

WYROK
z dnia 20 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2013 r. przez wykonawcę

3PGroup Sp. z o.o. 20-618 Lublin, ul. Nadbystrzycka 30G

w postępowaniu prowadzonym przez

Prokuraturę Generalną 02-315 Warszawa, ul. Barska 28/30

przy udziale wykonawcy **4Pi Sp. z o.o. 03-924 Warszawa, ul. Niekańska 27/5**

zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Prokuraturę Generalną 02-315 Warszawa, ul. Barska 28/30 i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę 3PGroup Sp. z o.o. 20-618 Lublin, ul. Nadbystrzycka 30G tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Prokuratury Generalnej 02-315 Warszawa, ul. Barska 28/30 na rzecz 3PGroup Sp. z o.o. 20-618 Lublin, ul. Nadbystrzycka 30G kwotę 11 100 zł 00 gr**

(słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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

Zamawiający – Prokuratura Generalna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *przygotowanie projektu technicznego i analizy techniczno-ekonomicznej wykonania systemu digitalizacji akt w ramach projektu „Wdrożenie systemu digitalizacji akt postępowań przygotowawczych oraz utworzenie lokalnych i centralnego repozytorium akt w postaci cyfrowej w powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury”* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 26 lutego 2013 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 80056-2013, zmienione 7 marca 2013 r. (nr ogłoszenia 93656). Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pismem z 30 kwietnia 2013 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wykluczeniu odwołującego – 3P Group Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, została uznana za odrzuconą.

Zamawiający wskazał, iż wykonawca ten nie dołączył do oferty wymaganych wykazów wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, wraz z dowodami, że ww. usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, oraz wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał wykonawcę do złożenia takiego wykazu. W przesłanych w odpowiedzi dokumentach wykonawca wskazał wykonanie trzech usług.

Według oceny zamawiającego usługa wskazana w punkcie 2. tabeli – realizacja projektu technicznego PWD w projekcie P2 CSIOZ na rzecz Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VII pkt 2 ppkt 2.1.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Natomiast z analizy usługi wskazanej w punkcie 1. – „dostawa i wdrożenie systemu informatycznego Catch-up” oraz przedstawionych do wykazanej usługi referencji wynika, że wykonawca realizował usługę jedynie wdrożenia i dostawy systemu informatycznego Catch-up dla Telewizji Polskiej S.A., co nie potwierdza spełnienia warunku zawartego w rozdziale VII pkt 2 ppkt 2.1.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż wykonawca nie wykazał, że

uczestniczył lub wykonywał prace związane z wykonaniem projektu technicznego lub/i technologicznego systemu informatycznego, a jedynie wskazał na realizację wdrożenia i dostawy systemu informatycznego.

Z analizy usługi wskazanej w punkcie 3. – „realizacja projektu technicznego i technologicznego systemu informatycznego na rzecz Narodowego Centrum Badań i Rozwoju” wynika, że wykonawcą usługi była Politechnika Wrocławska. Z dołączonego oświadczenia podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby, tj. Trusted Information Consulting Sp. z o.o. wynika natomiast, że Trusted Information Consulting Sp. z o.o. była członkiem konsorcjum z Politechniką Wrocławską – nie wynika z niego jednak, w jakim zakresie Trusted Information Consulting Sp. z o.o. brała udział w realizacji tej usługi. Z załączonego pisma wystawionego przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, adresowanego na Politechnikę Wrocławską, nie wynika, że przedmiotowa usługa była realizowana w konsorcjum firm. Powyższe oznacza, że wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających posiadanie doświadczenia wymaganego w rozdziale VII pkt 2 ppkt 2.1.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

6 maja 2013 r. odwołujący – 3P Group Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 7 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez bezzasadne wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo że wykazał on spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 7 w zw. z art. 24 ust. 4 poprzez bezzasadne uznanie, że oferta złożona przez odwołującego podlega odrzuceniu,
3. art. 7 w zw. z art. 26 ust. 4 poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, kiedy zamawiający powziął wątpliwości co do treści załączonego przez odwołującego dokumentu złożonego w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie wykluczenia odwołującego z postępowania, uznania oferty odwołującego za odrzuconą oraz dokonanie powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że dokonany opis usługi „dostawa i wdrożenie systemu informatycznego Catch-up” jest wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż oczywiste jest, że, aby dostarczyć i wdrożyć system informatyczny, należy wykonać dokumentację techniczną tego systemu. W wykazie wskazał na ogólnym poziomie zakres wykonywanej usługi, jednak pozwala on na pozytywną weryfikację oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do usługi „realizacja projektu technicznego i technologicznego systemu informatycznego na rzecz Narodowego Centrum Badań i Rozwoju” odwołujący wskazał, że

usługa ta realizowana była przez konsorcjum Politechnika Wrocławskiego oraz Trusted Information Consulting Sp. z o.o., a z faktu realizacji umowy w ramach konsorcjum wynika nabycie doświadczenia przez każdego z członków konsorcjum. Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Trusted Information Consulting Sp. z o.o. spółka ta brała udział w pełnym zakresie wykazanego projektu, w szczególności obejmującym wykonanie projektu technicznego systemu informatycznego. Z dokumentu referencyjnego wystawionego przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju nie musi wynikać, że dana usługa była realizowana w ramach konsorcjum, gdyż nie istnieje prawny obowiązek określający wymogi dotyczące treści referencji. Dokument ten został wystawiony na lidera konsorcjum, a jego treść potwierdza należyłą realizację przedmiotu umowy. Do odwołania odwołujący załączył decyzję Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego oraz wyciąg z umowy, w których figurują oba podmioty.

Skoro dla zamawiającego treść złożonych dokumentów była niejednoznaczna lub budziła wątpliwości, zamawiający zobowiązany był do zastosowania procedury wyjaśnień opisanej w art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie od odwołującego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamawiający wskazał, że analiza oferty odwołującego wskazała na niezłączenie do oferty wykazu usług wraz z dowodami, że usługi zostały wykonane należycie oraz wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. W uzupełnieniu odwołujący przedłożył wykaz wykonanych/wykonywanych głównych usług, w którym wskazał jako usługi potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu:

1. dostawę i wdrożenie systemu informatycznego Catch-up,
2. realizację projektu technicznego systemu PWD w projekcie P2 CSIOZ,
3. realizację projektu technicznego i technologicznego systemu informatycznego na rzecz Narodowego Centrum Badań i Rozwoju.

Jako dowody potwierdzające należyte wykonanie usług przedłożone zostały:

1. referencje wystawione przez Telewizję Polską S.A. dla 3P Group Sp. z o.o. potwierdzające należyte wykonanie dostawy i wdrożenia systemu informatycznego Catch-up,
2. protokoły odbioru prac dla usługi realizacja projektu technicznego systemu PWD w projekcie P2 CSIOZ, wystawione przez Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia dla Trusted Information Consulting Sp. z o.o. jako wykonawcy,
3. pismo Narodowego Centrum Badań i Rozwoju skierowane do Politechniki Wrocławskiej dotyczące rozliczenia i zakończenia umowy o wykonanie projektu rozwojowego „Infrastruktura bezpiecznego podpisu administracyjnego” oraz oświadczenie Trusted Information Consulting Sp. z o.o., z którego wynika, że podmiot ten był członkiem

konsorcjum utworzonego z Politechniką Wrocławską i wspólnie zrealizował projekt rozwojowy „Infrastruktura bezpiecznego podpisu elektronicznego”,

4. oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby (Trusted Information Consulting Sp. z o.o.) o udostępnieniu zasobów, zgodnie z którym podmiot ten oddaje wykonawcy swoje zasoby tj. doświadczenie, potencjał osobowy i techniczny niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia; jednocześnie z oświadczenia tego wynika, że podmiot udostępniający zasoby będzie uczestniczył w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy,

5. wykaz osób, z których w odniesieniu do części wskazano jako podstawę dysponowania nimi udostępnienie ich w ramach zasobów przez Trusted Information Consulting Sp. z o.o.

Po dokonaniu analizy oferty odwołującego, uwzględniającej przekazane dokumenty, zamawiający wykluczył odwołującego z powodów wskazanych powyżej.

Zdaniem zamawiającego zarzuty przedstawione w odwołaniu są bezzasadne. Zgodnie z zasadami rozkładu ciężaru dowodów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to na wykonawcy ciąży udowodnienie faktów, z których wywodzi skutki prawne; z treści art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie wynika, że zasada ta została odniesiona w szczególności do obowiązku udowodnienia przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zamawiający ma obowiązek wykluczenia tych wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Irrelevantne jest więc faktyczne spełnienie przez wykonawcę warunków, jeśli nie dochował należytej staranności w wykazaniu zamawiającemu tego faktu. Zachowanie należytej staranności wykonawcy nie powinno być odnoszone do weryfikacji złożonej dokumentacji zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale do udowodnienia za pomocą informacji zawartych w przedstawionych dokumentach spełnienia przez wykonawcę minimalnych warunków dopuszczalności podmiotu do udziału w postępowaniu.

Niedopuszczalna jest też modyfikacja treści oferty w trakcie uzupełniania dokumentacji. W punkcie 9. oferty odwołujący, poprzez wykreślenie informacji o podwykonawstwie, wskazał, że kwestia ta nie dotyczy jego oferty i tym samym należy uznać, że zamierza on realizować zamówienie bez udziału podwykonawcy. Jednocześnie z przedłożonego w ramach uzupełnienia dokumentów oświadczenia o udostępnieniu zasobów wynika, że podmiot udostępniający zasoby ma uczestniczyć w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Tak więc uznanie doświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby odwołującemu za wystarczające do spełnienia minimalnych warunków dopuszczalności do udziału w postępowaniu prowadziłoby do usankcjonowania przez zamawiającego modyfikacji oferty. Zdaniem zamawiającego, w sytuacji wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków dopuszczalności do udziału

w postępowaniu, dokumenty te powinny potwierdzać taką dopuszczalność z uwzględnieniem sposobu realizacji zamówienia określonego w treści złożonej przez odwołującego oferty, tj. potwierdzać doświadczenie odwołującego w sytuacji, gdy zamówienie będzie realizowane bez udziału podwykonawców.

Zamawiający nie uznał „dostawy i wdrożenia systemu informatycznego Catch-up”, bowiem nie każda dostawa i wdrożenie systemu informatycznego wiąże się z przygotowaniem dokumentacji technicznej takiego systemu. Z faktu braku wskazania w opisie usługi i referencjach przygotowania dokumentacji technicznej systemu informatycznego zamawiający wnioskował, że jej realizacja ograniczona była do wskazanych czynności dostawy i wdrożenia systemu. Również krótki (2-miesięczny) okres wykonywania tej usługi wskazuje na ograniczony zakres prac, jakie odwołujący wykonywał w związku z jej realizacją. Ogólny sposób opisu usługi nie jest wystarczający do weryfikacji doświadczenia odwołującego w świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający szczegółowo określił warunki, jakie powinny spełniać usługi realizowane przez wykonawców, potwierdzające posiadanie odpowiedniego doświadczenia. We wzorze formularza wykazu usług zamawiający wyraźnie wskazał, że opis przedmiotu wykonanej usługi umożliwić musi ocenę spełniania warunku, zatem od profesjonalnego uczestnika obrotu wymagać można szczegółowego opisu przedmiotu realizowanej usługi, potwierdzającego posiadanie niezbędnego doświadczenia. Odwołujący zdawał sobie sprawę z prawidłowego sposobu opisu usług, gdyż w odniesieniu do usługi określonej w pozycji 2. w sposób szczegółowy określił zakres tej usługi zgodnie z opisem sposobu oceny doświadczenia określonym w punkcie 2.1.1. rozdziału VII.

Co do usługi „realizacja projektu technicznego i technologicznego systemu informatycznego na rzecz Narodowego Centrum Badań i Rozwoju”, pomijając kwestię legitymowania się tym doświadczeniem przez podmiot udostępniający zasoby (podwykonawcę), a nie przez samego odwołującego, wskazać należy, że dokumenty przedstawione na potwierdzenie realizacji tej usługi nie były wystarczające dla oceny, czy podmiot wskazany jako ich wykonawca (uczestnik konsorcjum wykonującego usługę) rzeczywiście uczestniczył w jej realizacji oraz jaki był zakres jego obowiązków w tym zakresie. Odwołujący przedstawił dokument dotyczący rozliczenia projektu wystawiony przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju dla Politechniki Wrocławskiej oraz oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby o realizacji zamówienia, związanego z realizacją wskazywanej usługi wspólnie z Politechniką Wrocławską (jako członek konsorcjum). Spełnienie warunku udokumentowania doświadczenia za pomocą wskazanych tu dokumentów oceniane powinno być w świetle przepisów dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Sama forma przedstawionego dokumentu (dokument dotyczący rozliczenia i zakończenia umowy) została uznana przez zamawiającego za

odpowiednią do potwierdzenia doświadczenia. Mimo to dokument ten nie wskazywał, że podmiot udostępniający zasoby brał udział w realizacji umowy oraz że umowa realizowana była przez konsorcjum podmiotów. Zatem nie sposób go uznać za dokument potwierdzający prawidłową realizację usługi przez podmiot udostępniający zasoby. Za taki dokument nie może być również uznane oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby o uczestnictwie w realizacji wskazanej usługi w charakterze członka konsorcjum. Z oświadczenia tego nie wynika, że usługa wykonana została należycie, a zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane oświadczenie podmiotu może stanowić dowód prawidłowego wykonania usług tylko w sytuacji, gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia (dokumentu wystawionego przez podmiot, na rzecz którego wykonywana była dana usługa). Dlatego uznał oświadczenie wystawione przez podmiot udostępniający zasoby za dokument, który nie może stanowić dowodu prawidłowego wykonania usługi w świetle przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów. Niedopuszczalne jest składanie dodatkowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na etapie postępowania odwoławczego, więc są one nieistotne dla oceny wykluczenia odwołującego z postępowania. Ponadto opis usługi określonej w pozycji 3. wykazu nie jest wystarczający do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu ze względu na brak odniesienia się w opisie tej usługi do szczegółowych warunków stawianych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Co do możliwości uzyskania doświadczenia przez podmiot uczestniczący w konsorcjum – zamawiający nie kwestionuje tych twierdzeń, a kwestie te nie miały wpływu na ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego.

Co do braku wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwanie to nie jest obowiązkiem zamawiającego. W zaistniałej sytuacji wezwanie do złożenia wyjaśnień prowadziłoby do umożliwienia odwołującemu ponownego uzupełnienia dokumentów.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca 4pi Sp. z o.o.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Zgodnie z informacją zawartą w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu w ramach warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawca miał wykazać, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał, tj. zrealizował, zakończył, także w przypadku świadczeń wykonywanych okresowo lub ciągłych wykonuje, co najmniej dwie usługi dotyczące wykonania projektów technicznych lub/i technologicznych systemów informatycznych lub świadczenia usług doradczych w zakresie opracowywania projektów technicznych lub/i technologicznych systemów informatycznych, o wartości przekraczającej 200.000 PLN brutto za każdą wykonaną usługę, w tym: co najmniej jedną usługę, która obejmowała zaprojektowanie systemu zawierającego funkcjonalność dla tworzenia obiegu dokumentów i spraw, opartego o dowolną platformę serwerową, lub dotyczyła projektu, który obejmował zaprojektowanie systemu zawierającego funkcjonalność dla tworzenia obiegu dokumentów i spraw, opartego o dowolną platformę serwerową. Usługa ta musiała dodatkowo spełniać poniższe wymagania: 1) dotyczy wdrożenia systemu, w którym liczba użytkowników pracujących w co najmniej 30 lokalizacjach rozproszonych geograficznie jest większa niż 300, 2) dotyczy wdrożenia, w którym system został uruchomiony w architekturze wieloserwerowej z wykorzystaniem mechanizmów klastrowania, load balancingu oraz mechanizmów failover, 3) dotyczy wdrożenia, w ramach którego została wykonana integracja z systemami zewnętrznymi zamawiającego, tj.: a) integracja z usługami w zakresie autoryzacji i autentykacji użytkowników, b) integracja z systemem poczty korporacyjnej, c) integracja z sieciowymi systemami aplikacyjnymi zamawiającego.

Z powyższego warunku wynika, iż wykonawca miał wykazać się realizacją dwóch usług dotyczących wykonania projektów technicznych lub/i technologicznych systemów informatycznych lub świadczenia usług doradczych w zakresie opracowywania projektów technicznych lub/i technologicznych systemów informatycznych, o wartości przekraczającej 200.000 PLN brutto każda.

W informacji o wykluczeniu oraz podczas rozprawy zamawiający oświadczył, iż uznał usługę wskazaną przez odwołującego w pozycji 2. wykazu usług za spełniającą część warunku dotyczącą wykonania projektów technicznych lub/i technologicznych systemów informatycznych o wymogach szczegółowo rozpisanych w drugiej części warunku. Zatem sporne jest jedynie wykazanie zrealizowania jednej usługi dotyczącej wykonania projektu technicznego lub/i technologicznego systemu informatycznego lub świadczenia usługi doradczej w zakresie opracowywania projektu technicznego lub/i technologicznego systemu informatycznego o wartości przekraczającej 200.000 PLN brutto.

Analizując stanowisko zamawiającego na wstępie należy zwrócić uwagę, że jest ono niespójne – po pierwsze zastrzeżenia zamawiającego do złożonych przez odwołującego dokumentów zgłoszone w odpowiedzi na odwołanie były bardziej liczne niż wskazane w informacji o wykluczeniu, po drugie – zamawiający jednocześnie uznał za odpowiadającą jego wymaganiom usługę wskazaną w pozycji 2. tabeli wykazu usług, a (w odpowiedzi na odwołanie, nie w informacji o wykluczeniu) zgłosił zastrzeżenia co do samego faktu powołania się w poz. 3. tabeli na potencjał Trusted Information Consulting Sp. z o.o. jako podmiotu trzeciego, pomimo że również usługa 2. realizowana była przez Trusted Information Consulting Sp. z o.o.

Co do usługi w poz. 3. wykazu: „realizacja projektu technicznego i technologicznego systemu informatycznego na rzecz Narodowego Centrum Badań i Rozwoju” zamawiający w informacji o wykluczeniu wskazał następujące powody nieuznania tej pozycji: z przedstawionych dokumentów wynika, że wykonawcą usługi była Politechnika Wrocławska, z oświadczenia Trusted Information Consulting Sp. z o.o. wynika natomiast, że spółka ta była członkiem konsorcjum z Politechniką Wrocławską, ale nie wynika, w jakim zakresie brała udział w realizacji tej usługi.

Z kolei w odpowiedzi na odwołanie zamawiający stwierdził, że nie kwestionuje możliwości powołania się przez konsorcjanta na doświadczenie konsorcjum, a kwestie te nie miały wpływu na ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego.

W ocenie Izby w stosunku do ww. usługi zamawiający otrzymał od odwołującego dokumenty wystarczające do tego, by mógł określić, kto był wykonawcą projektu, tj. oświadczenie Trusted Information Consulting Sp. z o.o., iż wykonywała ona ten projekt wspólnie z Politechniką Wrocławską. Skoro zaś zamawiający nie kwestionuje poglądu, że całe konsorcjum nabywa doświadczenie, którym może posługiwać się w późniejszych postępowaniach (rzeczywiście taki pogląd przeważa w piśmiennictwie i orzecznictwie), to nie ma znaczenia, że z przedstawionych przez odwołującego w uzupełnieniu dokumentów nie wynika, w jakim zakresie Trusted Information Consulting Sp. z o.o. brała udział w realizacji

tej usługi. Zresztą takie dokumenty (umowy ze zleceniodawcami, umowy konsorcjalne dotyczące poprzednich zamówień) nie są standardowo żądane od wykonawców w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu. Jeśli zamawiający miał jakieś wątpliwości w tym zakresie, powinien je rozstrzygnąć w drodze wyjaśnień. Podobnie samą kwestię, czy Trusted Information Consulting Sp. z o.o. był członkiem konsorcjum – szczególnie, że w przeciwnym wypadku chodziłoby tu o złożenie nieprawdziwych informacji. (Fakt ten – istnienia konsorcjum potwierdzają dokumenty załączone przez odwołującego do odwołania). Należy przy tym wskazać, że nawet jeśli w ramach wyjaśnień wykonawca przedstawi dodatkowe dokumenty, to, jeśli nie były one przez zamawiającego wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszeniu itp., to formalnie nie mogą być one potraktowane jako uzupełnienie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (nie były wymagane, więc się ich na tej podstawie nie uzupełnia), lecz właśnie jako wyjaśnienia.

Co do samego dokumentu przedstawionego w celu potwierdzenia należytego wykonania usługi, należy zwrócić uwagę, że nie ma on postaci listu referencyjnego opisującego usługę i podmioty ją wykonujące, lecz jest listem Narodowego Centrum Badań i Rozwoju do Politechniki Wrocławskiej „dotyczącym rozliczenia i zakończenia umowy nr 0015/R/T00/2009/07 o wykonanie projektu rozwojowego nr O R00 0015 07 pn. *Infrastruktura bezpiecznego podpisu elektronicznego*” – dlatego w piśmie tym figuruje jedynie nazwa tego podmiotu i to wyłącznie jako adresat. Z treści pisma wynika, że Narodowe Centrum Badań i Rozwoju otrzymało materiały sprawozdawcze z wykonania umowy (raport końcowy i sprawozdanie merytoryczne), uznało kwotę dofinansowania zgodnie z rozliczeniem przedstawionym w raporcie końcowym i wskazało, że „na podstawie opinii ekspertów oceniających stopień osiągnięcia założonych efektów projektu oraz oceny zgodności poniesionych wydatków z obowiązującym kosztorysem, przeprowadzonych na podstawie złożonych dokumentów, Centrum uznaje umowę za wykonaną.”

Zdaniem Izby pismo to można uznać za potwierdzające należyte wykonanie umowy.

Co do argumentu przystępującego, że projekt ten był realizowany jako projekt rozwojowo-badawczy, na który podmioty otrzymały grant naukowy, a nie usługa i prawdopodobnie był tylko założeniem teoretycznym, należy wskazać, iż z warunku udziału w postępowaniu nie wynika, że wymagana usługa miała obejmować coś więcej niż zaprojektowanie systemu – brak wymogu, że system ma być wdrożony i działać. Co zaś do samego pojęcia „usługi”, to zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, usługi to wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 2a lub art. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Według zaś rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym

do usług zalicza się też usługi badawcze i rozwojowe (zresztą katalog usług jest katalogiem otwartym). Poza tym w tym wypadku pojęcia usługi nie należy rozumieć tak wąsko, lecz jako wykonanie projektu – inaczej zamawiający nie mógłby uznać wykonania projektu, który byłby określony jako dostawa (np. dzieło) lub byłby częścią „dostawy” systemu.

W stosunku zaś do kwestii podwykonawstwa, Izba podziela stanowisko zamawiającego, że przekazanie doświadczenia musi być realne, co najczęściej musi przejawiać się jako podwykonawstwo i słuszne jest, że Trusted Information Consulting Sp. z o.o. zadeklarował gotowość wystąpienia w takim charakterze.

Zamawiający w punkcie 9. wzoru formularza oferty zawarł oświadczenie, iż „wykonanie niżej wskazanych części zamówienia wykonawca powierzy podwykonawcom”, zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast w przypadku przedmiotowego zamówienia ze względu na jego charakter wątpliwe jest, czy w ogóle da się wydzielić „część zamówienia”, którą się powierzy „podwykonawcy” (jak np. przy robotach budowlanych) – a na pewno można je wykonywać przy realnym i znaczącym udziale podmiotu trzeciego bez wydzielania konkretnej części, zwłaszcza, że *gros* projektu zależeć będzie od koncepcji osób, które będą go wykonywać, a przynajmniej część tych osób jest potencjałem Trusted Information Consulting Sp. z o.o. Tym samym wskazanie podmiotu trzeciego nie musi być jednocześnie zmianą oferty. Przy tym zamawiający nie stawiał takiego zarzutu odwołującemu na etapie wykluczenia.

W odniesieniu zaś do usługi wskazanej w poz. 1 wykazu usług, tj. „dostawy i wdrożenia systemu informatycznego Catch-up”, Izba podziela stanowisko zamawiającego i przystępującego, że z samego użycia określenia „wdrozenie” czy „dostawa i wdrozenie” systemu informatycznego nie można domniemywać, że ich częścią było także opracowanie projektu technicznego lub technologicznego systemu informatycznego. Zakres prac jest wyłącznie kwestią tego, co wykonawcy zostało zlecone i co konkretnie wykonał. Poza tym zleciennodawca nadając zamówieniu dany tytuł nie musi posiłkować się słownikową definicją słów i ich oficjalne, słownikowe znaczenie może być zupełnie odmienne od realnego zamówienia.

Izba podziela też stanowisko zamawiającego i przystępującego, że sporządzenie dokumentacji powykonawczej wykonanego systemu nie jest tym samym, co stworzenie początkowego projektu wykonania systemu informatycznego, gdyż brak tu analogicznego elementu koncepcyjnego i twórczego.

Izba stwierdziła jednak, że w odniesieniu do tej pozycji zamawiający mógłby skorzystać z możliwości udzielenia wyjaśnień, czy w zakres dostawy i wdrożenia systemu informatycznego wchodziło również wykonanie przez odwołującego projektu technicznego lub technologicznego tego systemu, czy też został on mu już przekazany przez

zleceniodawcę – jest to niejasne i niejednoznaczne. Nie ma tu potrzeby uzupełniania wykazu o żadne dodatkowe dokumenty, zatem można otrzymać potrzebne informacje bez jednoczesnego uzupełniania dokumentów.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 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).

Przewodniczący: