Sygn. akt KIO 637/11

WYROK
z dnia 18 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak- śuraw

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2011 r. przez Odwołującego wykonawcę **ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a,** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Politechnika Wrocławska, 50-370 Wrocław, ul. Wybrzeże Wyspiańskiego 27**

przy udziale wykonawcy **ASSECO POLAND S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Simple S.A. (pełnomocnik), Simple Sp. z o.o., 04-555 Warszawa, ul. Bronisława Czecha 49/51** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe KONCEPT sp. z o.o. (pełnomocnik), SUPRA sp. z o.o., 30-017 Kraków, ul. Racławicka 56, Sygnity S.A. (pełnomocnik), Max Elektronik S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180,** oraz wykonawcy **Siemens IT Solutions and Services Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. śupnicza 11** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do dialogu konkurencyjnego, unieważnienie czynności oceny warunków udziału w oraz spełniania postępowaniu powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, z

uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu, w tym wykluczenie wykonawcy ASSECO POLAND S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - **Politechnikę Wrocławska, 50-370 Wrocław, ul. Wybrzeże Wyspiańskiego 27** i nakazuje:
   1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego - **ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a,**
   2) dokonać wpłaty kwoty 15 000 zł gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez zamawiającego - **Politechnikę Wrocławska, 50-370 Wrocław, ul. Wybrzeże Wyspiańskiego 27** na rzecz odwołującego - **ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:
……

Sygn. akt: KIO/637/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Politechnika Wrocławska, ul. Wybrzeże Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław, prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego 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.) (dalej „ustawa Pzp"), którego przedmiotem jest dostawa, wdrożenie i wsparcie przy utrzymaniu zintegrowanego systemu informatycznego wspomagającego realizację procesów gospodarczych zachodzących w ramach działalności Politechniki Wrocławskiej w obszarach: controllingu, finansów, gospodarki magazynowej, księgowości ogólnej, środków trwałych, kadr, płac, sprzedaży – nr postępowania (ZSI)-AC/BZP/197/2010. Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę wyższą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 grudnia 2010r. pod nr 2010/S 238-363832.

W dniu 16 marca 2011 r. zamawiający poinformował o wynikach oceny wniosków.

W dniu 25 marca 2011 r. zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie przez Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A, 31 - 864 Kraków, od:

1. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na zakwalifikowaniu do dalszego udziału w postępowaniu (ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SI-Consulting S.A. (pełnomocnik), Gavdi Polska S.A. i Netline Group Sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum SI-Consulting");
2. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum SI-Consulting z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
3. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum SI-Consulting z przedmiotowego

---

postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
4. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na zakwalifikowaniu do dalszego udziału w postępowaniu (ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp) wykonawcy: Asseco Poland S.A. (dalej „Asseco Poland");
5. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechaniu wykluczenia Asseco Poland z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
6. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na zakwalifikowaniu do dalszego udziału w postępowaniu (ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Simple S.A. (pełnomocnik) i Simple Sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum Simple");
7. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum Simple z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik

prowadzonego postępowania;
8. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na potraktowania odwołującego jako wykonawcy, którego ocena (punktowa) spełniania warunków nie pozwala na zakwalifikowanie do liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp, jak i potraktowania odwołującego jako wykonawcy wykluczonego z przedmiotowego postępowania z uwagi na otrzymaną ocenę (punktową) spełniania warunków;
9. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechaniu zakwalifikowania odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu (ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp), pomimo, że odwołujący nie podlega wykluczeniu, spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia z postępowania, a powinien otrzymać ocenę (punktową) spełniania warunków pozwalająca na zakwalifikowanie odwołującego do liczby wykonawców

zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zakwalifikowanie Konsorcjum SI-Consulting do dalszego udziału w postępowaniu (ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp), pomimo że Konsorcjum SI-Consulting nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, jak i powinno zostać wykluczone z przedmiotowego postępowania;
2. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SI-Consulting z przedmiotowego postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
3. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SI-Consulting z przedmiotowego postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
4. naruszenie przepisu art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zakwalifikowanie Asseco Poand do dalszego udziału w postępowaniu (ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp), pomimo że Asseco Poland nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, jak i powinno zostać wykluczone z przedmiotowego postępowania;
5. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Asseco Poland z przedmiotowego postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
6. naruszenie przepisu art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zakwalifikowanie Konsorcjum Simple do dalszego udziału w postępowaniu (ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp), pomimo że Konsorcjum Simple nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, jak i powinno zostać wykluczone z przedmiotowego postępowania;
7. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Simple z przedmiotowego postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
8. naruszenie przepisu art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zakwalifikowania odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu (ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d

ust. 2 i 3 ustawy Pzp), pomimo że odwołujący nie podlega wykluczeniu, spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, wykazał spełnienie warunków udziału w

postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia z postępowania, a powinien otrzymać ocenę (punktową) spełniania warunków pozwalającą na zakwalifikowanie Odwołującego do liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

9. naruszeniu przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i;

1. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności polegających na poinformowaniu o otrzymanych przez wykonawców ocenach spełniania warunków i klasyfikacji wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego;
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na zakwalifikowaniu do dalszego udziału w postępowaniu (ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp) Konsorcjum SI-Consulting, oraz nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum SI-Consulting;
3. nakazanie zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum SI-Consulting z przedmiotowego postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
4. nakazanie zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum SI-Consulting z przedmiotowego postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
5. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na zakwalifikowaniu do dalszego udziału w postępowaniu (ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp) Asseco Poland oraz nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Asseco Poland;
6. nakazanie zamawiającemu wykluczenia Asseco Poland z przedmiotowego postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu;

---

7. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na zakwalifikowaniu do dalszego udziału w postępowaniu (ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp) Konsorcjum Simple oraz nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Simple;
8. nakazanie zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Simple z przedmiotowego postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
9. nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez odwołującego,
10. nakazanie zamawiającemu potraktowanie odwołującego jako wykonawcy, którego ocena (punktowa) spełniania warunków pozwala na zakwalifikowanie do liczby wykonawcą w zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp;
11. nakazanie zamawiającemu zakwalifikowania odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu (ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp), z uwagi że odwołujący nie podlega wykluczeniu, spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia z postępowania, a powinien otrzymać ocenę (punktową) spełniania warunków

pozwalającą na zakwalifikowanie odwołującego do liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego. Zgodnie z pkt IV. 1.2) ogłoszenia o zamówieniu (dalej „Ogłoszenie") - „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału" - zamawiający postanowił, że:

„1. *Do składania ofert w postępowaniu zostanie zaproszonych 5 wykonawców, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu oraz otrzymają największą liczbę punktów obliczoną w oparciu o spełnienie warunków udziału w postępowaniu.*

2. W ramach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostaną przyznane wykonawcom punkty w oparciu o poniższe zasady.

Punktacja zostanie przyznana za każdą usługę potwierdzającą realizację w/w warunku przy rozgraniczeniu na rodzaj podmiotu, dla którego była realizowana usługa:

1) podmiot polski, zatrudniający w stosunku pracy od 1 000 do 2 000 osób - 1 punkt;

2) polska, publiczna uczelnia wyższa zatrudniająca w stosunku pracy od 1 000 do 2 000 osób - 2 punkty;

3) podmiot polski, zatrudniający w stosunku pracy od 2 001 do 4 000 osób - 5 punktów;

4) polska, publiczna uczelnia wyższa zatrudniająca w stosunku pracy od 2 001 do 4 000 osób - 6 punktów;

5) podmiot polski, zatrudniający w stosunku pracy powyżej 4 001 osób - 10 punktów;

6) polska, publiczna uczelnia wyższa zatrudniająca w stosunku pracy powyżej 4 001 osób - 11 punktów.

W przypadku przynależności podmiotu do więcej niż jednego rodzaju, zostanie wybrany ten o większej liczbie punktów."

Na powyższych zasadach punktowanym warunkiem został warunek doświadczenia określony w pkt III.2.3) ppkt 1) Ogłoszenia: „1. *zrealizowanie w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu co najmniej dwóch usług, w których Wykonawca był producentem zintegrowanego systemu (obejmującego łącznie co najmniej następujące obszary (kadry, płace, finanse i księgowość)) lub certyfikowanym partnerem producenta ZSI KPFK, polegających na wdrożeniu Zintegrowanego Systemu Informatycznego Kadry Place Finanse Księgowość (ZSI KPFK) i system ten jest aktualnie eksploatowany produkcyjnie. Każda z usług winna zostać wykonana dla podmiotów działających w oparciu o prawo polskie, z których każdy prowadzi działalność o zróżnicowanym profilu oraz zatrudnia co najmniej 1 000 osób.* "

W dniu 16 marca 2011 r. odwołujący został powiadomiony przez zamawiającego o wynikach oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu, informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, otrzymanych ocenach spełniania tych warunków oraz zaproszeniu do dialogu konkurencyjnego 5 wykonawców. Zamawiający poinformował o przyznanej poszczególnym wykonawcom, tym którzy nie zostali wykluczeni, ocenie punktowej spełniania warunków, zgodnie z którą:

1. Wniosek złożony przez Teta S.A. - otrzymał 43 punkty,
2. Wniosek złożony przez Konsorcjum SI-Consulting - otrzymał 37 punktów,
3. Wniosek złożony przez Asseco Poland - otrzymał 35 punktów,
4. Wniosek złożony przez: Konsorcjum Simple - otrzymał 34 punkty,

---

5. Wniosek złożony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: CSF Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), Międzynarodowe Centrum Szkoleń i Kompetencji (MCSK) Sp. z o.o. i Innovation Technology Group S.A.- otrzymał 33 punkty,
6. Wniosek złożony przez odwołującego - otrzymał 30 punktów,

7. Wniosek złożony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Sygnity S.A. (pełnomocnik) i Max Elektronik S.A. - otrzymał 18 punktów,
8. Wniosek złożony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „Koncept" Sp. z o.o. (pełnomocnik) i Supra Sp. z o.o. - otrzymał 17 punktów,
9. Wniosek złożony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Talex S.A. (pełnomocnik), Integris Systemy IT Sp. z o.o. i Bonair S.A.- otrzymał 12 punktów,
10. Wniosek złożony przez BPSC S.A. - otrzymał 2 punkty,

Odwołujący stwierdzał, że zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, oceniając wnioski złożone przez wykonawców zakwalifikowanych do dalszego udziału w postępowaniu (ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp): Konsorcjum SI-Consulting, Asseco Poland i Konsorcjum Simple. Zamawiający naruszył również przepisy ustawy Pzp w zakresie dotyczącym wniosku odwołującego, ponieważ wniosek odwołującego powinien otrzymać wyższą ocenę (punktową) spełniania warunków, która powinna pozwolić na zakwalifikowanie odwołującego do liczby wykonawców zapraszanych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Co do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum SI-Consulting zamawiający naruszył przepis art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zakwalifikowanie Konsorcjum SI-Consulting do dalszego udziału w postępowaniu (ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp), pomimo że Konsorcjum SI-Consulting nie spełniło warunków udziału w postępowaniu, jak i powinno zostać wykluczone z przedmiotowego postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji. W wykazie wykonanych usług przedłożonym do wniosku (str. 5), Konsorcjum SI-Consulting przedstawiło w poz. 1 usługę dla PKP Cargo nazwaną: „Wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego", z podaną datą zakończenia realizacji 04.2010. W poz. 5 (str. 6 wniosku) usługę dla PKP Przewozy Regionalne nazwaną: „Wdrożenie systemu SAP HCM". W obu pozycjach wskazano, że odbiorca zatrudnia powyżej 4 001 osób (podano dokładne liczby), a więc zgodnie z zasadami pkt IV. 1.2 Ogłoszenia powinno być przyznane za każdą usługę 10 punktów, łącznie za obie te pozycje 20 punktów. Do wykazu dołączono list referencyjny (str. 232

wniosku) wystawiony w dniu 23 grudnia 2010 r. przez firmę PKP Cargo, który wymienia obszary, w których zrealizowane zostało wdrożenie. PKP Cargo w jasny sposób oświadczyło, że: „Aktualnie *realizowany jest kolejny etap projektu - wdrożenie finansów. Start produktywny planowany jest w styczniu 2011".* Do wykazu dołączono również list referencyjny (str. 237 wniosku) wystawiony przez firmę PKP Przewozy Regionalne, który wymienia obszary, w których zrealizowane zostało wdrożenie. Pismem z dnia 9 lutego 2011 r. zamawiający zwrócił się na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do złożenia dokumentów/oświadczeń i/lub wyjaśnień dotyczących tych pozycji wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, uzasadniając to tym, że „*Z prac wykonanych dla firmy PKP Cargo (usługa nr 1) nie wynika, że usługa obejmowała swym zakresem obszar księgowości. (...) Z prac wykonanych dla firmy PKP Przewozy Regionalne sp. z o.o. (usługa nr 5), nie wynika, że usługa obejmowała również swym zakresem obszar księgowości i finansów".* Chodziło o wyjaśnienie, czy każda z tych usług spełnia wymagania z pkt III.2.3) ppkt 1) Ogłoszenia, tj. wdrożone zostały obszary Kadry, Płace, Finanse i Księgowość. Pismem z dnia 15 lutego 2011 r., Konsorcjum SI-Consulting wyjaśniło, że „Prace *wykonywane dla firmy Przewozy Regionalne sp. z o. o. nie obejmowały obszar księgowości i finansów."* Ponadto Konsorcjum SI-Consulting wyjaśniło, że „W *systemie SAP ERP, moduł FI swoim zakresem funkcjonalnym odpowiada funkcjonalnością opisaną przez zamawiającego jako Finanse i Księgowość. W przypadku wdrożenia Systemu SAP ERP u klienta PKP Cargo pierwszy etap wdrożenia modułu FI (funkcjonalności finansów i księgowości) zakończono i uruchomiono produktywnie w lipcu 2009. Pełna funkcjonalność modułu FI uruchomiona została 3.01.2011".* Konsorcjum SI-Consulting nie przedstawiło żadnego pisma od PKP Cargo potwierdzającego te wyjaśnienia. Są one sprzeczne z treścią listu referencyjnego (str. 232 wniosku) wystawionego w dniu 23 grudnia 2010 r. przez firmę

PKP Cargo, który wymienia obszary, w których zrealizowane zostało wdrożenie. Nie ma wśród nich modułu FI. Nie ma wśród nich księgowości. Odnośnie finansów jest wyraźne stwierdzenie odbiorcy, że wdrożenie nie zostało zakończone. Nie ma również spełnionego wymagania z pkt III.2.3) ppkt 1) Ogłoszenia, tj. aby system był aktualnie eksploatowany produkcyjnie w każdym z wymaganych obszarów. W powyższy sposób Konsorcjum SI-Consulting złożyło nieprawdziwe informacje dotyczące spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. Konsorcjum SI - Consulting złożyło informacje mające świadczyć o tym, że za usługę z pozycji nr 1 wykazu powinno otrzymać po 10 punktów, w sytuacji gdy usługa nie spełnia wymagań. Usługa z poz. 5 (str. 6 wniosku) dla PKP Przewozy Regionalne również nie spełnia wymagań. Konsorcjum SI-Consulting otrzymało od zamawiającego 37 punktów, a powinno otrzymać 27 punktów. Złożenie nieprawdziwych informacji miało na celu zakwalifikowanie się do ograniczonego grona wykonawców zgodnie z zasadami określonymi w IV. 1.2) Ogłoszenia. Konsorcjum SI-Consulting nie wiedziało, ile

usług zostało przedstawionych we wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez innych wykonawców (ile punktów zostanie im przyznanych) i przedstawiło nieprawdziwe informacje mające zwiększyć jego szanse na zakwalifikowanie się do dalszego etapu przedmiotowego postępowania. Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SI-Consulting z przedmiotowego postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W odniesieniu do zarzutu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i zaniechania wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący podnosił, iż zgodnie z pkt III.2.3 Ogłoszenia postawionym przez zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu było „Dysponowanie *osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. wskazanie osób posiadających kwalifikacje zawodowe pozwalające na obsadzenie na kluczowych stanowiskach w czasie realizacji przedmiotu zamówienia."* Zamawiający postawił określone wymagania wobec osób, którymi ma dysponować wykonawca, a także określił: „Minimalna *ilość osób wymagana przez Zamawiającego: jeden kierownik projektu oraz dziesięciu konsultantów wiodących o kompetencjach pokrywających wszystkie obszary (Kadry, Płace, Księgowość, Finanse, Gospodarka Magazynowa, Środki Trwałe, Controling, Sprzedaż) oraz jeden konsultant w zakresie rozwiązań sprzętowych."* Konsorcjum SI-Consulting na str. 9-15 wniosku przedstawiło wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Wynika z niego, że na dzień składania wniosku, Konsorcjum SI-Consulting dysponowało siedmioma (7) konsultantami wiodącymi, zamiast wymaganych dziesięciu (10). Pismem z dnia 9 lutego 2011 r. zamawiający zwrócił się na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do złożenia dokumentów/oświadczeń i/lub wyjaśnień dotyczących wykazu osób w zakresie konsultantów wiodących, uzasadniając to tym, że „W *wykazie osób wskazano siedem osób jako konsultantów wiodących w obszarach (kadry, płace, księgowość, finanse, gospodarka magazynowa, środki trwałe, controling, sprzedaż)."* Pismem z dnia 15 lutego 2011 r., Konsorcjum SI-Consulting załączyło dokument zawierający wykaz osób, który „uzupełniono *o trzy dodatkowe osoby proponowane na stanowiska konsultantów wiodących".* Uzupełniony wykaz z dodatkowymi osobami ma datę 15 luty 2011 r., a więc datę po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (12 styczeń 2011 r.). Z powyższego wynika, że Konsorcjum SI-Consulting spełniło warunek dysponowania wymaganymi osobami, ale dopiero po terminie składania wniosków, co jest niezgodne z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Konsorcjum SI-Consulting nie wykazało spełniania warunku, pomimo wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 94/07, odwołujący podnosił, że „przepis *art. 26 ust. 3 ustawy pzp ma charakter wyjątkowy, należy traktować go*

literalnie, zaś żądanie uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp jest czynnością jednokrotną i nie może być stosowane powtórnie w stosunku do tego samego dokumentu. Tezę tę potwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 8 sierpnia 2006 r. (sygn. akt: V Ca 806/06)." Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy

Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SI-Consulting z przedmiotowego postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Asseco Poland odwołujący wskazywał, iż zamawiający naruszył przepis art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zakwalifikowanie Asseco Poland do dalszego udziału w postępowaniu (ograniczonej liczby wykonawców zapraszanych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp), pomimo że Asseco Poland nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, jak i powinno zostać wykluczone z przedmiotowego postępowania. Podnosił niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej. Zgodnie z pkt III.2.2) ppkt 2 Ogłoszenia w zakresie „Zdolności ekonomicznej i finansowej" postawionym przez Zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu było: „Wykonawca *posiada zdolność operacyjną - EBITDA w każdym z ostatnich trzech lat jest większa od 0 oraz wskaźnik szybki płynności >1,0 - (aktywa bieżące - zapasy) /zobowiązania bieżące. Wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia niniejszego warunku przedłoży tabelę z wartością EBITDA za każdy rok oraz załączy wyliczenie wskaźnika płynności szybkiej na dzień sporządzenia sprawozdania finansowego jak również bilans rachunek zysków i strat oraz rachunek przepływów pieniężnych stanowiący część sprawozdania finansowego".* W terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu, Asseco Poland złożyło wniosek, w którego formularzu wskazano, że jest składane przez jeden podmiot (Asseco Poland S.A.). Na str. 340 wniosku przedłożono wyliczenie wskaźnika płynności szybkiej, z którego w oparciu o dane z przedłożonego sprawozdania finansowego, wynika że za rok 2009 wskaźnik płynności szybkiej wynosi 0,93. Nie został więc spełniony warunek udziału w postępowaniu. Pismem z dnia 9 lutego 2011 r. zamawiający zwrócił się na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do złożenia dokumentów/oświadczeń i/lub wyjaśnień dotyczących m.in. wymaganego Ogłoszeniem oświadczenia na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy (warunek z pkt III.2.3) ppkt 1 Ogłoszenia - średnie roczne zatrudnienie u Wykonawcy w każdym z ostatnich trzech lat większe lub równe 100), wykazu osób dotyczącego konsultanta wiodącego w zakresie obszaru kadr, wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi wykonanie oraz sprawozdania finansowego. Zamawiający żądał również wyjaśnień w zakresie dotyczącym wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi wykonanie. Wezwanie w zakresie dotyczącym sprawozdania zamawiający

uzasadnił tym, że wymagał wskaźnika płynności szybkiej >1,0, a „*z załączonego sprawozdania finansowego, potwierdzonego (...) wyliczeniami, w/w wskaźnik za okres 2009 daje mniejszą od wymaganej wartość równą 0,93".* Pismem z dnia 15 lutego 2011 r., konsorcjum firm Asseco Poland S.A. i Asseco Business Solutions S.A. złożyło uzupełnienie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W uzupełnieniu znajduje się oświadczenie, że „projekt *zdecydowaliśmy się zrealizować w Konsorcjum Asseco Poland S.A. i Asseco Business Solutions S.A. Pełnomocnikiem konsorcjum jest firma Asseco Poland S.A."* W załączeniu przedłożono m.in. „uzupełnione dokumenty formalne Asseco Poland S.A.", „dokumenty formalne Asseco Business Solutions S.A.", „uzupełnienie wykazu usług i referencji", „uzupełnienie w zakresie wykazu osób", „pełnomocnictwo". Uzupełnione oświadczenie z art. 22 ustawy Pzp wymienia konsorcjum. Pisma stanowiące uzupełnienie (jak uzupełniane na wezwanie zamawiającego oświadczenie o zatrudnieniu wskazujące obu członków konsorcjum), jak i uzupełnione wykazy zostały podpisane przez osobę działającą na podstawie pełnomocnictwa, wymieniającego obie firmy jako partnerów konsorcjum. Z uzupełnionego wyliczenia wskaźnika płynności szybkiej (str. 262-263) wynika, że warunku nie spełnia Asseco Poland S.A., natomiast spełnia ten warunek Asseco Business Solutions S.A. Odwołujący podnosił, że żądane przez zamawiającego uzupełnienie zostało złożone przez podmiot inny aniżeli wnioskodawca wezwany przez zamawiającego. W konsekwencji zamawiający musi uznać, że wymagane pismem z dnia 9 lutego 2011 r. uzupełnienia i wyjaśnienia nie zostały złożone. Ponadto zamawiający nie może uznać spełnienia warunku płynności szybkiej przez Asseco Business Solutions S.A. jako członka konsorcjum, ponieważ to nie konsorcjum złożyło wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Asseco Business Solutions S.A. nie może być również uznane za tzw. inny podmiot na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Uzupełnienie wniosku pismem z dnia 15 lutego

2011 r. zostało złożone przez konsorcjum Asseco Poland S.A. i Asseco Business Solutions S.A., gdzie Asseco Business Solutions S.A. określono jako partnera konsorcjum, a nie tzw. inny podmiot. Nie jest dopuszczalne prowadzenie „negocjacji" w tym zakresie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Tymczasem takie „negocjacje" faktycznie były prowadzone, o czym odwołujący uzyskał wiedzę w dniu 24 marca 2011 r., kiedy udostępniono mu tę część dokumentacji. Po tym jak zamawiający otrzymał uzupełnienie z 15 lutego 2011 r., pismem z dnia 8 marca 2011 r. zamawiający zwrócił się do Asseco Poland na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia pisemnego zobowiązania firmy Asseco Business Solutions S.A. dotyczącego oddania do dyspozycji zasobów w zakresie sytuacji ekonomicznej. Zamawiający naruszył w ten sposób art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a uzupełnione zobowiązanie należy uznać za bezprzedmiotowe. Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że w zakresie sytuacji ekonomicznej przepisy ustawy Pzp (art. 26 ust. 2b) i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich

może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817) („rozporządzenie w sprawie dokumentów") (§1 ust. 3) nie dopuszczają polegania na sytuacji (zdolności) ekonomicznej innych podmiotów. Za taką należy uznać wykazywanie się wskaźnikiem ekonomicznym płynności szybkiej. Sam zamawiający w pkt V.1.3 Ogłoszenia rozróżnił zdolność ekonomiczną od finansowej postanawiając, że „W *przypadku warunku udziału w postępowaniu dot. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz zdolności ekonomicznej (sprawozdanie finansowe) dopuszcza się łączenie w ten sposób, że jeden z Wykonawców składający wspólny wniosek wykaże się spełnieniem warunku. (...) W przypadku warunku udziału w postępowaniu dot. dysponowania osobami zdolnymi do wykonana zamówienia jak również dot. zdolności finansowej (informacja banku lub SKOK) dopuszcza się łączenie w ten sposób, że Wykonawcy składający wspólny wniosek zsumują ilości i wartość w celu wykazania spełnienia warunku łącznie."* Asseco Poland nie wykazało spełniania warunku, pomimo wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wezwanie to nie mogło być zgodnie z prawem powtórzone. Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Asseco Poland z przedmiotowego postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podnosił także niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu - dysponowanie wymaganą osobą. Zgodnie z pkt III.2.3 Ogłoszenia postawionym przez zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu było „Dysponowanie *osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. wskazanie osób posiadających kwalifikacje zawodowe pozwalające na obsadzenie na kluczowych stanowiskach w czasie realizacji przedmiotu zamówienia."* Zamawiający postawił określone wymagania wobec osób, którymi ma dysponować wykonawca, a także określił: „Minimalna *ilość osób wymagana przez Zamawiającego: jeden kierownik projektu oraz dziesięciu konsultantów wiodących o kompetencjach pokrywających wszystkie obszary (Kadry, Place, Księgowość, Finanse, Gospodarka Magazynowa, Środki Trwale, Controling, Sprzedaż) oraz jeden konsultant w zakresie rozwiązań sprzętowych."* Asseco Poland na str. 368-387 wniosku przedstawiło wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Wynika z niego, że na dzień składania wniosku, Asseco Poland nie dysponowało osobą konsultanta wiodącego w zakresie obszaru kadr. Pismem z dnia 9 lutego 2011 r. zamawiający zwrócił się na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do złożenia dokumentów/oświadczeń i/lub wyjaśnień dotyczących wykazu osób dotyczącego konsultanta wiodącego w zakresie obszaru kadr, uzasadniając to tym, że „W *wykazie osób nie wskazano osoby odpowiedzialnej za obszar związany z kadrami."* Pismem z dnia 15 lutego 2011 r., konsorcjum firm Asseco Poland S.A. i Asseco Business Solutions S.A. złożyło uzupełnienie wniosku o dopuszczenie do udziału w

postępowaniu. Załączyło dokument zawierający wykaz osób, w którym wskazano osobę odpowiedzialną za obszar kadr. Niezależnie od tego, że uzupełnienie to zostało złożone przez podmiot inny aniżeli wnioskodawca wezwany przez zamawiającego, uzupełnienie to nie wykazuje spełnienia warunku udziału w postępowaniu jeszcze z innego powodu.

Uzupełniony wykaz (str. 302-322) ma datę 14 luty 2011 r., a więc datę po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (12 styczeń 2011 r.). Warunek dysponowania wymaganą osobą byłby więc spełniony, ale dopiero po terminie składania wniosków. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w obecnym brzmieniu wymaga potwierdzenia spełnienia warunku na dzień nie późniejszy niż termin złożenia wniosków. Asseco Poland nie wykazało spełniania warunku, pomimo wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Asseco Poland z przedmiotowego postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Simple odwołujący zarzucał, iż zamawiający naruszył przepis art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zakwalifikowanie Konsorcjum Simple do dalszego udziału w postępowaniu (ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 Ustawy), pomimo że Konsorcjum Simple nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, jak i powinno zostać wykluczone z przedmiotowego postępowania. W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż w wykazie wykonanych usług przedłożonym do wniosku (str. 313), Konsorcjum Simple przedstawiło w poz. 6 i 7 dwie usługi dla Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa. W poz. 6 usługę nazwaną: „Wdrożenie *w oparciu o Oracle e-Business Suitę Systemu gospodarki własnej obejmującej wszystkie aspekty działalności".* W poz. 7 usługę nazwaną: „system *wniosków i rozliczeń rolniczych".* W obu pozycjach wskazano, że odbiorca tj. Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa zatrudnia powyżej 4 001 osób (podano dokładną liczbę), a więc zgodnie z zasadami pkt IV. 1.2 Ogłoszenia o zamówieniu powinno być przyznane za każdą usługę 10 punktów, łącznie za obie te pozycje 20 punktów. Do wykazu dołączono list referencyjny wystawiony przez firmę Oracle dla firmy DahliaMatic sp. z o.o. jako podwykonawcy w realizowanym przez firmę Oracle wdrożeniu systemu Oracle e-Business Suite w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa. Pismem z dnia 9 lutego 2011 r. zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia dotyczące tych pozycji wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, uzasadniając to tym, że „Z *prac wykonanych dla Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (usługa nr 6 i 7) nie wynika jakie obszary (kadry, płace, finanse, księgowość) obejmowały swym zakresem w/w usługi."* Chodziło o wyjaśnienie, czy każda z tych usług spełnia wymagania z pkt III.2.3) ppkt

1) Ogłoszenia: tj. wdrożone zostały obszary Kadry, Płace, Finanse i Księgowość. Pismem z dnia 12 lutego 2011 r. Konsorcjum Simple jednoznacznie wyjaśniło, że „usługi *realizowane dla Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa wymienione w Wykazie Wykonanych Usług pozycja nr 6 i 7 obejmowały min. obszary: kadry, płace, finanse i księgowość".* W załączeniu Konsorcjum Simple przedstawiło pismo od DahliaMatic sp. z o.o. potwierdzające te wyjaśnienia. W powyższy sposób Konsorcjum Simple złożyło nieprawdziwe informacje dotyczące spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowania. Konsorcjum Simple złożyło informacje mające świadczyć o tym, że za obie usługi z pozycji nr 6 i 7 wykazu powinno otrzymać po 10 punktów, w sytuacji gdy żadna z tych usług nie spełnia wymagań. Usługa z poz. 6 w zakresie realizowanym przez firmę DahliaMatic sp. z o.o. nie obejmowała wdrożenia wszystkich wymaganych obszarów. Usługa z poz. 7 również nie obejmowała wdrożenia wymaganych obszarów. Konsorcjum Simple otrzymało od zamawiającego 34 punkty, a powinno otrzymać 24 punkty. Złożenie nieprawdziwych informacji miało na celu zakwalifikowanie się do ograniczonego grona wykonawców zgodnie z zasadami określonymi w IV. 1.2) Ogłoszenia. Konsorcjum Simple nie wiedziało, ile usług zostało przedstawionych we wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez innych wykonawców (ile punktów zostanie im przyznanych) i przedstawiło nieprawdziwe informacje mające zwiększyć jego szanse na zakwalifikowanie się do dalszego etapu przedmiotowego postępowania. Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Simple z przedmiotowego postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W odniesieniu do wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

zamawiający naruszył przepis art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zakwalifikowania odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu (ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp), pomimo że odwołujący nie podlega wykluczeniu, spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia z postępowania, a powinien otrzymać ocenę (punktową) spełniania warunków pozwalającą na zakwalifikowanie odwołującego do liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący otrzymał łącznie 30 punktów. Tymczasem powinien otrzymać 34 punkty. Odnośnie pozycji nr 1 wykazu wykonanych usług, zamawiający przyznał za tę usługę tylko 1 pkt, traktując odbiorcę usługi jako podmiot polski, zatrudniający w stosunku pracy od 1 000 do 2 000 osób. Odbiorca tej usługi to jednak jest podmiot polski, zatrudniający w stosunku pracy od 2 001 do 4 000 osób, a więc przyznanych powinno być za tę usługę 5 punktów. Do

odwołania dołączono szczegółowe uzasadnienie stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Załącznik nr 1). Odwołujący wnosił na podstawie przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp o nieujawnianie i nieudostępnianie innym podmiotom aniżeli strony postępowania odwoławczego (zamawiający i odwołujący) oraz ich pełnomocnikom tej części odwołania (Załącznik nr 1), jak i tej części dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które są informacjami lub dotyczą bezpośrednio informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego się w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.). Przystępujący do postępowania odwoławczego nie są stronami, w związku z czym nie powinny być im ujawniane lub udostępniane wskazane dokumenty lub ich części oznaczone jako zawierające tajemnice przedsiębiorstwa odwołującego się wykonawcy. Mając na uwadze, iż odwołujący jest zobowiązany dołożyć wszelkich starań i działań, aby informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa pozostały tajne i nie były dostępne powszechnie - także uzasadnienie odwołania nie może zostać ujawnione. Odwołujący wskazywał, iż ma interes prawny we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu i powinien zostać zakwalifikowany do ograniczonej liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do dialogu konkurencyjnego, po zakończeniu którego po otrzymaniu zaproszenia do złożenia oferty Odwołujący mógłby złożyć ofertę, która mogłaby zostać wybrana w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejsza. Naruszenie przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego uniemożliwia odwołującemu dalszy udział w przedmiotowym postępowaniu i ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. Z uwagi na powyższe odwołanie, zdaniem odwołującego, zasługuje na uwzględnienie.

W dniu 28 marca 2011 r. zamawiający wezwał wykonawców w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 31 marca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego Asseco Poland oraz Konsorcjum Simple. W tej samej dacie wpłynęło także do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sygnity S.A. (pełnomocnik), Max Elektronik S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa, reprezentowanych przez Sygnity S.A. jako pełnomocnika (dalej „Konsorcjum Sygnity"), wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Biuro

Informatyczno-Wdrożeniowe KONCEPT sp. z o.o., SUPRA sp. z o.o., 30-017 Kraków, ul. Racławicka 56 (dalej „Konsorcjum Koncept") oraz wykonawcy Siemens IT Solutions and Services Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. śupnicza 11.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, w tym dokumentację postępowania, odwołanie, przystąpienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestników złożone na piśmie na rozprawie oraz ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący spełnia również przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ potwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniu skutkować będzie ponowną oceną wniosków, co daje mu jako podmiotowi, który uzyskał 30 pkt i zajął 6 miejsce w rankingu wniosków, możliwość zakwalifikowania się do ograniczonej liczby pięciu kandydatów zaproszonych do dialogu konkurencyjnego.

Izba dopuściła do postępowania odwoławczego w charakterze uczestników po stronie zamawiającego zgłaszających przystąpienie Asseco Poland oraz Konsorcjum Simple, natomiast po stronie odwołującego Konsorcjum Sygnity, Konsorcjum Koncept oraz wykonawcę Siemens IT Solutions and Services Sp. z o.o., uznając, iż spełniają przesłanki skuteczności przystąpienia określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Wprawdzie odnośnie przystąpienia Konsorcjum Sygnity w treści przystąpienia jako przystępującego wskazano jedynie Sygnity S.A., jednak z załączonych do przystąpienia dokumentów wynika jednoznacznie, iż działa jako pełnomocnik obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Załączone pełnomocnictwa potwierdzają jego uprawnienie do reprezentacji wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sygnity S.A. (pełnomocnik), Max Elektronik S.A. także w odniesieniu do przystępowania do postępowań odwoławczych. Brak literalnego wskazania drugiego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stanowi zatem jedynie nieścisłość formalną, natomiast nie wpływa, według Izby, na ocenę skuteczności przystąpienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. W odniesieniu do poszczególnych zarzutów Izba zważyła, co następuje.

1. Zarzuty dotyczące Konsorcjum SI-Consulting

W odniesieniu do Konsorcjum SI-Consulting odwołujący podnosił w odwołaniu:

---

1. naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zakwalifikowanie Konsorcjum SI-Consulting do dalszego udziału w postępowaniu (ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp), pomimo że Konsorcjum SI-Consulting nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, jak i powinno zostać wykluczone z przedmiotowego postępowania;
2. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SI-Consulting z przedmiotowego postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
3. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SI-Consulting z przedmiotowego postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do 10 wiodących konsultantów – Konsorcjum SI-Consulting nie potwierdziło wobec 3 wskazanych na wezwanie osób będących wiodącymi konsultantami, iż warunek dysponowania nimi był spełniony także w dacie składania wniosków.

W związku z powyższymi zarzutami żądał ponownej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum SI-Consulting, nakazanie wykluczenia tego podmiotu z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na złożenie przezeń nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania oraz nakazania wykluczenia Konsorcjum SI-Consulting z przedmiotowego postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 60d ust. 2 ustawy Pzp zamawiający zaprasza do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, nie mniejszej niż 5. Z kolei art. 60d ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, że jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do dialogu wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków, zaś wykonawcę niezaproszonego do dialogu traktuje się jak wykluczonego z postępowania. Tym samym zamawiający w ramach kwalifikacji podmiotów do dalszej części postępowania (oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu) najpierw ustala, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu (minimalne), a następnie dokonuje oceny stopnia spełnienia

przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z treścią ogłoszenia tj. zgodnie z opisem sposobu przyznawania punktów w zakresie danego warunku oraz tworzy ranking wykonawców. Każdy wykonawca, który spełnia warunek podmiotowy lepiej niż inny wykonawca, otrzymuje większą ilość punktów – odpowiednią do określonej w treści ogłoszenia i przedstawionych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów. Zamawiający zaprasza do dialogu tych, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, iż na gruncie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp zarzut, iż dany podmiot został zakwalifikowany do dialogu, pomimo iż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, należy interpretować jako niespełnienie przez niego warunków minimalnych, a nie błędną ocenę stopnia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (poprzez przyznanie punktacji za usługę, która nie spełnia warunku udziału w postępowaniu).

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum SI-Consulting pomimo, iż podmiot ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, stwierdzić należy, że do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ (informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ) na wynik postępowania połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowym. Ponadto wskazać należy, iż norma prawna wyrażona w powołanym wyżej przepisie jest normą iuris cogentis. Oznacza to, że zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku, do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z tego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nie zostaną zachowane. Teza ta znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie powyższego przepisu wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało (aktualnie także mogło mieć) wpływ na wynik postępowania. Wystarczające jest wykazanie potencjalnego wpływu. Jak wskazano powyżej, na gruncie niniejszej sprawy ciężar dowodu złożenia nieprawdziwych informacji spoczywa na odwołującym.

Zdaniem Izby wskazanie w wykazie usług, które nie spełniają warunku wiedzy i doświadczenia zgodnie z wymaganiami Ogłoszenia nie oznacza jeszcze podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Uwzględniając orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie należy wskazać, że wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie tego przepisu, należy bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe

informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego (wykonawca wiedząc, że informacje są nieprawdziwe – chciał je przedłożyć) lub na zamiaru ewentualnego (wykonawca wprawdzie nie chciał przedłożyć nieprawdziwych informacji, ale przewidywał realną możliwość, że są one nieprawdziwe i na to się godził), bądź też wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wreszcie, wykonawca nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć. Zamawiający zatem, powołując się na podstawę prawną wykluczenia, o której mowa powyżej powinien w pierwszej kolejności wykluczyć, iż przedłożone oświadczenia i dokumenty nie są skutkiem błędnej interpretacji np. ogłoszenia czy siwz zarówno przez wykonawcę jak i zamawiającego, czy też omyłki oraz jaki ma to skutek na wynik prowadzonego postępowania, albowiem tylko takie ustalenie pozwoliłoby postawić tezę, że przedłożone informacje są nieprawdziwe, a ich przedłożenie miało, w konsekwencji na celu niezgodne z ustawą Pzp uzyskanie zamówienia przez wykonawcę, a zatem miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ponadto orzecznictwo podkreśla, że dokonując wykluczenia na podstawie powyższej przesłanki nie można pomijać zasady prawnej *in dubio pro reo* interpretowanej na gruncie prawa zamówień publicznych w ten sposób, iż wątpliwości nie dających się rozstrzygnąć nie można tłumaczyć na niekorzyść wykonawcy (wyrok KIO z dnia 2 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 766/09).

Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Izby w odniesieniu do usługi wykonywanej na rzecz PKP Przewozy Regionalne sp. z o.o. nie wynika, aby Konsorcjum SI-Consulting złożyło oświadczenie, iż usługa ta obejmuje obszar księgowości i finansów. Zamawiający, weryfikując spełnienie warunku wyjaśnił tę kwestię z wykonawcą, który złożył stosowne oświadczenie, z którego wynikało, iż usługa ta nie może zostać zaliczona do spełniających warunek udziału w postępowaniu i nie podlega punktacji. Nie jest to jednak tożsame ze złożeniem nieprawdziwych informacji, ponieważ wykonawca nie zawarł w wykazie informacji, która zostałaby zweryfikowana jako nieprawdziwa. Ustawa Pzp dopuszcza w trybie art. 26 ust. 3 uzupełnianie oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu. Uzupełnienie dotyczy także sytuacji, gdy dokumenty i/lub oświadczenia nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Orzecznictwo

przesądziło bowiem o możliwości przedkładania zupełnie nowych, zmienionych wykazów sprzętu, osób czy doświadczenia. Oznacza to zatem, iż okoliczność, że usługa wskazana w wykazie nie spełnia warunku wiedzy i doświadczenia nie przesądza ze swej istoty o uznaniu, iż złożono nieprawdziwą informację mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania stanowiącą podstawę do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Okoliczności takiej nie udowodniono także w odniesieniu do usługi na rzecz PKP Cargo S.A. Odwołujący oraz wykonawcy przystępujący po stronie odwołującego wskazywali na niezgodności pomiędzy datami wykonania usługi wynikającymi z wykazu oraz referencji. W wykazie wykonawca wskazał bowiem jako datę zakończenia usługi kwiecień 2010r. Równocześnie z referencji wynikało, iż I etap wdrożenia modułu FI, tj. wdrożenie finansów w zakresie zarządzania majątkiem trwałym, zakończył się w lipcu 2009 r., z kolei data – kwiecień 2010 r. dotyczy uruchomienia systemu w zakresie gospodarki materiałowej. Tym samym w zadeklarowanym terminie kwiecień 2010 r. usługa nie obejmowała pełnego wdrożenia funkcjonalności modułu FI, który nastąpił, zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy, w styczniu 2011 r. Referencja z grudnia 2010 r. w sposób oczywisty nie mogła potwierdzać startu produktywnego całości modułu FI z dnia 3 stycznia 2011 r., na który wykonawca wskazał w wyjaśnieniach. Dowodem na start produktywny w zadeklarowanej dacie nie jest także informacja PKP Cargo S.A. przedłożona na rozprawie, ponieważ potwierdza ona start produktywny w styczniu 2011 r., nie wskazując konkretnej daty. Na jego podstawie nie można więc zweryfikować, czy start produktywny modułu nastąpił przed terminem składania wniosków. Równocześnie jednak odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, iż taki start produktywny nie został w tej dacie dokonany, a zatem, że oświadczenie Konsorcjum SI-Consulting nie jest prawdziwe. Z powyższego wynika zatem jedynie, iż zamawiający uznał i przydzielił punkty za usługę, co do której nie posiadał potwierdzenia jej należytego wykonania w pełnym wymaganym zakresie. Ta okoliczność podlega jednak uzupełnieniu, ponieważ zamawiający nie wskazał w treści wezwania, iż w jego ocenie wadą przedłożonych

dokumentów jest zarówno brak potwierdzenia zakresu wykonanej usługi, jak i jej należytego wykonania w pełnym zakresie. Takiego wniosku nie sposób wysnuć z treści wezwania zamawiającego. Ponadto wezwanie w tym zakresie dotyczyło złożenia wyjaśnień, a nie uzupełnienia dokumentów. Tym samym w ocenie Izby takie uzupełnienie dokumentów, które w prawidłowy sposób potwierdziłoby należyte wykonanie zadania byłoby jeszcze możliwe. Izba podkreśla jednak, iż przedmiotem zarzutu podniesionego w odwołaniu było zaniechanie wykluczenia wykonawcy z uwagi na podanie przez niego nieprawdziwych informacji rozumianych jako wskazanie usługi, która nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w celu uzyskania dodatkowych punktów, a nie błędna ocena stopnia spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum SI –Consulting poprzez przyznanie punktacji za usługę, która nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, tj. nie obejmuje pełnego zakresu

względnie nie zostało potwierdzone jej należyte wykonanie na dzień składania wniosków w pełnym zakresie. Taki zarzut w treści odwołania nie został sformułowany. Izba wskazała powyżej, iż w świetle art. 60 d ust. 2 i 3 ustawy Pzp należy odróżnić spełnianie warunków udziału w postępowaniu (minimalnych) i ocenę stopnia spełniania tych warunków stanowiącą podstawę do budowy rankingu wykonawców. Odwołujący w stosunku do Konsorcjum SI-Consulting nie postawił jednoznacznego zarzutu błędnej oceny stopnia spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum SI –Consulting poprzez przyznanie punktacji za usługę, która nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a zatem punktacji nie podlega. Odwołujący zarzucił bowiem naruszenie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zakwalifikowanie Konsorcjum SI-Consulting do dalszego etapu postępowania, pomimo iż podmiot ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (wykluczenie w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp) oraz winien być wykluczony z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji (wykluczenie w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), co wynika z treści uzasadnienia odwołania. Tym samym zarzucane naruszenie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp, zgodnie z treścią uzasadnienia, dotyczy zaproszenia do dalszego udziału w postępowaniu (ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu zgodnie z art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp) podmiotu, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w rozumieniu warunków minimalnych oraz podlega dodatkowo wykluczeniu z innej podstawy. Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp związana jest zakresem zarzutów podniesionych w odwołaniu i nie jest uprawniona do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego ustawy Pzp z przekroczeniem tego zakresu, obligując zamawiającego do podjęcia określonych czynności w ramach niniejszego postępowania odwoławczego.

Co do zarzutu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – 10 konsultantów wiodących poprzez brak wykazania, iż na dzień składania wniosków wykonawca dysponował 3 dodatkowymi osobami wskazanymi w uzupełnieniu Izba stwierdza, co następuje. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zdanie drugie powołanego przepisu stanowi, iż złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy,

usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Odnośnie daty, w której warunki winny być spełniane i co powinno zostać potwierdzone w wyniku uzupełnienia, żadne wątpliwości w praktyce stosowania ustawy Pzp nie występowały. Przyjmuje się więc możliwość przedłożenia w ramach uzupełnienia, np. wykazu zrealizowanych robót zawierającego

pozycje zupełnie inne niż wykazywane pierwotnie, albo przedłożenia zmienionego wykazu osób, który pierwotnie spełniania warunków nie potwierdzał. Jednakże w świetle powołanego przepisu za oczywiste uznać należy, że wykazywane (uzupełniane) w ten sposób na potwierdzenie wymaganych zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp doświadczenia czy potencjału personalnego – roboty powinny zostać zrealizowane przed dniem składania ofert/wniosków, a nowymi/uzupełnionymi osobami wykonawca powinien dysponować również w tej dacie lub w tej dacie posiadać zobowiązanie innych podmiotów, że takie osoby mu udostępnią. Ustawa Pzp nie określa natomiast formalnego sposobu wykazania, iż uzupełnione dokumenty potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu na daną datę. Przepisy nie opisują szczegółowo, w jaki sposób uzupełnione dokumenty mają tą okoliczność oddawać i wyrażać. O ile np. w przypadku realizacji robót czy dostaw czas ich ukończenia wynika z żądanych oraz podawanych zgodnie z rozporządzeniem w sprawie dokumentów dat ich wykonania, to w przypadku żądania wykazania osób, którymi dysponuje wykonawca brak jest konieczności oddzielnego potwierdzenia czy wskazywania ram czasowych „dysponowania" (mowa jest o podstawie do dysponowania tymi osobami). Przyjmuje się więc, iż wystarczające jest samo przedłożenie stosownego wykazu osób w tym przedmiocie, przy pomocy którego wykonawca te okoliczności potwierdza. Brak więc również podstaw do twierdzenia, iż w ramach uzupełniania wykazu osób, którymi dysponuje wykonawca, winien on składać jakieś oddzielne deklaracje czy dokumenty potwierdzające, w jaki sposób oraz kiedy wykazywanymi osobami dysponował, gdy z samej treści oraz kontekstu zastosowania wykonywanej w tej sytuacji dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że przedkładany wykaz odnosi się i potwierdza spełnianie warunku dysponowania stosownymi osobami oraz że potwierdzenie to następuje na dzień składania wniosku (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2010 r. KIO/UZP 816/10). W ocenie Izby z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia wykazu, wskazując, iż ma być aktualny na dzień składania wniosku. Wykonawca, realizując wezwanie, przedłożył uzupełniony wykaz. Na rozprawie zamawiający przedłożył oświadczenie Konsorcjum SI-Consulting, w którym wskazało ono, iż dodatkowymi osobami dysponuje na podstawie stałych umów o współpracy trwających odpowiednio od 1 października 2006 i 2 stycznia 2007 r. W ocenie Izby odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu przeciwnego, który podważałby tezę, iż Konsorcjum SI-Consulting dysponowało tymi

osobami także w dniu składania wniosków, a sam brak wyraźnego oświadczenia o dysponowaniu w dacie składania wniosku, uwzględniając kontekst sytuacyjny złożonego oświadczenia, nie przesądza o tezie przeciwnej. W tej mierze nie zostały przedstawione żadne dowody, które podważałyby powyższe stanowisko. Nie zostało zatem wykazane, aby zaistniała przesłanka, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

2. Zarzuty dotyczące Asseco Poland S.A.

W ocenie Izby potwierdziły się zarzuty dotyczące naruszenia przepisu art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zakwalifikowanie Asseco do dalszego udziału w postępowaniu (ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp), pomimo że Asseco nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, jak i powinno zostać wykluczone z przedmiotowego postępowania oraz przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Asseco z przedmiotowego postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej. Jak było to wskazane, zamawiający w pkt III.2.2) ppkt 2 Ogłoszenia odróżnił zdolność finansową od zdolności ekonomicznej. W zakresie zdolności finansowej wymagał: „1. *Wykonawca posiada środki finansowe na rachunku bankowym lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 5 mln zł".* Na potwierdzenie tego należało przedstawić informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z kolei w zakresie zdolności ekonomicznej wymagał: „2. *Wykonawca posiada zdolność operacyjną – EBITDA w każdym z ostatnich trzech lat jest większa od 0 oraz wskaźnik szybki płynności >1,0 - (aktywa bieżące – zapasy) / zobowiązania bieżące. Wykonawca w celu potwierdzenia*

spełnienia niniejszego warunku przedłoży tabelę z wartością EBITDA za każdy rok oraz załączy wyliczenie wskaźnika płynności szybkiej na dzień sporządzenia sprawozdania finansowego jak również bilans rachunek zysków i strat oraz rachunek przepływów pieniężnych stanowiący część sprawozdania finansowego". Wymagał także przedstawienia sprawozdania finansowego albo jego części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również opinii odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności - za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres. Wskaźnik płynności szybkiej

dotyczy zatem zdolności ekonomicznej, co jednoznacznie wynika zarówno z charakteru tego wskaźnika, jak i treści Ogłoszenia. Ponadto charakter tego wskaźnika jako potwierdzającego zdolność ekonomiczną nie był przedmiotem sporu. Z dokumentacji postępowania, tj. wniosku złożonego przez Asseco Poland w terminie składania wniosków bezspornie wynika, iż wniosek został złożony samodzielnie przez spółkę Asseco Poland S.A. We wniosku przedłożono wyliczenie wskaźnika płynności szybkiej, które, w oparciu o dane z przedłożonego sprawozdania finansowego, potwierdza, że za rok 2009 wskaźnik płynności szybkiej dla tego podmiotu wynosi 0,93. Tym samym warunek udziału w postępowaniu nie został przez Asseco Poland spełniony. W ocenie Izby w uzupełnieniu wniosku z dnia 14 lutego 2011 r. przedłożonym na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do złożenia dokumentów/oświadczeń i/lub wyjaśnień dotyczących m.in. wymaganego wskaźnika płynności szybkiej dokonano w istocie zmiany podmiotowej po stronie wykonawcy, tj. w miejsce wykonawcy Asseco Poland wprowadzono wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Poland (jako pełnomocnika konsorcjum) i Asseco Business Solutions SA (jako konsorcjanta). Świadczy o tym zarówno sformułowanie, iż „w *celu spełnienia warunku, projekt zdecydowaliśmy się wykonać w Konsorcjum Asseco Poland S.A. i Asseco Business Solutions S.A. Pełnomocnikiem konsorcjum jest firma Asseco Poland S.A.",* jak i przedłożone dokumenty. W załączeniu przedstawiono bowiem nowy formularz wniosku, gdzie jako wykonawcę wskazano Asseco Poland S.A. oraz Asseco Business Solutions S.A. jako partnera konsorcjum. Z uzupełnionego wyliczenia wskaźnika płynności szybkiej wynika, iż Asseco Poland wymaganego wskaźnika płynności szybkiej za rok 2009 nie spełnia, spełnia go natomiast Asseco Business Solutions S.A. Jednoznaczne jest zatem, iż Asseco Poland samodzielnie nie spełniało warunku udziału w postępowaniu i nie wykazało tego spełnienia także w wyniku uzupełnienia wniosku. Prawidłowy wskaźnik płynności szybkiej posiada bowiem inny podmiot niż ten, który pierwotnie złożył wniosek. Asseco Poland nie miało możliwości modyfikacji wniosku w tym zakresie i oświadczenie w tej mierze nie może być uznane za skuteczne. Podjęcie próby złożenia w wyniku uzupełnienia nowego wniosku przez innego wykonawcę można interpretować jako odwołanie pierwotnego wniosku wykonawcy, w którym deklarował on występowanie jako samodzielny wykonawca i zastąpienie go innym oświadczeniem, w którym jako wykonawca funkcjonują podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby niezasadne jest stanowisko zamawiającego, który tę okoliczność całkowicie pominął, uznając, że pomimo jednoznacznego oświadczenia woli wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia jako wykonawcę nadal traktował wyłącznie Asseco Poland – tak jak w pierwotnej treści wniosku. Powyższe pozostaje w sprzeczności zarówno z jasnym oświadczeniem Asseco Poland, jak i przedłożonymi przezeń dokumentami. Izba nie dała wiary wyjaśnieniom prezentowanym przez Asseco Poland, iż określenie „konsorcjum", którym posłużono się w treści uzupełnienia

należy rozumieć w oderwaniu od regulacji art. 23 ustawy Pzp. Asseco Poland dowodził, iż pojęcie konsorcjum nie oznacza, że dwa podmioty uczestniczące w konsorcjum tworzą jeden podmiot, jak błędnie, jego zdaniem, wywodził odwołujący. Umowa konsorcjum reguluje jedynie stosunki wewnętrzne pomiędzy uczestnikami konsorcjum, nie przesądzając, czy oba podmioty w przypadku tworzenia konsorcjum będą zawierać umowę z kontrahentem wspólnie, czy też jeden z nich zawrze umowę z kontrahentem, a drugi w ramach konsorcjum będzie jedynie podwykonawcą, co w przypadku wyboru oferty Asseco Poland przez

zamawiającego w postępowaniu miałoby miejsce, tj. że to wykonawca Asseco Poland samodzielnie występowałby w charakterze wykonawcy jako strona umowy z zamawiającym, a Asseco Business Solutions S.A. jako podwykonawca, a zatem tzw. inny podmiot w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zdaniem Asseco Poland z treści korespondencji pomiędzy zamawiającym a Asseco Poland wynika, iż zarówno Asseco Poland, jak i zamawiający traktowali Asseco Business Solutions S.A. jako potencjalnego podwykonawcę Asseco Poland w przypadku wyboru jego oferty w związku z postępowaniem, a nie podmiot będący wraz z Asseco Poland stroną przyszłej umowy. Świadczy o tym zakwalifikowanie Asseco Poland do dalszego toku postępowania i brak odwołania ze strony podmiotu składającego uzupełnienie wniosku. W ocenie Izby powyższe dywagacje są niezasadne i nie znajdują oparcia w dokumentacji postępowania. Twierdzenie, jakoby jasne i jednoznaczne powołanie się na wolę występowania w konsorcjum, w ramach którego pełnomocnikiem będzie Asseco Poland, a Asseco Business Solutions S.A. partnerem, nie oznacza woli wspólnego występowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 23 ustawy Pzp jest całkowicie nieprzekonywujące. Nie znajduje bowiem oparcia w żadnym dokumencie przedłożonym w postępowaniu. Wręcz przeciwnie dokumenty te przemawiają za uznaniem, iż zamiarem tych podmiotów było wspólne złożenie wniosku, a następnie złożenie wspólnej oferty. Wynika to zarówno z treści wniosku sporządzonego na formularzu przygotowanym i udostępnionym przez zamawiającego, który jednoznacznie wskazywał, że w przypadku występowania w konsorcjum (w rozumieniu art. 23 ustawy Pzp i żadnym innym) należało wskazać partnera konsorcjum. Asseco Poland, składając pierwotny wniosek, nie miało problemu z interpretacją pojęcia „partner konsorcjum" i takiego partnera nie wskazało, następnie natomiast w uzupełnieniu wniosku (będącym w istocie nowym wnioskiem) spółka Asseco Business Solutions S.A. pojawiła się we wniosku właśnie w miejscu przeznaczonym dla określenia konsorcjanta. Asseco Poland niewątpliwe również odróżniała pojęcie konsorcjanta od innego podmiotu, z którego zasobów się korzysta w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, mając świadomość, iż podmiotu takiego nie należy wskazywać jako konsorcjanta (IDS Sheer Polska sp. z o.o.) w treści wniosku. Ponadto z treści pełnomocnictwa z dnia 11 lutego 2011 r. załączonego do uzupełnienia udzielonego przez Asseco Business Solutions S.A. Pani Oldze Z. wynika wola upełnomocnienia do wspólnego

z Asseco Poland występowania o udzielenie zamówienia, tj. wspólnego złożenia wniosku i złożenia wspólnej oferty. Nie znajdują uzasadnienia wywody Asseco Poland, iż pełnomocnik podpisujący uzupełnienie wniosku (ten sam, który podpisał pierwotny wniosek) działał na podstawie dwóch różnych pełnomocnictw pochodzących od dwóch różnych podmiotów, tj. pełnomocnictwa udzielonego przez Asseco Poland oraz pełnomocnictwa udzielonego przez Asseco Business Solutions S.A. Wykonawca Asseco Poland S.A. wskazywał, iż uzupełnienie wniosku nie zostało podpisane w imieniu jednego podmiotu. Podnosił także, iż pełnomocnictwo Asseco Business Solutions S.A. uprawniało pełnomocnika jedynie do złożenia wspólnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oferty w postępowaniu. Tym samym skoro wniosek został złożony przez Asseco Poland, to pełnomocnictwo udzielone przez Asseco Business Solutions S.A. do złożenia wspólnego wniosku stało się bezprzedmiotowe. Powyższe stwierdzenia abstrahują jednak od stanu faktycznego sprawy. Do uzupełnienia wniosku zostało załączone pełnomocnictwo dla Pani Olgi Z. od Asseco Business Solutions S.A. do wspólnego z Asseco Poland złożenia wniosku i złożenia wspólnej oferty. W tym zakresie rzeczywiście uprawnienie do działania także w imieniu Asseco Poland jako występującego wspólnie z Asseco Business Solutions S.A. mogło budzić wątpliwość i być niewystarczające, co nie zmienia jednak roli ani Asseco Poland ani Asseco Business Solutions S.A. Pełnomocnictwo zostało udzielone 11 lutego 2011 r., a zatem już po pierwotnym terminie składania wniosków, stąd przy założeniu, iż zamiarem podmiotów była zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy nie można uznać go za bezprzedmiotowe Zamawiający nie wyjaśniał, jak należy rozumieć sposób uzupełnienia przez Asseco Poland wniosku. żaden z dokumentów nie pozwalał na przyjęcie, jak uczynił to zamawiający, iż Asseco Business Solutions S.A. jest podmiotem, na którego zasób wykonawca się powołuje w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Jak było wskazane, formuła ta była wykonawcy znana, gdyż wykazywał warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia i dysponowania potencjałem kadrowym w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Wystąpienie zamawiającego o uzupełnienie zobowiązania do udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wynikało zatem nie z oświadczenia samego wykonawcy, ale oceny

dokonanej przez zamawiającego, a opierającej się, zdaniem Izby, na ustaleniu, iż skoro nie jest możliwa zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy, a nie wykazał on samodzielnie spełnienia warunku, jedyną dostępną mu drogą, aby spełnienie warunku wykazać jest art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, uznając konsorcjanta za inny podmiot w rozumieniu tego przepisu. Zamawiający, występując z takim żądaniem, niewątpliwe wykroczył poza przyznane mu ustawą Pzp kompetencje i związane z nimi obowiązki wskazane w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Niezasadne jest natomiast stanowisko przystępującego Konsorcjum Koncept, jakoby w ogóle nie było możliwe uzupełnienie w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązania do udostępniania zasobów w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. Co prawda ani dokument

zawierający zobowiązanie do udostępnienia zasobu, ani też ewentualne inne dokumenty, jakie mógłby zechcieć w tym zakresie przedstawić wykonawca, nie zostały wskazane w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, jednak pomimo tego dokumenty te podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp na zasadach identycznych, jak dokumenty wskazane w rozporządzenie w sprawie dokumentów. Nie można bowiem pominąć okoliczności, że z mocy przepisu szczególnego ustawy Pzp, wykonawcy mają możliwość przedłożenia takiego dokumentu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Brak przywołania w przepisach rangi rozporządzenia dokumentu, który został samodzielnie wskazany w przepisach ustawy Pzp nie może prowadzić do odmówienia mu właściwości dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków podmiotowych w postępowaniu, a dokumenty takie z mocy art. 25 ust. 1 ustawy Pzp podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (tak w wyroku z dnia 9 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1026/10). Rację ma natomiast odwołujący, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten mówi bowiem sytuacji, gdy wykonawca nie złożył w określonym terminie wymaganych przez zamawiającego oświadczeń i /lub dokumentów albo złożył wymagane oświadczenia/dokumenty zawierające błędy. Zamawiający nie był uprawniony do samodzielnego, za wykonawcę ustalenia w jakiej formule wykazuje on zdolność ekonomiczną i wezwania go zgodnie z własnymi ustaleniami do uzupełnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów, gdy z żadnego dokumentu przedłożonego wraz z uzupełnieniem nie wynikało, iż odwołuje się on do udostępnienia zasobów w trybie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Powyższe świadczy także o naruszeniu zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Asseco Poland w uzupełnieniu nie przedłożył dokumentów, które pozwalałby na uznanie zgodnie z przepisami ustawy Pzp, iż wykazał zdolność ekonomiczną. Nie mógł jej bowiem wykazać przez zmiany w składzie podmiotowym po stronie wykonawcy. Niezasadne jest także twierdzenie zamawiającego i Asseco Poland jakoby ustawa Pzp pozwalała na utożsamienie z tzw. innym podmiotem, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp konsorcjanta. Ustawa Pzp wyraźnie kwalifikuje wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako wykonawcę. śaden z takich podmiotów nie może być zatem równocześnie innym podmiotem w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Istotą zawiązania konsorcjum na potrzeby ubiegania się o udzielenie zamówienia jest wola wspólnego ubiegania się o zamówienia i wspólnej realizacji umowy, a u podstaw tej decyzji zwykle leży okoliczność, iż konsorcjanci nie spełniają samodzielnie warunków udziału w postępowaniu. Ponadto przyjęcie, iż w przypadku uzupełnienia wniosku Asseco Poland sporządzonego na formularzu wniosku przygotowanym na potrzeby przedmiotowego postępowania i wykorzystywanym przez wykonawców, pojęcie partnera – konsorcjanta należy rozumieć w inny sposób niż w przypadku pozostałych wykonawców, którzy sporządzili wnioski na takich samych formularzach, wskazując w stosownym miejscu

podmioty, z którymi wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, co nie budziło wątpliwości zamawiającego, oznaczałoby nierówne traktowanie wykonawców. W ocenie Izby zamawiający nie miał zatem podstaw do wystosowania wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Z kolei co do dopuszczalności posługiwania się udostępnieniem zasobów w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp dla wykazania zdolności ekonomicznej Izba nie podziela poglądu o istnieniu takiej możliwości w świetle brzmienia obowiązujących przepisów ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie dokumentów. Jak było to wskazane, posiadanie określonego

wskaźnika płynności szybkiej wskazuje na zdolność ekonomiczną wykonawcy, a ta na mocy art. 26 ust. 2b ustawy Pzp podlega wyłączeniu spod dyspozycji niniejszego przepisu. W tym zakresie wymagane jest, aby to wykonawca samodzielnie lub występując wspólnie o udzielenie zamówienia wykazał, że spełnia warunki postawione przez zamawiającego. Wynika to także z treści rozporządzenia w sprawie dokumentów, gdzie nie przewidziano, jakich dokumentów wymaga się w przypadku, jeżeli wykonawca, wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu, powoływałby się na zdolność ekonomiczną podmiotu trzeciego (wskazano natomiast w § 1 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów na konieczność przedstawienia informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej w przypadku korzystania z zasobów podmiotu trzeciego w zakresie zdolności finansowej). Zamawiający podkreślał, że w swoim stanowisku uwzględnił wnioski wynikające z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2011 r. sygn. akt KIO 269/11, w którym Izba z uwagi na nieprawidłową (niepełną), w jej opinii, implementację do polskiego porządku prawnego art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30 kwietnia 2004 r. str. 114) (dalej „Dyrektywa") wskazała na konieczność prounijnej wykładni art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, tj. takiej, która dopuszczałaby możliwość powoływania się również na zasoby ekonomiczne podmiotu trzeciego. Jak wskazywano art. 47 ust. 2 Dyrektywy nie różnicuje warunków ekonomicznych i finansowych, toteż mając na względzie osiągnięcie rezultatu założonego przez Dyrektywę, tj. zwiększenia konkurencyjności postępowań, sformułowanie zawarte w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, iż wykonawca może polegać na zdolnościach finansowych innych podmiotów należy rozumieć jako zdolność dotyczącą zarówno sytuacji ekonomicznej, jak i finansowej wykonawcy. Izba nie podziela powyżej przedstawionego poglądu. W ocenie Izby zwrócić należy uwagę na pełną treść art. 47 ust. 2 Dyrektywy, który daje wykonawcy możliwość, w odniesieniu do sytuacji finansowej i ekonomicznej, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegania na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji

udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. Odwołuje się on zatem do „stosownych sytuacji", „konkretnego zamówienia" oraz nakazuje udowodnienie dysponowania (faktycznego) danym zasobem. Tym samym nie można uznać także na podstawie Dyrektywy, iż generalnie w każdej sytuacji w odniesieniu do każdego zamówienia dopuszczalne jest powoływanie się na zdolność ekonomiczną podmiotu trzeciego. Izba podziela w tej mierze argumentację zawartą w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2010 r. KIO/UZP 1754/10, gdzie wskazano, iż przepis art. 47 ust. 2 ustawy Pzp nie określa, kto wyznacza te stosowne sytuacje: zamawiający, wykonawca czy też właściwy przepis prawa i jest na tyle dyspozycyjny przez określenie „stosowne sytuacje", że nie można postawić zarzutu, iż treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez pominięcie jednej z dwóch zdolności (ekonomiczna i finansowa) jest sprzeczna z treścią art.47 ust. 2 Dyrektywy, jak również, że jest to błąd legislacyjny. Zdaniem Izby należy zwrócić uwagę, iż nie jest wykluczone, że wyłączenie zdolności ekonomicznej podyktowane zostało np. tym, że w odniesieniu do wskaźników ekonomicznych, które są immanentnie związane z danym podmiotem może nie być możliwe udowodnienie zamawiającemu, że zasoby potrzebne do realizacji zamówienia pozostaną przez cały okres realizacji umowy do dyspozycji wykonawcy, co jest warunkiem powołania się na zasoby innego podmiotu. Powyższe opiera się na założeniu, iż przekazanie zasobu ma mieć wymiar faktyczny. Ponadto nawet zwolennicy prounijnej wykładni art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wskazują, iż możliwość powołania się na zasoby ekonomiczne podmiotu trzeciego nie jest bezwarunkowa: „Jeżeli *warunek będzie się odnosił do ogólnej sytuacji ekonomicznej wykonawcy i będzie podlegał ocenie w kontekście określonych wskaźników ekonomicznych, to dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów musi się wiązać z gwarancją, że te inne podmioty posiadające określoną sytuację ekonomiczną będą odpowiadać w całości za finansowanie procesu realizacji zamówienia"* (Aleksandra Sołtysińska, Grzegorz Wicik „Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów" Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych Nr 4(23)/2009). W ocenie Izby, art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w swoim literalnym brzmieniu skutecznie wyklucza korzystanie z obcych zasobów w zakresie sytuacji ekonomicznej, a

uwagi na sposób sformułowania art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz art. 47 ust. 2 Dyrektywy powołanie się na wykładnię prounijną nie jest wystarczającym argumentem do dopuszczenia wykazywania się zdolnością ekonomiczną innego podmiotu, niezależnie od oceny, iż w ramach konkretnego zamówienia mamy do czynienia właśnie ze stosowną sytuacją pozwalającą uznać taką dopuszczalność. W ocenie Izby Asseco Poland niezależnie od niedopuszczalności samego wezwania do uzupełnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów w zakresie zdolności ekonomicznej poczynionego przez zamawiającego w oderwaniu od treści oświadczenia woli złożonego przez Asseco Poland oraz Asseco

31

Business Solutions S.A., nie miał zatem podstaw do powołania się na zasoby ekonomiczne Asseco Business Solutions S.A. Ponadto należy zaznaczyć, iż zamawiający w treści Ogłoszenia (pkt III.2.2.) wskazał, iż jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp polega na zdolnościach finansowych innych podmiotów na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zobowiązany jest do przedstawienia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie wskazał na możliwość powołania się w tym trybie na zdolność ekonomiczną i nie określił, jaki dokument w tym zakresie należy przedłożyć. Tym samym nie przewidywał w Ogłoszeniu dopuszczalności w tym zamówieniu powołania się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie zdolności ekonomicznej. Uwzględniając powyższą argumentację, należy uznać, iż Asseco Poland nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i winien podlegać wykluczeniu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zaś zamawiający poprzez zaniechanie takiego wykluczenia naruszył powyższy przepis. Potwierdza to także naruszenie w tej mierze art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Z kolei co do zarzutu dotyczącego niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. dziesięciu konsultantów wiodących o kompetencjach pokrywających wszystkie obszary (Kadry, Pace, Księgowość, Finanse, Gospodarka Magazynowa, Środki Trwale, Controling, Sprzedaż) oraz jeden konsultant w zakresie rozwiązań sprzętowych - w odniesieniu do braku wykazania się dysponowaniem konsultantem wiodącym ds. kadr najpóźniej na dzień złożenia wniosku (uzupełniony wykaz datowano po terminie składania wniosku) należy podkreślić, iż Pan Zbigniew M. był wskazany w treści wykazu załączonego do pierwotnego wniosku, ale określono go jako konsultanta wiodącego ds. HR. Zamawiający nie posługiwał się terminologią HR, a pojęciem kadry. Tożsamość tych pojęć nie budzi jednak wątpliwości, podobnie, jak okoliczność, iż nie nastąpiło wskazanie nowej osoby, lecz jedynie doprecyzowanie zakresu funkcji osoby, która była już poprzednio wymieniona w wykazie do terminologii używanej przez zamawiającego. Bez wątpienia zatem należało przyjąć dysponowanie tą osobą także w dacie 12 stycznia 2011 r., a zarzut odwołującego w tej mierze o naruszeniu przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp także z tej przyczyny za bezzasadny.

32

---

3. Zarzuty dotyczące Konsorcjum Simple

Odwołujący zarzucał naruszenie przepisu art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zakwalifikowanie Konsorcjum Simple do dalszego udziału w postępowaniu (ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp), pomimo że Konsorcjum Simple nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, jak i powinno zostać wykluczone z przedmiotowego postępowania oraz naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Simple z przedmiotowego postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Odwołujący kwestionował usługi wykazane przez Konsorcjum Simple pod pozycją 6 i 7 wykazu usług wykonane dla Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa. W pozycji 6 wskazano usługę nazwaną „Wdrożenie *w oparciu o Oracle e-Business Suite*

Systemu Gospodarki Własnej obejmującej wszystkie aspekty działalności" a w pozycji 7 usługę nazwaną: „system *wniosków i rozliczeń rolniczych".* Do wykazu w tym zakresie dołączone dwie referencje wystawioną przez Oracle dla DahliaMatic sp. z o.o. jako podwykonawcy. DahliaMatic sp. z o.o. została wskazana jako podmiot, z którego zasobów Konsorcjum Simple korzystało w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający potwierdził, iż nie przyznał punktów za usługę z pozycji 7, uznając, iż jej zakres w jego ocenie, pomimo wyjaśnień wykonawcy, nie jest zgodny z wymaganym warunkiem. Przyznał jedynie punkty za usługę wskazaną w pozycji 6. W ocenie Izby, wbrew twierdzeniu Konsorcjum Simple przedstawionym na rozprawie, iż zarzut odwołującego w odniesieniu do wniosku tegoż podmiotu dotyczy wyłącznie złożenia nieprawdziwych informacji, to z treści odwołania wynika (pomimo iż rzeczywiście pkt 3.1. odwołania dotyczący wniosku Konsorcjum Simple zatytułowany jest „Złożenie nieprawdziwych informacji"), iż literalnie odwołujący postawił dwa zarzuty: naruszenie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zakwalifikowanie Konsorcjum Simple do dalszego udziału w postępowaniu pomimo, iż podmiot ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, jak i powinien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji. Podanie nieprawdziwych informacji co do doświadczenia ma bowiem dwojaki skutek: po pierwsze może świadczyć o niewykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a także stanowi samodzielną podstawę wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący w treści odwołania połączył te dwie okoliczności. Z treści odwołania wynika, iż odwołujący uznaje, iż usługi jako niepotwierdzające warunku działu w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia stanowią jednocześnie nieprawdziwe informacje, ponieważ zostały przedłożone w celu uzyskania dodatkowej punktacji. Wskazywał, iż żadna z usług wskazanych w pozycjach 6 i 7 nie spełnia wymagań. Usługa z pozycji 6 w zakresie

realizowanym przez DahliaMatic sp. z o.o. nie obejmowała wdrożenia wszystkich wymaganych obszarów (kadry i płace), z kolei usługa z pozycji 7 w ogóle nie obejmowana wszystkich wymaganych obszarów. W ocenie Izby nie jest zasadne postawienie znaku równości pomiędzy okolicznością, że dana usługa nie spełnia warunku udziału w postępowaniu a nieprawdziwą informacją mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania. Izba podtrzymuje w tym zakresie w pełni wywód zawarty w niniejszym uzasadnieniu w odniesieniu do Konsorcjum SI-Consulting. Do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ (informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ) na wynik postępowania połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowym. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z tego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości. Należy zatem jednoznacznie stwierdzić, iż przedmiotem dowodu odwołującego powinna być przede wszystkim okoliczność, iż podane informacje są obiektywnie nieprawdziwe, tj. odzwierciedlają stan inny od faktycznego. W przedmiotowej sprawie należało zatem wykazać, iż w zakresie usługi wykazanej w pozycji 6 spółka DahliaMatic sp. z o.o. nie wykonywała usługi w pełnym zakresie, w którym została ona przedstawiona na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia. Należy bowiem uznać, iż w sytuacji gdy dany podmiot był podwykonawcą w ramach określonego wdrożenia możliwość powoływania się przez niego na nabytą wiedzę i doświadczenie może odnosić się wyłącznie do takiego zakresu, w którym rzeczywiście to wdrożenie realizował, a nie do całości usługi. Istotne jest zatem nie tylko to, czy dana usługa obejmowała wdrożenie wszystkich obszarów wymaganych przez zamawiającego, ale także czy podmiot powołujący się na doświadczenie wykonywał tę usługę w całym wymaganym zakresie. Z kolei w odniesieniu do pozycji 7 niezbędne byłoby wykazanie, iż usługa rzeczywiście nie obejmowała wdrożenia wszystkich wymaganych obszarów, tj. kadr i płac, jak zadeklarowano. W ocenie Izby odwołujący nie zdołał dowieść w sposób jednoznaczny, iż rzeczywiście zaistniały okoliczności powołane powyżej. Na dowód tego, iż spółka DahliaMatic sp. z o.o. nie wykonywała całości wdrożenia systemu gospodarki własnej w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa przedstawił jedynie wydruki internetowe ze strony internetowej DahliaMatic sp. z o.o. oraz Asseco Poland S.A. – następcy prawnego spółki ABG S.A., która wedle twierdzeń odwołującego była

podwykonawcą Oracle w ramach tego zamówienia. Zdaniem odwołującego, wydruki te potwierdzają, iż DahliaMatic sp. z o.o. nie wdrażała obszaru kadrowo-płacowego, który był wymagany przez zamawiającego. Izba nie podziela stanowiska Konsorcjum Simple, iż

wydruki z oficjalnej strony internetowej są całkowicie niewiarygodne dowodowo i nie można ich uznać nawet za uprawdopodobnienie okoliczności, na które odwołujący się powołuje. W ocenie Izby z przedstawionych wydruków wynika jednak jedynie, iż w zakresie wdrożenia systemu wsparcia gospodarki własnej w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w ramach projektu zostało wdrożone rozwiązanie informatyczne wspierające wszystkie istotne procesy biznesowe i operacje w obszarze gospodarki własnej Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, czyli w obszarze własnych potrzeb Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa jako jednostki gospodarczej. W projekcie został wykorzystany system Oracle EBS – moduły Finansowo-Księgowe, moduły Zaopatrzenia i Gospodarki Magazynowej, a także aplikacja Oracle Financial Analyzer (OFA). Projekt został zrealizowany we współpracy z ABG. Z kolei ze strony internetowej Asseco Poland S.A. wynika, iż ABG w charakterze podwykonawcy Oracle wdrożyła w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa system do zarządzania w zakresie księgowości, finansów, zaopatrzenia, zarządzania majątkiem oraz obsługi finansowo-księgowej, kadrowo-płacowej i windykacyjnej. W ocenie Izby z powyższego wysnuć można jedynie wniosek, iż ABG była podwykonawcą Oracle, zaś DahliaMatic sp. z o.o. współpracowała z ABG w ramach tego samego projektu. Równocześnie z opisu zawartego na stronie internetowej Asseco Poland wynika, iż system gospodarki własnej w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa obejmował kadry i płace. Z wydruku ze strony DahliaMatic sp. z o.o. nie można wysnuwać ani wniosku, iż opis tam zawarty odnosi się jedynie do tej części wdrożenia, którą realizowała DahliaMatic sp. z o.o. - jest to raczej opis wdrażanego systemu, w którym to wdrożeniu brała udział DahliaMatic sp. z o.o., przy czym nie jest wiadome, czy opis ten odzwierciedla w pełni rzeczywisty zakres wdrożenia. Nie oznacza to w żadnym razie potwierdzenia, iż zakres prac DahliaMatic sp. z o.o. nie obejmował modułu kadrowo-płacowego. Odwołujący nie przedstawił żadnego bardziej przekonywującego dowodu, który potwierdzałby, iż rzeczywiście wdrożenie w części realizowanej przez DahliaMatic sp. z o.o. nie obejmowało kadr i płac. Nie przedstawił żadnego oświadczenia ani Oracle ani innego podmiotu co do rzeczywistego zakresu prac, zwłaszcza, że można uznać, iż posiadał taką możliwość, gdyż, jak odwołujący sam ujawnił w toku rozprawy (pomimo objęcia tej informacji tajemnicą przedsiębiorstwa), Oracle jest partnerem odwołującego w ramach niniejszego postępowania. Z kolei co do pozycji 7 odwołujący także nie przedstawił dowodów, które podważałyby stanowisko DahliaMatic sp. z o.o. zawarte w oświadczeniu, iż wdrożenie obejmowało wymagany zakres. Oznacza to zatem, iż odwołujący nie wykazał w sposób przekonywujący i nie pozostawiający wątpliwości, iż Konsorcjum Simple złożyło nieprawdziwe informacje w pozycji 6 i 7 wykazu. Nie oznacza to jednak, iż wykonawca w sposób bezsporny wykazał, że usługi spełniają postawiony warunek. W doniesieniu do usługi zawartej w wykazie pod pozycją 7 należy stwierdzić, iż brak jest sprecyzowania, o jaki system wniosków i rozliczeń

rolniczych chodzi. Odwołując się do przedstawionego przez odwołującego wydruku ze strony internetowej DahliaMatic sp. z o.o. można powziąć wątpliwość, jaki system wskazany został w pozycji 7. W ocenie Izby zamawiający, który nie dysponował przekonywującym potwierdzeniem należytego wykonania usługi wykazanej w wykazie (z załączonych referencji jedna dotyczyła usług serwisowych, a więc odmiennych niż te wskazane w wykazie, druga była zbyt ogólnikowa, aby ustalić, że odnosi się do obu wykazanych usług), winien był wystąpić o bardziej szczegółowe wyjaśnienia do wykonawcy nie tylko co do zakresu usługi, ale także jej szczegółowego przedmiotu i potwierdzenia należytego wykonania. W ocenie Izby jest bowiem wiedzą powszechną, iż przygotowywanie i wdrażanie systemów do wniosków o płatności rolnicze następowało w okresie wcześniejszym niż 2007 r. Powyższe potwierdzają także informacje zawarte na stronie internetowej DahliaMatic sp. z o.o., które wskazują na 2004 r. jako daty wdrożenia projektu WPR – projekt informatyzacji Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w obszarze jej funkcji jako Agencji Płatniczej w zakresie dopłat bezpośrednich w ramach WPR UE oraz projektu informatyzacji Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w obszarze jej funkcji jako Agencji Płatniczej z

zakresie dopłat w ramach Funduszy Strukturalnych UE. Odwołujący przedstawił jako dowód na potwierdzenie, iż systemy do obsługi dopłat były wdrażane przed 2007 r. protokół odbioru Etapu Projektu z 7 listopada 2005 r. dotyczącego etapu projektu w ramach obszaru systemu finansowo-księgowego wspierającego obsługę Funduszy Strukturalnych W ocenie Izby nie jest wcale tak jednoznaczne, jak wskazywało Konsorcjum Simple, iż wdrożenie określone w pozycji 7 dotyczy WPR, nie Funduszy Strukturalnych, w ramach których także obsługiwane są wnioski o płatność. Ponadto nie jest wykluczone, że na potrzeby Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa i jej zadań we wskazanych datach był tworzony system informatyczny do obsługi wniosków i rozliczeń rolniczych. Należy bowiem zwrócić uwagę na różnorodność form pomocy unijnej w rolnictwie oraz fakt, iż po wejściu Polski do UE Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa powierzono rolę instytucji wdrożeniowej oraz agencji płatniczej w ramach programów współfinansowanych z unijnych funduszy. Znamiennym jest także iż Konsorcjum Simple pomimo znajomości zarzutów zawartych w odwołaniu nie przedstawiło żadnego dowodu, który jednoznacznie przesądzałby o tym, jakie wdrożenie wskazano w pozycji 7. Powyższe nie ma jednak istotnego znaczenia o tyle, że odwołujący nie zdołał dowieść, iż wdrożenie takie nie miało miejsca, czy też nie obejmowało zadeklarowanych obszarów, co jest decydujące o uznaniu, iż miało ono charakter nieprawdziwej informacji, a zamawiający nie przyznał za nie punktacji. W zakresie pozycji 6 zamawiający nie dociekał zakresu usługi wykonanej przez DahliaMatic sp. z o.o., a zakresu wykazanej usługi (wskazywał, że z prac wykonanych dla Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa nie wynika, jakie obszary (kadry, płace, finanse, księgowość) obejmowały wymienione w wykazie usługi). Odwołujący nie powołał się natomiast na

naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez niedostateczne, jego zdaniem, wyjaśnienie okoliczności niezbędnych dla ustalenia, czy usługa spełnia wymogi w zakresie wiedzy i doświadczenia, aczkolwiek treść oświadczenia DahliaMatic sp. z o.o. wskazuje, iż usługi zrealizowane przez ten podmiot dla Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa wskazane w obu pozycjach 6 i 7 obejmowały m.in. obszary: kadry, płace, finanse i księgowość. Izba może orzekać tylko w zakresie zarzutów wskazanych w odwołaniu. Nie jest zatem możliwe stwierdzenie naruszenia w tym zakresie, co jednakowoż nie zdejmuje z zamawiającego obowiązku należytej i wnikliwej oceny złożonych w postępowaniu wniosków. Odwołujący nie postawił też jednoznacznego zarzutu nieprawidłowej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. przyznania punktacji za usługę, która nie spełnia wymogów postawionych przez zamawiającego. W ocenie Izby jest to bowiem inna sytuacja niż niespełnianie warunków udziału w postępowaniu (czyli warunków minimalnych). Izba wskazuje, że i w pozostałej części odwołania odwołujący wskazując na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu odwoływał się do warunków minimalnych – zdolności ekonomicznej, dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a nie oceny stopnia spełniania tych warunków. Na nieprawidłową ocenę stopnia spełniania warunku powołał się natomiast, kwestionując punktację przyznaną własnemu wnioskowi. Zgodnie z Ogłoszeniem w zakresie wiedzy i doświadczenia wystarczało wykazanie się 2 usługami. Ilość punktów, którą otrzymało Konsorcjum Simple nawet gdyby przyjąć, iż obie usługi z pozycji 6 i 7 nie powinny być zaliczone do punktacji, wskazuje, iż spełniło ono minimalne warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Nie można zatem uznać, iż doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp takiego, na jakie wskazał odwołujący, tj. art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zakwalifikowanie Konsorcjum Simple do dalszego udziału w postępowaniu (ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp) pomimo, iż podmiot ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Ponadto należy wskazać, iż w odwołaniu brak było faktycznego uzasadnienia dla tego zarzutu, jak również uzasadnienia takiego nie przedstawiono na rozprawie.

4. Zarzuty dotyczące wniosku odwołującego

W odniesieniu do własnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwołujący zarzucał, iż zamawiający naruszył przepis art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zakwalifikowania odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu (ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 U ustawy Pzp), pomimo że odwołujący nie podlega wykluczeniu, spełnia

wszystkie warunki udziału w postępowaniu, wykazał spełnienie warunków udziału w

postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia z postępowania, a powinien otrzymać ocenę (punktową) spełniania warunków pozwalającą na zakwalifikowanie odwołującego do liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 60d ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący otrzymał łącznie 30 punktów. Tymczasem wedle jego opinii powinien otrzymać 34 punkty. Odnośnie pozycji nr 1 wykazu wykonanych usług, zamawiający przyznał za tę usługę tylko 1 pkt, traktując odbiorcę usługi jako podmiot polski, zatrudniający w stosunku pracy od 1 000 do 2 000 osób. Odbiorca tej usługi jest jednak podmiotem polskim, zatrudniającym w stosunku pracy od 2 001 do 4 000 osób, a więc przyznanych powinno być za tę usługę 5 punktów. Zarówno sam wykaz wykonanych usług, jak i uzasadnienie dla przedmiotowego zarzutu zawarte w odwołaniu objęte były tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Zastrzeżenie tajemnicy nie było kwestionowane przez pozostałych wykonawców w drodze środków ochrony prawnej, respektował je także zamawiający, toteż zgodnie z wnioskiem odwołującego w tej części została wyłączona jawność rozprawy w oparciu o art. 189 ust. 6 ustawy Pzp. Izba uznaje, iż zarzut nie potwierdził się. Podkreślić należy, że na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy Pzp. Tym samym przedmiotem badania Izby są czynności podejmowane przez zamawiającego (lub jego zaniechania) oraz ich ocena z punktu widzenia zgodności z ustawą Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe, należy uznać, iż zamawiający prawidłowo ocenił wniosek odwołującego w zakresie wykazu wykonanych usług i zasadnie przyznał mu w odniesieniu do pozycji 1 punktację wynikającą z treści tam zawartego oświadczenia. Izba wskazuje, iż wykonawcy samodzielnie składali w wykazie oświadczenie o liczbie zatrudnionych u odbiorcy usługi, co stanowiło przesłankę do uzyskania określonej punktacji. W oparciu o to oświadczenie zamawiający przyznawał punktację zgodnie z zasadami wynikającymi z Ogłoszenia: 1) podmiot polski, zatrudniający w stosunku pracy od 1 000 do 2 000 osób - 1 punkt; 2) polska, publiczna uczelnia wyższa zatrudniająca w stosunku pracy od 1 000 do 2 000 osób - 2 punkty; 3) podmiot polski, zatrudniający w stosunku pracy od 2 001 do 4 000 osób - 5 punktów; 4) polska, publiczna uczelnia wyższa zatrudniająca w stosunku pracy od 2 001 do 4 000 osób -6 punktów; 5) podmiot polski, zatrudniający w stosunku pracy powyżej 4 001 osób - 10 punktów; 6) polska, publiczna uczelnia wyższa zatrudniająca w stosunku pracy powyżej 4 001 osób -11 punktów. W przypadku gdy odbiorcą usługi był podmiot polski zatrudniający od 1000 do 2000 osób (a takie oświadczenie złożył odwołujący co do pozycji 1 wykazu wykonanych usług), zamawiający winien był przydzielić 1 punkt i tak uczynił. Brak jest podstaw do uznania, iż zamawiający nie powinien był poprzestać na treści samego oświadczenia wykonawcy, lecz

weryfikować podaną liczbę pracowników. Oświadczenie w tym zakresie było elementem wykazu wykonanych usług, a zatem stanowiło wiążące oświadczenie wykonawcy. Ponadto zamawiający nie przewidział w Ogłoszeniu podstaw do takiej weryfikacji. Nie wskazał obowiązku deklarowania dnia, na który ustalane jest zatrudnienie. Nie ustalił także, na jaki dzień zatrudnienie ma być brane pod uwagę. Błąd wykonawcy w tym zakresie obciąża tegoż wykonawcę zobligowanego do dołożenia we własnym najlepiej pojętym interesie najwyższej staranności w procesie przygotowywania wniosku. Ponadto należy wskazać, iż odwołujący wykaz usług przedłożył dopiero na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, co oznacza iż na potencjalną weryfikację okoliczności istotnych z punktu widzenia punktacji objętych jego oświadczeniem miał więcej czasu. Izba nie uznała za przekonywujące, aby wykonawca nie mógł wcześniej powziąć informacji o planowanych zmianach kadrowych skutkujących znaczącym wzrostem liczby pracowników. Z uwagi na regulacje z zakresu prawa pracy informacje takie z pewnością znane są z wyprzedzeniem. Ponadto odwołujący nie wskazał przepisu ustawy Pzp, który zamawiający naruszył, nie dokonując takiej weryfikacji ani trybu, który zamawiający miałby obligatoryjnie, zgodnie z ustawą Pzp, zastosować. Izba nie dopatrzyła się tym samym zarzucanego naruszenia przepisów art. 60d

ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

……