

POSTANOWIENIE
z dnia 8 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący **Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 8 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **28 października 2010 r.** przez **IFS Industrial and Financial Systems Poland spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marcina Flisa 4** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Polskie Koleje Państwowe Energetyka Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Hoża 63/67**

orzeka:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze.**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **IFS Industrial and Financial Systems Poland spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marcina Flisa 4** kwoty 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej zwrot uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na dostawę licencji, zaprojektowanie, wdrożenie i serwis Zintegrowanego Systemu Informatycznego klasy ERP wraz z odpowiednim oprogramowaniem dla PKP Energetyka S.A. zostało wszczęte przez Polskie Koleje Państwowe Energetyka Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Hoża 63/67 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej oraz opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 czerwca 2010r. za numerem 2010/S 123-188605.

W dniu 21 października 2010r. zamawiający listem poleconym doręczył IFS Industrial and Financial Systems Poland spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marcina Flisa 4 (odwołującemu) informacje o dokonanej ocenie spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania. W uzasadnieniu wykluczenia wskazał, że odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2010r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm.-w skrócie ustawy), gdyż nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podniósł, że wzywając odwołującego do złożenia wyjaśnień wskazał, że odwołujący zobowiązany jest do udowodnienia, że będzie dysponował zasobami innych podmiotów – osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. Wiesławem Węcowskim, Tomaszem Sperzyńskim, Marcinem Piechowskim i Małgorzatą Chłudzińską. Zamawiający już w dacie składania wniosku znał podstawę dysponowania tymi osobami przez odwołującego. W wykonaniu wezwania odwołujący wskazał, że te osoby będą realizowały zamówienie na podstawie łączących ich z odwołującym umów cywilnoprawnych o świadczenie usług. Zamawiający stanął na stanowisku, że samo oświadczenie odwołującego w tym zakresie nie może być uznane za wystarczający dowód faktycznej możliwości takiego dysponowania i powołał się w tym zakresie na opinię UZP pn. „Warunki dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2b ustawy – Prawo zamówień publicznych)”.

Z załącznika do pisma nr EF6-044/5-28/2010 wynika, że zamawiający dopuścił do składania ofert czterech następujących wykonawców Accenture sp. z o.o., wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie :Asseco Poland S.A. i Infovide-Matrix S.A., SAP Polska sp. z o.o., a także Sygnity S.A.

W dniu 28 października 2010r. odwołujący wniósł odwołanie od powyższej czynności i zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez wykluczenie go z postępowania, pomimo wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

których brak – zdaniem zamawiającego – powinien stanowić podstawę wykluczenia odwołującego. Wniósł o unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania, nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i uznanie, że odwołujący spełnia te warunki ewentualnie wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów. Wskazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia został naruszony, gdyż zamawiający dopuścił 4 wykonawców, a planował dopuścić pięciu zatem gdyby odwołujący nie został wykluczony miałby możliwość złożenia oferty i uzyskania zamówienia. W uzasadnieniu powołał się na warunki udziału postawione przez zamawiającego w sekcji III.2.3 ppkt. 3 ogłoszenia oraz na sekcje VI.3.ppkt. 1.1., gdzie zamawiający wskazał, że zaprosi 5 wykonawców do składania ofert. Podniósł, że w złożonym wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym, że dysponuje osobami, zdolnymi do wykonania zamówienia, które będą uczestniczyć w jego realizacji. W pozycjach od 13 do 16 wykazu odwołujący we wniosku wskazał cztery osoby, które planował do wykonania roli konsultanta zadaniowego i wskazał, w ramach opisu doświadczenia, że będą to współpracownicy na umowę o świadczenie usług. Wskazał, że w dniu 14 września 2010r. zamawiający wezwał go w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia dokumentów i złożenia wyjaśnień dotyczących wskazanych osób Wiesława Węcowskiego, Tomasza Sperzyńskiego, Marcina Piechowskiego i Małgorzaty Chludzińskiej podstaw dysponowania przez odwołującego tymi osobami w realizacji projektu, w szczególności do wskazania, czy o tych osobach jest mowa w zobowiązaniu do oddania do dyspozycji zasobów firmy Advanced Business Solutions sp. z o.o. lub Industrial and Financial Systems Central and Eastern Europe sp. z o.o.. Zamawiający wskazał, że przekazane informacje winny spełniać wymogi art. 26 ust. 2b ustawy. W dniu 21 września 2010r. odwołujący wskazał, że z Wiesławem Węcowskim, jako prowadzącym działalność pod nazwą Interforest Wiesław Węcowski łączy go umowa z dnia 2 lipca 2007r. o określonym przedmiocie, z Tomaszem Sperzyńskim, prowadzącym działalność pod nazwą Advance Consulting Tomasz Sperzyński łączy go umowa z dnia 18 grudnia 2007r. o określonym przedmiocie, z Marcinem Piechowskim prowadzącym działalność pod nazwą OPB Support Marcin Piechowski łączy go umowa z dnia 1 grudnia 1996r. o określonym przedmiocie i z Małgorzatą Chludzińską, prowadzącą działalność pod nazwą MargIT Małgorzata Chludzińska, łączy go umowa z dnia 12 stycznia 2009r. o określonym przedmiocie. Wskazał także, że te osoby nie są zasobami Advanced Business Solutions sp. z o.o. lub Industrial and Financial Systems Central and Eastern Europe sp. z o.o., a każda z nich prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą. Mimo tych wyjaśnień zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania, co odwołujący uważa za nieprawidłowe. Wskazał, że umowy o świadczenie usług nie mogą być zakwalifikowane jako

dysponowanie zasobami innego podmiotu, gdyż dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na podstawie umowy cywilnoprawnej jest dysponowaniem bezpośrednim w myśl art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy, a nie dysponowaniem zasobami innego podmiotu w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy. Osoba fizyczna nie może być swoim własnym zasobem. Odwołujący wskazał na treść art. 22 ust. 1 pkt 3 i art. 26 ust. 2b ustawy, a także przywołał opinię UZP dotyczącą stosunku bezpośrednio pomiędzy wykonawcą, a osobą, która wykonawca ma dysponować. Wskazał, że jego stanowisko potwierdzają także wyroki Izby z dnia 2 lipca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 766/09, z dnia 27 maja 2009r. sygn. akt Kio/UZP 639/09, KIO/UZP 659/09. Podkreślił, że do sytuacji, w które wykonawca dysponuje określonymi osobami bezpośrednio na podstawie umów zawartych z tymi osobami o świadczenie usług, nie ma zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy. W przypadku zaistniałym w niniejszym postępowaniu dla wykazania dysponowania osobami w trybie art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy było złożenie oświadczenia przez odwołującego, co odwołujący uczynił. Wskazał w tym zakresie na wyrok Izby z dnia 28 czerwca 2010r. sygn. akt KIO/UZP 1104/10. Odwołujący wskazał także na treść sekcji II.2.1 ppkt. 10 ogłoszenia, zgodnie, z którym zamawiający wymagał wykazu zawierającego dane osób, którymi dysponuje wykonawca wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami. Skoro odwołujący jako podstawę dysponowania wskazał umowę o świadczenie usług, to zamawiający nie mógł przyjąć, że odwołujący dysponuje tymi osobami na podstawie zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia niezbędnych zasobów. Odwołujący uważa zatem, że spełnił warunek udziału w postępowaniu. Z ostrożności jednak odwołujący wskazał, że zamawiający nie wezwał go do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. W dniu 14 września 2010r. zamawiający wezwał go w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do wyjaśnienia czy wskazanymi osobami odwołujący dysponuje na podstawie zobowiązania do oddania zasobów firmy Advanced Business Solutions sp. z o.o. lub Industrial and Financial Systems Central and Eastern Europe sp. z o.o. Odwołujący na takie wezwanie wyjaśnił, że każda z wskazanych osób prowadzi własną jednoosobową działalność gospodarczą i z każdą z osób zawarł umowę o świadczenie usług. Niezgodne zatem z prawdą, według odwołującego, jest twierdzenie, że zamawiający wzywał go do uzupełnienia dokumentów, bo takie wezwanie w piśmie z dnia 14 września 2010r. nie zostało załączone. Wobec tego zamawiający nie wzywał odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż z treści wezwania jednoznacznie wynikać dlaczego załączone do wniosku dokumenty uznaje zamawiający za nieprawidłowe oraz w jakim zakresie wzywa do ich uzupełnienia. To stanowisko odwołujący poparł wyrokiem Izby z dnia 17 stycznia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 58/07. Podkreślił, że pominięcie obligatoryjnej procedury wezwania do uzupełnienia jest wadą postępowania. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 26 października 2010r. podpisane przez prezesa zarządu

odwołującego upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do odwołania.

Do postępowania odwoławczego nikt nie zgłosił przystąpienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania t.j. ogłoszenia o zamówieniu publicznym, wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wezwania zamawiającego do odwołującego z dnia 14 września 2010r., wyjaśnień odwołującego z dnia 21 października 2010r., informacji o wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, co następuje :

W sekcji III.2.1.lit. c zamawiający wskazał, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W sekcji III.2.3. ogłoszenia zamawiający wskazał, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu oraz osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji był zobowiązany do wykazania zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie, o którym mowa w dalszej części ogłoszenia. Wskazał także w sekcji III.2.4 ogłoszenia, że sytuacja, w której wykonawca będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu (tj. wykazując spełnianie warunków, o których mowa w pkt. III.2.3).1 ogłoszenia powoła się na usługi zrealizowane przez inny podmiot i złoży pisemne zobowiązanie, o którym mowa powyżej) – oznacza obowiązkowy udział innego podmiotu w realizacji części zamówienia. W sekcji III.2.5.10) ogłoszenia zamawiający wskazał, że do wniosku o dopuszczenie do udziału należy dołączyć wykaz zawierający dane osób, którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji, doświadczenia i wykształcenia oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami. Do wykazu powinny być dołączone imienne referencje a także odpowiednie certyfikaty tych osób, pozwalające na weryfikację zasobów wykonawcy w zakresie kryteriów wyboru ograniczonej liczby wykonawców. Wykaz musi zawierać informacje o osobach niezbędne do stwierdzenia, czy wykonawca spełnia warunek określony w punkcie III.2.3).3 ogłoszenia. W sekcji III.2.5.11) ogłoszenia zamawiający wskazał, że do wniosku o dopuszczenie do udziału należy dołączyć pisemne zobowiązanie innego podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia – jeżeli wykonawca polegać będzie na wiedzy i doświadczeniu lub osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów. W sekcji III.2.3).3.3 ogłoszenia zamawiający

postawił wymóg dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w tym 10 konsultantami zadaniowymi, z których każdy :

- posiada co najmniej 3 letnie doświadczenie we wdrażaniu systemu klasy ERP w charakterze konsultanta wiodącego lub zadaniowego w obszarze Finansowo-Księgowym, Śródków Trwałych lub Kontrolingu,
- posiada certyfikat w zakresie oprogramowania klasy ERP w obszarze Finansowo-Księgowym, Śródków Trwałych lub Kontrolingu,
- biegle posługuje się językiem polskim w mowie i piśmie.

Wymogi te powinny być spełnione łącznie, a nadto Kierownik projektu i konsultanci powinni stanowić zespół dysponujący pełnymi kompetencjami do wdrożenia jednego oprogramowania klasy ERP jednego producenta, czyli dysponować certyfikatami potwierdzającymi ich kompetencje we wszystkich wskazanych wyżej obszarach jednego oprogramowania, w którego wdrażaniu dysponują wymaganym doświadczeniem,. Każdy z konsultantów miał brać udział w realizacji co najmniej jednego zamówienia, o których mowa w sekcji III.2.3).1 pkt. 1.

Zgodnie z pkt VI.3.1 jeżeli liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu określone w pkt III.2.1) – III.2.3) będzie mniejsza lub równa 5, zamawiający miał zaprosić do składania ofert wszystkich wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu.

We wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na stronie 56-61 znajduje się wykaz, w którym w poz. 13 – 16 wskazano następujące osoby w charakterze konsultantów zadaniowych Wiesława Węcowskiego, Tomasza Sperzyńskiego, Marcina Piechowskiego i Małgorzaty Chłudzińskiej, a jako opis ich doświadczenia wskazano współpracownik – umowa o świadczenie usług.

W dniu 14 września 2010r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia następujących dokumentów i złożenia wyjaśnień dotyczących dołączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez odwołującego, w tym w pkt 1 wskazał, że w skład zespołu projektowego odwołującego wchodzi m. In. następujące osoby Wiesław Węcowski, Tomasa Sperzyński, Marcin Piechowski i Małgorzata Chłudzińska. Zamawiający wezwał odwołującego do dodatkowego wyjaśnienia podstaw dysponowania przez odwołującego tymi osobami w realizacji projektu, w szczególności wskazania, czy o tych osobach jest mowa w zobowiązaniu do oddania do dyspozycji zasobów firmy Advanced Business Solutions sp. z o.o. lub Industrial and Financial Systems Central and Eastern Europe sp. z o.o. Wskazał także, iż przekazane informacje winny spełniać wymogi art. 26 ust. 2b ustawy.

W dniu 21 października 2010r. odwołujący złożył wyjaśnienia, gdzie wskazał, że z Wiesławem Węcowskim, jako prowadzącym działalność pod nazwą Interforest Wiesław

Węcowski łączy go umowa z dnia 2 lipca 2007r. ,której przedmiotem są konsultacje i doradztwo biznesowe i informatyczne w zakresie finansów, opracowanie rozwiązań i wdrażanie IFS Applications, usługi w zakresie wspierania procesów biznesowych, prowadzenie szkoleń, wspieranie w sprzedaży rozwiązań opartych na oprogramowaniu IFS Applications, z Tomaszem Sperzyńskim, prowadzącym działalność pod nazwą Advance Consulting Tomasz Sperzyński łączy go umowa z dnia 18 grudnia 2007r. o takim samym przedmiocie, z Marcinem Piechowskim prowadzącym działalność pod nazwą OPB Support Marcin Piechowski łączy go umowa z dnia 1 grudnia 1996r. o takim samym przedmiocie i z Małgorzatą Chłudzińską, prowadzącą działalność pod nazwą MargIT Małgorzata Chłudzińska, łączy go umowa z dnia 12 stycznia 2009r. o takim samym przedmiocie.

W dniu 8 listopada 2010r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie oświadczając, że uwzględni zarzuty w całości. Wskazał, że wykluczenia odwołującego dokonał z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, gdyż odwołujący udowodnił w sposób należyty spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy czyni bezprzedmiotowym zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy, co oznacza, według zamawiającego, że odwołanie zostało uwzględnione w całości.

Izba zważyła, co następuje :

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości i uczyni zadość żądaniom Odwołującego, to Izba uznała to oświadczenie za wiążące.

Wobec ustalenia, że:

1. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca

skład orzekający Izby stwierdził, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego skład orzekający Izby uwzględnił okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 ust. 1 ustawy Pzp, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 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).

Przewodniczący

.....