

WYROK

z dnia 10 stycznia 2011r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : **Agnieszka Trojanowska**

Członkowie : **Paweł Trojan**

Luiza Łamejko

Protokolant : **Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 stycznia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2010 r. przez **Asseco Poland Spółkę Akcyjną z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 186**

przy udziale Konsorcjum firm **Engave Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Waliców 11** i **Betacom Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Połczyńska 31A** zgłaszającego swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża **Asseco Poland Spółkę Akcyjną z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Asseco Poland Spółkę Akcyjną z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14** tytułem wpisu od odwołania
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Asseco Poland Spółkę Akcyjną z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14** na rzecz **Narodowego Funduszu Zdrowia Centrali z siedzibą w**

Warszawie, ul. Grójecka 186 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

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:

.....

Członkowie

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi serwisowe serwerów bazodanowych wraz z osprzętem w Centrali NFZ oraz wojewódzkich oddziałach NFZ zostało wszczęte przez zamawiającego Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 186 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej w dniu 22 października 2010r. oraz opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 października 2010r. za numerem 2010/S 209-319601.

W dniu 17 grudnia 2010r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty Konsorcjum firm Engave Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Waliców 11 i Betacom Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Połczyńska 31A.

W dniu 20 grudnia 2010r. wykonawca Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14 uzyskał wgląd w dokumentację postępowania. W dniu 23 grudnia 2010r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i postanowił powtórzyć badanie i ocenę ofert.

W dniu 27 grudnia 2010r. Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14 – dalej odwołujący, wniosła odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz na zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) i § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. 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 rozporządzenia w sprawie dokumentów) w związku z art. 26 ust. 2 b ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego pomimo istnienia do tego podstaw, gdyż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub co najmniej zaniechania wezwania wykonawcy wybranego do uzupełnienia oferty w zakresie wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, oraz art. 7 ustawy poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i faworyzowanie wykonawcy wybranego oraz zaniechanie obligatoryjnej czynności wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie wykluczenia wykonawcy wybranego alternatywnie nakazanie wezwania

wykonawcy wybranego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymaganych przez zamawiającego poprzez złożenie wykazu usług spełniających warunki udziału w postępowaniu, zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania. W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, bo jego oferta znalazła się na drugiej pozycji w rankingu ofert i gdyby zamawiający prawidłowo wykluczył wykonawcę wybranego, byłby wybrana oraz, że poniósł szkodę poprzez utratę możliwości realizacji zamówienia i uzyskania wynagrodzenia z tego tytułu. W uzasadnieniu zarzutów podniósł, że wykonawca wybrany w celu wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia złożył wykaz wymaganych usług, w którym wykazał dwie usługi na rzecz Tatra Bank a.s. zrealizowane przez Siemens IT Solutions and Services s.r.o. i załączył pisemne zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia zasobów na rzecz wykonawcy wybranego na okres realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. W dniu 10 grudnia 2010r. zamawiający wezwał wykonawcę wybranego do złożenia brakujących dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy żądając m. in. złożenia oświadczenia o braku podstaw wykluczenia, informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy oraz informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy w odniesieniu do podmiotu trzeciego zgodnie z pkt 6.1.2 i 6.2 siwz. Wykonawca wybrany w odpowiedzi na to wezwanie nie załączył żądanych dokumentów, a jedynie wyjaśnił, że spółka Siemens nie będzie brała udziału w postępowaniu i wskazał na wyrok Izby, który miał potwierdzać to stanowisko. Odwołujący podniósł, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia może mieć miejsce zarówno w ramach stosunku podwykonawczego jak i w innej sytuacji, gdy udział w realizacji zamówienia ma charakter doradztwa, wsparcia, nadzoru czyli czynności wspierających wykonawcę. W obu przypadkach według odwołującego występuje wówczas udział podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia, a więc niezależnie od rodzaju i sposobu udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia, zawsze podmiot udostępniający zasoby będzie brał udział w realizacji zamówienia. W takiej zaś sytuacji zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek przedłożenia określonych dokumentów dla podmiotu trzeciego, zgodnie z pkt 6.1.2 siwz oraz pkt 6.2 siwz, a w szczególności 6.2.6 siwz (w zakresie odnoszącym się do podmiotu zagranicznego). Wykonawca wybrany takich dokumentów nie załączył ani do oferty, ani nie wykonał w tym zakresie wezwania zamawiającego z dnia 10 grudnia 2010r. i w tej sytuacji zamawiający, według odwołującego, był zobowiązany wykluczyć wykonawcę wybranego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca wybrany bowiem nie wykazał wymaganej wiedzy i doświadczenia, gdyż doświadczenia Siemens nie mógł zamawiający uwzględnić. Za tym stanowiskiem odwołującego przemawiają, w jego ocenie, wyrok Izby z dnia 2 listopada 2010r. sygn. akt KIO/2263/10 , a także wyrok Izby, na który powołał się wykonawca wybrany,

z dnia 18 sierpnia 2010r. sygn. akt KIO/1671/10. Odwołujący podniósł, że zamawiający mógł jedynie wezwać wykonawcę wybranego do złożenia nowego wykazu usług, chociaż według odwołującego, wykluczenie wykonawcy wybranego było bardziej zasadne z uwagi na brak obowiązku zamawiającego wielokrotnego wzywania do uzupełnienia oferty. Odwołujący wskazał, że wykonawca wybrany nie kwestionował wezwania go do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń i nie wniósł w tym zakresie odwołania, a więc zgadzał się na skutki prawne wynikające z nie wykonania wezwania. Podniósł, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż w postępowaniu uczestniczył nadal wykonawca, co do którego istnieją podstawy do wykluczenia. Odwołujący wskazał, że w jego ocenie, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 23 grudnia 2010r. nie ma wpływu na zasadność odwołania, gdyż podstawą tej czynności nie były zarzuty odwołującego, a fakt złożenia nieprawidłowej opinii bankowej i nawet jej uzupełnienie nie spowoduje, że oferta wykonawcy wybranego stanie się ofertą prawidłową. Z kolei, gdyby odwołujący wstrzymałby się z wnoszeniem odwołania do czasu ponownego wyboru, to utraciłby możliwość podniesienia obecnych zarzutów z uwagi na upływ terminu na wniesienie odwołania. Jako dowody na poparcie swoich twierdzeń odwołujący przedłożył kopię pisma zamawiającego z dnia 17 grudnia 2010r. o wyborze najkorzystniejszej oferty, kopię wezwania zamawiającego z dnia 10 grudnia 2010r., kopię odpowiedzi wykonawcy wybranego z dnia 14 grudnia 2010r., kopię zawiadomienia zamawiającego z dnia 23 grudnia 2010r. o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 29 października 2010r. podpisanego przez dwóch wiceprezesów zarządu zgodnie z zasadami reprezentacji odwołującego ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającego drogą elektroniczną w dniu 27 grudnia 2010r.

W dniu 27 grudnia 2010r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 30 grudnia 2010r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło Konsorcjum firm Engave Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Waliców 11 i Betacom Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Połczyńska 31A, zwane dalej wykonawca wybranym, wnosząc o oddalenie odwołania w całości i wskazując na interes w zgłoszeniu przystąpienia i żądaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. W uzasadnieniu wykonawca wybrany wskazał, że może korzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich nawet bez konieczności wykonywania zamówienia na zasadzie podwykonawstwa przez te podmioty i w tym zakresie słuszne jest powoływanie się na stanowisko Izby z wyroku z dnia 13 lipca 2010r. sygn. akt KIO/1288/10. Wskazał, że z jego pisma z dnia 14 grudnia 2010r. wyraźnie wynika, że Siemens nie będzie

brał udziału w wykonywaniu zamówienia jako podwykonawca i nie cofnął oświadczenia, że ten podmiot w ogóle nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia nawet jako doradca. Wskazał, że pkt 6.1.2 siwz nakazuje załączyć dokumenty dotyczące podmiotów trzecich, o ile będą brały udział w realizacji części zamówienia. Część zamówienia natomiast została określona przez zamawiającego w pkt 3.4 siwz jako element realizacji zamówienia, który może być powierzony podwykonawcom. Skoro zatem Siemens nie jest podwykonawcą i nie została mu powierzona do realizacji żadna część zamówienia, to nie jest on podmiotem którego dotyczy pkt. 6.2. siwz i z tego powodu zamawiający nie miał podstaw do wezwania wykonawcy wybranego do uzupełnienia dokumentów. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez członka zarządu lidera konsorcjum, upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji lidera, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do odwołania i w oparciu o pełnomocnictwo konsorcjalne dla lidera z dnia 29 grudnia 2010r. podpisane przez obu członków konsorcjum zgodni z zasadami reprezentacji każdego z członków ujawnionymi w KRS, z którego odpisy załączono do odwołania. Kopia zgłoszenia przystąpienia została przekazana zamawiającemu w dniu 30 grudnia 2010r. i odwołującemu w dniu 30 grudnia 2010r.

W dniu 10 stycznia 2011r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o odrzucenie odwołania względnie jego oddalenie w całości oraz o zasądzenie zwrotu kosztów zastępstwa prawnego według załączonej do pisma faktury VAT. Jako uzasadnienie wniosku o odrzucenie wskazał art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy oraz fakt unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Podniósł, że w tej sytuacji odwołanie jest przedwczesne i dotyczy nieistniejącej czynności. Wskazał, że czynności unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej żaden z wykonawców nie skarżył. W zakresie wniosku o oddalenie odwołania wskazał, że wobec oświadczenia wykonawcy wybranego o nie uczestniczeniu przez Siemens IT Solutions and Services s.r.o. w realizacji przedmiotowego zamówienia nie mógł żądać dokumentów dotyczących tego podmiotu trzeciego. Powołał w tym zakresie obszerny cytat z wyroku Izby z dnia 26 lipca 2010r. sygn. akt KIO/1452/10 oraz wskazał na treść art. 25 ust. 1 ustawy zezwalający na żądanie przez zamawiającego jedynie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Wskazał, że obowiązki wykonawców w zakresie przedkładanych dokumentów nie mogą być interpretowane z zastosowaniem wykładni rozszerzającej. Zamawiający wskazał także na różnice w treści § 1 ust. 2 i ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, podkreślając, że ustawodawca wyraźnie rozróżnia sytuacje udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia i wynikających z tego obowiązków przedkładania dokumentów.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty wykonawcy wybranego, wezwania zamawiającego z dnia 10 grudnia 2010r., odpowiedzi wykonawcy wybranego z dnia 14 grudnia 2010r., informacji o wynikach postępowania z dnia 17 grudnia 2010r., informacji o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 23 grudnia 2010r. oraz protokołu postępowania wraz z załącznikami.

W ogłoszeniu i siwz znajdują się następujące postanowienia :

Sekcja III. 2.3. ogłoszenia - wykonawcy wykażą się, że wykonali (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych uwzględniane są również wykonywane) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert , a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 3 usługi odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, w tym co najmniej 2 usługi polegające na serwisie serwerów bazodanowych typu i5, każda o wartości przekraczającej 750.000,00 zł brutto z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunku, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia zamawiający wymaga od wykonawcy przedłożenia informacji dotyczącej tych podmiotów określonej w pkt. 6 .2. Specyfikacji.

Pkt 3.4.siwz - Zamawiający dopuszczał udział podwykonawców w wykonaniu zamówienia. W przypadku wykonywania części zamówienia przez podwykonawcę wykonawca miał wskazać w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, część zamówienia, które powierzy podwykonawcy.

PKt 6.1.2. siwz wykonawcy mieli przedłożyć na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami, że usługi te zostały wykonane należycie. Wykonawca zobowiązany był przedstawić pisemny wykaz wykonanych (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych uwzględniane są również wykonywane) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 3 usług odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, w tym co najmniej 2 usługi polegające na serwisie serwerów bazodanowych typu i5, każda o wartości przekraczającej 750.000,00 zł brutto z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wzór wykazu stanowił załącznik nr 6 do SIWZ. W przypadku

składania oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek musiał spełniać co najmniej 1 podmiot lub warunek podmioty te mogły spełniać łącznie. Zamawiający wskazał ponadto, że gdy wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w pkt 5.2 Specyfikacji, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żądał od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w punkcie 6.2 Specyfikacji czyli :

6.2.1. Oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia zgodnie z załącznikiem nr 5 do Specyfikacji.

6.2.2. Aktualnego odpisu z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust.1 pkt 2 ustawy, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenie wykonawcy w zakresie art. 24 ust.1 pkt 2 ustawy.

6.2.3. Dokumentu potwierdzającego wywiązywanie się z obowiązków płatności podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne. Dokumentami takimi miały być aktualne zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające odpowiednio, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub zaświadczeń, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Za aktualne zaświadczenia uznawał się jedynie zaświadczenia wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

2.4. Informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Dokumentem takim miała być aktualna (wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert) informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy.

6.2.5. Informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Dokumentem takim miała być aktualna (wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert) informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy.

Pkt. 6.2.6. siwz - Zamawiający postanowił, że wykonawcy zagraniczni, jeżeli mają siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentu, o którym mowa w pkt 6.2. 2, 6.2.3, 6.2.5. – składają dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzające odpowiednio, że:

a) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,

b) nie zalega z uiszczeniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,

c) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie,

a jeżeli mają siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentu, o którym mowa w pkt 6.2.4 – składają zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy.

Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w pkt 1 i pkt 2 zastępuje je się dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

A jeżeli wykonawca ma siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 5-8 ustawy, mające miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenia właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 5-8 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu podpisania umowy, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń – zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób.

W zawiadomieniu o wyniku postępowania z dnia 17 grudnia 2010r. zamawiający podał, że odwołujący otrzymał 688 pkt, zaś wykonawca wybrany pkt. 800. Zamawiający nie wykluczył, ani nie odrzucił żadnej oferty.

W ofercie wykonawcy wybranego znajdują się następujące dokumenty :

- na str. 10 oferty wykaz wykonanych usług, gdzie wskazano dwie usługi na rzecz Tatra Bank a.s. zrealizowane przez Siemens IT Solutions and Services s.r.o. pierwsza w okresie od 01.2008- 12.2008 o wartości 829 224,00zł.(poz. 2), a druga w okresie od 01.2009-12.2009 o wartości 783 156,00zł. (poz. 3), a także na rzecz Grene sp. z o.o. zrealizowana przez Betacom S.A. w okresie od 01.2008- do dziś o wartości 1 021 140,00zł. (poz. 1)
- na str 12-15 oferty znajdują się dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wskazanych w wykazie usług wystawione na rzecz Siemens IT Solutions and Services s.r.o.,

- na str. 49 – 51 oferty znajduje się pisemne zobowiązanie Siemens IT Solutions and Services s.r.o. do udostępnienia zasobów niezbędnych dla realizacji zamówienia na rzecz wykonawcy wybranego,
- na str 3 oferty znajduje się oświadczenie o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcom i wykonawca wybrany oświadczył, że powierzy podwykonawcom następujące części zamówienia : serwis wszystkich elementów sprzętowych (hardware maintenance) oraz systemów operacyjnych (software maintenance), prace serwisowe i optymalizacyjne systemów wchodzących w skład infrastruktury zamawiającego opisanej w wykazie lokalizacji oraz należącej do nich infrastruktury objętej serwisem w ramach umowy, dedykowane warsztaty.

W dniu 10 grudnia 2010r. zamawiający wezwał wykonawcę wybranego do złożenia wyjaśnień, uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów tj. zaświadczenia z ZUS dla Engave sp. z o.o. zgodnie z pkt 6.2.3. siwz oraz oświadczenia o braku podstaw wykluczenia, informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy oraz informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy dotyczących Siemens IT Solutions and Services zgodnie z pkt 6.1.2 i 6.2 siwz oraz na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy i § 1 ust. 2 oraz § 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

W dniu 14 grudnia 2010r. wykonawca wybrany przedłożył zaświadczenie z ZUS oraz wyjaśnił, że Siemens IT Solutins and Services s.r.o. nie będzie brał udziału w wykonywaniu zamówienia. Wskazał, że wykonawcy mogą korzystać z mocy ustawy z wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich, nawet bez konieczności wykonywania zamówienia na zasadzie podwykonawstwa przez te podmioty, a pogląd ten wynika także z orzecznictwa Izby (sygn. akt KIO/1671/10).

W dniu 23 grudnia 2010r. zamawiający poinformował, że uznając informację o nieprawidłowej dacie dokumentu w ofercie wykonawcy wybranego za zasadną postanowił powtórzyć czynność oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, które mogły by na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy skutkować odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż jego oferta jest ofertą niepodlegającą odrzuceniu i została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert, a zarzuty zmierzają do wyeliminowania oferty wybranej, a więc ich uwzględnienie daje odwołującemu szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku zaniechania zamawiającego w postaci pozbawienia go zysku, jaki zakładał osiągnąć z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz §1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów w związku z art. 26 ust. 2b ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego pomimo, że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba stwierdziła, że zamawiający w sposób precyzyjny określił w pkt. 6.1.2 siwz, że wymaga złożenia dokumentów wskazanych w pkt. 6.2 siwz w odniesieniu do podmiotów udostępniających zasoby jedynie w sytuacji, gdy podmioty te będą uczestniczyć w realizacji części zamówienia. Oznacza to, że zamawiający nie oczekiwał złożenia dokumentów określonych w pkt. 6.2 siwz w każdej sytuacji, gdy wykonawca korzysta z zasobów podmiotu trzeciego, ale wyłącznie w sytuacji, gdy korzystnie to wiąże się z uczestnictwem w realizacji zamówienia. To stanowisko znajduje oparcie w przepisach prawa tj. w brzmieniu § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Ustawodawca wyraźnie ograniczył możliwość żądania dokumentów podmiotowych podmiotów trzecich tylko do ściśle określonej sytuacji, odmienna zatem regulacja postanowień siwz byłby zatem sprzeczna z prawem. W przedmiotowej sprawie nietrafne jest stanowisko odwołującego, że w każdym przypadku udostępnienie wiedzy i doświadczenia wymaga udziału w realizacji zamówienia. Przede wszystkim podkreślenia wymaga fakt, że ustawodawca nie przewidział w art. 26 ust. 2 b ustawy rozróżnienia na zasoby, z którymi wiąże się obowiązek udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia i zasoby, których udostępnienie takiego obowiązku nie rodzi. Ustawodawca rozróżnił jedynie w rozporządzeniu w sprawie dokumentów sytuację, w której udostępnienie jakiegokolwiek zasobu następuje przez osobisty udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, od sytuacji, w której podmiot udostępniający nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. Wówczas wskazał, że w pierwszym przypadku zamawiający ma prawo żądać dokumentów podmiotowych, a w drugim takiego prawa zamawiającemu nie przyznał. Rozróżnienie to nie jest związane z rodzajem zasobu, ale z planowanym przez wykonawcę sposobem realizacji zamówienia. Izba dostrzega w tej regulacji racjonalizm ustawodawcy, który dla bezpieczeństwa wydatkowania środków publicznych uznał za konieczne, aby zamawiający mógł zweryfikować podmiot realizujący na jego rzecz zamówienie. Natomiast w sytuacji, gdy podmiot takiego udziału nie bierze, to jego wiarygodność nie wymaga badania. Skoro zatem na wezwanie zamawiającego wykonawca wybrany podał, że podmiot udostępniający mu zasób wiedzy i doświadczenia nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, zamawiający utracił podstawę do żądania dokumentów podmiotowych podmiotu trzeciego. Faktycznie z oferty wykonawcy wybranego nie wynikało, czy Siemens IT Solutions and Services będzie brał udział w realizacji zamówienia, a zamawiający mógł powziąć takie przeświadczenie na

podstawie treści formularza ofertowego, gdzie wykonawca wybrany wskazał części, które zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz na podstawie dokumentów podmiotowych podmiotu trzeciego, które wykonawca wybrany załączył dodatkowo. Zamawiający pismem z dnia 10 grudnia 2010r. wezwał wykonawcę wybranego nie tylko do złożenia oświadczeń i dokumentów, ale także do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, zatem wykonanie wezwania poprzez wyjaśnienie, czy podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia należy uznać za wykonanie wezwania zamawiającego w całości, w sytuacji złożenia oświadczenia, że podmiot udostępniający zasób nie będzie brał udziału w realizacji części zamówienia. Izba uznaje za niesłuszny pogląd odwołującego, że skoro zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów, a wykonawca wybrany tych dokumentów nie złożył, to już z tego faktu należy wywieść zaistnienie podstawy do wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Przede wszystkim Izba zwraca uwagę, na to, iż po 29 stycznia 2010r. podstawą wykluczenia nie jest już fakt niezłożenia oświadczeń i dokumentów na wezwanie, ale wyłącznie fakt nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zatem o automatyzmie, który podnosi odwołujący w odwołaniu nie może być mowy. Izba nie podziela także poglądu odwołującego, że wykonawca wybrany powinien był składać odwołanie na fakt wezwania go do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, skoro uważał, że nie miał takiego obowiązku. Izba zauważa, że zamawiający wezwał tak do złożenia dokumentów lub oświadczeń jak i do złożenia wyjaśnień, a zatem dopuszczał możliwość, że wyjaśnienia wykażą brak konieczności uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, tak jak to miało miejsce w sprawie. Ponadto Izba zwraca uwagę odwołującego na to, że sam fakt wezwania wykonawcy wybranego do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń nie godził w interes tego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, gdyż wykonawca nie mógł nawet potencjalnie zakładać, że złożenie wyjaśnień w miejsce dokumentów spowoduje wykluczenie go z postępowania. Dopiero z chwilą, gdyby zamawiający wykluczył wykonawcę wybranego na skutek niezłożenia dokumentów i oświadczeń, uznając, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, interes wykonawcy wybranego w uzyskaniu zamówienia byłby zagrożony. Izba nie podziela także stanowiska odwołującego, że każdy sposób udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia w tym przekazanie know-how, konsultacje, doradztwo, jest udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Przede wszystkim Izba uważa, że przekazanie wiedzy czy to jako know-how czy to jako autorskiego rozwiązania, zastrzeżonej technologii nie musi być udziałem w realizacji zamówienia, a może nastąpić w dowolnym momencie nie związanym z faktem udziału danego wykonawcy w realizacji zamówienia. Izba uważa, że zasób ten można przenieść np. przez wyszkolenie kadry, udostępnienie dokumentacji technicznej, udzielenie licencji do prawa patentowego. W takiej sytuacji fakt, że podmiot udostępniający zasób nie uczestniczy w wykonaniu zamówienia nie zagraża bezpieczeństwu umowy, a z drugiej daje

możliwość rzeczywistego korzystania z zasobu bez jednoczesnej konieczności udziału w realizacji zamówienia. Izba podziela w tym zakresie stanowisko wykonawcy wybranego, że udział w realizacji zamówienia powinien być rozumiany jako realizacja części świadczenia wykonawcy wynikającego z umowy o zamówienie publiczne. Odmienne rozumienie tego pojęcia prowadziłoby do uznania, że wykładowca przez sam fakt przeprowadzenia szkolenia realizuje zamówienia publiczne, które wykonuje pracownik wykonawcy uczestniczący w szkoleniu. Przekazanie wiedzy następuje najczęściej na podstawie stosunku cywilnoprawnego np. umowy o świadczenie usług, ale nie oznacza to, że każdy stosunek cywilnoprawny będzie zobowiązywał podmiot trzeci do udziału w realizacji umowy o zamówienie publiczne. Izba w tym zakresie uznaje za własne stanowiska zajęte przez Izbę w orzeczeniach sygn. akt KIO/1245/10, KIO/1452/10, KIO/1671/10.

Izba nie dopatrzyła się zatem w działaniu zamawiającego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów w związku z art. 26 ust. 2 b ustawy.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego, który podlegał wykluczeniu

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący, jako podstawę faktyczną zarzutu wskazał, że zamawiający nierówno traktował wykonawców, bo dopuścił do oceny ofert ofertę podlegającą odrzuceniu. Wobec ustalenia przez Izbę, że oferta wykonawcy wybranego nie podlegała odrzuceniu, a on sam nie podlegał wykluczeniu, to zarzut podniesiony przez odwołującego należało uznać za niezasadny. Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 2 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) oraz Izba uwzględniła koszty

zamawiającego z tytułu zastępstwa prawnego w maksymalnej wysokości dopuszczonej przepisami prawa (§ 3 pkt 2 lit. b i § 5 ust.3 pkt 1 cyt. Rozporządzenia) nie uwzględniając żądania w wysokości ponad kwotę 3600zł..

Przewodniczący :

.....

Członkowie

.....

.....