banków i spółek prawa handlowego. Tym samym przepis ten, który wszedł w życie 1 stycznia 2010 r., od początku obowiązywania ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych wyłączał z sektora finansów publicznych jednostki badawczo-rozwojowe. Jednostki badawczo-rozwojowe należały natomiast do sektora finansów publicznych na podstawie ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (art. 4 pkt 6 tej ustawy), jednak Odwoływający w żaden sposób nie dowiódł, aby usługa była wykonywana w okresie poprzedzającym wejście w życie ustawy z dnia z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Powyższe nie wynika także z treści wykazu ani dołączonych do niego dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi, które choć ogólnie, to wskazują na okres wykonywania usługi w czasie obowiązywania ustawy z dnia z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. W toku postępowania przed Izbą Odwoływający podnosił, iż podmiot wskazany w wykazie jako odbiorca usługi z uwagi na wykonywaną przez siebie działalność posiada hybrydowy charakter i z tej przyczyny należy zakwalifikować go do sektora finansów publicznych.

Podmioty wykonujące tę działalność są bowiem co do zasady jednostkami sektora finansów publicznych. Izba zauważa, iż Odwołujący nie przytoczył żadnych przepisów, które pozwoliłyby na taki wniosek. Zamawiający natomiast przedstawił informacyjnie dane rejestrowe oraz dane odnoszące się do podstaw prawnych i formy prawnej funkcjonowania tego podmiotu, z których jednoznacznie wynika, iż podlega on prawnej kwalifikacji jako instytut badawczy, a wcześniej funkcjonował jako jednostka badawczo-rozwojowa.

Równocześnie z uwagi na regulację zawartą w sekcji III.2.3, iż każda z usług, określonych w pkt 1), 2) i 3) powinna dotyczyć odrębnych projektów zrealizowanych na rzecz różnych zamawiających niemożliwym jest, jak podnosił to Odwołujący, aby usługa wskazana w pkt 1 tabeli nr 3 załącznika nr 3 potwierdziła skutecznie spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji III.2.3 pkt 1.2) i 1.3) jednocześnie. Zdaniem Izby regulacja zawarta w ogłoszeniu o zamówieniu wyłączająca taką możliwość, wbrew stanowisku Odwołującego, jest jasna i jednoznaczna. Zamawiający nie tylko żądał odmiennych projektów, ale dodatkowo aby były one wykonane na rzecz różnych zamawiających. Powyższy wymóg nie był przez Odwołującego podważany w drodze środków ochrony prawnej, a zatem na obecnym etapie postępowania należy uznać go za wiążący. Brak jest zatem podstaw dla przyjęcia słuszności argumentacji Odwołującego, który dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w sekcji III.2.3) pkt 1.2) ogłoszenia o zamówieniu wskazał tylko 1 usługę. Ponadto jak wskazano w niniejszym uzasadnieniu poniżej usługa określona w pkt 1 tabeli nr 3 załącznika nr 3 również w opinii Izby nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w sekcji III.2.3) pkt 1. 3) ogłoszenia o zamówieniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, stanowisko Zamawiającego, który uznał, iż usługa wskazana w pkt 1 tabeli nr 2 załącznika nr 3 nie spełnia określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w sekcji III.2.3) pkt 1.2) ogłoszenia o zamówieniu jest w ocenie Izby słuszne. Odwołujący był wzywany do uzupełnienia wniosku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (wniosek złożony w terminie składania wniosków o ogóle nie zawierał wykazu usług), toteż z uwagi na jednorazowy charakter wezwania w tym trybie niemożliwym jest ponowne wezwanie do uzupełnienia wykazu usług.

Zarzut naruszenia art. 7 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że referencyjna usługa wskazana w pkt 1 tabeli nr 3 stanowiącej załącznik nr 3 do wniosku, nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, ze względu na to, że realizowana była na rzecz wyższej uczelni, która zatrudnia poniżej 1000 pracowników, podczas gdy uczelnia ta zatrudnia ponad 1000 pracowników.

Zarzut powyższy nie potwierdził się. Odwołujący argumentował, iż nieprawidłowe jest stanowisko Zamawiającego, aby wymóg zatrudniania co najmniej 1000 pracowników przez publiczną uczelnię wyższą odnosił się wyłącznie do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Zdaniem Odwołującego stanowisko to abstrahuje od potocznego rozumienia pojęcia pracownik, zgodnie z którym mianem tym określa się wszelkie osoby zatrudnione u danego pracodawcy, niezależnie od podstawy tego zatrudnienia.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie przywołujące definicję legalną pojęcia pracownik zawartą w art. 2 Kodeksu pracy, zgodnie z którą pracownikiem jest osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę. Pracownikiem jest zatem osoba, która jest zatrudniona w sposób określony w art. 2 Kodeksu pracy. Wbrew stanowisku Odwołującego Zamawiający nie ograniczył definicji tylko do osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Skoro zatem przepisy przewidują definicję legalną danego pojęcia, a Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu nie podał własnej definicji, zasadnym jest odwołanie się do sposobu rozumienia tego pojęcia wynikającego z norm prawnych. Ponadto przyjęcie argumentacji Odwołującego pozwalałoby na objęcie zakresem tego pojęcia, warunkującym także uznanie warunku zatrudnienia co najmniej 1000 pracowników za spełniony, każdej osoby zatrudnionej na podstawie jakiegokolwiek umowy cywilnoprawnej, nawet jednorazowej. Powyższe rozumienie w ocenie Izby pozostawałoby w sprzeczności nie tylko z literalną wykładnią tego warunku, ale także celem przyjętym przez Zamawiającego tj. aby wykonawca wykazał się wykonaniem systemu dla publicznej uczelni zatrudniającej określoną liczbę pracowników w sposób w miarę stały (tj. wymagających pewnej stałej obsługi przez system). Należy również podkreślić, iż Zamawiający posłużył się nie tylko określeniem zatrudnienia, które może obejmować także umowy cywilnoprawne, lecz również pojęciem pracownik. Brak jest podstaw dla posłużenia się potocznym rozumieniem tego pojęcia, gdyż nie zostało ono dookreślone przez Zamawiającego. Tym samym wykonawcy w różny sposób mogliby oceniać zakres tego pojęcia. Powyższe naruszałoby zasady wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto należy uwzględnić specyfikę uczelni wyższych, gdzie właściwe przepisy dookreślają zasady zatrudnienia. Przepisy ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym w rozdziale Stosunek pracy pracowników uczelni przewidują:

"Art. 118.

1. Nawiązanie stosunku pracy z nauczycielem akademickim następuje na podstawie mianowania albo umowy o pracę. Na podstawie mianowania zatrudnia się wyłącznie nauczyciela akademickiego posiadającego tytuł naukowy profesora. Zatrudnienie na podstawie mianowania następuje w pełnym wymiarze czasu pracy. (...)

Art. 135.

1. Pracownicy uczelni niebędący nauczycielami akademickimi są zatrudniani na podstawie umowy o pracę. Umowę o pracę zawiera rektor lub inny organ uczelni wskazany w statucie.
2. Do pracowników niebędących nauczycielami akademickimi stosuje się odpowiednio przepisy art. 118 ust. 7 i art. 138 ust. 1.

Art. 136.

1. W sprawach dotyczących stosunku pracy pracowników uczelni, nieuregulowanych w ustawie, stosuje się przepisy ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy.
2. Spory o roszczenia ze stosunku pracy pracownika uczelni rozpatrują sądy pracy."

Tym samym także regulacja odnosząca się do zatrudniania w uczelniach wyższych wskazuje na podstawy zatrudnienia jako pracowników uczelni, które nie obejmują umów cywilnoprawnych. W ocenie Izby brak jest zatem jakichkolwiek racji przemawiających za tym, aby posługiwać się potocznym sformułowaniem pojęcia pracownik, zwłaszcza że potoczne rozumienie w przedmiotowym przypadku w istocie nie pozwala na ustalenie jednolitego zakresu tego sformułowania. Odwołujący nie zaskarżył treści ogłoszenia o zamówieniu ani nie wnosił wobec niego zapytań, toteż należy uznać, iż użyte tam sformułowania na obecnym etapie postępowania są dla niego wiążące. Powyższe oznacza, iż jedynie wykazanie się usługą świadczoną na rzecz publicznej uczelni wyższej w rozumieniu właściwych przepisów zatrudniającej co najmniej 1000 pracowników w sposób przyjęty przez Zamawiającego pozwoliłoby uznać, iż usługa ta jest zgodna z treścią wymogu Zamawiającego. Odwołujący nie podnosił w odwołaniu argumentacji, iż publiczna uczelnia wyższa, na rzecz której świadczona była usługa wskazana we wniosku, zatrudnia co najmniej 1000 pracowników niezależnie od sposobu rozumienia tego pojęcia przez Zamawiającego. W ocenie Izby także przedstawiony przez Odwołującego w tym zakresie dowód nie potwierdza przyjętego przez Odwołującego sposobu wykładni określenia pracownik. Wystawca dokumentu nie posłużył się w jego treści sformułowaniem „zatrudnionych pracowników”, lecz jedynie oświadczył, iż w okresie zbieżnym z podaną datą realizacji zamówienia na podstawie różnych stosunków prawnych zatrudnionych było ponad 1000 osób. Tymczasem Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu użył zarówno pojęcia „zatrudnionych”, jak i „pracowników”. Zdaniem Izby przedmiotowe pismo nie może stanowić dowodu na zatrudnienie wymaganej liczby pracowników w ramach stosunku pracy. Ponadto może obejmować wszelkie osoby, które świadczyły jakiegokolwiek usługi choćby jednorazowe na rzecz tego podmiotu, co w ocenie Izby wykracza za warunek ustalony przez Zamawiającego. Wobec powyższego uznać należy, iż Odwołujący nie zdołał podważyć prawidłowości decyzji Zamawiającego. Postępowanie przed Izbą ma charakter

kontradyktoryjny, a brak przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska skutkuje nieuwzględnieniem zarzutu, który nie został udowodniony (por wyrok KIO z 19 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2584/11: "Kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej- wyrok SO w Warszawie sygn. akt V Ca 571/08. Podobnie również stwierdził SO w Katowicach w wyroku o sygn. XIX Ga 92/08 iż w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to Odwołującego").

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnoszących się do usługi wskazanej w pkt 1 tabeli nr 3 stanowiącej załącznik nr 3 do wniosku, w zakresie liczby pracowników zatrudnionych we wskazanej tam publicznej uczelni wyższej.

Zarzut powyższy jest zasadny. Istotnie z treści dokumentacji postępowania, w tym informacji o wyniku spełniania warunków udziału w postępowaniu, wynika, że Zamawiający dokonywał samodzielnych ustaleń odnośnie liczby zatrudnionych pracowników. Co więcej Zamawiający potwierdził, iż były to ustalenia tylko telefoniczne i nie dysponuje ich pisemnym potwierdzeniem. Ponadto w treści informacji o wyniku spełniania warunków udziału w postępowaniu podano, iż liczby wskazywane przez Zamawiającego odnoszą się nie do roku wskazywanego przez Odwołującego w wykazie jako data realizacji zamówienia, lecz okresu wcześniejszego. Wprawdzie z treści dokumentów zawartych we wniosku wynika, iż w tym okresie usługa była już wykonywana, jednak z uwagi na fakt, że Zamawiający nie dookreślił na jaką datę należy ustalać liczbę zatrudnionych pracowników, dokonując wykładni treści ogłoszenia o zamówieniu na korzyść wykonawców, należałoby uznać, iż wykonawca ma możliwość powoływania się na cały okres wykonywania zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawcę, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, do których zalicza się także dokumenty i oświadczenia odnoszące się do wymaganej wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z powoływanym przepisem, wątpliwości dotyczące złożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów zamawiający powinien w pierwszej kolejności wyjaśniać z wykonawcą. Przepis ten nie zabrania zamawiającemu poszukiwania informacji potwierdzających oświadczenie wykonawcy u podmiotów trzecich, w tym zwrócenia się do zleceniodawcy usługi wykazywanej na potwierdzenie wymaganego doświadczenia o wyrażenie jego stanowiska dotyczącego

składanych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów. Jednakże Zamawiający w tej sytuacji nie powinien w procedurze wyjaśniania swych wątpliwości pomijać wykonawcy, w szczególności gdy przedstawione przez zleceniodawcę usługi stanowisko skutkuje stwierdzeniem niespełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający powinien zatem uzyskać opinię wykonawcy względem poczynionych przez siebie ustaleń. Uzyskanie wyjaśnień nie może wiązać się ze zmianą złożonego oświadczenia woli, co jest niedopuszczalne w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jednak pozwoliłoby Zamawiającemu poznać stanowisko wykonawcy co do przesłanek, które zdecydowały o posłużeniu się w wykazie usługą, co do której Zamawiający ustalił, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Izba zauważa, iż wyjaśnienia składane przez wykonawcę podlegają ocenie Zamawiającego. Nie powinien także zakładać, pomijając rzeczywistą treść wyjaśnień, iż w każdym przypadku wyjaśnienia skutkować będą zmianą złożonego oświadczenia czy też wymagać będą takiej zmiany. Takie stwierdzenie jest przedwczesne wobec braku znajomości treści wyjaśnień. Przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wyraźnie wskazuje na istnienie obowiązku uzyskania wyjaśnień, nie pozostawiając decyzji o żądaniu wyjaśnień w sferze dyspozycji zamawiającego. Zastosowanie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie wiąże się też automatycznie z koniecznością żądania uzupełnienia dokumentów/oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. O ile bowiem wyjaśnienia nie pozwolą na usunięcie niezgodności pomiędzy treścią oświadczenia woli wykonawcy a uzyskanymi przez zamawiającego informacjami, potwierdzając w ten sposób niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a brak jest podstaw dla zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający dokona wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 26 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Uzyskanie wyjaśnień pozwoliłoby jednak poznać stanowisko wykonawcy, co może mieć znaczenie dla dalszej oceny Zamawiającego. Jednakże w przedmiotowej sprawie powyższe naruszenie nie miało ani nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp warunkuje dopuszczalność uwzględnienia odwołania. Odwołujący ani w treści odwołania ani podczas postępowania odwoławczego nie przedstawił dowodów potwierdzających, że liczba zatrudnionych pracowników wskazanej w wykazie publicznej uczelni wyższej – zatrudnionych jako pracownicy w rozumieniu Zamawiającego - istotnie wynosiła co najmniej 1000 osób w którymkolwiek czasie wykonywania zamówienia. Odwołujący w treści odwołania odwoływał się tylko do odmiennego sposobu wykładni powyższego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, a zapytywany w toku postępowania odwoławczego, czy Zamawiający, realizując swój obowiązek wynikający z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, uzyskałby potwierdzenie spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu w rozumieniu przez niego (Zamawiającego) przyjętym, podnosił jedynie, iż nie jest to wykluczone. Równocześnie na dowód spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu przedstawił pismo, z

którego wynika jedynie, że we wskazanej w wykazie uczelni wyższej w okresie zbieżnym z podaną datą realizacji zamówienia na podstawie różnych stosunków prawnych zatrudnionych było ponad 1000 osób. Ponownie należy podkreślić, iż nawet wystawca oświadczenia nie posłużył się w jego treści sformułowaniem „zatrudnionych pracowników”, lecz jedynie „zatrudnionych osób”. Ponadto o braku wpływu lub potencjalnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia świadczy także nieuwzględnienie przez Izbę zarzutu dotyczącego niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji III.2.3 pkt 1.2) ogłoszenia o zamówieniu (w uzasadnieniu powyżej).

Zarzut naruszenia art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, oraz art. 78 i 99 k.c., poprzez przyjęcie, że wykonawca nie udowodnił spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie opisanym w sekcji III.3 „Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów” pkt 1.1) ogłoszenia o zamówieniu, że względu na to, że nie przedłożył prawidłowego dokumentu potwierdzającego umocowanie osoby podpisującej zobowiązanie do udostępnienia zasobów, podczas gdy wykonawca przedłożył kopię pełnomocnictwa potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez osobę podpisującą oryginał pełnomocnictwa, ewentualnie,

art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, poprzez przyjęcie, że wykonawca nie udowodnił spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie opisanym w sekcji III.3 „Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów” pkt 1.1) ogłoszenia o zamówieniu, że względu na to, że nie przedłożył prawidłowego dokumentu potwierdzającego umocowanie osoby podpisującej zobowiązanie do udostępnienia zasobów, podczas gdy z ogłoszenia oraz wskazanych przepisów nie wynika obowiązek przedkładania pełnomocnictwa osoby podpisującej zobowiązanie do udostępniania zasobów.

Zarzut powyższy jest zasadny. Należy zauważyć, iż Zamawiający w treści informacji o wyniku spełniania warunków udziału w postępowaniu nie kwestionuje uprawnień udzielającego pełnomocnictwa do dokonania takiej czynności ani zakresu samego pełnomocnictwa. Jego wątpliwość wzbudziła forma tego dokumentu. Izba podnosi, iż Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu nie nałożył na wykonawców obowiązku przedłożenia dokumentów potwierdzających umocowanie do podpisania zobowiązania do udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ani nie określił ich formy. Przedłożona przez Odwołującego kopia pełnomocnictwa potwierdzona za zgodność z oryginałem nie była zatem dokumentem wymaganym przez Zamawiającego treścią ogłoszenia o zamówieniu. Ponadto wniosek Zamawiającego, iż powyższe pełnomocnictwo nie zachowuje formy pisemnej wymaganej dla pełnomocnictwa ogólnego nie znajduje

potwierdzenia w treści złożonego dokumentu. Wynika z niego bowiem, iż zostało ono opatrzone podpisem notarialnie poświadczonym, co w ocenie Izby w wystarczający sposób potwierdza zachowanie wymaganej formy. Zamawiający wraz z uzupełnionym wnioskiem nie otrzymał natomiast oryginału pełnomocnictwa, a jedynie jego kopię potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez mocodawcę (osobę uprawnioną do reprezentacji udzielającego pełnomocnictwa). Brak jest jednak podstaw dla uznania, iż obowiązek taki obciąża wykonawcę. Powołanie się w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp na pisemne zobowiązanie, z czego wywodzony jest wniosek o obowiązku przedłożenia tego dokumentu w oryginale, a nie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, dotyczy tylko zobowiązania i nie można go rozciągać także na inne dokumenty z nim związane. Ponadto przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wymieniając „zobowiązanie” jako dokument, który „w szczególności” może być złożony w celu udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami, nie określa obowiązku załączenia przez wykonawcę do tego zobowiązania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń bądź dokumentów, w tym potwierdzających umocowanie osoby podpisującej ww. dokument do reprezentowania danego podmiotu, jak np. pełnomocnictwa, upoważnienia lub odpisu z KRS. Takiej podstawy nie dają także przepisy rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, które przewiduje, iż jedynie w przypadkach określonych w § 1 ust. 2 i 3 ww. rozporządzenia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia dokumentów dotyczących podmiotów udostępniających zasoby, a nie obejmują one przedmiotowego przypadku. Powyższe jednak, zdaniem Izby, oznacza jedynie to, iż, w świetle przedstawionych powyżej regulacji, zamawiający nie może żądać wprost w ogłoszeniu o zamówieniu pełnomocnictw, upoważnień lub odpisów z KRS podmiotów składających zobowiązanie w celu wykazania zasad ich reprezentacji, gdyż do żądania tych dokumentów nie uprawnia zamawiającego żaden przepis ustawy Pzp ani rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Nie będzie on także uprawniony do żądania uzupełnienia takiego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Natomiast nie jest to równoznaczne z koniecznością zaakceptowania jakiegokolwiek dokumentu przedłożonego przez wykonawcę, także takiego, który budzi lub winien budzić wątpliwości zamawiającego co do jego skuteczności. Wskazuje na to wykładnia gramatyczna, systemowa i funkcjonalna art. 26 ust. 2b oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający ma w opinii Izby uprawnienie do weryfikowania prawidłowości reprezentacji podmiotu trzeciego. Obowiązkiem wykonawcy jest bowiem udowodnienie dysponowania zasobem, a o takim udowodnieniu można mówić tylko wówczas, gdy zobowiązanie do udostępnienia (o ile taki dokument jest przedkładany na potwierdzenie dysponowania zasobami) jest prawnie skuteczne i wiążące. W takiej sytuacji zamawiający jest zobowiązany do zastosowania obligatoryjnej procedury wyjaśniającej przewidzianej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, która niewątpliwie dotyczy także zobowiązań o udostępnieniu zasobów przedkładanych na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy

Pzp. Jest to bowiem dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co zostało potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Brak przywołania w przepisach rangi rozporządzenia dokumentu, który został samodzielnie wskazany w przepisach ustawy Pzp nie może bowiem prowadzić do odmówienia mu właściwości dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków podmiotowych w postępowaniu. Oznacza to równocześnie, iż w razie stwierdzenia nieprawidłowości takiego zobowiązania czy innego dokumentu składanego w oparciu o art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, podlegał on będzie uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Uzupełnienie dotyczy jednak nie pełnomocnictwa do podpisania zobowiązania, a samego zobowiązania gdyby w toku wyjaśnień została ustalona jego wadliwość. Biorąc pod uwagę powyższe, stanowisko Zamawiającego w tym zakresie należy uznać za nieprawidłowe. Powyższe naruszenie pozostaje jednak bez wpływu lub potencjalnego wpływu na wynik postępowania, gdyż Odwołujący podlega wykluczeniu z innych przyczyn opisanych powyżej, co uniemożliwia uwzględnienie odwołania w świetle art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów poprzez przyjęcie, że wykonawca nie udowodnił spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie opisanym w sekcji III.2.3 „Minimalny poziom ewentualnych standardów”, ze względu na to, że przedłożył referencje oznaczone nr 1, 3, 4, 5 i 6 poświadczone za zgodność z oryginałem przez osoby uprawnione do reprezentacji podmiotów udostępniających zasoby niezbędne do realizacji zamówienia, a nie przez wykonawcę, podczas gdy dokumenty te zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem zarówno przez wykonawcę, jak i podmiot udostępniający zasoby niezbędne do realizacji zamówienia.

Zarzut Odwołującego odnośnie wadliwości uznania przez Zamawiającego, iż nie udowodnił spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie opisanym w sekcji III.2.3 „Minimalny poziom ewentualnych standardów”, ze względu na to, że przedłożył referencje oznaczone nr 1, 3, 4, 5 i 6 poświadczone za zgodność z oryginałem przez osoby uprawnione do reprezentacji podmiotów udostępniających zasoby niezbędne do realizacji zamówienia, a nie przez wykonawcę jest zasadny. Zamawiający wadliwie uznał, iż referencje podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby mogą być potwierdzone jedynie przez wykonawcę, a nie ten podmiot. Swoje stanowisko Zamawiający uzasadniał odwołując się do wyroku KIO z 10 sierpnia 2011 r. KIO 1611/11, w którym stwierdzono, iż: „W tym przypadku Izba uznała, że potwierdzenie dokumentu za zgodność z oryginałem jest możliwe także przez wykonawcę – nie tylko adresata referencji. Powoływany bowiem przepis § 6 ust.2 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów (...) dotyczy dokumentów wymienionych w § 1 ust. 2 i 3 tego

rozporządzenia i odnosi się do sytuacji, gdy wykonawca polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia. Z kolei referencje należą do kategorii dokumentów wymienionych w § 1 ust.1 pkt 3 rozporządzenia i tym samym powoływany § 6 ust. 2 rozporządzenia nie ma do nich zastosowania”.

Izba uznaje czynność Zamawiającego za wadliwą, uznając, że podmiot trzeci udostępniający zasoby może potwierdzić za zgodność z oryginałem referencje, których jest odbiorcą. W ocenie Izby § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów stosuje się nie tylko do dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego określonych w § 1 ust. 2 i 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, ale także referencji odnoszących się do zamówień realizowanych przez ten podmiot udostępniający zasoby w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Paragraf 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów przewiduje, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty. Tym samym przepis ten wyraźnie przewiduje poświadczanie za zgodność z oryginałem dokumentów podmiotów udostępniających zasoby przez te podmioty. Ograniczanie tej zasady jedynie do dokumentów wskazanych w § 1 ust. 2 w zw. z § 2 ust. 1 (brak podstaw do wykluczenia) oraz ust. 3 (dokument wskazany w § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia w sprawie dokumentów) nie znajduje przekonującego uzasadnienia. Paragraf 1 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów odnosi się w sposób ogólny do dokumentów żądanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, których opis sposobu dokonywania oceny spełnienia został przez zamawiającego dokonany. Nie reguluje natomiast sytuacji, gdy następuje udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci. Takie uszczegółowienie odnośnie zdolności finansowej zawiera natomiast § 1 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, objęty jednoznacznie zakresem § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Tym samym w ocenie Izby brak jest uzasadnienia dla argumentacji, iż dokumenty dotyczące podmiotów trzecich odnoszące się do braku podstaw do wykluczenia czy udostępnienia zdolności finansowej podlegać miałyby innym regułom niż dokumenty dotyczące innych warunków udziału w postępowaniu (np. wiedzy i doświadczenia). Należy uwzględnić także ratio legis tego przepisu, którym było zapewnienie wiarygodności przedkładanych dokumentów (vide projekt ww rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów: „(...) W projekcie rozporządzenia zachowano zasadę, że dokumenty będą składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Jednakże w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w

§ 1 ust. 2 i 3, kopie dokumentów dotyczących każdego z tych podmiotów będą poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty (§ 6 ust. 2). Przyjęcie takiego rozwiązania ma przyczynić się do udzielania rzetelnych informacji oraz do tego, aby dokumenty były jak najbardziej wiarygodne (...)” uzasadnienie do projektu rozporządzenia w sprawie dokumentów). Tym samym stanowisko Zamawiającego, który uznawał wyłączną kognicję wykonawcy do potwierdzenia referencji podmiotu trzeciego za zgodność z oryginałem jest w opinii Izby niezasadne. Nie sposób natomiast zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż sporne referencje zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem także przez wykonawcę. Podpis wraz z pieczęcią osoby reprezentującej wykonawcę, który widnieje na spornych referencjach nie zawiera żadnego dodatkowego oznaczenia o poświadczeniu za zgodność z oryginałem. Podpis i pieczęć znajduje się na każdej stronie wniosku i w ocenie Izby stanowi co do zasad jego autoryzację przez wykonawcę. Natomiast tam, gdzie Odwołujący dokonuje potwierdzenia za zgodność z oryginałem określonego dokumentu, jednoznacznie to z niego wynika (np. referencja nr 2). Powyższe pozostaje jednak bez znaczenia dla wniosku, że zdaniem Izby Zamawiający niesłusznie zakwestionował sposób poświadczenia za zgodność z oryginałem wskazanych referencji podmiotu trzeciego – kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem przez podmiot trzeci. Przedmiotowe naruszenie pozostaje jednak bez wpływu lub potencjalnego wpływu na wynik postępowania, gdyż Odwołujący podlega wykluczeniu z innych przyczyn opisanych powyżej, co uniemożliwia uwzględnienie odwołania w świetle art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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), uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3600 zł zgodnie z przedłożoną do akt sprawy fakturą.

Przewodniczący:

.....