Sygn. akt: KIO 596/21

WYROK
z dnia 29 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2021 r. przez Odwołującego – **Simple Spółka Akcyjna**, ul. Bronisława Czecha 49/51, 04-555 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Uniwersytet Gdański**, ul. Jana Bażyńskiego 8, 80-309 Gdańsk

przy udziale

Wykonawcy **Arcus Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Lublinie, ul. Wojciechowska 9A, 20-704 Lublin zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – Simple S.A. i:
2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
2.2Zasądza od Odwołującego – Simple S.A. na rzecz Zamawiającego – Uniwersytet Gdański kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.
Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 596/21

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Uniwersytet Gdański na *kompleksową dostawę, wdrożenie, utrzymanie i usługi w zakresie gwarancji zintegrowanego systemu informatycznego klasy BRP wspomagającego zarządzanie uczelnią wraz ze świadczeniem usług rozwoju*(nr ref.: A120-211-1/20/RR), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 stycznia 2020 r., 2020/S 010-019530, wobec zaniechania wykluczenia z postępowania i wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Arcus Systemy Informatyczne Sp. z o.o., wniesione zostało w dniu 22 lutego 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Simple S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 596/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp wyrażające się w zaniechaniu wykluczenia Arcus z postępowania pomimo, że wykonawca wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził za pomocą złożonego w dniu 21.09.2020 r. wykazu osób, spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret czwarte siwz, a zamiast tego dokonanie wyboru oferty Arcus, jako najkorzystniejszej;
2)art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp wyrażające się w zaniechaniu wykluczenia Arcus z postępowania pomimo, iż wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd co do doświadczenia osób wskazanych w wykazie z 21.09.2020 r., co ostatecznie znajduje potwierdzenie w treści wyjaśnień wykonawcy z 28.01.2021 r., a zamiast tego dokonanie wyboru jego oferty;
3)art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 533 nPzp wyrażające się w ustaleniu, że wykonawca Arcus spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret czwarte siwz na podstawie wyjaśnień wykonawcy z 28.01.2021 r. dot. doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia w charakterze programisty, w sytuacji gdy:

a)wyjaśnienia te zawierają inne jakościowo i nowe informacje o doświadczeniu tych osób, względem treści złożonego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykazu osób z 21.09.2020 r., co wskazuje, że wyjaśnienia stanowiły *de facto* kolejne, już drugie uzupełnienie treści wykazu osób, niedozwolone na gruncie zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych i które to informacje nie mogły stanowić podstawy do poczynienia ustaleń o spełnianiu przez wykonawcę przedmiotowego warunku,
b)w wyroku z 30.11.2020 r. sygn. akt KIO 2907/20 Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu biorąc pod uwagę informacje zawarte w treści wykazu osób z 21.09.2020 r.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Arcus, nakazanie wykluczenia Arcus z postępowania i dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem, że Arcus podlega wykluczeniu.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Wyrokiem z 20.11.2020 r. (sygn. akt KIO 2907/20) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Simple S.A. wniesione na wybór oferty Arcus SI Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej. Izba nakazała unieważnić czynność wyboru tej oferty, jak również czynność wezwania tego wykonawcy odpowiednio do uzupełnienia dokumentów z 30.09.2020r. oraz wyjaśnienia dokumentów z 6.10.2020 r. (dotyczących potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 1 ppkt 3 lit. C tiret czwarte siwz), jak również unieważnienie z 25.09.2020 r. wezwania z 15.09.2020 r. do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie tego warunku. Po drugie, Izba nakazała w ramach powtórzonych czynności wzięcie pod uwagę przy ocenie spełniania warunku wykazu złożonego przez wykonawcę na wezwanie z 15.09.2020 r., a w razie wątpliwości zwrócenie się o wyjaśnienia zarówno do wykonawcy, jak i do podmiotów, na rzecz których usługi były wykonywane. Po trzecie Izba nakazała odtajnienie w całości wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę pismem z 12.10.2020 r. i ich udostepnienie Odwołującemu.

W niniejszym postępowaniu zostało zatem prawomocnie przesądzone, że wykonawca Arcus za pomocą wykazu osób złożonego w odpowiedzi na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust 1 ustawy nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. V pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret czwarte siwz. Zamawiający miał ocenić spełnienia warunku na podstawie wykazu osób z 21.09.2020 r. złożonego w odpowiedzi na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Aby spełnić przedmiotowy warunek wykonawcy musieli wykazać, że dysponują lub będą dysponowali w trakcie realizacji zamówienia osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. programistami oprogramowania ERP – co najmniej 5 osób, z których każda pełniła rolę programisty w co najmniej trzech zamówieniach informatycznych dotyczących wdrożenia lub utrzymania i rozwoju zintegrowanego systemu informatycznego klasy ERP.

Wykonując wyrok KIO 2907/20 Zamawiający wezwał 21.01.2021 r. wykonawcę Arcus na podstawie art. 24 ust. 4 Ustawy do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu osób z 21.09.2020 r. wskazując na wątpliwości dotyczące:

- poz. 9, p. J. K., zamówienie nr 1 ppkt a) – *w wykazie wskazane jest w nazwie zamówienia tylko „wdrożenie(…)", natomiast w zakresie zamówienia wpisano „wdrożenie i utrzymanie i rozwój";*

- *poz. 9,* p. J. K., zamówienie nr 2 z ppkt b) - *w wykazie wskazane jest w nazwie zamówienia tylko „wdrożenie(…)", natomiast w zakresie zamówienia wpisano „wdrożenie i utrzymanie i rozwój";*

- poz. 9, p. J. K., zamówienie nr 3 z ppkt c) - *w wykazie wskazane jest w nazwie zamówienia tylko „wdrożenie(…)", natomiast w zakresie zamówienia wpisano „wdrożenie i utrzymanie i rozwój";*

- poz. 10, p. D. S., zamówienie nr 1 z ppkt a) - *w wykazie wskazane jest w nazwie zamówienia „wdrożenie, natomiast w zakresie zamówienia wpisano „utrzymanie i rozwój";*

- *poz. 10,* p. D. S., zamówienie nr 2 z ppkt b) - *w wykazie wskazane jest w nazwie zamówienia tylko „wdrożenie, natomiast w zakresie zamówienia wpisano „wdrożenie, utrzymanie i rozwój";*

- *poz. 10 i 12, p. D. S., p. M. B. – zamówienia nr 2 z ppkt b): w wykazie wskazane jest w nazwie zamówienia i zakresie zamówienia „wdrożenie (…)". Na potwierdzenie Wykonawca złożył „wniosek o uzupełnienie listy osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia OZ/U/14/OB./13/W z dnia 12.03.2015 r. Zamawiający po zapoznaniu się z Wyrokiem KIO 2907/20 (oraz unieważnieniami czynności wezwań Zamawiającego) zwraca się o wyjaśnienie, czy wskazany dokument został zaakceptowany przez przedstawicieli Politechniki Śląskiej zgodnie z umową wdrożeniową;*

- *poz. 11, p. P. J.,* zamówienie nr 1 z ppkt a) - *w wykazie wskazane jest w nazwie zamówienia „wdrożenie, natomiast w zakresie zamówienia wpisano „utrzymanie i rozwój";*

- *poz. 11, p. P. J.,* zamówienie nr 2 z ppkt b) - *w wykazie wskazane jest w nazwie zamówienia „wdrożenie, natomiast w zakresie zamówienia wpisano „utrzymanie i rozwój", natomiast w dołączonych dokumentach przesłanych w dniu 21.09.2020 r. „mail Cz 3" dołączono umowę utrzymaniową z Politechniką Śląską o nr OZ/U/19/144/EO, która potwierdza udział p. P. J. w usłudze utrzymania*

- *poz. 11, p. P. J.*, zamówienie nr 3 z ppkt c) - *w wykazie wskazane jest w nazwie zamówienia „wdrożenie, natomiast w zakresie zamówienia wpisano „utrzymanie i rozwój"*

- *poz. 13, p. E. P.*, zamówienie nr 1 z ppkt a) - *w wykazie wskazane jest w nazwie zamówienia „wdrożenie (…), natomiast w zakresie zamówienia wpisano „utrzymanie i rozwój";*

- *poz. 13, p. E. P.,* zamówienie nr 3 z ppkt c) - *w wykazie wskazane jest w nazwie zamówienia „wdrożenie(..), natomiast w zakresie zamówienia wpisano „utrzymanie i rozwój";*

- *poz. 14, p. W. Z.,* zamówienie nr 1 z ppkt a) - *w wykazie wskazane jest w nazwie zamówienia „wdrożenie(…), natomiast w zakresie zamówienia wpisano „utrzymanie i rozwój";*

- *poz.14, p. W. Z.,* zamówienie nr 2 z ppkt b) - *w wykazie wskazane jest w nazwie zamówienia „wdrożenie(…), natomiast w zakresie zamówienia wpisano „wdrożenie, utrzymanie i rozwój";*

- *poz. 14, p. W. Z.*, zamówienie nr 3 z ppkt c) - *w wykazie wskazane jest w nazwie zamówienia „wdrożenie(…),w zakresie zamówienia wpisano „wdrożenie" natomiast w dołączonych dokumentach przesłanych w dniu 21.09.2020 r. „mail: Cz. 4" dołączono umowę z UAM Poznań o nr ZP/1709/U/17- prosimy o wyjaśnienie czy umowa dotyczy wdrożenia czy utrzymania;*

Zamawiający jednocześnie zwrócił się do podmiotów na rzecz których wykonywane były projekty, w których uczestniczyć miały osoby podane w wykazie.

W wyjaśnieniach z 28.01.2021 r. Arcus przedstawił (również w formie tabelarycznej) informacje o doświadczeniu osób przedstawionych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca zmienił treść wykazu z 21.09.2020 r. przedstawiając więcej informacji inne jakościowo i nowe. Zamian dotyczy

1. J. K.:

- projekt realizowany na rzecz Politechniki Poznańskiej. Wykonawca zmienił informację wskazując, iż brał on udział we wdrożeniu (przy projekcie obejmującym wdrożenie). Tym samym treść wykazu osób wprowadzała Zamawiającego w błąd co do udziału osoby w utrzymaniu i rozwoju systemu dla Politechniki Poznańskiej.

- W projekcie realizowanym na rzecz Politechniki Śląskiej w wyjaśnieniach wskazano, że projekt obejmował wdrożenie i utrzymanie systemu oraz, że udział tej osoby obejmował wdrożenie i utrzymanie i rozwój systemu. Wykonawca w tym zakresie przedstawił inny treściowo wykaz. Co więcej treść wyjaśnień nadal nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu zgodnie, z którym referencyjne doświadczenie programisty obejmować miało wdrożenie lub utrzymanie i rozwój – sam więc udział w projekcie obejmującym rozwój systemu albo obejmującym jego utrzymanie nie mogło potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Osoba nie mogła świadczyć usług związanych z utrzymaniem i rozwojem systemu.
- Projekt realizowany na rzecz Elektrobudowa S.A. – w wyjaśnieniach wskazano, iż doświadczenie tej osoby zdobyte zostało przy wdrożeniu, co zmieniało opis doświadczenia ujęty w wykazie i wprowadzało Zamawiającego w błąd.

2.D. S.:

- projekt realizowany na rzecz Politechniki Poznańskiej. Wykonawca przedstawił informacje nie potwierdzające spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Osoba ta nie mogła nabyć doświadczenia związanego z utrzymaniem i rozwojem w związku z realizacją umowy wdrożeniowej, bowiem nie stanowiło to przedmiotu umowy na wdrożenie systemu.
- W projekcie realizowanym na rzecz Politechniki Śląskiej w wyjaśnieniach wskazano, że projekt obejmował wdrożenie i utrzymanie systemu oraz, że udział tej osoby obejmował wdrożenie i utrzymanie i rozwój systemu. Wykonawca w tym zakresie przedstawił inny treściowo wykaz. Co więcej treść wyjaśnień nadal nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu zgodnie, z którym referencyjne doświadczenie programisty obejmować miało wdrożenie lub utrzymanie i rozwój – sam więc udział w projekcie obejmującym rozwój systemu albo obejmującym jego utrzymanie nie mogło potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Osoba nie mogła świadczyć usług związanych z utrzymaniem i rozwojem systemu.
- Projekt realizowany na rzecz Elektrobudowa S.A. – wyjaśnienia wskazują, że zakres projektu obejmował utrzymanie systemu oraz że zakres udziału tej osoby obejmował utrzymanie i rozwój systemu, co zmieniało opis doświadczenia ujęty w wykazie i wprowadzało Zamawiającego w błąd. Co więcej treść wyjaśnień nadal nie potwierdza spełnienia warunku, gdyż sam udział w projekcie obejmującym samo utrzymanie systemu albo sam rozwój systemu nie mogło potwierdzić spełnienia warunku. Zgodnie z wyjaśnieniami projekt obejmował samo utrzymanie systemu, zatem wskazana osoba nie mogła świadczyć usługi związanej z utrzymaniem i rozwojem systemu.

3.P. J.:

- projekt realizowany na rzecz Politechniki Poznańskiej. Wykonawca zmienił informację wskazując, że przedmiot projektu obejmował utrzymanie i rozwój, a udział tej osoby obejmował utrzymanie i rozwój. Tym samym treść wykazu osób wprowadzała Zamawiającego w błąd i nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu;
- w projekcie realizowanym na rzecz Politechniki Śląskiej, w wyjaśnieniach wykonawca zmienił opis przedmiotu projektu wskazując, iż było nim utrzymanie i rozwój systemu, co wskazuje, że treść wykazu osób wprowadzała Zamawiającego w błąd i nie potwierdzała spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dokumenty uzyskane od Politechniki Śląskiej przez Zamawiającego wskazuje, że p. J. nie realizował deklarowanych w wykazie prac(utrzymanie i rozwój systemu);
- Projekt realizowany na rzecz Elektrobudowa S.A. – wyjaśnienia wskazują, że zakres projektu obejmował utrzymanie systemu oraz że zakres udziału tej osoby obejmował utrzymanie i rozwój systemu, co zmieniało zakres projektu ujęty w wykazie i wprowadzało Zamawiającego w błąd. Co więcej treść wyjaśnień nadal nie potwierdza spełnienia warunku, gdyż sam udział w projekcie obejmującym samo utrzymanie systemu albo sam rozwój systemu nie mogło potwierdzić spełnienia warunku. Zgodnie z wyjaśnieniami projekt obejmował samo utrzymanie systemu, zatem wskazana osoba nie mogła świadczyć usługi związanej z utrzymaniem i rozwojem systemu.

4.E. P.:

- projekt realizowany na rzecz Politechniki Poznańskiej. Wykonawca zmienił informację wskazując, że przedmiot projektu obejmował wdrożenie i utrzymanie systemu, a udział tej osoby obejmował utrzymanie i rozwój. Tym samym treść wykazu osób wprowadzała Zamawiającego w błąd i nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu. Sama też treść dokumentów pozyskanych od Politechniki Poznańskiej przez Zamawiającego wskazuje, że osoba ta nie brała udziału we wdrożeniu realizowanym na rzecz tego podmiotu;
- Projekt realizowany na rzecz Elektrobudowa S.A. – wyjaśnienia wskazują, że zakres projektu obejmował wdrożenie i utrzymanie oraz że zakres udziału tej osoby obejmował utrzymanie i rozwój systemu, co zmieniało zakres projektu ujęty w wykazie i wprowadzało Zamawiającego w błąd. Co więcej treść wyjaśnień nadal nie potwierdza spełnienia warunku, gdyż sam udział w projekcie obejmującym samo utrzymanie systemu albo sam rozwój systemu nie mogło potwierdzić spełnienia warunku. Zgodnie z wyjaśnieniami projekt obejmował samo utrzymanie systemu, zatem wskazana osoba nie mogła świadczyć usługi związanej z utrzymaniem i rozwojem systemu. Znajduje to potwierdzenie również w dokumencie pochodzącym od Elektrobudowa S.A.;

5.W. Z.:

6. projekt realizowany na rzecz Politechniki Poznańskiej. Wykonawca zmienił informację wskazując w wyjaśnieniach, że udział tej osoby w projekcie obejmował wdrożenie (przy przedmiocie projektu oznaczonym jako wdrożenie). Tym samym treść wykazu osób wprowadzała Zamawiającego w błąd i nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu;

- w projekcie realizowanym na rzecz Politechniki Śląskiej, w wyjaśnieniach wykonawca zmienił opis przedmiotu projektu wskazując, iż było nim wdrożenie i utrzymanie oraz że udział tej osoby obejmował wdrożenie oraz utrzymanie i rozwój systemu. Wykonawca *de facto* przedstawił trzeci wykaz osób, co więcej treść wyjaśnień nadal nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu – sam udział w projekcie obejmującym rozwój systemu albo obejmującym jego utrzymanie bez rozwoju nie mógł świadczyć o wymaganym doświadczeniu.

Czynność Zamawiającego naruszać ma zasadę jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów na gruncie

stosowania art. 26 ust. 3 Ustawy, do czego doprowadziło przyjęcie wyjaśnień przedstawiających nowe informacje, które należało traktować jako uzupełnienie dokumentów.

Według Odwołującego powyższe uzasadnia wniosek, iż wykaz z 21.09.2020 r. zawiera obiektywnie nieprawdziwe informacje w przedmiocie zakresu projektów lub udziału osób skierowanych do realizacji zamówienia w tych projektach, co stanowi informację istotną z punktu widzenia oceny, czy wykonawca Arcus wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Po drugie treść wykazu osób z 21.09.2020 r. nie odzwierciedla stanu faktycznego i nie mogła potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Prowadziło to do ziszczenia się przesłanki do wykluczenia z postępowania z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Zamawiający w piśmie z 29 marca 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiając podkreślił, iż podstawą oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie opisanym w siwz (rozdział V pkt 1 ppkt lit. c tieret czwarte) były dokumenty złożone na wezwanie z dnia 15.09.2020 r., tj. wykaz osób z 21.09.2020 r. Uzyskane w drodze weryfikacji dokumentów wyjaśnienia wykonawcy Arcus wraz z dokumentami uzyskanymi od podmiotów na rzecz, których realizowane były usługi, potwierdziły spełnienie przez wskazane w wykazie osoby, warunku udziału w postępowaniu i ich udział w projektach. Na skutek wyjaśnień nie doszło do wymiany osób, a informacje dodatkowe dotyczące nazwy zamówienia, określenia podmiotu czy zakresu zamówienia, miały jedynie charakter informacyjny, porządkujący doświadczenie wskazanych osób.

W siwz Zamawiający opisał warunek w taki sposób, iż za wystarczające należało uznać pełnienie roli programisty, w co najmniej trzech zamówieniach informatycznych dotyczących wdrożenia lub utrzymania i rozwoju zintegrowanego systemu informatycznego klasy ERP. Wskazanie więc, że dany programista pełnił rolę we wdrożeniu, czy to utrzymaniu i rozwoju ma jedynie charakter porządkujący, ponieważ dla Zamawiającego wystarczającym było wskazanie udziału danego programisty tylko we wdrożeniu, tylko w utrzymaniu i rozwoju, czy też łącznie we wdrożeniu i utrzymaniu i rozwoju. Wszystkie wskazane osoby realizowały, czy to wdrożenie, czy to utrzymanie i rozwój – potwierdzając warunek udziału w postępowaniu. Ponieważ każda z osób uczestniczyła w projektach nie może być mowy o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd. Ponadto, każda z osób w wykazie ma przypisanych aż po pięć zamówień informatycznych (w siwz mowa jest o „co najmniej trzech zamówieniach informatycznych"), co pokazuje rzetelne doświadczenie.

Zamawiający podtrzymał ocenę doświadczenia tych osób.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Arcus Systemy Informatyczne Sp. z o.o.

Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym odniósł się do zarzutów i twierdzeń Odwołującego.

Zgodnie z wyrokiem KIO z 30.11.2020 r., sygn. akt KIO 2907/20 Zamawiający zwrócił się o potwierdzenie udziału i roli osób wskazanych w wykazie z 15.09.2020 r. do podmiotów na rzecz, których Arcus SI Sp. z o.o. wykonywała usługi w zakresie wskazanym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Każdy z podmiotów potwierdził fakt wykonywania prac przez wskazane osoby w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. pełnienia roli programisty w co najmniej trzech zamówieniach informatycznych dotyczących wdrożenia lub utrzymania i rozwoju zintegrowanego systemu informatycznego klasy ERP.

Składając wyjaśnienia wykonawca nie wprowadził innych jakościowo i nowych informacji o doświadczeniu tych osób, względem treści wykazu osób z 21.09.2020 r. uzupełnionego na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy. W wykazie wykonawca kierował się postanowieniami siwz i przedstawił informacje potwierdzające pełnioną rolę programisty w co najmniej trzech zamówieniach informatycznych dotyczących wdrożenia lub utrzymaniu i rozwoju zintegrowanego systemu informatycznego klasy ERP. Odwołujący skupia argumentację wokół różnych sformułowań, co nie ma żadnego wpływu na fakt, że wskazane osoby wykonywały prace i nabyły doświadczenie w wymaganej liczbie projektów i w wymaganym zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia. Składając wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 Ustawy wykonawca dokonał jedynie uporządkowania opisu kompetencji wybranych osób w ramach tych samych umów i tych samych zamówień.

Wykonawca wskazał na analogiczny sposób sformułowania zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co w odwołaniu z 3.08.2020 r. w przedmiocie, którego zapadł wyrok KIO z 14.09.2020 r. (sygn. akt KIO 1849/20), jak również w odwołaniu z 6.11.2020 r., w przedmiocie, którego zapadł wyrok KIO z 30.11.2020 r. (sygn. akt KIO 2907/20). W ostatnim z wyroków Izba oceniła zarzut ten za spóźniony i nie podlegający rozpoznaniu. Powyższe uzasadniać ma uznanie zarzutu podniesionego w lutym 2021 r. za spóźniony. Pomimo zastrzeżeń składanych przez Arcus SI Sp. z o.o. Izba rozpoznała zarzut i nie stwierdziła, aby wypełnione zostały przesłanki z art. 24 ust. 1pkt 17 Ustawy.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą". W związku z wejściem w życie z dniem 1 stycznia 2021 r. przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w części dotyczącej środków ochrony prawnej, do postępowania odwoławczego znajdowały zastosowanie przepisy nowej Ustawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 nowej Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ przedmiotem zarzutów jest czynność polegająca na badaniu i wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołanie ma na celu uchylenie skutków decyzji Zamawiającego, które pozbawiają zamówienia Odwołującego. W konsekwencji powyższego, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznać mógł uszczerbku, gdyby potwierdziły się zarzuty wobec Zamawiającego. Składając ważną ofertę, Odwołujący posiadał w momencie wnoszenia odwołania interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, które ostatecznie pozbawiały go szansy na uzyskanie zamówienia w ramach obecnej procedury przetargowej.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania Izba ustaliła okoliczności faktyczne istotne z punktu widzenia zarzutów związanych z badaniem i oceną oferty Arcus SI Sp. z o.o.

Przedmiotem badania są czynności Zamawiającego powtórzone na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 30.11.2020 r., sygn. akt KIO 2907/20, którym Izba nakazała unieważnić czynność wyboru oferty Arcus SI Sp. z o.o., jak również czynności związane z badaniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret czwarte siwz. Izba nakazała unieważnić czynność wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów z 30.09.2020r. i wyjaśnienia dokumentów z 6.10.2020 r., jak również unieważnienie unieważnienia z 25.09.2020 r. wezwania z 15.09.2020 r., do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie tego warunku. Izba nakazała również odtajnienie całości złożonych wyjaśnień z 12.10.2020 r. Po drugie, Izba nakazała wzięcie pod uwagę przy ocenie spełniania warunku wykazu złożonego przez wykonawcę na wezwanie z 15.09.2020 r., a w razie wątpliwości zwrócenie się o wyjaśnienia zarówno do wykonawcy, jak i do podmiotów, na rzecz których usługi były wykonywane.

Zamawiający oceniając wykaz osób z 21.09.2020 r. (złożony na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z 15.09.2020 r.), zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie opisów dotyczących nazwy przedmiotu zamówienia oraz zakresu usługi wykonywanych przez osoby: J. K., D. S., P. J., M. B., E. P., W. Z. .

Wykonawca w wyjaśnieniach z 28.01.2021 r. odniósł się do każdego z projektów informatycznych porządkując informacje, o zakresie umów w jakich brali udział programiści. Na skutek wyjaśnień doszło do ujednolicenia opisów w ten sposób, że przy każdym z projektów wykonawca wskazał bądź na zamówienia dotyczące wdrożenia systemu informatycznego, bądź zamówienia na utrzymanie i rozwój systemu informatycznego, bądź umowy wdrożeniowe i utrzymaniowe (utrzymanie i rozwój). Wykonawca wyjaśnił również przyczyny, które miały wyjaśniać podane w wykazie informacje o nazwie zadania i zakresie prac. Ponieważ umowa dotyczyć miała wszystkich trzech etapów realizacji, wykonawca użył standardowej nazwy etapu pierwszego, czyli wdrożenia, której to nazwy użyto generalnie do określenia projektu i umowy. Utrzymanie i rozwój to następne etapy potocznie nazwanego wdrożenia.

Zamawiający określił w rozdziale V pkt 1 ppkt 3 lit. c) tiret czwarte siwz wymagania dotyczące wiedzy i doświadczenia osób mających realizować prace wskazując na ich doświadczenie w realizacji prac związanych z pełnieniem roli *programisty w co najmniej trzech zamówieniach informatycznych dotyczących wdrożenia lub utrzymania i rozwoju zintegrowanego systemu informatycznego klasy ERP.*

Zamawiający wystąpił dodatkowo do podmiotów, na rzecz których realizowane były umowy, tj.: Politechniki Śląskiej, Politechniki Poznańskiej, Elektrobudowa S.A., o informacje w celu potwierdzenia oświadczeń wykonawcy. Uzyskane dokumenty, w tym decyzja nr 6 Politechniki Poznańskiej z 18.12.2020 r., pismo z Politechniki Śląskiej z 17.12.2020 r., oświadczenie Elektrobudowa S.A. z 30.09.2019 r. potwierdziły udział wskazanych w zapytaniu osób w realizacji umów. W przypadku Politechniki Poznańskiej, w stosunku do P. J. oraz E. P. wskazano, iż*z uwagi na upływ czasu nie jestem w stanie jednoznacznie potwierdzić ich udział w realizacji zamówienia. Jednocześnie nie zaprzeczam, że osoby te realizowały na rzecz Zamawiającego zadania w okresie wdrożenia.*

Mając na uwadze powyższe odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Nie było podstaw do uznania, iż zarzuty sformułowane wobec powtórzonej czynności oceny oferty Arcus SI Sp. z o.o. były zarzutami spóźnionymi, w szczególności zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co do doświadczenia osób wskazanych w wykazie z 21.09.2020 r., co ostatecznie miało znaleźć potwierdzenie w treści wyjaśnień wykonawcy z 28.01.2021 r. Już sama treść zarzutu wskazuje, że w sprawie wystąpiły nowe okoliczności, które Zamawiający brał pod uwagę przy ponownym wyborze oferty Arcus SI Sp. z o.o., a wynikające z wyjaśnień wykonawcy z 28.01.2021 r. Tym samym, dla oceny czynności Zamawiającego miały one znaczenie, gdyż prowadziły do uznania złożonego we wrześniu 2021 r. wykazu osób, za dokument potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu. To właśnie ta decyzja miała być podjęta w wyniku wprowadzenia Zamawiającego w błąd, do czego miały przyczynić się wyjaśnienia wykonawcy z 28.01.2021 r. Nawet jeżeli analogiczny zarzut podnoszony był we wcześniejszych odwołaniach, to nie był on powiązany z oceną wyjaśnień dotyczących wykazu osób uzupełnionego na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy.

Izba oddaliła odwołanie w całości, gdyż ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania nie wskazywały na naruszenie przez Zamawiającego przepisów Ustawy. W szczególności nie znalazł potwierdzenia zarzut, iż wyjaśnienia wykonawcy Arcus SI Sp. z o.o. z 28.01.2021 r. prowadziły do uzupełnienia dokumentu – wykazu osób złożonego w dniu 21.09.2020 r. Niewątpliwie wyjaśnienia precyzowały informacje zawarte od początku w wykazie i co ważne dotyczyły tych samych osób i projektów opisujących ich doświadczenie. Izba przyjęła jako wiarygodne wyjaśnienie poczynione przez wykonawcę w piśmie z 28.01.2021 r. i dotyczące przyczyn powstałych niejasności w opisie nazwy zadania, jak również wskazane w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, iż kwestia oznaczenia projektu miała wtórne znaczenie, gdyż przedmiotem oceny miało być konkretne doświadczenie w projektach spełniających warunek udziału w postępowaniu. Zatem, nawet gdyby wykonawca popełnił błąd w opisie zadania, ale w ramach wyjaśnień przedstawił rzeczowe argumenty pozwalające ocenić doświadczenie związane z projektem, jako spełniające warunek udziału w postępowaniu, to wówczas Zamawiający nie miał podstaw do podważenia oświadczenia wykonawcy. Zdaniem Izby Odwołujący dokonał nadinterpretacji wyjaśnień przyjmując, iż sprecyzowanie nazwy zadania, czy też zakresu czynności, prowadziło do złożenia nowego wykazu osób. Zamawiający faktycznie oceniał doświadczenie osób wskazanych od początku w uzupełnionym wykazie. Ponieważ wykonawca rozwiał wątpliwości, jakie wynikały z opisów ujętych pierwotnie w wykazie, co dodatkowo potwierdziły dokumenty pozyskane przez Zamawiającego, nie było podstaw do stwierdzenia, iż doświadczenie osób nie jest odpowiednie dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dla tej oceny znaczenie miało to, czy osoby wskazane w wykazie mają wymagane doświadczenie. Pewne nieścisłości w opisie nie dyskwalifikowały projektów z oceny. Niewątpliwie kwalifikowały się one do wyjaśnień (na co zwróciła uwagę Izba w wyrok z 30.11.2020 r., sygn. akt KIO 2907/20), których wykonawca udzielił precyzując informacje opisujące projekty, co pozwalało ustalić rzeczywisty rodzaj prac. Odwołujący nie kwestionował tego, że informacje uzyskane w drodze wyjaśnień potwierdzały spełnienie warunku udziału w postępowaniu, jedynie kwestionował skuteczność tej procedury, wskazując miedzy innymi na orzeczenia Izby, w tym wyrok w sprawie KIO 1849/20, jako przesądzający o wynikach oceny uzupełnionego wykazu. Izba w niniejszej sprawie uznała, iż wskazany wyrok zapadł w odmiennym stanie faktycznym, a zatem nie mógł mieć odniesienia do oceny dokumentu po wyjaśnieniach i oceny dokumentów pozyskanych od podmiotów, na rzecz których realizowane były projekty. Uzyskane od podmiotów, na rzecz których projekty były realizowane dokumenty nie podważały oświadczeń wykonawcy. Odwołujący nie uzyskał innych dowodów, które prowadziłyby do odmiennej oceny wykazu osób i doświadczenia wskazanych programistów.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie przepisów § 8 ust. 2). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł. oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: ……