

Sygn. akt: KIO 2696/13

WYROK
z dnia 5 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Honorata Łopianowska
Jolanta Markowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 listopada 2013 r. przez wykonawcę **R-Data Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 190, 31-982 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Podkarpacki Urząd Wojewódzki, ul. Grunwaldzka 15, 35-959 Rzeszów,**

przy udziale wykonawcy **LTC Sp. z o.o., ul. Narutowicza 2, 98-300 Wieluń** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **R-Data Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 190, 31-982 Kraków** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **R-Data Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 190, 31-982 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Wojewodę Podkarpackiego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 [ustawa Pzp), którego przedmiotem jest „Realizacja Platformy EAS na potrzeby projektu „Elektroniczna Platforma Informacji o Aktach Sprawy – EAS”. Zdaniem Odwołującego – R-Data sp. z o. o. z Krakowa w tym postępowaniu Zamawiający naruszył art. 7 ust 1 w zw. z art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawcy LTC sp. z o. o. z siedzibą w Wieluniu (dalej „LTC”, pomimo, że wykonawca ten (1) nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz (2) złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania i w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy. Wskazał również na naruszenie art. 7 ust 3 w zw. z art. 91 ustawy Pzp z uwagi na uznanie za najkorzystniejszą, ofertę wykonawcy LTC, która podlega odrzuceniu. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert, wykluczenie LTC sp. z o. o. z postępowania oraz dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący stwierdził także, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów prawa zamówień publicznych. W uzasadnieniu odwołania odnośnie braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez LTC sp. z o.o. podał, że Zamawiający w § 5 ust. 2 pkt 2 a) SIWZ zastrzegł, że pozytywnie oceni spełnienie przez wykonawcę warunku, jeżeli wykonawca wykaże m.in., że należycie zrealizował lub realizuje, co najmniej dwie usługi, odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, polegające na zaprojektowaniu i budowie systemu teleinformatycznego, o wartości, co najmniej 600.000,00 złotych brutto każda, z wyłączeniem dostarczonego sprzętu. Podkreślił, że Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał doświadczenie w zaprojektowaniu i budowie systemu teleinformatycznego. Wykonawca LTC w ofercie podał, że wykonał usługę na rzecz Śląskiego Centrum Społeczeństwa Informacyjnego, co nie wynika – jego zdaniem – z przedłożonych przez LTC referencji. Wykonawca LTC przedłożył referencje wystawione przez Śląskie Centrum Społeczeństwa Informacyjnego, w których zaświadcza się, że wykonawca ten zrealizował usługę, polegającą na rozbudowie

systemu teleinformatycznego pn. System Elektronicznej Komunikacji Administracji Publicznej w Województwie Śląskim - SEKAP tj. oprogramowania FINN 8 SQL PeUP, FINN 8 SQL, Komputer Komunikacyjny, FINN 8 SQL WEB, zrealizowanego przez LTC sp. z o. o. Wykonawca - LTC nie wykazał tym samym spełnienia warunków udziału w postępowaniu, albowiem z tej referencji wynika, iż LTC zrealizował usługę rozbudowy Systemu Elektronicznej Komunikacji Administracji Publicznej w Województwie Śląskim – SEKAP, a nie jak wymagał tego Zamawiający - zaprojektowanie i budowę systemu teleinformatycznego (§ 5 ust. 2 pkt 2 a) SIWZ). Ponadto z tej referencji wynika, że LTC realizował usługę rozbudowy oprogramowania, a nie jak tego wymagał Zamawiający usługę zaprojektowania i budowy systemu teleinformatycznego. Zdaniem Odwołującego, posiadanie doświadczenia w projektowaniu i budowie systemu teleinformatycznego jest doświadczeniem o szerszym zakresie aniżeli doświadczenie, jakie posiada Wykonawca LTC, a zatem jedynie w rozbudowie. Wynika to ze stopnia skomplikowania tych zadań. Zaprojektowanie jest bowiem zadaniem bardziej złożonym z uwagi na fakt, iż przed zbudowaniem systemu teleinformatycznego musi on dokonać analizy oraz określić wymagania w celu określenia wymagań dotyczących informacji i procesów zachodzących w tym systemie, oraz ustalenia relacji między nimi lub między nimi, a innym systemem, a następnie w oparciu o tak ustalone informacje - wykonać projekt systemu. W ocenie Odwołującego rozbudowa systemu powoduje natomiast konieczność korzystania z gotowych rozwiązań technicznych zaoferowanych przez wykonawcę systemu na etapie jego budowy. Projektowanie jest tym samym zadaniem o wyższym stopniu trudności, a to przede wszystkim z uwagi na fakt, że od wykonawcy wymaga się stworzenia systemu od podstaw, natomiast sama rozbudowa polega jedynie na poszerzeniu możliwości systemu, który już istnieje. Podmiot, który rozbudowuje system pracuje na już wytworzonej infrastrukturze. Podkreślił, że doświadczenie LTC ogranicza się jedynie do modyfikacji systemu już zbudowanego, albowiem wskazane referencje LTC dotyczą realizacji usługi rozbudowy nie systemu teleinformatycznego, a wyłącznie oprogramowania systemu. Dalej podał, że system teleinformatyczny nie jest pojęciem tożsamym z oprogramowaniem. Wskazał na art. 2 pkt 3 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. Dz.U.2002.144.1204 ze zm.) zgodnie z którym system teleinformatyczny jest to „zespół współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania, zapewniający przetwarzanie i

przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych poprzez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci urządzenia końcowego". Oprogramowanie jest zatem wyłącznie częścią składową systemu teleinformatycznego. Potwierdzeniem, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu jest również umowa z dnia 21 czerwca 2011 r. zawarta pomiędzy Województwem Śląskim - Śląskim Centrum Społeczeństwa Informacyjnego a LTC sp. z o. o. oraz protokoły odbioru do niniejszej umowy. Jego zdaniem, z umowy tej wynika, że przedmiotem zamówienia jest Kontrakt K-SOD „Rozbudowa PeUP, SOD oraz integracja z e-PUAP (§ 1 Umowy z dnia 21 czerwca 2011 r.). Przedmiot tej umowy nie wskazuje zatem, że wykonawca LTC realizował usługę zaprojektowania i rozbudowy systemu teleinformatycznego. Wobec powyższego, skoro wykonawca LTC przedłożył referencje, z których wynika, że zakres wskazanych w wykazie doświadczenia usług stoi w sprzeczności z wykazem usług świadczonych na rzecz Śląskiego Centrum Społeczeństwa Informacyjnego, Zamawiający powinien uznać, że wykonawca LTC nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ponieważ usługa wymieniona w referencji nie odpowiada zakresowi wymaganemu przez Zamawiającego, w taki sposób, aby można było uznać, że wykonawca LTC posiada odpowiednie doświadczenie. Tym samym powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu. Powołując się na stanowisko KIO stwierdził, że (...) dokumenty składane na potwierdzenie należytego wykonania usługi powinny korespondować z informacjami ujętymi w wykazie - a zatem potwierdzać informacje w nim ujęte. Dalej podał, że „przedkładane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego referencje służą potwierdzeniu spełniania warunku. Istotna treść merytoryczna dokumentu pozwalająca na weryfikację, czy wykonawca posiada wymagany potencjał". Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien był zbadać zakres usług zgłoszony w ofercie LTC - w wykazie usług oraz porównać z zakresem wskazanym w referencji, mając na uwadze zakres wykonanych prac na podstawie umowy z dnia 21 czerwca 2011 r. Odwołujący wniósł także o wykluczenie wykonawcy LTC z tego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp. Wykonawca podniósł, że podane w ofercie informacje należy oceniać w oparciu o dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz z uwzględnieniem wskazanego pkt 3 tego przepisu i wykonawca LTC powinien zostać wykluczony z postępowania w zakresie złożenia przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. W tym przypadku wskazał, że na

potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca LTC przedłożył referencje z dnia 6 lipca 2011 r. wystawione przez Naczelnika Wydziału Informatyki Urzędu Miasta Opola, a zatem referencje te zostały wystawione przez podmiot, który nie miał wiedzy na temat wymienionych w referencji usług i tym samym na temat ich należytego wykonania, gdyż nie był podmiotem, na rzecz którego usługa była realizowana. Podkreślił, że usługa podana przez LTC w wykazie usług (załącznik nr 5 do oferty) tj. projekt pn. „E-Opole. Budowa transakcyjnej platformy e-Usług publicznych” została zrealizowana na podstawie umowy zawartej pomiędzy LTC, a Fundacją Informatyki i Zarządzania z siedzibą w Łodzi. Stroną tej umowy nie był Urząd Miasta Opole. Tym samym referencja, jako wystawiona przez podmiot trzeci nie może zostać uznana za potwierdzającą należycie wykonaną usługę. Dalej podał, że posłużenie się taką referencją jest złożeniem nieprawdziwych informacji mających na celu wprowadzenie w błąd Zamawiającego co do podmiotu, na rzecz którego LTC usługę wykonał. Odwołujący w konkluzji stwierdził, że wykonawca LTC powinien zostać wykluczony z postępowania. Dodatkowo podał, że nie zachodzi podstawa do wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, albowiem zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania stanowi samodzielną przesłankę do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, wnosząc o jego oddalenie podał, że wykonawca LTC potwierdził warunek wymagany w § 5 ust. 2 pkt 2a części A SIWZ. Podał także, że w toku badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający pismem z dnia 30 października 2013 r. wystąpił o wyjaśnienie treści jego oferty na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Przedmiotem wystąpienia były dokumenty dołączone przez Wykonawcę na spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia (strony 247 - 248 kopii przekazanej dokumentacji przetargowej) jak i kwestie techniczne. W wyznaczonym terminie wykonawca złożył stosowne wyjaśnienia (strony 267 - 269 kopii przekazanej dokumentacji przetargowej). Wynikało z nich, że obie wskazane w ofercie usługi dotyczyły projektowania i budowy systemu teleinformatycznego - zgodnie z postawionym w SIWZ warunkiem posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający uznał, mając na uwadze ofertę oraz treść wyjaśnień, że wykonawca spełnił postawiony warunek posiadania wiedzy i

doświadczenia, zarówno w odniesieniu do usług zrealizowanych na rzecz Śląskiego Centrum Społeczeństwa Informacyjnego z siedzibą w Katowicach jak i na rzecz Urzędu Miasta Opola. Odnośnie zarzutu drugiego podał, że wykonawca pismem z dnia 04 listopada 2013 r. udzielił wyczerpujących wyjaśnień także w przedmiotowej kwestii. Przedłożone w ofercie listy referencyjne, złożone wyjaśnienia nie budziły wątpliwości, co do ich prawdziwości - Zamawiający nie widział podstaw do kwestionowania tych dokumentów. Podkreślił, że Zamawiający nie posiada dowodów mogących podważyć prawdziwość dokumentów składanych przez Odwołującego, dlatego nie podejmował czynności związanych z wykluczeniem Wykonawcy oraz odrzuceniem jego oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca LTC wnosząc o oddalenie odwołania.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu

Rozpoznając odwołanie Izba przede wszystkim miała na uwadze dyrektywę zawartą w art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz podtrzymanych w toku rozprawy. Tym samym przedmiotem rozstrzygnięcia mógł być tylko zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, co do braku potwierdzenia przez LTC sp. z o.o. spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w § 5 ust. 2 pkt 2a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz], odnośnie usługi zrealizowanej na rzecz Śląskiego Centrum Społeczeństwa Informacyjnego, a wykazanej pod poz. 2 Wykazu. Na rozprawie, cofnięty został bowiem zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oparty na twierdzeniu złożenia przez LTC sp. z o. o. nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania, z uwagi na przedłożone referencje, których wystawcą był Naczelnik Wydziału Informatyki Urzędu Miasta Opola, nieposiadający – jak twierdził Odwołujący - wiedzy, w przedmiocie tego zamówienia, w miejsce Fundacji Informatyki i Zarządzania, która była zleceniodawcą tego zamówienia. Nie był również przedmiotem rozpoznania przez Izbę zarzut odnośnie poz. 1 Wykazu, [usługa realizowanej dla Urzędu Miasta Opola], albowiem zarzut dotyczący braku wykazania spełnienia warunku określonego w § 5 ust. 2 pkt 2a) siwz w zakresie tej usługi, został podniesiony dopiero na rozprawie, a nie w odwołaniu, jak tego wymagają przepisy ustawy Pzp. Izba zwraca uwagę, że w odwołaniu kwestionowana była wyłącznie prawdziwość

referencji z uwagi na wystawcę tego dokumentu.

Rozpatrując zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, Izba zobowiązana była także uwzględnić dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie, z którą strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą kontradiktoryjności, która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i w myśl tej zasady strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust.7 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym, który był zobowiązany do wykazania braku spełnienia warunku z § 5 ust. 2 pkt 2a) specyfikacji przez wykonawcę LTC, albowiem tego dotyczy zarzut podniesiony w odwołaniu.

Izba w spornym zakresie ustaliła, że zgodnie ze wskazanym postanowieniem § 5 ust. 2 pkt 2a) specyfikacji, Zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie wykazał należyte zrealizowanie lub realizowanie, co najmniej dwóch usług, odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, polegające na zaprojektowaniu i budowie systemu teleinformatycznego, o wartości brutto, co najmniej 600.000,00 zł każda, z wyłączeniem dostarczonego sprzętu. Wykonawca LTC w ofercie podał, że wykonał usługę na rzecz Śląskiego Centrum Społeczeństwa Informacyjnego, a na potwierdzenie jej należytego wykonania przedłożył dokument referencyjny. Odwołujący, kwestionując spełnienie tego warunku, podniósł, że ta usługa nie obejmowała wymaganego projektowania oraz budowy systemu teleinformatycznego, albowiem wykazane doświadczenie LTC ograniczyło się jedynie do modyfikacji systemu już zbudowanego - realizacji usługi rozbudowy oraz dotyczyło wyłącznie oprogramowania systemu. Na dowód twierdzeń wskazał na referencję oraz na umowę z dnia 21 czerwca 2011 r. zawartą pomiędzy Województwem Śląskim - Śląskim Centrum Społeczeństwa Informacyjnego a LTC sp. z o. o. oraz protokoły odbioru do tej umowy.

Mając na uwadze tak ustalony stan faktyczny, Izba przede wszystkim stwierdziła, że pojęcie „budowa systemu” nie była przez Zamawiającego w sposób

szczególny zdefiniowana. Także to pojęcie nie było przedmiotem zapytania ze strony wykonawców. Mając zatem na uwadze, chociażby definicję tego pojęcia w ustawie – Prawo budowlane [art. 3 pkt 6] budowa systemu, zdaniem Izby, mogła dotyczyć zarówno wykonywania nowego systemu od podstaw, jak i jego rozbudowę, uwzględniając oczywiście uprzednie zaprojektowanie, w zakresie objętym realizacją. Dalej Izba stwierdziła, że niewątpliwie oprogramowanie jest wyłącznie częścią składową systemu teleinformatycznego, jednakże zdaniem Izby, przedkładane przez Odwołującego tylko wybiórczo dokumenty – umowa bez załączników, w tym bez harmonogramu realizacyjnego i specyfikacji oraz tylko niektóre protokoły odbioru – nie potwierdziły zarzutu, że zakres prac wykonywanych na zlecenie Śląskiego Centrum Społeczeństwa Informacyjnego, których odbiorcą było Miasto Opole, obejmował wyłącznie oprogramowanie systemu, tym bardziej, że Zamawiający w samym warunku wskazał pośrednio na wyłączenie dostawy sprzętu. Zdaniem Izby, wykonawca także nie potwierdził, że kwestionowana usługa swoim zakresem nie obejmowała projektowania. Tak jak wykazywał Przystępujący wykonawca LTC, powołując się na przedłożony na rozprawie Opis przedmiotu zamówienia, stanowiący istotny element specyfikacji, złożoność przedmiotu zamówienia wykluczała możliwość rozbudowy systemu bez uprzedniego jego zaprojektowania oraz przedłożenia do akceptacji zleceniodawcy. Powołując się na przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu, wykazał jednocześnie, że szczegółowe wytyczne, co do zakresu projektu, podobnie jak w tym postępowaniu, nie mogą dowodzić, że usługa z poz. 2 Wykazu nie obejmowała także wymaganego zaprojektowania, tym bardziej, że z dokumentacji postępowania nie wynikało, że dostarczenie projektu było obowiązkiem zleceniodawcy.

W konkluzji Izba stwierdza, że wobec powyższych ustaleń także zarzut naruszenia art. 7 ust 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ustawy Pzp nie może podlegać uwzględnieniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także § 3 pkt 2 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), zgodnie, z którym Izba w przedmiocie kosztów strony orzeka wyłącznie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

.....

.....

.....