

**Sygn. akt KIO 965/19**

**WYROK**  
**z dnia 10 czerwca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2019 r. przez wykonawcę CGI Informations Systems and Management Consultants (Polska) Sp. z o. o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Energa Informatyka i Technologie sp. z o.o. w Gdańsku

przy udziale wykonawcy Optingo Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża CGI Informations Systems and Management Consultants (Polska) Sp. z o. o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez CGI Informations Systems and Management Consultants (Polska) Sp. z o. o. w Warszawie Węgrowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 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 w Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Energa Informatyka i Technologie sp. z o.o. w Gdańsku – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług utrzymania oraz małego rozwoju dla systemu Siebel. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 040-091721. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawca CGI Informations Systems and Management Consultants (Polska) Sp. z o. o. w Warszawie wniósł odwołanie 27 maja 2018 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24. ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Optingo Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie, dalej jako Optingo, jako wykonawcy, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu a to poprzez złożenie oferty która niezgodnie z rzeczywistością potwierdza, że Optingo posiada/dysponuje odpowiednimi osobami do realizacji zamówienia, podczas gdy faktycznie Optingo (i podmiot udostępniający zasoby dla Optingo) takich zasobów nie posiada. W efekcie oświadczeń tego wykonawcy potwierdził on, że dysponuje zasobami podczas gdy równoległe prowadzi rekrutację, m.in. wśród pracowników odwołującego, celem pozyskania odpowiednich osób do realizacji zamówienia, w tym próbował pozyskać personel od odwołującego;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 lub 5 Pzp przez nieodrzczenie oferty Optingo, mimo że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymogów SIWZ i w momencie składania oferty, Optingo nie posiadał odpowiednich zasobów/osób wymaganych przez zamawiającego i wprowadziła zamawiającego w błąd;
- 3) art. 91 ust. 1 przez wybór oferty złożonej przez Optingo, mimo że to oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą i spełnia wszystkie wymogi wskazane w

SIWZ a oferta Optingo nie spełnia wymogów SIWZ, gdyż Optingo nie dysponuje odpowiednimi zasobami wskazanymi w SIWZ, a co za tym idzie tylko oferta odwołującego może zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty złożonej przez odwołującego, wykluczenia Optingo z racji na to, że wprowadził zamawiającego w błąd co do rzekomo posiadanych osób wymaganych przez SIWZ, mający wpływ na wynik postępowania, odrzucenia oferty złożonej przez Optingo z racji na okoliczność, że Optingo nie spełnia wymogów SIWZ oraz jego oferta została wykluczona z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że zamawiający w pkt IX SIWZ wskazał, że jednym z warunków udziału w postępowaniu jest dysponowanie osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia i w pkt IX.3 - 3.1-3.4 wylistował poszczególnych specjalistów. Podał, że w innym postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - przetargu na umowy ramowe - postawiony został podobny warunek - dysponowania jeszcze większą ilością specjalistów z systemu Siebel. W postępowaniu tym oferta Optingo została wybrana jako jedna z ofert najkorzystniejszych. Odwołujący zwrócił uwagę, że Optingo realizuje także na rzecz zamawiającego prace w ramach umowy na realizację zamówienia udzielonego w przetargu „Świadczenie usług informatycznych w zakresie rozwoju systemu obsługi sprzedaży obejmującego CRM w Grupie Energa”.

Odwołujący zarzucił, że Optingo nie dysponuje odpowiednimi zasobami - osobami wymaganymi przez zamawiającego. Biorąc pod uwagę wymagania dotyczące specjalistów, jak też to że Optingo składał odwołanie na wymogi zamawiającego, wskazujące na brak posiadania niektórych specjalistów, jak też powoływanie się przez Optingo na zasoby podmiotów trzecich w każdym z przetargów, uznać należy, że niezaprzeczalnie Optingo nie dysponuje osobami których wymaga zamawiający i nie może zapewnić ich do realizacji zamówienia objętego postępowaniem przetargowym. Nie jest bowiem możliwe, aby dane osoby realizowały jednocześnie wszystkie trzy umowy zawarte z zamawiającym.

Odwołujący podkreślił, że na rynku polskim nie ma takiej liczby specjalistów z tej dziedziny dostępnych Optingo (lub wspólnie z podmiotem udostępniającym zasoby). Niezaprzeczalnie skład personelu wskazany przez Optingo w ofertach nie pozwala na ocenę, że spełnione są warunki udziału w postępowaniu, gdyż najprawdopodobniej są to te same osoby, które realizują lub będą realizowały każdą z umów dla zamawiającego - czyli nie będą to osoby w pełni dostępne na potrzeby realizacji każdej z umów. Mając na uwadze, że tylko zamawiający oraz odwołujący mają wgląd w wykazy osób złożone przez Optingo (wykazy zostały utajnione), tylko zamawiający oraz KIO jest w stanie zweryfikować skład tych osób,

do czego zamawiający jest zobowiązany na podstawie PZP. Zamawiający powinien ocenić realność dostępności zasobów po stronie Optingo (oraz podmiotów udostępniających zasoby).

Odwołujący podniósł, że w momencie rozpoczęcia postępowania, Optingo oraz Accenture prowadziło postępowania rekrutacyjne na stanowiska związane z obsługą Energa w ramach niniejszego postępowania, w tym Accenture oferowało zatrudnienie przy obsłudze przedmiotowego postępowania pracownikom odwołującego - na co wskazywała treść rozmów telefonicznych z pracownikami CGI oraz korespondencja mailowa i przez LinkedIn z personelem odwołującego.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków:

1. M. W. - Kierownik rekrutacji w Accenture odpowiedzialny za projekt Energa po stronie Accenture -zawiadomienie na adres Accenture Sp. z o. o., ul. Sienna 39f 00-121 Warszawa;
2. P. B. Manager w Accenture - zawiadomienie na adres Accenture Sp. z o.o., ul. Sienna 39, 00-121 Warszawa;
3. M. K., Partner, Optingo - zawiadomienie na adres siedziby Optingo.

Całość wskazana powyżej oznacza, że w momencie składania oferty przez Optingo, wykonawca ten nie dysponował odpowiednimi zasobami wymaganymi przez zamawiającego, powołał się zatem na zasoby podmiotu trzeciego. Ten podmiot trzeci jednak również nie dysponował odpowiednimi zasobami, zatem oświadczenia o spełnieniu wymogów SIWZ przez Optingo (ofertę Optingo, w tym podmiotu udostępniającego zasoby) jest niezgodna ze stanem faktycznym.

Odwołujący zarzucił, że wykonawca miał świadomość nieposiadania odpowiednich zasobów, a mimo to oświadczył kilkakrotnie zamawiającemu, że odpowiednimi zasobami dysponuje. Optingo nie poinformował zamawiającego o tym, że obecnie prowadzi dopiero rekrutację do projektu. Przedstawione wykazy osób nie stanowią faktycznie dostępnych Optingo zasobów, skoro konieczne jest prowadzenie rekrutacji, w tym wśród personelu odwołującego. Zatem Optingo wyraźnie wprowadziło zamawiającego w błąd na temat tylko rzekomego spełniania przez siebie warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy nie dysponuje odpowiednimi zasobami, w szczególności prawdopodobnie z racji na zbyt dużą ilość projektów prowadzonych u zamawiającego.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że część osób z personelu Optingo to osoby, które nie są zatrudnione a prowadzą jednoosobową działalność gospodarczą, co oznacza że jeśli zostały wskazane w wykazie osób jako zasoby własne Optingo, to nie jest to prawdą, gdyż są podwykonawcami. Ponadto takie osoby nie mogą spełnić warunków umowy - bezpieczeństwa w zakresie zasad przetwarzania danych, co również potwierdza, że Optingo nie spełnia warunków SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że przez wprowadzenie w błąd zamawiający wybrał ofertę wykonawcy, który nie dysponuje odpowiednimi zasobami. Zamawiający, który ma wiedzę na temat oferowanych zasobów we wszystkich prowadzonych przez siebie postępowaniach, w których udział bierze Optingo, powinien powziąć wątpliwości na temat realności dostępnych zasobów oraz faktycznej ich dostępności dla Optingo. Skoro Optingo wprowadziło zamawiającego w błąd, zamawiający powinien odrzucić ofertę Optingo jako niespełniającą kluczowych warunków - dostępności odpowiednich zasobów.

Wykonawca Optingo Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, a zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Okoliczności faktyczne w postaci brzmienia treści IX SIWZ oraz wyboru ofert Optingo w innych postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego nie są sporne między stronami. Nie jest kwestionowany także fakt prowadzenia rozmów rekrutacyjnych z pracownikami odwołującego.

Istotą sporu jest ustalenie, czy te okoliczności uzasadniają wykluczenie przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Izba zgodziła się z odwołującym, że wywody uzasadnienia wskazują nie tylko na przesłanki zawarte w art. 24 ust. 1 pkt 16, ale również na te, które zostały zawarte w pkt 17 tego przepisu. Samo powołanie podstawy prawnej nie tworzy zarzutu. Zarzut stawiany zamawiającemu przez wykonawcę identyfikują natomiast opisane w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne. Z tego względu Izba wzięła pod rozwagę obie podstawy prawne wykluczenia przystępującego.

Izba nie przywołała wykazu osób wskazanych przez przystępującego do wykonania umowy z powodu objęcia je zastrzeżeniem jako tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie:

Art. 24 ust. 1 Pzp stanowi w pkt 16 i 17, że zamawiający wyklucza odpowiednio: 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 oraz 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.

Dowód w zakresie zaistnienia przesłanek wykluczenia spoczywa w całości na odwołującym, który domaga się wykluczenia konkurenta (art. 190 ust. 1 Pzp).

Odwołujący buduje swoje stanowisko w pierwszej kolejności na tezie, że przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami o wymaganych kwalifikacjach, gdyż realizuje inne zamówienia na rzecz zamawiającego, a osoby podane w wykazie przypisane są do wykonania umowy z zamawiającym. Z poglądem takim nie sposób się zgodzić. Po pierwsze: z brzmienia samego rozdziału IX oraz wykazu osób, zawierającego sformułowanie „osoby skierowane” nie należy wywodzić obowiązku realizacji umowy wyłącznie przez osoby podane w wykazie. W ocenie składu orzekającego wobec braku wyraźnego odmiennego wskazania w SIWZ nie ma przeszkód do wykonania umowy przez inne osoby o kwalifikacjach wymaganych przez zamawiającego. Potwierdza to także powołane przez zamawiającego postanowienie § ust. 3 wzoru umowy pozwalające na zmianę podwykonawcy. Jeśli zatem zamawiający dopuszcza zmianę podwykonawcy, to tym bardziej nieuzasadnione jest oczekiwanie odwołującego, że zmiana osób, za pomocą których wykonawca będzie realizował zamówienie, jest niedopuszczalna.

Po drugie, należy uwzględnić, że obecnie przystępujący wykonuje na rzecz zamawiającego jedynie jedną umowę dotyczącą systemu Siebel. W drugim postępowaniu zamawiający zawarł umowę ramową zarówno z odwołującym, jak i z przystępującym i nie udzielił jeszcze żadnego zamówienia na podstawie tej umowy. Zgodzić się zatem należy z zamawiającym, że zarówno udzielenie zamówienia przystępującemu, jak i jego zakres nie są obecnie przesądzone. Z tego względu przeprowadzenie dowodu z wykazu osób złożonych w tych postępowaniach i porównanie ich z wykazem złożonym w badanym postępowaniu prowadziłoby wyłącznie do przedłużenia postępowania, co skutkowało oddaleniem tego wniosku (art. 190 ust. 6 Pzp).

Kolejnym argumentem odwołującego powołanym w celu uzasadnienia zarzutów odwołania był fakt prowadzenia rozmów rekrutacyjnych z jego pracownikami. W ocenie składu orzekającego okoliczność ta nie potwierdza, że przystępujący nie posiada zasobów ludzkich umożliwiających mu wykonanie zamówienia. Wnioskowanie o braku możliwości wykonania zamówienia na podstawie zamiaru wykonawcy zatrudnienia kolejnych pracowników jest zbyt daleko idące. Zmiany kadrowe u przedsiębiorców są naturalnym zjawiskiem i podmiot wykonujący liczne umowy dąży do posiadania specjalistów, tak aby płynnie zastąpić pojawiające się wakuujące etaty. Może też dążyć do wymiany kadr po pozyskaniu osób o większych kompetencjach. Rynek usług informatycznych jest rynkiem, gdzie zmiany kadrowe następują często. Widoczne jest to w okolicznościach sprawy, gdzie niesporne jest, że osoby zatrudnione obecnie u odwołującego były wcześniej pracownikami przystępującego.

Wobec powyższego Izba uznała dowód z zeznań świadków za zbędny do wydania rozstrzygnięcia i uznała, że jego przeprowadzenie prowadziłyby wyłącznie do przewlekłości postępowania (art. 190 ust. 6 Pzp). Ewentualne potwierdzenie przez świadków, że otrzymali propozycję pracy przy wykonaniu badanego zamówienia, w świetle przedstawionych ocen nie ma doniosłości prawnej, zwłaszcza, że pośrednio możliwość pracy na rzecz zamawiającego lub przy systemie Siebel wynika z treści samej korespondencji.

Odwołujący błędnie także wywodzi, że osoby prowadzące jednoosobową działalność gospodarczą są podwykonawcami i nie mogą być zasobem własnym przystępującego. Dostrzec trzeba, że zarówno przepisy ustawy, jak i rozporządzenia wykonawczego, nie statuuje więzi prawnych między wykonawcą a jego personelem. Wykonawca może zatem co do zasady dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zarówno na podstawie umowy o pracę, jak i umowy cywilnoprawnej. Pogląd o braku możliwości posłużenia się takimi osobami ze względów bezpieczeństwa pozostał całkowicie gołostowny.

Reasumując tę część wywodów Izba uznała, że odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Powyższe jest wystarczające do oddalenia odwołania, gdyż przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji mających znaczenie dla decyzji podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba stwierdziła jednak, że brak jest podstaw do uznania zaistnienia zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp lub lekkomyślności lub niedbalstwa, o których stanowi art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Odwołujący koncepcję zamierzonego działania wykonawcy budował wyłącznie na braku wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz braku zasobów umożliwiających wykonanie

umowy przez przystępującego. Skoro stanowisko to nie znalazło potwierdzenia, tym bardziej nie można przyjąć, że przystępujący wprowadził w błąd zamawiającego kwalifikowany winą tego wykonawcy.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:** .....