

Sygn. akt: KIO 1849/20

WYROK
z dnia 14 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 10 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **Simple S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Bronisława Czecha 49/51** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet Gdański z siedzibą w Gdańsku przy ul. Jana Bażyńskiego 8**

przy udziale wykonawcy **Arcus Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ul. Wojciechowskiej 9A**, zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów zawartych w pkt 1 i 2 odwołania, odnoszących się do osób wskazanych w „Wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia” w poz. 2, 4, 6, 7.
2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert połączone z wezwaniem wykonawcy **Arcus Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ul. Wojciechowskiej 9A** na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia: „Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia” w celu wylegitymowania się przez ww. wykonawcę spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, który został wskazany w rozdziale V pkt 1 ppkt 3 lit C) tiret 4 (Programista oprogramowania ERP).
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Arcus Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ul. Wojciechowskiej 9A** i:

4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Simple S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Bronisława Czecha 49/51** tytułem wpisu od odwołania,

4.2 zasądza od wykonawcy **Arcus Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ul. Wojciechowskiej 9A** na rzecz odwołującego **Simple S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Bronisława Czecha 49/51** kwotę **18 600 zł 06 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych sześć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Gdańsku.

Uzasadnienie

Uniwersytet Gdański z siedzibą w Gdańsku przy ul. Jana Bażyńskiego 8 (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.), zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Kompleksowa dostawa, wdrożenie, utrzymanie i usługi w zakresie Gwarancji Zintegrowanego Systemu Informatycznego klasy ERP wspomagającego zarządzanie Uczelnią wraz ze świadczeniem usług rozwoju”, numer referencyjny: A120-211-1/20/RR (dalej: „postępowanie”).

Wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 stycznia 2020 r. pod numerem 2020/S 010-019530.

W dnia 24 lipca 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Simple S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Bronisława Czecha 49/51 (dalej: „Odwołujący” lub „Simple”) o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta wykonawcy Arcus Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ul. Wojciechowskiej 9A (dalej: „Przystępujący” lub „Arcus”).

Odwołujący w dniu 3 sierpnia 2020 r. wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Arcus z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, czym naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazywał na ewentualnie na naruszenie obowiązku wezwania do uzupełnienia wykazu osób lub usług w oparciu o przepis 26 ust. 3 Pzp;
2. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Arcus z uwagi na to, że wykonawca Arcus w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, czym naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazywał na ewentualne naruszenie przepisu art. 24 ust. 1

pkt 17 Pzp, gdyż wykonawca Arcus, co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosił o:

- merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie;
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz z innych wskazywanych dowodów na okoliczności wskazane odwołaniem;
- unieważnienie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu i unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Arcus, jako oferty najkorzystniejszej;
- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Arcus (ewentualnie - nakazanie wezwania do uzupełnienia);
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed KIO, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wykonawca Simple podnosił, że:

Zarzut nr 1

Odwołujący podnosił, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca Arcus przedłożył wykaz osób składający się z 14 pozycji. Niemniej jednak zdaniem wykonawcy Simple, w wykazie tym znajdują się informacje niepotwierdzające spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jak wynika, bowiem z umowy zawartej między wykonawcą Arcus a Politechniką Śląską (na realizację, której wskazuje wykonawca Arcus w wykazie osób przy każdej wykazywanej osobie), wskazywane przez wykonawcę Arcus w wykazie osób osoby nie brały udziału w realizacji tejże usługi. Z przedłożonych dokumentów wynika, że nie wiadomo, czy dane osoby pełniły funkcje podczas realizacji usługi dla Politechniki Śląskiej (o ile w ogóle):

1. M. T. (wskazany jako Konsultant wiodący);
2. A. Ć. (wskazana jako Konsultant wiodący);
3. A. W. (wskazana jako Konsultant wiodący);
4. M. S.-S. (wskazana jako Konsultant wiodący);
5. R. J. (wskazany jako Konsultant techniczny);
6. D. S. (wskazany jako Programista);

7. P. J. (wskazany jako Programista);
8. M. B. (wskazany jako Programista);
9. E. P. (wskazana jako Programista);
10. Z. S. (wskazany jako Programista).

Przedstawione przez wykonawcę Arcus w „Wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia” osoby tylko w 3 przypadkach pokrywają się z wykazem osób realizujących umowę z Politechniką Śląską. W ocenie Odwołującego oznacza to, że powyższe 10 osób nie uczestniczyło realnie w wykonywaniu umowy na rzecz Politechniki Śląskiej. A to przekłada się na brak możliwości wykazania posiadania stosownego doświadczenia przez te osoby. Dlatego też, wykonawca Arcus nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi zasobami - osobami. Nie wykazał spełnienia warunku opisanego w rozdziale V ust. 3 pkt C) SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że złożone przez wykonawcę Arcus dokumenty, w szczególności „Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia”, nie wykazują spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z informacjami ze wskazywanej usługi, (podczas której wskazane osoby miały nabyć stosowne doświadczenie), zdecydowana część wskazywanych w wykazie osób nie brała udziału w realizacji wskazywanego zamówienia. Dodatkowo wykonawca Simple wskazywał, że wykonawca Arcus przedłożył, jako usługę referencyjną, usługę wykonaną na rzecz Politechniki Śląskiej. Zgodnie z przedłożonymi referencjami, wykonawca Arcus miał realizować wykonywaną usługę należycie. Niemniej jednak, z posiadanych przez Odwołującego informacji tj. odpowiedź na wniosek o dostęp do informacji publicznej wynika, że usługa ta nie została wykonana należycie - nie została wykonana w terminach umownych.

Wobec tego Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy Arcus z postępowania, a z ostrożności procesowej, o nakazanie Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Arcus do uzupełnienia wykazu osób lub usług o spełniające wymagania postawione przez Zamawiającego.

Zarzut nr 2

W opinii Odwołującego całokształt podniesionych w odwołaniu zarzutów i czynności prowadzi do wniosku, że wykonawca Arcus próbował przedstawić pewne informacje wyłącznie w celu stworzenia u Zamawiającego poczucia, że wykonawca ten złożył ofertę spełniając wszystkie wymagania Zamawiającego, w szczególności w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Działanie takie ma niebagatelny wpływ na wynik postępowania,

bowiem właśnie dzięki tym nieprawdziwym informacjom oferta wykonawcy Arcus została wybrana, jako najkorzystniejsza, mimo że wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania. Następnie stwierdził, że skoro Odwołujący mógł posiadać wiedzę dotyczącą wskazanych przez wykonawcę Arcus elementów świadczonych usług i wykazywanych osób, to mógł to również zrobić Zamawiający, ale tym bardziej wykonawca Arcus musiał posiadać taką wiedzę. To na wykonawcy Arcus, jako na wykonawcy w postępowaniu ciążyła odpowiedzialność za prawidłowe przygotowanie oferty. Skoro przedstawione w ofercie informacje są nieprawdziwe, to oznacza, że oferta była sporządzana z rażącym naruszeniem podstawowych obowiązków wykonawcy związanych z przygotowaniem oferty. Zdaniem Odwołującego wykonawca Arcus musiał mieć wiedzę, że wskazywane przez tego wykonawcę osoby z wykazu osób lub usług nie spełniają wymogów Zamawiającego, a mimo to wstawiło je do odpowiedniego wykazu. Tak samo Zamawiający, gdyby dołożył, choć minimum staranności, to mógł pozyskać informacje daleko dalej idące niż te, które w niniejszym odwołaniu przedstawia Odwołujący. Informacje wystarczające do ustalenia, że wykonawca Arcus podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a przez to, że powinno ono podlegać wykluczeniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Odwołujący wskazywał jednocześnie, że w stosunku do profesjonalistów - a za takich przecież należy uznawać wykonawcę Arcus - miernik należytej staranności jest podwyższony w odniesieniu do ogólnego miernika staranności dłużnika, ponieważ określa się go z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności. W ocenie Odwołującego tak określona należyta staranność wymagała od wykonawcy Arcus, aby składając oświadczenie w postępowaniu, upewnił się, że to, co oświadcza, odpowiada prawdzie. Z uwagi na profesjonalny charakter działalności wykonawcy składający ofertę zobowiązany jest zgodnie z art. 355 Kodeksu cywilnego dołożyć szczególnej staranności przy sporządzaniu oświadczeń składanych wraz z ofertą, w celu uzyskania zamówienia publicznego. Wykonawca Arcus, jako posiadacz informacji dotyczących wykazywanych przez siebie osób, winien tymi informacjami posługiwać się w sposób prawidłowy. W opinii Odwołującego w postępowaniu wykonawca Arcus przedstawił te informacje w celu utwierdzenia Zamawiającego w przekonaniu, że spełnia on wymogi Zamawiającego w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało wyborem jego oferty, jako najkorzystniejszej. Gdyby podał informacje prawdziwe, to zostałby wykluczony z postępowania (ewentualnie - wezwany do uzupełnienia), a przez to oferta Odwołującego byłaby tą najkorzystniejszą. Kolejno Odwołujący stwierdził, że jest to kolejny element pokazujący, jak Arcus lekkomyślnie podszedł do dokumentów przedkładanych w postępowaniu. Nie dziwił go, zatem fakt, że podał również nieprawdziwe informacje w celu uzyskania zamówienia. Zdaniem Odwołującego również w

przypadku usługi realizowanej na rzecz Politechniki Śląskiej mamy do czynienia z celowym (lub co najmniej - lekkomyślnym) działaniem mającym na celu stworzenie takiego wrażenia, że wykonawca Arcus wykonał należycie (w całości) usługę referencyjną - podczas gdy w rzeczywistości taka sytuacja nie miała miejsca. Odwołujący wskazywał, że z argumentacji przedstawionej w odwołaniu wynika, że wykonawca Arcus nie dopełnił takiej staranności, co skutkowało winno wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, czego Zamawiający zaniechał. Następnie Odwołujący podkreślił, że wykonawca rzetelny to wykonawca przedstawiający zamawiającemu prawdziwe, zgodne ze stanem faktycznym informacje. Naganność podania Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd przez wykonawcę Arcus jest oczywista i nie może podlegać dyskusji. Z uwagi na powyższą niezgodność działania Zamawiającego z Pzp, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej winna zostać unieważniona, a Zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę Arcus z postępowania i wybrać ofertę Odwołującego, jako najkorzystniejszą.

W dniu piśmie z dnia 4 września 2020 r. „Odpowiedź na odwołanie – informacja o uwzględnieniu w całości zarzutów Odwołującego”, które Zamawiający przesłał do Izby poinformował, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania w sytuacji, gdy Przystępujący po stronie Zamawiającego wykonawca Arcus nie wniesie sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W uzasadnieniu swojej decyzji wyjaśnił, że podejmując decyzję o ponownym wyborze oferty wykonawcy Arcus Zamawiający kierował się treścią dokumentów złożonych w postępowaniu przez tego wykonawcę (wymaganych w SIWZ i ogłoszeniu) oraz postanowieniem KIO z dnia 14 lipca Sygn. akt KIO 1392/20, z którego uzasadnienia wynika, że Odwołujący SIMPLE cofnął zarzut dotyczący „zaniechania wykluczenia Arcus z postępowania, ewentualnie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia wykazu usług”.

W bieżącym postępowaniu Odwołujący ponownie podważa między innymi te same kwestie, (z których wcześniej się wycofał), w tym referencje wystawione przez Politechnikę Śląską – potwierdzające, że usługi wykonane przez wykonawcę Arcus zostały wykonane należycie.

Zamawiający z treści odwołania powziął nowe informacje zawarte w jego uzasadnieniu, które w ocenie Zamawiającego wyjaśnić może tylko Przystępujący bądź w drodze dodatkowych wyjaśnień w postępowaniu bądź na etapie postępowania odwoławczego – w przypadku wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

W dniu 9 września 2020 r. do Izby ze strony wykonawcy Arcus wpłynęło pismo „Sprzeciw Przystępującego”, w który wykonawca wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania wniesionego przez wykonawcę Simple. W toku posiedzenia z udziałem stron Przystępujący złożył pisemną argumentację wraz z dowodami na poparcie prezentowanego stanowiska, w które wskazał, co następuje.

W złożonym piśmie Przystępujący zwracał uwagę na fakt, że ocena spełniania warunków w niniejszym postępowaniu dokonywana jest na podstawie ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, które zawierają jednoznaczne wymagania, na które odpowiedział, i które on spełnił. Skoro Zamawiający określił wymagania w wymienionych dokumentach, to nie może pozwolić na ich zmianę poprzez niekorzystną dla wykonawcy Arcus wykładnię, co sugeruje Odwołujący, podejmując próbę wyeliminowania Arcus, jako swojego konkurenta. Znamienne jest, że posługuje się przy tym nieuprawnionymi sugestiami i półprawdami, bez dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Zdaniem Przystępującego przedłożone, bowiem dokumenty, choć może sugestywne, to nie potwierdzają stawianych zarzutów. Mają jedynie na celu przekonanie, przede wszystkim Zamawiającego, że dokonał błędnego wyboru i że powinien uznać odwołanie. Przystępujący stwierdził, że Zamawiający niestety uznał odwołanie, choć nie było ku temu podstaw w świetle obowiązujących w niniejszym postępowaniu zasad oraz przedłożonych przez wykonawcę Arcus dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków, w tym dokumentów kwestionowanych przez Odwołującego, jak również ze względu na postanowienia umowy łączącej wykonawcę Arcus z Politechniką Śląską i wykonane przez niego zobowiązanie, w związku z realizacją referencyjnego zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu, że wykonawca Arcus przedłożył, jako usługę referencyjną, usługę wykonaną na rzecz Politechniki Śląskiej, która miałaby rzekomo być wykonana nienależycie stwierdził, że działania Odwołującego wykraczają poza zasady uczciwej konkurencji rynkowej, a być może mogłyby być ocenione, jako naruszenie prawa (np. ze względu na sugerowanie poświadczenia nieprawdy przez Zamawiającego - Politechnikę Śląską), w szczególności, że Arcus przedłożył stosowne referencje, które m.in. stały się podstawą wycofania w dniu 14 lipca 2020 r. zarzutów Odwołania z dnia 16 marca 2020 r.

Zdaniem wykonawcy Arcus Odwołujący pomija także celowo fakt, że w orzecznictwie wskazuje się, że nie zawsze późniejsze niż pierwotnie założone wykonanie zamówienia oznacza nienależyte wykonanie zamówienia. Zależy to od okoliczności każdego indywidualnego przypadku. W tym przypadku zamówienie zostało wykonane należycie. Przedłożony przez Odwołującego w tym zakresie dowód (odpowiedź na wniosek o dostęp do informacji publicznej) wbrew twierdzeniom Odwołującego nie wskazuje, że usługa nie została

wykonana należyście, chociaż została wykonana w innym niż pierwotnie umówionym terminie. Nie można jednak z tego, w tym fakcie opóźnienia wywieść, że nie została wykonana należyście.

Następnie wykonawca Arcus podał, że Odwołujący stwierdził, że w wykazie tym znajdują się informacje niepotwierdzające spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Przystępującego twierdzenie jest gołosłowne, bowiem wykaz został sporządzony przez wykonawcę zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, osoby w nim wskazane posiadają wymagane kompetencje, wiedzę i doświadczenie, a wskazane tam zamówienie, spełniające stawiane przez Zamawiającego warunki, zostało wykonane należyście. Przystępujący podkreślał, że Odwołujący powołuje się na załącznik nr 6 do umowy z Politechniką Śląską. Załącznik ten zawiera jednak tylko osoby wskazane w ramach struktury wdrożeniowej, a to tylko część osób, które zgodnie z umową mogły być zaangażowane w projekt. Następnie zauważał, że dane zawarte w załączniku nr 6 stanowiły w postępowaniu prowadzonym przez Politechnikę Śląską tajemnicę przedsiębiorstwa, zastrzeżenia zasadności, której żaden z konkurentów nie podważył. Nie zrobił też tego także Zamawiający.

Przystępujący kolejno zwracał uwagę na następujące postanowienia umowy zawartej z Politechniką Śląską:

§ 5 który rzeczywiście określa strukturę organizacyjną, na którą składała się z Komitetu Sterującego, Kierowników Projektów oraz Zespołu Wdrożeniowego; w odniesieniu do tej grupy osób Zamawiający przewidział szczególne uregulowania;

§ 4 ust. 1 pkt 3, w którym przewidziano możliwość wprowadzania do projektu dalszych osób do realizacji umowy, ale obowiązek ten dotyczy osób, które miały by być zaangażowane w prace realizowane z realizacją wdrożenia, w wymiarach poniżej i od 4 godzin dziennie;

§ 3 ust. 3, zgodnie, z którym wykonawca miał obowiązek użyć całej swojej wiedzy i doświadczenia do realizacji prac objętych przedmiotem umowy, a doświadczenie to nie tylko formalne wykonanie, a faktyczne umiejętności zatrudnionych ludzi - specjalistów;

Zdaniem wykonawcy Arcus z tego właśnie powodu Zamawiający w niniejszym postępowaniu zażądał osób o odpowiednich kwalifikacjach, wiedzy i doświadczeniu. Nie stawiał jednak żadnych wymagań, co do czasu, zakresu, czy sposobu zaangażowania w referencyjne projekty.

Odnosnie zarzutu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wykazu osób wykonawca Arcus podkreślał, że spełnił warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wymagał dokumentów, np. oświadczeń pracowników, referencji dla poszczególnych osób, umów o pracę z pracownikami lub wyciągów z umowy z innymi

klientami, wraz z podaniem składu zespołu wdrożeniowego u referencyjnych klientów, ani wykazania zaangażowania innych osób, w tym pracowników i współpracowników wykonawcy realizujących referencyjne zamówienie, więc jako spełnienie warunków udziału w postępowaniu wystarczyło oświadczenie wykonawcy, poprzez wypełnienie Załącznika nr 6 do oferty.

Zdaniem Przystępującego nie można, zatem twierdzić, że Zamawiający nie dopełnił szczególnej staranności, gdyż takie formalne poświadczenia nie były wymagane. W jego ocenie osoby przez niego wykazane posiadają odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie i jako potwierdzenie są wykazane w załączniku nr 6 do umowy z Politechniką Śląską (R. J., M. T., M. O., A. Ć., M. S.-S., K. R., J. K.).

Następnie wyjaśniał, że umowa wdrożeniowa zakładała możliwość zmiany zespołu wdrożeniowego (dodawania nowych osób do projektu). Zgodnie z § 5 pkt 9 umowy: Każda ze Stron ma prawo do zmiany członków struktury organizacyjnej, za uprzednim pisemnym powiadomieniem drugiej Strony, doręczonym co najmniej na 5 (pięć) Dni Roboczych przed planowaną zmianą. Sytuacja taka miała wielokrotnie miejsce. W załączeniu wykonawca Arcus przedstawił zgłoszenia dotyczące poszerzania składu osobowego dla: D. S., M. B., A. W. (nazwisko panieńskie S.).

Dodatkowo podnosił, że wykazany w wykazie osób programista P. J., został wskazany, jako osoba, której doświadczenie dotyczy usługi utrzymania i rozwoju i jako dowód przedłożył Załącznik z Umowy utrzymaniowej nr OZ/U/19/144/EO z Politechniką Śląską.

Co do pozostałych wykazanych dwóch osób, tj.: E. P. i Z. S., wykonawca Arcus wyjaśniał, że osoby te to dodatkowi programiści, którzy brali udział w projekcie wykonania Zintegrowanego Systemu Informatycznego w związku z realizacją przez Arcus obowiązku wynikającego z § 3 ust. 3 umowy zgodnie, z którym wykonawca miał obowiązek użyć całej swojej wiedzy i doświadczenia do realizacji prac objętych przedmiotem umowy. Przystępujący stwierdził, że w obecnej dobie, wielu realizowanych w tym samym czasie przez firmy wdrożeniowe projektów programiści wykonują wiele zadań równocześnie i - tam, gdzie nie jest to wymagane - wykonawcy nie zgłaszają wszystkich osób do realizacji projektu, ponieważ te dodatkowe osoby wykonują prace na systemie wykonawcy (systemy developerskie) i nie mają kontaktu bezpośredniego z klientem. Stanowią wsparcie dla pozostałych członków zespołu wdrożeniowego np. konfiguruje systemy używane przez Zespół realizacyjny lub wykonują zadania programistyczne zlecane przez Zespół realizacyjny, niemniej jednak są one ściśle związane z realizacją projektu danego Klienta (w tym przypadku dla Politechniki Śląskiej) i w związku z tym nabywają doświadczenie i poszerzają swoją wiedzę. Nie można, zatem twierdzić w omawianym przypadku, że jeśli nie ma tych osób na liście osób zgłoszonych

formalnie do projektu, (bo zgłaszane były te osoby, które formalnie zgłaszane być miały), to praca przez niewykonana nie jest akceptowana, jako doświadczenie w projekcie. Na dowód udziału tych osób w projekcie wykonawca przedstawił listę zadań i e-maili związanych z pracą tych osób dla Politechniki Śląskiej.

Powołując się na przepis art. 26 ust. 3 Pzp Przystępujący wskazał, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp i żądanie wykluczenia wykonawcy Arcus są, zatem nie tylko nieuzasadnione, ale także przedwczesne. Co do żądania wezwania do uzupełnienia dokumentów przez Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, to wobec potwierdzenia spełniania warunków, w szczególności poprzez złożenie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp to w opinii Przystępującego jest ono niezasadne.

Wykonawca Arcus podnosił, że postanowienia SIWZ w przypadku postępowania prowadzonego przez Politechnikę Śląską nie określały w sposób analogiczny jak w niniejszym postępowaniu stanowisk, ról, czy funkcji osób, których wiedza i doświadczenia były wymagane. Umowa z Politechniką Śląską nie zabraniała także wykonawcy Arcus używania - obok wymaganego zespołu (składu osobowego struktury organizacyjnej i Zespołu Wdrożeniowego - § 4 ust. 1 i § 5 Umowy z Politechniką Śląską) - innych swoich zasobów w postaci wykwalifikowanej przez wykonawcę kadry. Dlatego wykonawca Arcus, dla właściwej realizacji zamówienia, zgodnie z wymaganiami nadmienionej umowy (§ 3 ust. 3 umowy z Politechniką Śląską), takich zasobów użył. Uprawniony był, zatem do ich wykazania w tym postępowaniu.

Jeśli zaś chodzi o zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp to zdaniem Przystępującego Odwołujący nie wykazał ziszczenia się zawartych w przepisie przesłanek.

Zdaniem wykonawcy Arcus należy także zwrócić uwagę na fakt, że zdaniem Odwołującego Zamawiający łatwo mógł zweryfikować przekazane przez wykonawcę Arcus dane (niezależnie od stanowiska Zamawiającego w tej kwestii znajdującego się w odpowiedzi na odwołanie). Niewątpliwie, zatem Odwołujący zarzucał Zamawiającemu brak należytej staranności w procesie oceny ofert, w tym oferty wykonawcy Arcus.

Ze swojej strony wykonawca ten podkreślał, że składał w niniejszym postępowaniu wyjaśnienia i oczywiste jest, że jeżeli Zamawiający miałby jakiegokolwiek wątpliwości, co do składu proponowanego zespołu, także by je wyjaśnił. Stwierdził również, że nie można także uznać, że uzasadnił niedbalstwo po stronie wykonawcy Arcus przy przekazywaniu Zamawiającemu kwestionowanych informacji.

W toku rozprawy Odwołujący wycofał zarzuty dotyczące doświadczenia Pana M. T., Pani A. Ć., M. S. – S., R. J. . W pozostałym zakresie popierał zarzuty i żądania zawarte w odwołaniu.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego złożone w pismach procesowych oraz na posiedzeniu i rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W rozdziale V pkt 1 ppkt 3 SIWZ Zamawiający sprecyzował swoje wymagania w zakresie spełniania przez wykonawców warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. W tym punkcie uregulował, że:

- A) Na potwierdzenie tego warunku Zamawiający wymaga wykazania się przez Wykonawcę wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał (zakończył) co najmniej:
- a) dwa wdrożenia systemu klasy ERP, dla co najmniej 100 licencjonowanych użytkowników systemu o wartości każdego zamówienia co najmniej 2 000 000,00 PLN brutto, przy czym:
 - a. co najmniej jedno z tych wdrożeń dotyczyło podmiotu działającego w oparciu o ustawę Prawo o Szkolnictwie Wyższym i Nauce (uczelni wyższej) lub ustawę Prawo o Szkolnictwie Wyższym, zatrudniającego w dacie zakończenia tego wdrożenia minimum 2500 pracowników. Zrealizowana dostawa wraz z wdrożeniem musi obejmować jednocześnie co najmniej następujące obszary: kadry-płace, finanse-księgowość,
 - b. w przypadku co najmniej jednego wdrożenia została przeprowadzona migracja danych z wcześniej funkcjonujących systemów.
 - c. w przypadku co najmniej jednego wdrożenia została przeprowadzona integracja z innymi, użytkowymi przez Zamawiającego systemami z wykorzystaniem API, szyny danych lub za pośrednictwem bezpośrednich integracji baz danych polegających na wymianie danych w czasie rzeczywistym między systemami. (...)
- C) Na potwierdzenie tego warunku Zamawiający wymaga wykazania, że Wykonawca dysponuje lub będzie dysponował w trakcie realizacji zamówienia osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj.:

1. Kierownikiem Projektu (Project Manager), spełniającym łącznie następujące wymagania:
 - posiadającym kwalifikacje zawodowe poparte certyfikatem metodyki zarządzania projektami, wydanym przez właściwą instytucję uprawnioną do wydawania takich certyfikatów, na poziomie wyższym niż minimalny, w zakresie metodyki, która będzie wykorzystana podczas realizacji przedmiotu zamówienia określonego w niniejszym postępowaniu,
 - który w ostatnich 6 latach zakończył odbiorem co najmniej dwa kierowane przez siebie zamówienia informatyczne dotyczące wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego klasy ERP obejmującego co najmniej obszary: finansowo-księgowy oraz kadrowo-płacowy, o wartości brutto każdego zamówienia co najmniej 2 000 000,00 PLN, w tym przynajmniej jednego w oparciu o ustawę Prawo o Szkolnictwie Wyższym i Nauce (uczelni wyższej) lub ustawę Prawo o Szkolnictwie Wyższym;
2. konsultantami wiodącymi obszarów ERP – co najmniej 4 osoby o kompetencjach pokrywających, jako zespół, następujące obszary: finanse, księgowość, kadry, płace; na każdy ww. wdrażany obszar funkcjonalny musi przypadać minimum jedna osoba, spełniająca następujące wymaganie:
 - pełniła rolę analityka lub konsultanta wiodącego obszaru w co najmniej trzech projektach informatycznych dotyczących wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego klasy ERP obejmującego co najmniej obszary: finansowo-księgowy lub kadrowo-płacowy, o wartości brutto każdego zamówienia co najmniej 2 000 000,00 PLN, w tym przynajmniej jednego w oparciu o Ustawę Prawo o Szkolnictwie Wyższym i Nauce (uczelni wyższej) lub Ustawę Prawo o Szkolnictwie Wyższym, zakończonych odbiorem.
3. konsultantami technicznymi – co najmniej 1 osoba na każdy z obszarów: finansowo-księgowy, kadrowo-płacowy, spełniająca następujące wymaganie:
 - pełniła rolę konsultanta technicznego lub osoby odpowiedzialnej za obszar technologiczny w co najmniej dwóch zamówieniach informatycznych dotyczących wdrożeń zintegrowanego systemu informatycznego klasy ERP, w tym przynajmniej jednego w oparciu o ustawę Prawo o Szkolnictwie Wyższym i Nauce (uczelni wyższej) lub ustawę Prawo o Szkolnictwie Wyższym, zakończonych odbiorem,
4. programistami oprogramowania ERP – co najmniej 5 osób, z których każda spełnia następujące wymaganie:
 - pełniła rolę programisty w co najmniej trzech zamówieniach informatycznych dotyczących wdrożenia lub utrzymania i rozwoju zintegrowanego systemu informatycznego klasy ERP.

Zgodnie z rozdziałem VII ust. ust. 2 pkt 2 SIWZ wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 3) miał złożyć:

- a) wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy, (według wzoru stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ) – na potwierdzenie warunku, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 3) lit. A) i B);
- b) wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (według wzoru stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ) - na potwierdzenie warunku, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 3) lit. C).

Wykonawca Arcus na wezwanie Zamawiającego na z dnia 29 maja 2020 r. wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp złożył żądane dokumenty w postaci „Wykazu wykonanych usług” oraz „Wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego”. W „Wykazie wykonanych usług” w poz. 1 wykonawca wskazał na usługę, której przedmiotem było „Usługa wdrożenia systemu klasy ERP, dla co najmniej 100 licencjonowanych użytkowników systemu obejmująca jednocześnie, co najmniej obszary: Kadry-Płace, Finanse-Księgowość wraz z migracją danych i Integracją z Systemami Zamawiającego”, która została zrealizowana na Rzecz Politechniki Śląskiej w okresie od: 16.01.2014 r. do 14.12.2017 r. Na potwierdzenie należytego wykonania usługi wykonawca przedłożył „Poświadczenie” z dnia 5.02.2019 r. wydane przez Rektora Politechniki Śląskiej.

Na wezwanie Zamawiającego dnia 21 lipca 2020 r. wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Przystępujący przedstawił „Poświadczenie” z dnia 11 czerwca 2019 r. oraz

stosowne wyjaśnienia w tym zakresie: „Odnosząc się do wezwania do uzupełnienia poświadczenia należytego wykonania zamówienia na rzecz Politechniki Śląskiej Wykonawca w okresie od 16 stycznia 2014 r. do 14 grudnia 2017 r. oraz terminu jego wykonania Wykonawca informuje, że usługa została wykonana należyście. Przedłużenie terminu pierwotnego wykonania zamówienia nastąpiło za zgodą obu stron umowy. Wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie, jak również, co do należytego wykonania umowy, są nieuzasadnione. Należyte wykonanie usługi wykonanie na rzecz Politechniki Śląskiej, potwierdzającej wymaganie zgodnie z postanowieniami Rozdziału V SIWZ, ust. 1 pkt 3 lit. A, potwierdza poświadczenie Rektora Politechniki Śląskiej z dnia 5 lutego 2019 r. (l.dz.: R/325/18/19). Pomimo, że nie zawiera ono wprost sformułowania o należyty wykonaniu umowy, to nie może to budzić wątpliwości. W nadmienionym poświadczeniu jednoznacznie bowiem wskazano, że: „Wdrożenie systemu zostało wykonane zgodnie z zawartą umową (...)” Niezależnie od przedłożonych na potwierdzenie spełniania warunków ww. omówionym zakresie Wykonawca przedkłada dodatkowe poświadczenie - kopię poświadczenia Rektora Politechniki Śląskiej z dnia 9 czerwca 2020 r. (l.dz.: R/825/19/20) i poświadczenia Rektora Politechniki Śląskiej z dnia 11 czerwca 2019 r. (l.dz.: R/749/18/19). Zostało ono sporządzone kilka miesięcy po ww. kwestionowanym przez Odwołującego poświadczeniu na inny użytek. Przystępujący używa ich zamiennie, ze względu na ich tożsame znaczenie”.

Jeśli zaś chodzi o „Wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego” to Przystępujący zawarł w jego treści m. in. następujące dane:

1. w poz. 5 A. W. (wskazana jako Konsultant wiodący), wskazane pod lit. a) doświadczenie w realizacji zamówienia polegającego na wdrożeniu Zintegrowanego Systemu Informatycznego klasy ERP One4All opartego o system Microsoft Dynamics na rzecz Politechniki Śląskiej,
2. w poz. 10 D. S. (wskazany jako Programista), wskazane pod lit. b) doświadczenie w realizacji zamówienia polegającego na wdrożeniu Zintegrowanego Systemu Informatycznego klasy ERP One4All opartego o system Microsoft Dynamics na rzecz Politechniki Śląskiej,
3. w poz. 11 P. J. (wskazany jako Programista) wskazane doświadczenie w realizacji zamówienia polegającego na wdrożeniu Zintegrowanego Systemu Informatycznego klasy ERP One4All opartego o system Microsoft Dynamics na rzecz Politechniki Śląskiej,
4. w poz. 12 M. B. (wskazany jako Programista) wskazane pod lit. b) doświadczenie w realizacji zamówienia polegającego na wdrożeniu Zintegrowanego Systemu Informatycznego klasy ERP One4All opartego o system Microsoft Dynamics na rzecz Politechniki Śląskiej,

5. w poz. 13 E. P. (wskazana jako Programista); wskazane pod lit. b) doświadczenie w realizacji zamówienia polegającego na wdrożeniu Zintegrowanego Systemu Informatycznego klasy ERP One4All opartego o system Microsoft Dynamics na rzecz Politechniki Śląskiej,
6. w poz. 14 Z. S. (wskazany jako Programista), wskazane pod lit. b) doświadczenie w realizacji zamówienia polegającego na wdrożeniu Zintegrowanego Systemu Informatycznego klasy ERP One4All opartego o system Microsoft Dynamics na rzecz Politechniki Śląskiej,

Izba wskazuje, że wraz z odwołaniem oraz sprzeciwem także w toku rozprawy zostały złożone następujące dowody:

1. Umowa nr OZ/14/0b/13 zawarta pomiędzy Politechniką Śląską a wykonawcami występującymi jako Konsorcjum firm: w tym jednym z nich był wykonawca, którego następcą prawnym jest wykonawca Arcus. Przedmiotem umowy było wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego wspomagającego zarządzanie uczelnią (dalej: „umowa wdrożeniowa”).
2. Załącznik nr 6 do umowy wdrożeniowej pt. „Wykaz osób (imiona, nazwiska dane kontaktowe) działających w ramach struktury organizacyjnej ze strony Zamawiającego i Wykonawcy, ich zasady działania i kompetencje”
3. Kopia przesłanej elektronicznie odpowiedzi z dnia 30 lipca 2020 r. dotycząca wniosku o dostęp do informacji publicznej z dnia 16 lipca 2020 r. podpisana przez G. M. – redaktora strony BIP Politechniki Śląskiej.
4. Pismo z dnia 14.07.2014 r. kierowane przez wykonawcę do Kanclerza Politechniki Śląskiej na podstawie § 5 ust. 9 umowy wdrożeniowej zawierające wniosek o dodanie do listy osób realizujących projekt Pani A. S.,
5. Oświadczenie o zachowaniu poufności podpisane przez Panią A. S. .
6. Pismo z dnia 12.03.2015 r. kierowane przez wykonawcę do Kanclerza Politechniki Śląskiej na podstawie § 5 ust. 9 umowy wdrożeniowej zawierające wniosek o dodanie do listy osób realizujących projekt Panów: D. S. i M. B. .
7. Wyciąg z umowy utrzymaniowej nr OZ/U/19/144/EO z dnia 16 stycznia 2020 r. zawarta pomiędzy Politechniką Śląską a wykonawcą Arcus wraz z załącznikiem nr 2 „Nazwiska oraz dane kontaktowe koordynatorów i ich zastępców oraz zespołu odpowiedzialnego za usługę serwisową”.
8. Korespondencja e-mail z okresu: 2018 r. – 2019 r. wymieniana przez pracowników Przystępującego.

9. Zestawienie w postaci wyciągu pracy Pani E. P. realizowanych na rzecz Politechniki Śląskiej.
10. Zestawienie zatrudnienia pracowników wykonawcy Arcus, którzy realizowali prace na rzecz Politechniki Śląskiej.
11. Poświadczenie z dnia 11 czerwca 2019 r. wydane przez Rektora Politechniki Śląskiej.

Izba zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Izba uznała, że potwierdził się w części zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 Pzp a nie potwierdziły się pozostałe zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucił Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Według art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Natomiast przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Zaś zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba, że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

I.

Jako pierwszy Izba rozpoznała zarzut dotyczący art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, polegający na zaniechaniu wykluczenia Przystępującego z udziału z postępowaniu z uwagi na nie wykazanie warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale V pkt 1 ppkt 3 lit. A) w zakresie zdolności zawodowej i zawodowej odnoszący się do usługi wskazanej w poz. 1 „Wykazu wykonanych usług”, świadczonej na rzecz Politechniki Śląskiej. Odwołujący opierając się na informacji pozyskanej z działu Biuletynu Informacji Publicznej Politechniki Śląskiej, w której podano informacje o szczegółach realizacji umowy wdrożeniowej twierdził, że usługa nie została wykonana należycie.

Izba po wszechstronnym i wyczerpującym zbadaniu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego stwierdził, że zgłoszony zarzut jest niezasadny. U podstaw takiego stanowiska Izby legło przekonanie, że prace realizowane na rzecz Politechniki Śląskiej zostały wykonane z zgodnie z umową z należytą starannością, co wprost wynika ze złożonych przez Przystępującego dokumentów tj. „Poświadczenie” z dnia 5 lutego 2019 r. oraz „Poświadczenie” z dnia 11 czerwca 2019 r. W ocenie Izby za błędne należy uznać twierdzenia Odwołującego, który jedynie w wydłużeniu terminu realizacji umowy upatrywał jej nienależytego wykonania. Izba zwraca uwagę, że wydłużenie terminu realizacji zamówienia nie może być z zasady zrównane z jego nienależytym wykonaniem. Dostrzeżenia wymaga, że powody związane z przedłużeniem terminu realizacji zamówienia mogą mieć różne podłoże, które nie zawsze jest związane z zawinionym działaniem wykonawcy. Niejednokrotnie zmiana terminu realizacji umowy poprzez jego wydłużenie jest wynikiem zgodnej woli stron.

Izba stwierdziła, że z przedłożonego przez Odwołującego dowodu w postaci pisma pochodzącego z BIP Politechniki Śląskiej nie wynika, aby usługa realizowana przez wykonawcę Arcus wykonana była nienależycie. W piśmie wskazano jedynie, że została wykonana z opóźnieniem, co wcale nie oznacza, że usługa została wykonana nienależycie. Izba stwierdziła, że za takim stanowiskiem przemawia treść poświadczeń wydanych przez Politechnikę Śląską, z której wynika, że usługa została wykonana zgodnie z umową i należyłą starannością. Tym samym Izba w tym przypadku nie dopatrzyła się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp.

II.

Kolejno Izba rozpoznała zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz zgłoszonego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp oraz zarzutów naruszenia 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w aspekcie warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale V pkt 1 ppkt 3 lit. C). Izba stwierdziła, że jedynie w części potwierdziły się zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp, polegającego na zaniechaniu wezwaniem wykonawcy Arcus do uzupełnienia: „Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia” (uwzględniając poz. 11, 13 i 14 ww. wykazu) poprzez wylegitymowania się przez tego wykonawcę spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, który został wskazany w rozdziale V ust. 3 lit C) tiret 4 (Programista oprogramowania ERP). W pozostałym zakresie Izba uznała zgłoszone zarzuty na za niezasadne.

Wobec wycofania przez Odwołującego zarzutów dotyczących doświadczenia Pana M. T., Pani A. Ć., M. S. – S., R. J. rozpoznaniu Izby podlegało rozpoznanie zgłoszonych zarzutów względem doświadczenia następujących osób:

1. A. W. (wskazana jako Konsultant wiodący);
2. D. S. (wskazany jako Programista);
3. P. J. (wskazany jako Programista);
4. M. B. (wskazany jako Programista);
5. E. P. (wskazana jako Programista);
6. Z. S. (wskazany jako Programista).

Izba stwierdziła, że wykonawca Arcus nie wykazał w sposób prawidłowy spełnienia warunków udziału w postępowaniu, opisanych przez Zamawiającego w rozdziale V pkt 1 ppkt 3 lit. C) w zakresie zdolności zawodowej i zawodowej odnoszący się do Pana P. J., E. P. oraz Z. S. . Natomiast Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów ustawy przy wykazywaniu

spełnienia ww. warunku w postępowaniu w zakresie doświadczenia osób tj.: Pani A. W. (nazwisko panieńskie S.), D. S. oraz M. B. .

Na wstępie rozpoznania zarzutów należy wskazać, że w umowie wdrożeniowej podano m. in.:

§ 5 ust. 9 umowy: „Każda ze Stron ma prawo do zmiany członków struktury organizacyjnej, za uprzednim pisemnym powiadomieniem drugiej Strony, doręczonym co najmniej na 5 (pięć) Dni Roboczych przed planowaną zmianą. W przypadkach nagłych, uniemożliwiających takim osobom wykonywanie ich dotychczasowych obowiązków, takich jak śmierć, choroby, wypadki, zwolnienie dyscyplinarne. Strony za dopuszczalne umają skrócenie powyższego terminu. Jednakże powiadomienie o zmianie takiej osoby będzie w każdym wypadku doręczone drugiej Stronie przed chwilą rozpoczęcia wykonywania obowiązków przez nową osobę. Do czasu doręczenia powiadomienia wszelkie czynności wykonane przez poprzednią osobę, w granicach kompetencji określonych Umową, uważa się za skuteczne”

§ 5 ust.11 umowy: „Szczegółowy skład (nazwiska oraz dane kontaktowe), zasady działania i kompetencje poszczególnych osób działających w ramach struktury organizacyjnej ze strony Zamawiającego i Wykonawcy określa Załącznik nr 6 do Umowy”.

§ 18 ust. 2 pkt 4 lit. a) „Zamawiający dopuszcza wprowadzenie zmian postanowień zawartej Umowy w sprawie zamówienia publicznego regulujących następujące zagadnienia: (...) Skład Zespołu Wdrożeniowego oraz osoba Kierownika Projektu ze strony Wykonawcy:

a) Zmiana osób wchodzących w skład Zespołu Wdrożeniowego oraz osoby Kierownika Projektu ze strony Wykonawcy, przedstawionych w ofercie Wykonawcy, może nastąpić wyłącznie za uprzednią pisemną zgodą Zamawiającego. Wykonawca z własnej inicjatywy proponuje zmianę osób wchodzących w skład Zespołu Wdrożeniowego oraz osoby Kierownika Projektu ze strony Wykonawcy w następujących przypadkach:

- i śmierci, choroby lub innych zdarzeń losowych dotyczących danej osoby,
- ii niewywiązywania się tych osób z obowiązków wynikających z Umowy,
- iii jeżeli zmiana stanie się konieczna z jakichkolwiek innych przyczyn niezależnych od Wykonawcy (np. rezygnacji).

Wobec tak ukształtowanych postanowień umownych Izba stanęła na stanowisku, że umowa wdrożeniowa dopuszczała zmianę składu Zespołu Wdrożeniowego. Wobec tego zgodzić się należy z argumentacją Przystępującego, że na podstawie powołanych powyżej postanowień umownych miał on prawo do włączenia w skład Zespołu Wdrożeniowego takich

osób jak: Pani A. W. (nazwisko panieńskie S.), D. S. oraz M. B. . Osoby te zostały przez Przystępującego zgłoszone odpowiednim organom Politechniki Śląskiej stosownymi wnioskami, które zostały przedstawione Izbie, jako dowód przez wykonawcę Arcus. W toku rozprawy Przystępujący oświadczył, że zostały zaakceptowane przez przedstawicieli Politechniki Śląskiej. Zwrócenia uwagi wymaga, że w sytuacji powątpiewania przez Odwołującego, czy okoliczności takie zaistniały powinien skutecznie zaprzeczyć przedstawiając dowód przeciwny, z którego wynikałoby, że ww. osoby nigdy nie weszły w skład Zespołu Wdrożeniowego. Odwołujący takiego dowodu nie przedstawił. Wobec tego Izba uznała, że w omawianym zakresie brak jest podstaw do uznania, że osoby tj. A. W., D. S. oraz M. B. nie uczestniczyli w realizacji usługi wykonywanej na rzecz Politechniki Śląskiej, która została wskazana w poz. 1 „Wykazu wykonanych usług”.

Kolejno Izba odniosła się do doświadczenia osób: P. J., E. P. oraz Z. S. wskazanych w „Wykazie osób, Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia” na stanowiskach programistów.

W przypadku doświadczenia Pana P. J., zawartego w „Wykazie osób, skierowanych do realizacji zamówienia” istotnym jest, że w poz. 11 w kolumnie dotyczącej opisu kwalifikacji doświadczenia zawodowego pod lit. b) wyspecyfikowano doświadczenie tej osoby związane realizacją zamówienia polegającą na wdrożeniu Zintegrowanego Systemu Informatycznego klasy ERP One4All opartego o system Microsoft Dynamics na rzecz Politechniki Śląskiej. Tym samym nie można uznać za dostateczny i przekonujący dowód złożony przez Przystępującego w postaci wyciągu z umowy utrzymaniowej nr OZ/U/19/144/EO z dnia 16 stycznia 2020 r. zawartej pomiędzy Politechniką Śląską a wykonawcą Arcus wraz z załącznikiem nr 2 „Nazwiska oraz dane kontaktowe koordynatorów i ich zastępców oraz zespołu odpowiedzialnego za usługę serwisową”. Wobec tego Izba uznała, że wykonawca Arcus w odniesieniu do doświadczenia Pana P. J. nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem z przedłożonych przez Przystępującego dowodów wynika, że osoba ta brała udział, ale nie wdrożeniu Zintegrowanego Systemu Informatycznego klasy ERP One4All opartego o system Microsoft Dynamics na rzecz Politechniki Śląskiej a w realizacji usługi utrzymaniowej.

Jeśli zaś chodzi o doświadczenie Pani E. P. oraz Pana Z. S. i podane w poz. 13 i 14 pod lit. b) w kolumnie dotyczącej opisu kwalifikacji doświadczenia zawodowego w „Wykazie osób, skierowanych do realizacji zamówienia”, zasadzające się na realizacji zamówienia polegającego na wdrożeniu Zintegrowanego Systemu Informatycznego klasy ERP One4All opartego o system Microsoft Dynamics na rzecz Politechniki Śląskiej to Izba stanęła na stanowisku, że przedłożone przez Przystępującego dowody są niewystarczające, aby

stwierdzić, że osoby te brały udział w realizacji ww. usługi. Przede wszystkim zauważyć należy, że zarówno Odwołujący jak i Przystępujący byli zgodni, co do tego, że osoby te nie zostały formalnie zgłoszone i nie znajdowały się w wykazie osób, które realizowały ową usługę. Przystępujący twierdził, że na podstawie § 3 ust. 3 umowy wdrożeniowej nie musiał formalnie wskazywać wszystkich osób, które realizowały usługę, a jedynie te, które reprezentowały wykonawcę na zewnątrz, jednocześnie pomijając osoby pracujące w strukturze wewnętrznej wykonawcy. Izba nie podziela takiego stanowiska uznając w tym względzie za trafną argumentację prezentowaną przez Odwołującego, który wskazywał, że powołana regulacja dotyczy postanowień ogólnych umowy i nie odnosi się do zaplecza kadrowego. Stanowisku prezentowanemu przez Przystępującego przeczy także treść § 5 ust. 11 umowy, w który wprost wskazano, że szczegółowy skład (nazwiska oraz dane kontaktowe), zasady działania i kompetencje poszczególnych osób działających w ramach struktury organizacyjnej ze strony Zamawiającego i Wykonawcy określa Załącznik nr 6 do Umowy. Tym samym stwierdzić należy, że nie może być mowy o tym, aby w tym przypadku wykonawca mógł dowolnie kształtować strukturę organizacyjną Zespołu Wdrożeniowego nie wykazując osób mających realizować usługę wewnątrz firmy wykonawcy.

Nie mniej jednak nawet gdyby w tym zakresie uznać stanowisko wykonawcy Arcus za prawidłowe, z czym Izba się nie zgadza i co zostało opisane powyżej, to przedłożone przez Przystępującego dowody nie potwierdzają w sposób dostateczny i wystarczający realizacji usługi na rzecz Politechniki Śląskiej przez Panią E. P. i Pana Z. S. . Słusznie w toku rozprawy zauważał Odwołujący, że złożona przez Przystępującego korespondencja e-mail miała miejsce w okresie: 2018-2019 r. a więc już po zakończeniu usługi wdrożenia, która zgodnie z informacjami zawartymi w „Wykazie wykonanych usług” zakończyła się w 14.12.2017 r. Poza tym treść korespondencji nie wskazuje, kto konkretnie wykonywał prace wskazane w e-mailach. Jeśli zaś chodzi o pozostałe dowody tj.: zestawienie w postaci wyciągu pracy Pani E. P. realizowanych na rzecz Politechniki Śląskiej oraz zestawienie zatrudnienia pracowników wykonawcy Arcus, którzy realizowali prace na rzecz Politechniki Śląskiej to Izba podobnie jak Odwołujący zwraca uwagę na charakter i treść tych dokumentów, z których nie sposób wywieść stwierdzeń prezentowanych przez Przystępującego.

W kontekście powyższe stwierdzić należy, że Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp polegające na zaniechaniu do wezwania wykonawcy Arcus do uzupełnienia: „Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia” (uwzględniając poz. 11, 13 i 14 ww. wykazu) poprzez wylegitymowanie się przez tego wykonawcę spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, który został wskazany w rozdziale V pkt 1 ppkt 3 lit C) tiret 4 (Programista oprogramowania ERP).

W tym miejscu zaznaczyć należy, że wykonawca Arcus twierdził, że w ww. wykazie w odniesieniu do programistów wskazał potencjał 6-osobowy, podczas, gdy Zamawiający treścią SIWZ na tym stanowisku wymagał 5 osób. Tym samym Zamawiający przeprowadzając w tym zakresie procedurę wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp a następnie badanie i ocenę oferty tego wykonawcy powinien uwzględnić wskazaną okoliczność.

W kontekście powyższego Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 12, 16 i 17 Pzp.

Konkludując, Izba uznała, że stwierdzone i opisane powyżej naruszenia przepisów ustawy mają istotny wpływ na wynik postępowania. Zatem działając na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt. 1 ustawy Pzp – Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 pkt 1 i 2 lit. b), § 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). Izba uwzględniła koszty pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł w oparciu o przedłożoną na rozprawie fakturę VAT.

Przewodniczący: