

Sygn. akt: KIO 110/12

**WYROK**  
**z dnia 3 lutego 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 stycznia 2012 r. przez wykonawcę: **Comarch S.A. w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Agencję Żeglugi Powietrznej w Warszawie**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
  
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Comarch S.A. w Krakowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Comarch S.A. w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Usługi doradcze w zakresie: zaprojektowania i określenia sposobu wdrożenia systemu klasy ERP i BI wspomagającego zarządzanie Polską Agencją Żeglugi Powietrznej, wyboru dostawcy tego systemu oraz nadzoru przez wykonawcę nad wykonaniem i wdrożeniem tego systemu przez dostawcę*” zostało wszczęte przez Polską Agencję Żeglugi Powietrznej w Warszawie, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2011/S 164-271216) w dniu 27 sierpnia 2011 r.

Pismem z dnia 16 stycznia 2012 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia informację o unieważnieniu postępowania.

W dniu 19 stycznia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Comarch S.A. w Krakowie, zwanego dalej Odwołującym.

Biorąc pod uwagę wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, a także oświadczenia i argumentację stron zaprezentowane na piśmie oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron.

### Stanowisko Odwołującego:

Odwołanie zostało wniesione wobec dokonanej przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia oraz wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący twierdził, że został wezwany do uzupełnienia wykazu osób, mimo faktu, iż wykaz taki złożony wraz z ofertą potwierdzał spełnianie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Stanowiło to w jego ocenie naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Konsekwencją powyższego było nieuzasadnione wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz uznanie złożonej przez niego oferty za odrzuconą, a wreszcie unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia. Działanie takie naruszało art. 24 ust. 2 pkt 4), art. 24 ust. 4 oraz 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Podnosił on także, że Zamawiający w sposób

nieuprawniony w uzasadnieniu odwoływał się do art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, który w przypadku trybu przetargu nieograniczonego nie powinien mieć zastosowania.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia powołanego dokumentu, a ponadto unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą oraz unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, a następnie powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

#### Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie na rozprawie przed Izbą. Wnosił on o oddalenie odwołania. Twierdził, iż na podstawie dokumentów złożonych mu w toku postępowania o udzielenie zamówienia ustalił, że certyfikaty, na które powoływał się Odwołujący, nie są równoważne tym, które opisane zostały w treści warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dlatego też, kierując się tym przekonaniem, wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Izba odmówiła przeprowadzenia, wnioskowanego przez Zamawiającego, dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki na okoliczność stwierdzenia, czy certyfikaty typu IT Master Architekt oraz z dziedziny analizy procesów biznesowych bazujących na zasadach BABOK można uznać za równoważne z certyfikatami, na które powołuje się Odwołujący, opierając się na powszechnej wiedzy w branży IT. W ocenie składu orzekającego przeprowadzenie

wnioskowanych dowodów byłoby bezprzedmiotowe i prowadziłyby jedynie do zwłoki w postępowaniu.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt V.1.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) określił wymagania minimalne w zakresie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Oczekiwał on m.in., że Wykonawcy przedstawiają jedną osobę na stanowisko Architekta Systemu ERP (posiadającego m.in. *„uprawnienie do technicznego projektowania systemów informatycznych potwierdzone certyfikatem typu IT Architect master wydanym przez The Open Group lub równoważnym uprawnionym przez uprawnioną jednostkę certyfikacyjną”* – pkt V.1.2.2.b) SIWZ), jedną osobę na stanowisko Architekta Systemu BI (posiadającego m.in. *„uprawnienie do technicznego projektowania systemów informatycznych potwierdzone certyfikatem typu IT Architect master wydanym przez The Open Group lub równoważnym uprawnionym przez uprawnioną jednostkę certyfikacyjną”* – pkt V.1.2.3.b) SIWZ) oraz dwie osoby na stanowisko Analityka Biznesowego (każdego posiadającego m.in. *„certyfikat z dziedziny analizy procesów biznesowych bazujące na zasadach BABOK (Business Analysis Body Of Knowledge) lub równoważny wydany przez uprawnioną międzynarodową organizację certyfikującą”*). Zgodnie z pkt VI.1.3 SIWZ w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego dysponowaniem osób wykonawcy zobowiązani byli złożyć uzupełniony formularz stanowiący załącznik nr 6 do SIWZ.

Przed upływem terminu składania ofert dwóch Wykonawców: Odwołujący i Zeto – Rzeszów Sp. z o.o w Rzeszowie, złożyło Zamawiającemu swoje oferty. Zaoferowane przez nich ceny to odpowiednio: 1 744 755,00 zł oraz 4 612 500,00 zł. Tymczasem Zamawiający ogłosił, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 2 879 184,00 zł.

Odwołujący, w załączonym do oferty wykazie osób, wskazał na osoby, które posiadać miały certyfikaty równoważne wymaganym przez Zamawiającego.

Zamawiający pismem z dnia 10 listopada 2011 r. wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień. Żądał on dokładnego określenia certyfikatów, informacji o jednostce je wystawiającej oraz wykazania ich równoważności. Oczekiwał on m.in. potwierdzenia równoważności umiejętności/doświadczeń w stosunku do tych, które zostały objęte certyfikatami wskazanymi w SIWZ, równoważności postępowania w stosunku do metody stosowanej przez organizację przywołaną w SIWZ, czy też równoważności warunków wydawania certyfikatów w stosunku do opisanych w SIWZ.

Odwołujący w piśmie z dnia 16 listopada 2011 r. zawarł swoje wyjaśnienia. Oświadczył w nich, że przywołane przez niego certyfikaty są równoważne wskazanym w SIWZ. Mając na celu potwierdzenie tejże tezy, przedstawił, w formie dwóch załączników, opis m.in. ścieżki certyfikacji oraz wymagań stawianych osobom ubiegającym się o przyznanie im certyfikatów przywołanych przez Odwołującego, jako te, które są równoważne wskazanym w SIWZ.

Zamawiający, pismem z dnia 16 stycznia 2012 r. poinformował Wykonawców biorących udział w postępowaniu o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz unieważnieniu tegoż postępowania.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, które Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący twierdził, iż certyfikaty, którymi wykazywały się osoby ujęte w wykazie osób, jako mające pełnić funkcję Architekta Systemu ERP, Architekta Systemu BI oraz Analityka Biznesowego, są równoważne wskazanym w SIWZ. Dlatego też w jego ocenie Zamawiający powinien być uznać, że wykaz osób w treści załączonej do oferty potwierdza spełnianie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi wykonać zamówienie, a tym samym nie mógł on wzywać Odwołującego do uzupełnienia wykazu osób w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zaś wobec niezłożenia przez niego nowego wykazu osób, Zamawiający nie mógł wykluczyć go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp. Odwołujący stał na stanowisku, iż w piśmie z dnia 16 listopada 2011 r. w sposób wyczerpujący odpowiedział na pytania Zamawiającego, a tym samym wykazał równoważność powoływanych przez siebie certyfikatów. Oceniał on decyzję Zamawiającego jako arbitralną i niedostatecznie uzasadnioną.

Skład orzekający uznał, że Zamawiający był uprawniony do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. Pamiętać bowiem należy, iż zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp to na Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Skoro zatem Zamawiający uznał, że przedstawione mu dokumenty i wyjaśnienia nie potwierdzają spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, nie tylko mógł, ale nawet powinien był wykluczyć go z udziału w tym postępowaniu. Nie miał zatem

obowiązku wzywania tegoż wykonawcy po raz kolejny do składania wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jak chciałby tego Odwołujący, tak aby mógł on doprecyzować, czy też nawet zmienić, wcześniej złożone wyjaśnienia. Istotnym jest to, że to na Wykonawcy ciąży ciężar dowiedzenia, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający zaś musi jego twierdzenia zweryfikować w kontekście postawionych w SIWZ wymagań.

W rozpoznawanym przypadku, Izba uznała, że Zamawiający poprzez wskazanie w treści SIWZ na konkretne certyfikaty wydawane przez poważaną na rynku międzynarodową organizację, wydającą powszechnie respektowane certyfikaty, dał Wykonawcom działającym na rynku usług objętych przedmiotem zamówienia, a zatem profesjonalistom w tej dziedzinie, do zrozumienia w sposób wystarczający jakiego poziomu kwalifikacji oczekuje od osób wskazanych do pełnienia określonych funkcji przy realizacji zamówienia. Nie można zatem uznać, że dokument, na który powoływał się Odwołujący, który, jak słusznie wskazywał Zamawiający, był poświadczeniem wystawionym przez samego Odwołującego dla zatrudnionych przez niego osób, jest oczekiwanym przez Zamawiającego certyfikatem wystawionym przez międzynarodową organizację certyfikującą, jak to zostało wyraźnie wskazane m.in. w pkt V.1.2.4.c) SIWZ. Istotą dokumentu, który określany jest mianem certyfikatu, jest to, że został on wydany zgodnie z zasadami systemu certyfikacji, które potwierdzać mają, że zapewniony został odpowiedni stopień zaufania w procesie certyfikacji, tak, aby podmiot, któremu okazano taki certyfikat, mógł mieć do niego zaufanie oraz w prosty sposób sprawdzić, co dokument ten potwierdza i na podstawie jakich kryteriów został nadany. Jak przyznał sam Odwołujący, zasady wydawania przez TOG certyfikatów wymaganych w SIWZ, jak i tych wydanych na zasadach BABOK, są ogólnie dostępne, a zatem i jemu samemu też były znane. Pozwalało mu to tym samym ustalić, jakiego standardu dokumentem musi legitymować się osoba, którą wskazywał w wykazie osób. Faktem jest, iż nie w pełni precyzyjne określenie poziomu kwalifikacji przez Zamawiającego (z uwagi na dopuszczenie certyfikatów równoważnych) mogło nastęrczać trudności Wykonawcom chcącym wykazać w tym zakresie spełnienie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Faktem jest jednak też to, że żaden z Wykonawców nie wnosił o wyjaśnienie ustanawiających go zapisów SIWZ, a tym bardziej o ich zmianę. Tym samym zgodzili się oni, iż przy ocenie wykazania przez nich spełniania tegoż warunku, dopuszczona będzie pewna swoboda oceny, wynikająca z literalnej wykładni opisu sposobu spełniania warunku. W ocenie Izby oczywistym jest, iż wykazanie, że wskazana osoba legitymuje się certyfikatem określonym w SIWZ i wystawionym przez tę, a nie inną organizację, potwierdzało spełnienie warunku. W przypadku zaś, gdy wykonawca zdecydował się na wskazanie osoby, która legitymowała się innym certyfikatem, aniżeli wskazany przez Zamawiającego, z uwagi na art. 26

ust. 2a ustawy Pzp miał on również obowiązek, bez odrębnego wzywania, wykazać, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, w tym równoważność certyfikatów, na które się powoływał. W tym konkretnym przypadku, w ocenie Izby, zobowiązany był wykazać równoważność procesu certyfikacji w odniesieniu do opisanego w SIWZ, w szczególności fakt wydania go przez niezależną, obiektywną jednostkę w transparentnym procesie. Są to bowiem cechy, które dla uczestnika rynku usług objętych przedmiotem zamówienia, w sposób oczywisty przypisać można certyfikatом wskazanym w SIWZ.

Jak to zostało wskazane w piśmie z dnia 16 stycznia 2012 r. Zamawiający właśnie w wyniku m.in. porównania procesu certyfikacji w zakresie równoważności wskazanych przez Wykonawcę certyfikatów względem wymagań Zamawiającego stwierdził, że nie może uznać dokumentów, na które powoływał się Odwołujący w wykazie osób za równoważne tym, które wskazane zostały w SIWZ. Dlatego też Izba uznała, że Odwołujący w toku rozprawy bezpodstawnie zarzucał Zamawiającemu, że ten twierdzenia co do nieopisania procesu certyfikacji w taki sposób, aby potwierdzał on równoważność certyfikatów formułował dopiero przed Izbą. W tym miejscu zauważyć należy, iż Odwołujący nie zarzucał Zamawiającemu w odwołaniu naruszenia art. 92 ustawy Pzp. Tym samym zarzuty takie podnoszone w toku rozprawy, Izba uznała za niepodlegające jej rozpoznaniu zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Na marginesie zauważyć jedynie należy, iż lakoniczna treść uzasadnienia decyzji o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, mimo swej oszczędnej w treść formy, nie pozbawiła go prawa do wniesienia odwołania, co potwierdza sam fakt złożenia odwołania oraz kwestionowanie prawidłowości decyzji Zamawiającego w konkretnym zakresie, odnoszącym się do określonego wycinka wykazu osób.

Powyższe, zdaniem Izby, pozwala stwierdzić, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym wobec niezuzupełnienia przez Odwołującego wykazu osób na wezwanie go do tego przez Zamawiającego Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył także art. 24 ust. 2 pkt 4) oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Słusznie podnosił Odwołujący, iż niezasadnie powołał się Zamawiający w piśmie z dnia 16 stycznia 2012 r. w uzasadnieniu prawnym na art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Nie ma to jednak, w ocenie Izby, żadnego wpływu na ocenę skuteczności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, stąd też nie może zostać uznane za podstawę do uznania odwołania.

Kierując się powyższym rozstrzygnięciem, Izba uznała, że nie potwierdził się również zarzut naruszenie przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Zestawienie bowiem



kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, oraz ceny zaoferowanej przez drugiego z Wykonawców, pozawala jednoznacznie stwierdzić, że cena ta znacznie przewyższa kwotę, którą dysponuje Zamawiający.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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 w szczególności § 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony zalicza w poczet kosztów postępowania w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Wobec faktu, iż Zamawiający nie przedstawił takich rachunków, Izba nie zasądziła na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania, mimo iż wnosił on o to w toku rozprawy.

**Przewodniczący:** .....