

WYROK
z dnia 26 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2011 r. przez SYGNITY S.A. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa

przy udziale wykonawcy IT Util Sp. z o. o. z siedzibą w Toruniu i wykonawcy S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
 - unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem wezwania wykonawcy S&T Services Polska Sp. z o.o. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

2. kosztami postępowania obciąża S&T Services Polska Sp. z o.o. w Warszawie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SYGNITY S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od S&T Services Polska Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz SYGNITY S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zmianami), 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

Miasto Stołeczne Warszawa jako zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup usług wsparcia systemem SAP ERP wraz z usługami związanymi z rozwojem Systemu.

W odwołaniu z 7.10.2011 r. Odwołujący SYGNITY S.A. w Warszawie zarzucił zamawiającemu:

- a) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z Postępowania wykonawców S&T oraz IT Util, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w Postępowaniu;
- b) z ostrożności procesowej zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy w związku z art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy S&T do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu;
- c) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców S&T oraz IT Util, jako ofert złożonych przez wykonawców wykluczonych z postępowania;
- d) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez naruszenie zasady jawności postępowania w wyniku nie odtajnienia przez Zamawiającego części dokumentów i oświadczeń bezpodstawnie utajnionych przez S&T, jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;
- e) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy w związku z art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty S&T, jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej;
- b) dokonał ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- c) dokonał czynności wykluczenia z Postępowania wykonawców S&T oraz IT Util;
- d) w przypadku uwzględnienia podniesionego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 aby dokonał wezwania wykonawcy S&T do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- e) dokonał odtajnienia dokumentów i oświadczeń utajnionych przez S&T, jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;
- f) dokonał wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym Postępowaniu.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał:

1. Odnośnie zarzutu zaniechania wykluczenia z wykonawców S&T oraz IT Util, stwierdził:

1.A.dotyczy S&T

Zgodnie z części III, pkt 12.2.1.1 siwz Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania, „...że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminy składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, zrealizowali co najmniej jedno zamówienie o wartości nie mniejszej niż 1.500.000 zł brutto, którego przedmiotem było: wdrożenie lub świadczenie usług serwisu powdrożeniowego wraz z usługami rozwojowymi systemu SEP ERP w sektorze publicznym z obszaru obejmującego łącznie co najmniej cztery z modułów: FI, FM, CO, FICA, FIAA, PA, PY, BW.”

Zgodnie z SIWZ, pkt 13.2.1. b), wykonawcy zobowiązani byli do złożenia wykazu usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania ww. warunku i do złożenia dokumentów potwierdzających, że wskazane w wykazie usługi zostały należycie wykonane.

Wykonawca S&T złożył wykaz wraz z listem referencyjnym. W wykazie w pozycji 1 wskazano. zleceniodawcę - Kancelarię Sejmu, Pion Administratora Systemu, wartość zamówienia - powyżej 1 500 000 brutto, datę zakończenia zamówienia (miesiąc, rok) - 10.2010, d) zakres zamówienia (moduły SAP objęte zamówieniem) - wdrożenie, rozwój oraz serwis następujących modułów systemu SAP: FI, FM, CO, FI-AA, PA, PY, TM.

Do ww. wykazu wykonawca S&T złożył referencję, w której Kancelaria Sejmu potwierdza wykonanie przez firmę Quercus Sp. z o.o. wskazanych w referencji funkcjonalności w ramach systemu SAP.

W opinii Odwołującego referencja nie potwierdza spełnienia wymagań Zamawiającego odnośnie warunku posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt 12.2.1.1. SIWZ, oraz nie potwierdza informacji przedstawionych w wykazie, gdyż nie wskazuje na należyte zrealizowanie usługi wdrożenia lub świadczenia usług serwisu powdrożeniowego wraz z usługami rozwojowymi systemu SAP ERP dla minimum czterech z wymienionych modułów: FI, FM, CO, FICA, FIAA, PA, PY, BW występujących łącznie. Potwierdzone w referencji wdrożenie funkcjonalności tj.nowe rozliczenie budżetu pod kątem FI-FM, nowe księgowanie list płac z uwzględnieniem rachunkowości budżetowej, dotyczą prac realizowanych wyłącznie w obszarze HR (Human Resources) związanych z naliczeniami wynagrodzeń, których wyniki są jedynie automatycznie przekazywane do modułów rachunkowości finansowej i budżetowej (FI-FM), gdzie następuje również automatyczne księgowanie list płac i rozliczenia budżetu. Prace te nie dotyczą wymaganego "wdrożenia lub świadczenie usług serwisu powdrożeniowego wraz z usługami rozwojowymi systemu SEP ERP w sektorze publicznym w obszarze modułów FI i FM".

Odwołujący pismem z dnia 29.09.2011 r. zwrócił się do Kancelarii Sejmu o udzielenie informacji w zakresie wystawionej referencji dla firmy QUERCUS Sp. z o.o. W odpowiedzi

Kancelaria Sejmu pismem z dnia 4.10.2011 r. stwierdziła, że firma Quercus sp. z o.o., świadczyła w ramach umowy w latach 2006-2008 usługi jedynie w zakresie HR (Human Resources), w skład którego nie wchodziły moduły FI i FM. Pozostałe dwie umowy wymienione w piśmie Kancelarii Sejmu, również dotyczą działań w zakresie HR, jednakże one się spełniają warunkiem minimalnej kwoty umowy wymaganej przez Zamawiającego. Kopię pisma załączył do odwołania.

W świetle powyższego, zdaniem odwołującego nie budzi wątpliwości, w odniesieniu do wykonawcy S&T zaistnienie przesłanki określonej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Wątpliwość również budzi zakres umów wskazanych w punktach 1 oraz 3. Z przedmiotów tychże umów wynika, że dotyczyły one usług konsultacji i szkoleń, nie zaś wdrożenia lub świadczenia usług serwisu powdrożeniowego wraz z usługami rozwojowymi systemu. Z ostrożności procesowej Odwołujący podnosi Zamawiającemu zarzut zaniechania wezwania wykonawcy S&T do złożenia w wyznaczonym terminie na wypadek, gdyby Izba uznała, że w istniejących okolicznościach wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy jest jednak dopuszczalne.

1.B. : dotyczy IT Util Sp. z o.o. w Toruniu

Wskazując na powołane wyżej wymogi SIWZ odwołujący stwierdził, że wykonawca IT Util złożył żądany wykaz wraz z referencjami. Informacje „za zgodą” podwykonawcy: LOGICA Czech Republic s.r.o., ul. Na Okraji 335/42 Praga (dalej jako „LOGICA”).

W wykazie w pozycji 1 wskazano: zleceniodawcę - (Państwowe przedsiębiorstwo Autostrad),
b) wartość zamówienia (w kwocie brutto w PLN) - 9 545 000,00, datę zakończenia zamówienia (miesiąc, rok) - 05.2011, zakres zamówienia (moduły SAP objęte zamówieniem) - Projekt „KIS_SAP” składający się z następujących modułów: FI, FIAA, FI-TV, CO, MM, PM, REM, SD, PS, HR, PA HR PY. W pozycji 2 wskazano: zleceniodawcę - (Przedsiębiorstwo transportu publicznego), wartość zamówienia (w kwocie brutto w PLN) - 5 100 000,00,
c) datę zakończenia zamówienia (miesiąc, rok) - 03.2011, zakres zamówienia (moduły SAP objęte zamówieniem) - Projekt „Development 2010 (SAP Rozvoj 2010), w skład którego wchodziły: Upgrade SAP ERP- moduły FI, FIAA, CO, IM, MM, SD, PM; Upgrade SAP BW, wdrożenie SAP SRM, SAP PS/FM, SAP RE-FX. W pozycji 3 wskazano: zleceniodawcę - (Słowacki Bank Narodowy), wartość zamówienia (w kwocie brutto w PLN) - powyżej 10 000 000,00, datę zakończenia zamówienia (miesiąc, rok) - długoterminowe usługi wsparcia, wciąż trwa, zakres zamówienia (moduły SAP objęte zamówieniem) - Powdrożeniowe usługi wsparcia i rozwój modułów: FI, FIAA, BCA, CO, MM, SD, PM, BW.

Zalaczono dokumenty, które miały potwierdzić należyte wykonanie usług:

a) kopię oświadczenia podwykonawcy LOGICA o wykonaniu usługi określonej w pozycji 1 wykazu usług - w języku polskim (str. 8 i 9 oferty IT Util);

b) kopię oświadczenia (str. 10 i 11 oferty IT Util) złożone zostały w języku obcym (prawdopodobnie czeskim lub słowackim) - bez wymaganego zgodnie z SIWZ tłumaczenia na język polski,

c) kopie protokołów (str. 12- 39 oferty IT Util) w języku obcym (prawdopodobnie czeskim lub słowackim) - bez tłumaczenia.

W opinii Odwołującego ww. dokumenty i oświadczenia zawarte w ofercie IT Util nie potwierdzają spełnienia warunku posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia, oraz nie potwierdzają informacji przedstawionych w wykazie. Kopia oświadczenia podwykonawcy LOGICA o wykonaniu usługi określonej w pozycji 1 wykazu usług - w języku polskim (str. 8 i 9 oferty IT Util), nie jest dokumentem lub oświadczeniem prawidłowo potwierdzającym należyte wykonanie tej usług, ponieważ została wystawiona przez podmiot, który sam tą usługę realizował. Prawidłowe potwierdzenie należyte wykonanie usługi może być dokonać podmiot, na rzecz którego usługa była wykonywana (zleceniodawca- zamawiający).

Pozostałe przedstawione dokumenty i oświadczenia (kopie oświadczeń i protokołów) złożone zostały w języku obcym. Zgodnie z wymogiem SIWZ, część IV, pkt 17.6, dokumenty sporządzone w języku, obcym muszą być składane wraz z ich tłumaczeniem na język polski.

Odwołujący podniósł jednocześnie, że wskazane powyżej kopie oświadczeń i protokołów, nie mogą już zostać uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy. Zamawiający pismem z dnia 19 września 2011 r. wezwał wykonawcę IT Util do złożenia wyjaśnień odnośnie złożonej oferty oraz uzupełnienia trybie art. 26 ust. 3 Ustawy dokumentów i oświadczeń m.in. odnośnie spełniania warunku posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia. Wykonawca IT Util pismem z dnia 22 września 2011 r. (pismo w dokumentacji) złożył wyjaśnienia odnośnie swojej oferty oraz dokonał uzupełnienia niektórych oświadczeń i dokumentów.

W ocenie Odwołującego uzupełnione dokumenty i oświadczenia w dalszym ciągu nie potwierdzają należytego wykonania usług wskazanych w wykazie złożonym.

1.C. Zgodnie z postawionym w części III, pkt 13.2.3 „SIWZ) wymogiem:- „Informacja o dokumentach potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom", w zakresie potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom wykonawca winien przedłożyć: „ a) oświadczenie firmy SAP, SAP AG lub innego podmiotu uprawnionego do wydawania oświadczeń w ich imieniu, certyfikat lub inny dokument potwierdzający posiadanie przez Wykonawcę statusu Partnera firmy SAP."

Wykonawca IT Util na potwierdzenie wymogu złożył własne oświadczenie o posiadania statusu partnera firmy SAP. W związku z faktem, że oświadczenie własne nie spełnia wymagań określonych w SIWZ w pkt 13.2.3 (oświadczenie winno być wystawione przez firmę SAP, SAP AG lub podmiot uprawniony) Zamawiający pismem z dnia 19 września 2011 r. (w dokumentacji postępowania) wezwał wykonawcę IT Util do złożenia wyjaśnień oraz

uzupełnienia trybie art. 26 ust. 3 Ustawy dokumentów i oświadczeń m.in. w zakresie posiadania Statusu Partnera SAP. Wykonawca IT Util pismem z dnia 22 września 2011 r. (pismo w dokumentacji postępowania) złożył wyjaśnienia odnośnie swojej oraz oświadczył, że:

„Status Partnera firmy SAP mamy do dnia 12 kwietnia 2010 r. nie mniej jednak z uwagi na poufny charakter zawartej umowy zwróciliśmy się do SAP o wydanie stosownego oświadczenia potwierdzającego ten fakt - oświadczenie w załączeniu.”

Do ww. pisma wykonawca IT Util dołączył oświadczenie firmy SAP Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 5, z 20 września 2011 r., w którym stwierdzono, że firma IT Util posiada status SAP Extended Business Member. Z wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę IT Util wynika, że status Partnera firmy SAP wykonawca IT Util posiadał tylko do 12 kwietnia 2010 r. Oświadczenie firmy SAP Polska Sp. z o.o., w którym stwierdzono, że firma IT Util posiada status SAP Extended Business Member wystawione zostało w dniu 20 września 2011 r., tak więc oświadczenie to potwierdza stan na dzień jego wystawienia, tj. na dzień 20 września tj. niezgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż w postępowaniu termin upływu składania ofert upłynął 12.09.2011 r. W związku z powyższym oraz dyspozycją art. 26 ust. Ustawy, iż uzupełnione przez wykonawcę IT Util oświadczenie nie może być uznane za skuteczne i nie podlega ponownemu uzupełnieniu.

Odwołujący podnosi dodatkowo, że oświadczenie (wraz z kopiami dokumentów) podmiotu trzeciego, firmy LOGICA o udostępnieniu swoich zasobów wykonawcy IT Util w zakresie „wykorzystania dokumentów dotyczących potwierdzenia Partnerstwa SAP Logica”, w świetle obowiązujących przepisów Ustawy jest niedopuszczalne w świetle art. 26 ust, 2b Ustawy z którego wynika, iż wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów jedynie w ściśle określonym zakresie, tj.: wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów. Katalog ten jest zamknięty i odnosi się wyłącznie do warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1). „Udostępnione” wykonawcy IT Util przez firmę LOGICA „Partnerstwo SAP Logica” jest dokumentem (oświadczeniem) składanym na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, czyli dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2). W związku z faktem, że rozszerzenie zamkniętego katalogu zasobów, jakich może udostępnić podmiot trzeci wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu jest niedopuszczalne, udzielenie wykonawcy IT Util statusu „Partnerstwa SAP Logica” jest nieskuteczne.

W świetle powyższego odwołujący uznaje, że wykonawca IT Util powinien zostać wykluczony, a jego oferta uznana za odrzuconą.

2. Odnośnie zarzutu naruszenie zasady jawności postępowania w wyniku nie odtajnienia przez Zamawiającego części dokumentów i oświadczeń utajnionych przez S&T, odwołujący stwierdził, co następuje.

2.A.W Zdaniem Odwołującego nie ujawnienie utajnionych w treści oferty S&T „Pisemnych zobowiązań podmiotów (wykazanych w spisie treści na str. 3 oferty), jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, było nieuzasadnione. Tym bardziej, że informacje o tych podmiotach ujawnione zostały przez wykonawcę S&T w złożonej ofercie, tj. w referencji dołączonej do wykazu wykonanych usług i wystawionej przez Kancelarię Sejmu dla firmy Quercus Sp. z oo.

Odwołujący podkreślił, iż aby dopuszczalne było utajnienie danych, zawartych w ofercie niezbędne jest łączne spełnienie następujących przesłanek: a) utajnione informacje muszą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; b) wykonawca zastrzegł w odpowiednim terminie, określonym w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, iż wskazane informacje nie mogą być udostępniane, c) utajnione informacje nie należą do katalogu określonego w art. 86 ust. 4 Ustawy.

Odwołujący podkreślił, iż informacje znajdujące się w utajnionej części oferty S&T, nie wypełniają wszystkich wymaganych przesłanek, tj. zastrzeżenia informacji przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca S&T w złożonej ofercie (w dołączonej do wykazu referencji) sam dokonał upublicznienia informacji o podmiocie trzecim udostępniającym swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, w związku z powyższym utajnienie „Pisemnego zobowiązania podmiotów” było nieprawidłowe i winno być odtajnione przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego zastrzeżenie tych informacji w ofercie S&T było i jest bezpodstawne. Wskazał na orzecznictwo KIO: KIO/UZP 745/08, KIO/UZP 1110/08, KIO/UZP 1455/08.

2.B.W odniesieniu do naruszenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikającej z art. 8 ust. 1 i 3 Ustawy w zakresie części informacji utajnionych i zawartych w ofercie S&T w „Wykazie osób które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia na potwierdzenie na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 12.1 pkt 3) SIWZ opisanego w pkt 12.2.1.2 lit a) b) c) d)” - zgodnego ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 4 do SIWZ.

Odwołujący pismem z dnia 28 września 2011 r. (pismo w dokumentacji postępowania) wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o odtajnienie i udostępnienie części informacji zawartych w ofercie S&T wyłącznie w zakresie informacji dotyczących wykonanych (wdrożonych) projektów przez osoby wskazane w powyższym wykazie osób w poszczególnych funkcjach w zespole - bez udostępniania informacji w zakresie danych osobowych tych osób (imienia i nazwiska) oraz podstawie dysponowania nimi przez Wykonawcę. Wnioskowane przez Odwołującego informacje zawarte są przede wszystkim w „Opisie kwalifikacji osób, o których mowa w pkt 12.2.1.2 lit a, b, c, d, ogłoszenia o

przedmiotowym zamówieniu przeznaczonych do realizacji zamówienia", który jest zgodny z Załącznikiem nr 4 do SIWZ. Zamawiający pismem z dnia 5 października 2011 r. (pismo w dokumentacji postępowania) odmówił Odwołującemu udostępnienia tych informacji.

W opinii Odwołującego powyższe informacje dotyczące wskazania wykonanych (wdrożonych) projektów, w których miałyby brać udział osoby wskazane w wykazie osób, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, określonej w art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2003r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Bez podania danych osobowych tych osób i podstawy dysponowania nimi nie istnieje ryzyko po stronie S&T wystąpienia nieuczciwych praktyk naruszających uczciwą konkurencję (np. prób podkupienia pracownika lub wpływanie na jego dalsze działania), a co za tym idzie nieuzasadnionym jest utajnienie tych informacji jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Uznanie w niniejszej sprawie, że powyższe informacje zawarte w ofercie S&T zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa narusza zasadę jawności.

Powyższe informacje posłużą Odwołującemu jedynie do sprawdzenia, czy podane w konkurencyjnej ofercie S&T informacje potwierdzają spełnianie przez Wykonawcę formalnych wymagań stawianych przez Zamawiającego odnośnie wymaganego potencjału kadrowego, czy też podobnie jak w przypadku referencji złożonej na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia, tych wymagań nie spełnia.

Podsumowując argumentację odwołujący wskazał również na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, określonej w art. 7 ust. 1 Ustawy.

W przypadku nie podzielenia stanowiska odnośnie odtajnienia części informacji zawartych w ofercie S&T w i dotyczących potencjału kadrowego przez Izbę, odwołujący wniósł o zbadanie przez Krajową Izbę Odwoławczą spełniania przez S&T warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a w szczególności, spełniania warunku określonego w pkt 12.2.1.2. b) SIWZ, tj. dysponowaniem:

b) minimum 5 konsultantami wiodącymi biorącymi udział w co najmniej 1 zakończonym w jednostce sektora publicznego projekcie: wdrożenia systemu SAP ERP lub świadczenia usług serwisu powdrożeniowego systemu SAP ERP, składającego się co najmniej z modułów FI, FM, CO, FICA, FIAA (przy czym każdy z konsultantów brał udział we wdrażaniu/serwisowaniu innego z wymienionych modułów).

Zamawiający pisemnym oświadczeniem z dnia 18.10.2011 r. doręczonym Prezesowi KIO w tym samym dniu uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Stwierdził, opierając się na informacji uzyskanej bezpośrednio z Kancelarii Sejmu i w oparciu o dokumenty przedstawione przez odwołującego złożone do akt sprawy odwoławczej, że przystępujący S&T nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca wybrany tj. S&T Services Polska Sp. z o.o. wniósł sprzeciw co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Wniósł o rozpatrzenie odwołania i oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Uzasadniając stanowisko o poprawności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszego wskazał, co następuje

Odnosnie zarzutu zaniechania wykluczenia go z postępowania stwierdził, że odwołujący wyciągnął błędne wnioski z treści odpowiedzi Kancelarii Sejmu podważając prawidłowość referencji. Przedstawił dodatkowe pismo Kancelarii Sejmu z 13.10.2011 r. wskazując, że w ramach umowy z lutego 2006 r. zawartej na okres 36 miesięcy wykonywane były usługi serwisu powdrożeniowego i usługi rozwojowe systemu SAP w ramach pięciu (przy min. wymogu – czterech) modułów tj. FI, FM, FIAA, PA, PY co oznacza potwierdzenie spełniania warunku udziału z pkt 12.1.2 siwz.

Jedynie z ostrożności przystępujący wskazał, że przychylenie się do zarzutu odwołania skutkowałoby koniecznością wezwania go do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego jawności postępowania przystępujący podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w piśmie skierowanym do zamawiającego 3.10.2011 r. o zasadności zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie wykazu i danych osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia powiązanych z informacjami zawartymi w pisemnych zobowiązaniach podmiotów udostępniających. Wskazał ponadto:

1/ W zakresie zarzutu dotyczącego spełniania warunków udziału w postępowaniu zauważył, że dokumentem potwierdzającym spełnianie takiego warunku jest wyłącznie oświadczenie wykonawcy składane w formie wykazu, a nie referencje, które służą jedynie potwierdzeniu należytego wykonania. Powołał się na rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 30.09.2011 r. w sprawie rodzajów dokumentów/.../ wskazując, że treść referencji nie musi być dookreślona na potrzeby konkretnego postępowania i zawarty w nich opis może być lakoniczny i nie zawsze adekwatny do rzeczywistego zakresu wykonywanych świadczeń.

2/ W zakresie zarzutu dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stwierdził, że:

- Informacje w postaci wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia określające zespół osób, ich doświadczenie i wiedzę stanowią „wartość dodaną” firmy i zostały zastrzeżone z podjęciem niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności.
- Informacje w postaci pisemnych zobowiązań podmiotów – podwykonawców wskazują na zasady realizacji zamówień, wzajemnych zależności i stanowią źródło wiedzy o podmiotach działających na rynku konkurencyjnym.

Stwierdził, że oba rodzaje zastrzeżonych dokumentów są ze sobą nierozzerwalnie sprzężone, a ujawnienie częściowo jednego z dokumentów niweczyłoby zastrzeżenie informacji w drugim. Wskazał na fakt nie ujawnienia do wiadomości publicznej zastrzeżonych danych w tym dotyczących swoich pracowników i porozumień handlowych oraz stosowane zasady ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca IT Util w Toruniu wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego wskazując, że niewykluczone jest, iż uzyska przedmiotowe zamówienie w razie wykluczenia wybranego wykonawcę lub nie zawarcie przez niego umowy.

Wskazał na argumentację zawartą w swoim piśmie z 22.09.2011 r.

Dodatkowo stwierdził, że usługę polegającą na kompletnym wdrożeniu SAP z pkt 1 wykazu wykonano w sektorze publicznym jakkolwiek została zrealizowana „na rzecz firmy Tempest a.s.” to jej odbiorcą było Państwowe Przedsiębiorstwo Autostrad Czechach. Powołał zapisy art. 48 ust. 2 lit a) ii) tiret drugi dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu i Rady z 31 marca 2004 r. mające zastosowanie w sprawie wskazując, że dowodem wykonania usługi w przypadku, gdy odbiorcą był nabywca prywatny jest zaświadczenie wystawione przez tego nabywcę, a w przypadku braku takiego zaświadczenia – oświadczenie złożone przez samego wykonawcę.

Odnośnie zarzutu daty posiadania statusu partnera SAP wskazał na oczywistą omyłkę w złożonych wyjaśnieniach i stwierdził, w świetle złożonych dokumentów, że jest oczywiste, iż taki status posiada od 12.04.2010 r., a nie do tej daty.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania, stanowiska pisemne i dowody złożone w toku postępowania odwoławczego oraz stanowiska przedstawione na rozprawie zważyła, co następuje.

Odnośnie zarzutów podniesionych wobec wykonawcy S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie Izba uznała, że podmiot ten przystępujący S&T nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 12.2.1.1. SIWZ.

Należy zauważyć, że wymagane dokumenty na potwierdzenie, że usługi wykazane na potwierdzenie należytego ich wykonania wystawiane przez usługodawców i składane przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego mogą być przedmiotem badania co do ich zgodności z oświadczeniami własnymi wykonawcy. W wypadku braku takiej zgodności, dokumenty te nazywane powszechnie referencjami tracą walor potwierdzenia okoliczności, których mają dotyczyć. W tym znaczeniu niezależnie od faktu, że nie istnieją

formalne wymogi co do treści referencji, muszą potwierdzać, że „te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie” (por. § 1 ust. 1 pkt 3 rozp. PRM z 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający/.../).

W rozpatrywanej sprawie ustalono, że wykonawca zadeklarował w wykazie usług realizację umowy na rzecz Kancelarii Sejmu przez podmiot, który, jak wynika z treści umowy przedstawionej w toku postępowania dowodowego, nie był stroną umowy, lecz w nieokreślonych okolicznościach kontynuował pracę w ramach tej umowy. Nieznane są przy tym okoliczności takiej kontynuacji, jej zakres rzeczowy, czasowy i wartościowy. W tym świetle fakt stwierdzenia w referencjach załączonych do oferty o należyтым wykonaniu usług wobec wiarygodnego zanegowania istotnych elementów przedmiotowych i podmiotowych, uzasadnia stwierdzenie o braku potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Konsekwencją powyższego jest nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy pzp nie wykluczając, w razie takiej konieczności, ewentualnego żądania od wykonawcy wyjaśnień w niezbędnym zakresie.

Odnośnie zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentów i oświadczeń zastrzeżonych przez S&T Izba uznaje, nie podzielając stanowiska przystępującego, iż zarzut został podniesiony z uchybieniem terminu, że wykonawca skutecznie dokonał takiego zastrzeżenia z uwzględnieniem przesłanek określonych w art. 8 ust. 3 ustawy pzp, a zastrzeżone informacje mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Należy zauważyć, że rynek usług stanowiących przedmiot zamówienia jest rynkiem o znacznej konkurencji, a zasadniczą wartością, jaką na nim dysponują wykonawcy, jest potencjał ludzki z jego wiedzą i doświadczeniem.

Odnośnie zarzutów podniesionych wobec wykonawcy Util Sp. z o.o. Izba uznała je za uzasadnione w zakresie braku potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, a wobec zastosowania wobec tego podmiotu procedury z art. 26 ust. 3 ustawy, brak podstaw do ponownego wzywania wykonawcy o uzupełnienie dokumentów w tym zakresie ze skutkiem określonym w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Izba uznaje przy tym, że za referencje, jak wynika z wcześniejszego opisu, są dokumentem wystawianym przez usługobiorcę, a nie wykonawcę, tym samym nie może być za referencje uznany dokument, w którym wykonawca potwierdza, że należycie wykonał powierzone mu zamówienie.

Kolejnym ustaleniem Izby jest stwierdzenie, że wykonawca potwierdził posiadanie statusu partnera firmy SAP w świetle postanowień siwz wskazujących na krąg podmiotów uprawnionych do wydawania takich oświadczeń, za oczywistą omyłkę należy przy tym uznać podaną w dokumencie w zakresie terminu początkowego posiadania wskazanego wyżej statusu.

W świetle dokonanych ustaleń orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 z uwzględnieniem postanowień § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: