

Sygn. akt KIO 1208/23

WYROK

z dnia 15 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę **A. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Sieciowe Systemy Informatyczne, A. K. w Oławie** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **POLINTEGRA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zgłaszającego sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu **Państwowemu Funduszowi Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w Warszawie** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy **POLINTEGRA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach** na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Prawa zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **POLINTEGRA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)**, uiszczoną przez wykonawcę **A. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Sieciowe Systemy Informatyczne, A. K. w Oławie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **POLINTEGRA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach** na rzecz wykonawcy **A. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Sieciowe Systemy Informatyczne, A. K. w Oławie**, kwotę **18 600 zł 00 gr (słownie:**

osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w Warszawie (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Asysta Techniczna i Konserwacja dla urządzeń LAN oraz urządzeń serwerowych i oprogramowania wirtualizacyjnego przez okres 36 miesięcy”, nr sprawy: ZP/27/22 – część 2.

W dniu 28 kwietnia 2023 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę A. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Sieciowe Systemy Informatyczne, A. K. w Oławie (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Polintegra, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych w zakresie personelu;
2. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Polintegra, który złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji potwierdzając w wykazie osób nieprawdziwe informacje na temat dysponowania potencjałem kadrowym.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Polintegra oraz dokonanie odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego wykonawca Polintegra spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach (dalej: Przystępujący albo Polintegra) skutecznie zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego. Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, i Przystępujący wniósł sprzeciw od tej czynności, dlatego Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie należy uwzględnić.

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy, dowodów złożonych przez strony oraz ich stanowisk.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Warunek udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego dla części 2 zamówienia został określony w Roz. V pkt 2.2 lit. d SWZ: „Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże w szczególności, że dysponuje lub będzie dysponował minimum dwiema osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia i posiadającymi następujące kwalifikacje zawodowe i doświadczenie:

- posiadających certyfikat producenta urządzeń firmy Huawei właściwy dla urządzeń przechowywania danych na poziomie HCIE – Storage - dotyczy Części nr 2;
- posiadających certyfikat producenta urządzeń firmy Huawei właściwy dla urządzeń serwerowych na poziomie HCIA Data Center - dotyczy Części nr 2;
- posiadających certyfikat producenta oprogramowania VMware 6.x lub wyższej na poziomie minimum VMware VCAP-DCV lub nowszym - dotyczy Części nr 2;

Zamawiający dopuszcza realizację wymagań dotyczących dysponowania osobami w dowolnej konfiguracji z zastrzeżeniem wymogu posiadania każdego z rodzaju certyfikatów przez minimum dwóch inżynierów.”

Ponadto, w pkt 3.9 załącznika nr 3 do SWZ stanowiącego OPZ, Zamawiający wskazał, że „Wszyscy inżynierowie muszą posługiwać się biegle językiem polskim w mowie oraz w piśmie. Realizacja wszystkich incydentów oraz komunikacja z Zamawiającym w zakresie realizacji incydentów musi odbywać się wyłącznie w języku polskim.”

Wykonawca Polintegra w wykazie osób wskazał 9 osób, przy czym na potwierdzenie posiadania certyfikatu HCIE Storage osobę z poz. 5, z poz. 6. Na potwierdzenie posiadania

certyfikatu HCIA Data Center wykonawca powołał osobę z poz. 2 pana R. G., poz. 7 M. S.. Na potwierdzenie certyfikatu Vmware wykonawca wskazał osoby w poz. 3 i 4 wykazu.

W wykazie znalazły się 3 osoby, które zamieszkują poza granicami Polski (w poz. 5, 6, 7). Osoby te pochodzą odpowiednio z Gruzji (p. G.), Kazachstanu (p. Z.) i Paragwaju (p. S.).

Odwołujący w odwołaniu podnosił, że oceniając spełnienie warunku zdolności technicznej i zawodowej przez wskazane w wykazie osoby należy zwrócić uwagę, że wykonawca powinien był dla każdego rodzaju certyfikatu wskazać co najmniej dwie osoby inżynierów, którzy je posiadają. W zakresie certyfikatu HCIE Storage można byłoby ewentualnie uznać osoby wskazane w poz. 5 i 6 gdyby jednak władały one biegle językiem polskim. Jedynie bowiem te osoby posiadają certyfikaty. Osoby z poz. 1 i 8 nie posiadają bowiem certyfikatu, gdyż jak wskazał wykonawca oczekują dopiero na termin egzaminu.

W tym zakresie Odwołujący wyjaśniał, że proces certyfikacji realizowany przez Huawei polega na zdobyciu przez osobę wiedzy przez udział w szkoleniach, kursach, warsztatach, samodzielnej edukację i zebrane doświadczenie zawodowe. Procedurę tę wieńczy egzamin i dopiero po jego zdaniu osoba uzyskuje stosowny certyfikat. Wobec tego nie ma możliwości, aby uznać, że spełniają warunek udziału osoby, które oczekują na termin egzaminu gdyż nie posiadają one pożądanego certyfikatu.

Z kolei w zakresie certyfikatu HCIA Data Center wykonawca w ogóle nie posiada dwóch osób z takim certyfikatem. Osoba powołana w poz. 2 tj. pan R. G. nie jest zasobem którym dysponuje wykonawca gdyż zobowiązał się on do współpracy na wyłączność z Odwołującym. Z załączonego do odwołania oświadczenia z dnia 24 kwietnia 2023 r. Pana G. wynika również, iż nie deklarował woli współpracy z jakimkolwiek innym poza Odwołującym podmiotem w zakresie postępowania prowadzonego przez PFRON. Oświadczenie stanowi załącznik nr 6 do odwołania. Ponadto, R. G. złożył na potrzeby niniejszego postępowania zobowiązanie Odwołującemu z dnia 9 grudnia 2022 r. do współpracy.

Ponadto Odwołujący podnosił, że osoba wskazana w poz. 7 po pierwsze również zaprzecza, jakoby oferowała współpracę wykonawcy Polintegra na potrzeby niniejszego zamówienia, a ponadto nie spełnia wymagania OPZ posługiwania się językiem polskim. Powyższe wynika z korespondencji e-mail z panem M. S., którą zainicjował Pan A. K..

Osoba z poz. 9 wykazu osób, nie ukończyła procedury certyfikacji, gdyż oczekuje na termin egzaminu, co jak wskazano wyżej powinno doprowadzić do negatywnej oceny w przedmiocie spełniania warunku udziału.

Podsumowując, Odwołujący stwierdzał, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania co najmniej 2 osób z certyfikatami Huawei nie został spełniony. W zakresie certyfikatu HCIE Storage można byłoby rozważać jedynie osoby z poz. 5 i 6. Są to jednak zdaniem wykonawcy przypadkowe osoby, które wykonawca wpisał w wykaz na

podstawie dostępnych w Internecie informacji, bez jakiegokolwiek oferty współpracy czy choćby kontaktu. Natomiast w zakresie certyfikatu HCIA Data Center wykonawca, jak wykazano powyżej w ogóle nie dysponuje osobą, która stosowny certyfikat posiada. W zakresie Pana G. wykazano, że nie oferował on współpracy wykonawcy Polintegra, w zakresie Pana M. S. również uzyskano informację e-mail, że nie składał nikomu oferty współpracy, nie zna języka polskiego i co najważniejsze, obecna umowa z pracodawcą w ogóle nie pozwala mu na wykorzystywanie certyfikatu HCIA dla innych podmiotów – korespondencja w załączniku nr 9. Osoba wskazana w poz. 9 nie posiada jeszcze ukończonej certyfikacji.

Wobec powyższych faktów, Odwołujący stwierdzał, że Odwołujący nie posiada osób z certyfikatami wymaganymi warunkiem udziału tj. HCIE Storage oraz HCIA Data Center, a co za tym idzie jego oferta powinna zostać odrzucona.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Prawa zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Izba uznała, że Przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu – nie wykazał, że dysponuje osobami posiadającymi wymagane przez Zamawiającego certyfikaty. Izba nie tylko uznała, na podstawie dowodów złożonych przez Odwołującego, że znajomość języka polskiego przez osoby wskazane w pozycjach [w poz. 5, 6, 7 – osoby pochodzące odpowiednio z Gruzji (p. G.), Kazachstanu (p. Z.) i Paragwaju (p. S.)] jest wątpliwa, ale przede wszystkim stwierdziła, że Przystępujący nie dysponuje osobą Pana R. G. z poz. 2 wykazu.

Co do znajomości języka polskiego, to Przystępujący argumentował, że zarzuty Odwołującego są oparte na błędnych przesłankach, bowiem z samego obcojęzycznego brzmienia nazwiska nie można wnioskować, że dana osoba nie zna języka polskiego; Przystępujący powoływał się na emigrację z Polski do Kazachstanu i Ameryki Południowej wskazując, na możliwość znajomości języka obcego przez osoby mieszkające tamże. Zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący złożyli do akt sprawy korespondencję mailową m.in. z Panem S. (z różnych adresów mailowych), przy czym bardziej wiarygodna wydaje się korespondencja prowadzona przez Odwołującego za pomocą adresu ustalonego na portalu LinkedIn, z której wynika że ta osoba nie zna języka polskiego, niż przedstawiona przez Przystępującego, z adresem w ogólnie dostępnej domenie. Ponadto korespondencja złożona przez Przystępującego prowadzona jest w języku angielskim, a jedynie oświadczenia o biegłej znajomości języka polskiego są złożone w języku polskim. Kwestie te można byłoby ewentualnie wyjaśnić, jednak Izba uznała, że nie jest to możliwe w tym postępowaniu,

ponieważ i tak oferta Przystępującego podlega odrzuceniu z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Przystępujący opierał swoją argumentację o twierdzenia nie poparte przekonującymi dowodami. Twierdził, że certyfikat R&S jest najwyższy w hierarchii i niejako obejmuje wszystkie inne certyfikaty (nie przedstawiając żadnych dowodów), a certyfikat DataCom jest równoważny do certyfikatu DataCenter, wymaganego przez Zamawiającego. To ostatnie stwierdzenie poparł informacją, z której wynika jedynie, że certyfikat DataCenter nie jest już obecnie wystawiony. Odwołujący złożył na rozprawie wydruk korespondencji mailowej z wystawcą certyfikatu, z której wynika (mail z 21 maja 2023 r.), że „wcześniejsza ścieżka zawierała także elementy rozwiązań serwerowych, wirtualizacji czy np. elementów cloud-computingu”. Na tej podstawie Izba uznała, że zakres obu certyfikatów nie pokrywa się, dlatego nie można uznać automatycznie, że późniejszy zastąpił wcześniejszy pod względem posiadanej wiedzy.

Zatem, zgodnie z wykazem Przystępującego, certyfikat DataCenter posiadałby wyłącznie Pan S. (poz. 7 wykazu), którego znajomość języka polskiego jest wątpliwa, oraz Pan R. G. (poz. 2 wykazu), co do którego, po przeprowadzeniu postępowania dowodowego okazało się, że Przystępujący nim nie dysponuje.

Odnosnie Pana R. G. to umowa pomiędzy Pol-Integra a Loopos spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Antonie w § 2 ust. 3 przewiduje sposób, za pomocą którego może dojść do wykorzystania certyfikatów posiadanych przez Pana G. – należy uzyskać zgodę pocztą elektroniczną na wykorzystanie certyfikatów w określonym celu. Z kolei § 3 określa warunki współpracy. W tym kontekście Odwołujący słusznie podnosił, że jedynym dowodem, że przystępujący może dysponować p. Górskim byłby mail Loopos o przekazaniu p. G. i jego certyfikatu w celu realizacji umowy z Zamawiającym. Przystępujący takiej korespondencji nie przedstawił. Za dowód przekazania możliwości korzystania z certyfikatów nie można uznać mail, złożonych przez Przystępującego do akt. Przystępujący zadał ogólne pytanie, bez wskazania konkretnego celu użycia certyfikatów, a więc Loopos nie mógł mieć świadomości kontekstu, w jakim pytanie zostało zadane, dlatego nie można z tej korespondencji wywieść, że został przekazany certyfikat i możliwość dysponowania Panem Górskim, zgodnie § 2 ust. 3 umowy. Odwołujący załączył do odwołania jednoznaczne oświadczenie Pana G., z którego wynika w sposób nie budzący wątpliwości, że Przystępujący nim nie dysponuje.

Podsumowując, Odwołujący nie miał żadnych podstaw to twierdzenia, że dysponuje osobą Pana G., i Izba stwierdziła, że informacje podane w tym zakresie są niezgodne z rzeczywistością tak dalece, że musi to zrodzić negatywne konsekwencje dla Przystępującego w tym postępowaniu. Oferta Przystępującego podlega odrzuceniu z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Prawa zamówień publicznych,

zgodnie z którym odrzuca się ofertę złożonego przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Przystępujący nie był wzywany odnośnie wyjaśnień i uzupełnień w zakresie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu, jednak rację ma Odwołujący, że oświadczenia Przystępującego odnośnie posiadanych certyfikatów (i osób, którymi dysponuje – w szczególności osobą Pana G.), tak dalece odbiegały od rzeczywistości, że trzeba je uznać za informacje nieprawdziwe, a w ocenie składu orzekającego z art. 16 Prawa zamówień publicznych, stanowiącego podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych – uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – można wywieść regułę, że nieprawdziwych informacji nie można zastąpić prawdziwymi. Reguła ta ma w ocenie składu orzekającego niezależnie od okoliczności, czy zamawiający przewidział w SWZ fakultatywną przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Prawa zamówień publicznych (czego w tym postępowaniu Zamawiający nie uczynił). Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10, jeżeli zamawiający wskaże to w dokumentach zamówienia, to z postępowania o udzielenie zamówienia może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych lub który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie składu orzekającego, przywołane wyżej fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy podlegają osobnej ocenie w ramach badania ewentualnych podstaw wykluczenia wykonawcy. Natomiast nie można przyjąć, że celem ustawodawcy było dopuszczenie podawania nieprawdziwych informacji w postępowaniach, w których zamawiający nie przewidział tychże fakultatywnych przesłanek wykluczenia, bowiem stoi temu na przeszkodzie art. 16 Prawa zamówień publicznych. Jednak w ocenie Izby nie można przyjąć, że w sytuacji, jeżeli zamawiający nie przewidział fakultatywnych przesłanek wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, to, niejako automatycznie, w przypadku złożenia tego rodzaju informacji, należy zastosować art. 226 ust. 1 pkt 7) Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 i 2 pkt 7) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym odrzuca się ofertę została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, dlatego Izba oddaliła zarzut w tym zakresie.

Reasumując, informacje niezgodne z rzeczywistością, wprowadzające zamawiającego w błąd mogą być badane zarówno w świetle podstaw wykluczenia

wykonawcy na podstawie fakultatywnych przesłanek, czy odrzucenia oferty z powodu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, czy też, jak w tym postępowaniu, z punktu widzenia zasady uczciwej konkurencji, przewidzianej w art. 16 Prawa zamówień publicznych. Każdorazowo zależy to od sytuacji w danym postępowaniu.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, nakazując Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Prawa zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: