

WYROK
z dnia 16 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 kwietnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: Agata Kozłowska prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Agata Kozłowska INVESTMENT SUPPORT, Trusiewicz Siwko Kancelaria Prawa Radców Prawnych Spółka partnerska z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: Deloitte Advisory Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego;**
2. Kosztami postępowania obciążyć **Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: Agata Kozłowska prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Agata Kozłowska**

INVESTMENT SUPPORT, Trusiewicz Siwko Kancelaria Prawa Radców Prawnych Spółka partnerska tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: Agata Kozłowska prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Agata Kozłowska INVESTMENT SUPPORT, Trusiewicz Siwko Kancelaria Prawa Radców Prawnych Spółka partnerska** kwotę **18.075 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 w **Warszawie**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie dotyczące zawarcia umowy ramowej na realizację zamówienia publicznego pn. *Doradztwo w zakresie przygotowania do realizacji projektów partnerstwa publiczno-prywatnego wraz z dodatkowym wsparciem na etapie ich*

realizacji.

W dniu 2 kwietnia 2012 r. Konsorcjum: Investment Support Agata Kozłowska, Trusiewicz Siwko Kancelaria Prawa Radców Prawnych Spółka partnerska wniosło odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 26 ust. 3 i 4, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 art. 24 ust. 3 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że pismem z 20 stycznia 2012 r. został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie, że Odwołujący dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym m.in. koordynatorem projektu, ekspertem ds. środowiska oraz ekspertem ds. podatkowych.

W dniu 6 lutego 2012 r. Odwołujący uzupełnił dokumenty w następujący sposób:

- 1) podtrzymał kandydaturę pana Marcela B do pełnienia funkcji koordynatora Projektu oraz ponownie przekazał Zamawiającemu oświadczenie, w którym kandydat ten zobowiązał się do pełnienia funkcji w przypadku wyboru oferty Odwołującego za ofertę najkorzystniejszą oraz kopię dyplomu MBA. Jako podstawę dysponowania Odwołujący wskazał współpracę z ww. kandydatem;
- 2) zaproponował panią Renatę L jako kandydata do pełnienia funkcji eksperta ds. środowiska. Odwołujący jednocześnie wskazał jako podstawę dysponowania „współpracę” oraz przedstawił oświadczenie „NOW-EKO” Sp. z o.o., podmiotu udostępniającego kandydata do pełnienia funkcji eksperta, zawierające potwierdzenie udostępnienia tej osoby oraz zobowiązanie spółki do wspólnego wykonywania zamówienia.
- 3) uzupełnił doświadczenie doradcy podatkowego, radcy prawnego - Pani Anny B, kandydata do pełnienia funkcji eksperta ds. podatkowych, wskazując nowe zadania polegające na przygotowaniu analiz podatkowych dla podmiotów publicznych oraz podkreślając bezpodstawność nieuwzględnienia wcześniej wskazanego doświadczenia tego kandydata. Jednocześnie Odwołujący z ostrożności przedstawił kandydata nr 2 do

3

pełnienie funkcji eksperta ds. podatkowych, doradcę podatkowego, radcę prawnego – Wiesława Ł., na wypadek gdyby Zamawiający nie uznał doświadczenia posiadanego przez kandydata na eksperta ds. podatkowych nr 1.

W dniu 23 marca 2012 r. Odwołujący otrzymał informację o wykluczeniu go z postępowania ze względu na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj.: ekspertem ds. środowiska, koordynatorem Projektu, ekspertem ds. podatkowych. W uzasadnieniu czynności wykluczenia Zamawiający podał, że zarówno zaproponowanie kandydata do pełnienia funkcji koordynatora Projektu oraz eksperta ds. środowiska jest następstwem udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia przez podmioty trzecie. Zamawiający przyjął, że w takim przypadku Odwołujący zobowiązany był do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia tych podmiotów.

W odniesieniu do warunku polegającego na obowiązku przedstawienia przez wykonawców eksperta ds. podatkowych, Zamawiający wskazał, że kandydat zaproponowany przez Odwołującego do pełnienia tej funkcji – doradca podatkowy, radca prawny Wiesław Ł., nie spełnia ustalonych przez niego warunków, tj. nie przygotował pięciu analiz podatkowych dotyczących przedsięwzięcia inwestycyjnego na rzecz podmiotu publicznego. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że przy ocenie czy dany projekt wskazany przez Odwołującego mieści się w rozumieniu pojęcia „przedsięwzięcie inwestycyjne” kierował się definicją tego terminu zawartą na stronie www.wikipedia.pl, www.interia.pl. Ponadto, Zamawiający wskazał, że z treści uzupełnionych dokumentów nie wynika, na jakiej podstawie Odwołujący dysponuje osobą zaproponowaną do pełnienia funkcji eksperta ds. podatkowych. Zamawiający nie odniósł się natomiast do uzupełnienia wykazu doświadczenia eksperta, który został zaproponowany jako kandydat nr 1 do pełnienia funkcji eksperta ds. podatkowych – pani Anny B.

W ocenie Odwołującego, czynność wykluczenia go z postępowania była niezasadna.

W odniesieniu do osoby zaproponowanej do pełnienia funkcji koordynatora Projektu Odwołujący, powołując się na opinię prawną Urzędu Zamówień Publicznych oraz

orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, podniósł, że w zakresie posługiwania się osobą pełniącą funkcję eksperta dopuszczalne jest zarówno dysponowanie osobą w sposób bezpośredni, jak również pośredni, tj. za pośrednictwem podmiotu trzeciego. Odwołujący podniósł, że w wykazie osób wskazał, iż podstawą dysponowania kandydatem do pełnienia funkcji Koordynatora Projektu – panem Marceliem B jest współpraca. Z treści oświadczenia kandydata wynika, że w związku z uczestnictwem Investment Support w Postępowaniu:

4

będzie w dyspozycji tego Podmiotu w okresie wykonania niniejszego zamówienia i zobowiązuje się do wspólnego wykonywania zamówienia. Zdaniem Odwołującego jest to oświadczenie osoby, a nie podmiotu udostępniającego zasoby. Jednocześnie oświadczenie zawiera dane osobowe składającego podpis, w związku z czym za bezpodstawny należy uznać zarzut Zamawiającego, iż z treści oświadczenia nie można ustalić przez kogo zostało ono złożone. Odwołujący zaznaczył, że ww. oświadczenie było złożone wraz z ofertą, w związku z czym Zamawiający miał możliwość zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie wątpliwości dotyczących podpisu widniejącego pod treścią oświadczenia.

W ocenie Odwołującego, brak było obowiązku złożenia dokumentów podmiotowych dla Erste Group Bank AG. Zamawiający nie może bowiem wykluczyć różnych form aktywności zawodowej pana Marcela B, w tym prowadzenia indywidualnej działalności gospodarczej lub realizacji projektów zawodowych na podstawie umowy zlecenia. Ponadto, nawet w przypadku, gdyby Zamawiający powziął wątpliwości co do treści oświadczenia oraz formy zasad współpracy, to powinien on wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Odwołujący podniósł także, że w sytuacji gdyby Zamawiający uznał, że treść oświadczenia wskazuje na udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (co jednak – zdaniem Odwołującego – jest bezpodstawne), to zobowiązany był wezwać Odwołującego do złożenia dokumentów podmiotowych dla tego podmiotu.

Odwołujący zaznaczył, że treść wezwania z 20 stycznia 2012 r. była nieprecyzyjna, a Zamawiający nie wskazał, w jakim zakresie kwestionuje treść dokumentów odnoszących się do osób pełniących funkcje eksperckie i jakich dokumentów wymaga. Zdaniem Odwołującego, ograniczenie się w wezwaniu do przywołania ogólnej treści warunku ustalonego w SIWZ, bez skonkretyzowania treści wezwania do uzupełnienia dokumentów, jest niedopuszczalne.

W odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji eksperta ds. środowiska, Odwołujący podniósł, że w następstwie wezwania uzupełnił wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia. Kandydatem do pełnienia funkcji eksperta ds. środowiska została pani Renata L, zatrudniona w „NOW-EKO” Sp. o.o. Wraz z przedmiotowym wykazem złożone zostało oświadczenie podpisane przez Prezesa „NOW-EKO” Sp. z o.o., z którego wynika zobowiązanie spółki do udostępnienia osoby zaproponowanej do pełnienia funkcji eksperta oraz zobowiązanie do wspólnego wykonania zamówienia, w przypadku gdy oferta Odwołującego zostanie uznana za

5

najkorzystniejszą. Odwołujący zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż z treści ww. oświadczenia wynika, że „NOW-EKO” Sp. z o.o. jest podmiotem, który udostępnił zdolności do wykonania zamówienia poprzez udostępnienie własnego pracownika, a zatem jest podmiotem, o którym mowa w treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Niedopuszczalne jest jednak wykluczenie Odwołującego bez uprzedniego wezwania do uzupełnienia dokumentów, co wynika wprost z treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający utożsamiał bowiem wezwanie Odwołującego do uzupełnienia wykazu osób wraz informacjami o kandydatach z dokumentami podmiotowymi pochodzącymi od podmiotu wskazanego w treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, co zdaniem Odwołującego jest bezpodstawne.

Odwołujący podniósł, że jednoznaczne i precyzyjne ukształtowanie treści ogłoszenia i SIWZ nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, w przypadku gdy wykonawca ten nie złożył wymaganych dokumentów lub oświadczeń albo gdy oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp,

zawierające błędy. W informacji o wykluczeniu Zamawiający powołał się na niedopuszczalność wielokrotnego wzywania wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu. Zdaniem Odwołującego, stanowisko to nie ma zastosowania w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Odwołujący podniósł, że potrzeba wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotu trzeciego zaktualizowała się dopiero po wezwaniu z 20 stycznia 2012 r. Skoro Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego w odrębnym piśmie o uzupełnienie tych dokumentów, to niedopuszczalne i nieuprawnione jest powoływanie się przez niego na zakaz wielokrotnego wzywania wykonawcy o uzupełnienie tego samego dokumentu. Odwołujący podniósł, że obowiązkiem Zamawiającego jest nie tylko wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentu, ale również precyzyjne i jednoznacznie ukształtowanie jego treści oraz zakresu, a niedochowanie tego obowiązku nie może skutkować negatywnie wobec wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

W zakresie dysponowania osobą, która pełnić będzie funkcję eksperta ds. podatkowych, Odwołujący wskazał, że w § 6 ust. 1 pkt 3 lit. d SIWZ Zamawiający wymagał m.in. doświadczenia w przygotowaniu co najmniej 5 analiz podatkowych związanych z projektami inwestycyjnymi na rzecz podmiotu publicznego. Odwołujący w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia zaproponował na ww. stanowisko doradcę podatkowego, radcę prawnego – Annę B. W wykazie tym Odwołujący wskazał dziewięć analiz podatkowych, które potwierdzają posiadanie doświadczenia w przygotowaniu analiz podatkowych związanych z projektami inwestycyjnymi na rzecz podmiotu publicznego. Zamawiający uznał jednak, że jedynie cztery z dziewięciu wskazanych analiz dla zaproponowanego kandydata spełniają warunek ustalony w treści SIWZ, a pozostałe analizy nie są związane z projektami inwestycyjnymi.

6

Odwołujący podniósł, że stanowisko Zamawiającego jest bezpodstawne, o czym poinformował Zamawiającego w piśmie przewodnim do uzupełnienia dokumentów, wskazując, iż każde kompleksowe omówienie zagadnień podatkowych, związanych z przedsięwzięciem inwestycyjnym, stanowi wszechstronną analizę podatkową, która częstokroć wymaga posiadania większej wiedzy, niż w przypadku analiz dotyczących wybiórczego omawiania poszczególnych zagadnień podatkowych.

Odwołujący wskazał, że wśród zakwestionowanych przez Zamawiającego analiz podatkowych były:

- 1) analiza obszarów zagrożeń podatkowych w ramach przygotowywania audytu podatkowego przy prywatyzacji Telekomunikacji Polskiej;
- 2) analiza czynników ryzyka podatkowego w ramach przygotowania prospektu emisyjnego dla Telekomunikacji Polskiej;
- 3) analiza obszarów zagrożeń podatkowych w ramach przygotowywania audytu podatkowego przy prywatyzacji elektrociepłowni Pątnów-Adamów-Konin S.A.

Ww. analizy były – zdaniem Odwołującego – zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Zaniechanie wniesienia odwołania w tym zakresie wynikało z faktu, iż Odwołujący miał świadomość możliwości uniknięcia potrzeby wniesienia środka ochrony prawnej z uwagi na własny potencjał oraz potencjał osób, którymi dysponuje, pozwalający na wskazanie kolejnych analiz podatkowych przez kandydata do pełnienia funkcji eksperta ds. podatkowych lub skorzystanie z możliwości zaproponowania innego kandydata.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający, dokonując oceny oferty, bezpodstawnie pominął uzupełnione analizy podatkowe wykonane przez Panią Annę B, o czym świadczy treść uzasadnienia informacji o wykluczeniu Odwołującego (brak jakiegokolwiek odniesienia). Zdaniem Odwołującego, każda z trzech uzupełnionych w wykazie analiz podatkowych stanowi podstawę uznania, że przedstawiony kandydat spełnia warunki udziału w postępowaniu, są to bowiem analizy podatkowe związane z projektami inwestycyjnymi na rzecz podmiotów publicznych (Ministerstwa Spraw Zagranicznych oraz będących w dacie sporządzenia analiz podmiotami publicznymi: Polskiej Żeglugi Morskiej S.A. i Przedsiębiorstwa Wydawniczego „Rzeczpospolita”).

Odwołujący podniósł, że kandydat nr 2 do pełnienia funkcji eksperta ds. podatkowych został wskazany z ostrożności proceduralnej, a zatem jego osoba powinna być rozważana w przypadku, gdy Zamawiający uzna, że kandydat nr 1 nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie może uznać za niedopuszczalne uzupełnienie wykazu doświadczenia zgłoszonego wcześniej kandydata do pełnienia funkcji eksperta, ograniczając

pominięcie uzupełnienia wykazu doświadczenia w odniesieniu do kandydata nr 1 oraz dokonaną przez Zamawiającego ocenę kandydata nr 2.

Odwołujący wskazał, że wg informacji o wykluczeniu, Zamawiający przyjął na etapie badania i oceny ofert definicję przedsięwzięcia inwestycyjnego ze źródeł: www.wikipedia.pl oraz www.interia.pl. Zdaniem Odwołującego, w przypadku, gdy dla danego terminu Zamawiający zamierzał przypisać określone znaczenie, to powinien to zrobić w ogłoszeniu o zamówieniu. Skoro Zamawiający nie określił znaczenia terminu „przedsięwzięcie inwestycyjne” na etapie ogłoszenia o postępowaniu, to nie może tego czynić później. Wykonawcy zaś nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji z powodu niejednoznaczności terminologii stosowanej przez Zamawiającego.

Ponadto Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wyjaśnił z jakich powodów uznał, że analizy podatkowe, przygotowane przez eksperta nr 2, nie potwierdzają ustalonych warunków udziału w postępowaniu, ograniczając się jedynie do przywołania przyjętej definicji przedsięwzięć inwestycyjnych. Wskazał również, że przywołane w uzasadnieniu wykluczenia oferty źródła (Interia i Wikipedia) nie mają żadnego autorytetu w tej dziedzinie jako źródło naukowe, na temat zakresu znaczeniowego pojęcia „projekt inwestycyjny”. Wskazany tam podział na inwestycje pośrednie i bezpośrednie nie wyczerpuje bardzo szerokiej tematyki przedsięwzięć inwestycyjnych. Co więcej, Zamawiający posługując się tak szerokim terminem, pozostawił wykonawcom dużą swobodę interpretacyjną, a zawężenie interpretacji dopiero na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest nieprawidłowe.

W ocenie Odwołującego, uzupełnione dokumenty wskazują jednoznacznie, iż podstawą dysponowania kandydatem nr 2 do pełnienia funkcji eksperta ds. podatkowych – panem Wiesławem Ł. jest umowa cywilnoprawna z Trusiewicz Siwko Kancelaria Prawna Radców Prawnych Sp.p. (strona 104 uzupełnienia). Zamawiający bezpodstawnie pominął zatem treść dokumentu, nie uwzględniając prawdopodobnie, iż każdy z konsorcjantów przedstawił oddzielne wykazy własnych kandydatów do pełnienia funkcji eksperckich, przez co znalazły się one w różnych częściach oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności wykluczenia Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz o nakazanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 3 SIWZ, w ramach warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonawca musi dysponować zespołem doradczym, charakteryzującym się m.in. następującym potencjałem kadrowym:

- Ppkt a) Koordynator zespołu doradczego – wykształcenie wyższe, co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego związanego z zarządzaniem projektami, certyfikat zarządzania projektami PRINCE2/PMI lub równoważnego, doświadczenie w koordynacji prac zespołów doradczych przy co najmniej 5 zakończonych bądź trwających projektach inwestycyjnych o wartości co najmniej 10 000 000 zł każdy, w tym co najmniej 1 projektu dotyczącego partnerstwa publiczno-prywatnego;
- Ppkt d) Ekspert ds. podatkowych – wykształcenie wyższe, co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego, wpis na listę doradców podatkowych bądź posiadanie uprawnień do wykonywania zawodu doradcy podatkowego na podstawie przepisów prawa obcego, doświadczenie w przygotowaniu co najmniej 5 analiz podatkowych związanych z projektami inwestycyjnymi na rzecz podmiotu publicznego;
- Ppkt e) Ekspert ds. środowiska – wykształcenie wyższe, co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego związanego z ochroną środowiska, doświadczenie w przygotowaniu co najmniej 5 analiz związanych z oceną oddziaływania na środowisko inwestycji publicznej o wartości co najmniej 10 000 000 zł każda.

Zgodnie z § 7 ust. 12 SIWZ, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków,

o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp – określonych w ust. 1 pkt 1-4 – polega na zasobach innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, Zamawiający żąda przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1 pkt 1, 3-8 (dokumenty potwierdzające niepodleganie wykluczeniu z postępowania).

W dniu 20 stycznia 2012 r. Odwołujący został wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W zakresie warunku dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie, że Odwołujący dysponuje określonego w § 6 ust. 1 pkt 3) lit. a), b), c) i d) SIWZ wraz z informacjami na temat ich uprawnień, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez te osoby czynności wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami tj.: b.1) koordynatorem zespołu doradczego; b.2) ekspert ds. finansowo-ekonomicznych, 2 osoby; b.3) ekspert ds. środowiska; b.4) ekspert ds. marketingu i PR; b.5) ekspert ds. podatkowych. W odniesieniu do kandydata wskazanego w do pełnienia funkcji eksperta ds. podatkowych, Zamawiający podał, że projekty wskazane

9

w poz. 4.5-4.9 Wykazu osób nie mogą być uznane za projekty potwierdzające posiadanie wymaganego doświadczenia, ponieważ zakres podanych w Wykazie zadań wykonanych przez eksperta obejmował kompleksową analizę omawianych zagadnień podatkowych.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przedstawił wykaz osób, w którym:

- ponownie przedstawił pana Marcela B jako kandydata do pełnienia funkcji koordynatora Projektu, załączając kopię dyplomu MBA i oświadczenie ww. osoby, że będzie ona w dyspozycji wykonawcy w okresie wykonania niniejszego; podstawę dysponowania ww. osobą Odwołujący określił jako „współpraca”;
- przedstawił panią Renatę L jako kandydata do pełnienia funkcji eksperta ds. środowiska, jako podstawę dysponowania ww. osobą wskazując „współpracę” i załączając oświadczenie „NOW-EKO” Sp. z o.o. o treści: *W związku z udziałem Konsorcjum (...) w postępowaniu prowadzonym przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości (...) oraz mając na uwadze zaproponowanie przez Konsorcjum kandydatury naszej pracownicy Pani Renaty L jako eksperta, oświadczam, iż w przypadku uznania, iż Konsorcjum złożyło ofertę najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu, ekspert będzie w dyspozycji tego podmiotu w okresie wykonania niniejszego zamówienia i zobowiązujemy się do wspólnego wykonywania zamówienia.*
- uzupełnił doświadczenie pani Anny B wskazanej do funkcji eksperta ds. podatkowych oraz przedstawił drugiego kandydata na to stanowisko (pana Wiesława Ł.).

W dniu 23 marca 2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania. Z uzasadnienia czynności wykluczenia wynika, że zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał dysponowania koordynatorem projektu oraz ekspertem ds. środowiska, ponieważ nie złożył dokumentów dla podmiotów udostępniających zasoby (z wyjątkiem KRS dla podmiotu udostępniającego eksperta ds. środowiska). Ponadto wykonawca nie wykazał dysponowania ekspertem ds. podatkowych. Zamawiający podał, że *Wykonawca uzupełnił wykaz w zakresie eksperta ds. podatkowych, pierwotnie wskazanego w ofercie, o doświadczenie w prywatyzacji, emisji akcji, wydzielenie części majątku spółki, co nie jest związane z wymaganiem zamawiającego z projektami inwestycyjnymi.*

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia,

10

a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia.

W odniesieniu do osoby wskazanej jako koordynator projektu, należy stwierdzić, że brak było podstaw do żądania dokumentów potwierdzających niepodleganie wykluczeniu z postępowania spółki Erste Group Bank AG, której pracownikiem jest pan Marcel B. Zamawiający uznał, że ww. osoba została udostępniona do dyspozycji wykonawcy na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. Abstrahując w tym miejscu od faktu, że samo poleganie na zasobach innych podmiotów nie generuje automatycznie obowiązku przedłożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia tych podmiotów z postępowania, stwierdzić należy, że wniosek Zamawiającego był błędny – nie nastąpiło przekazanie zasobów na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp przez Erste Group Bank AG.

Po pierwsze Odwołujący przedłożył oświadczenie pana Marcela B, że weźmie on udział w wykonaniu zamówienia, nie zaś oświadczenie osób reprezentujących Erste Group Bank AG. Samo wskazanie w nagłówku pisma nazwy tego podmiotu (pracodawcy pana Marcela B w żadnym razie nie może przesądzać, że jest to oświadczenie tego podmiotu. Tym bardziej nie może o tym świadczyć fakt sporządzenia CV tej osoby na druku firmowym ww. podmiotu. Po drugie, Odwołujący jako podstawę dysponowania koordynatorem projektu wskazał współpracę, w żadnym miejscu oferty nie określając, że będzie to współpraca między nim a Erste Group Bank AG, należało więc przyjąć, że stronami tej współpracy będą: Odwołujący oraz osoba wskazana w wykazie. Wg wyjaśnień Odwołującego przedstawionych na rozprawie, podstawą współpracy będzie umowa cywilnoprawna zawarta z panem Marcelem B.

W ocenie Izby, interpretacja złożonego oświadczenia woli, dokonana zgodnie z regułami wynikającymi z art. 65 Kodeksu cywilnego, powinna prowadzić do wniosku, że kandydat na koordynatora projektu nie był osobą udostępnioną Odwołującemu przez podmiot trzeci. Niemniej jednak, jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie, zobowiązany był poprzedzić decyzję w sprawie wykluczenia wyjaśnieniem oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i dokonać oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu z uwzględnieniem tych wyjaśnień, czego nie uczynił.

W odniesieniu do osoby przedstawionej do funkcji eksperta ds. środowiska, bezsporne między stronami jest, że podstawą dysponowania tą osobą jest jej udostępnienie przez podmiot trzeci – NOW-EKO Sp. z o.o. Mimo że Odwołujący, kwestionując dokonaną

przez Zamawiającego ocenę prowadzącą do wykluczenia go z postępowania, wskazywał na zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczących ww. spółki, biorąc pod uwagę wyjaśnienia złożone na rozprawie, Izba stwierdziła, że brak było podstaw do żądania tych dokumentów.

Zgodnie z § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817), jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2. Zatem możliwość żądania przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego swoje zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, uwarunkowana jest uczestnictwem tego podmiotu w realizacji części zamówienia. Za uczestnictwo takie nie można uznać przekazania do dyspozycji wykonawcy pracownika, który będzie pełnił określoną funkcję przy wykonywaniu zamówienia, a zgodnie z wyjaśnieniami przedstawionymi na rozprawie, zobowiązanie spółki NOW-EKO dotyczy wyłącznie przekazania pracownika. Co prawda ww. spółka oświadczyła, że będzie brała udział w realizacji zamówienia, co mogło wywołać u Zamawiającego pewne wątpliwości, należy jednak zwrócić uwagę, że było to jedynie ogólne określenie, natomiast podmiot ten nie został wskazany w ofercie Odwołującego jako podwykonawca (a zdaniem Izby, udział w wykonaniu części zamówienia, o którym mowa w § 1 ust. 2 przywołanego wyżej rozporządzenia, należy utożsamiać właśnie z podwykonawstwem). Wszelkie wątpliwości w zakresie formy i zasad udostępnienia potencjału osobowego przez spółkę NOW-EKO Zamawiający miał obowiązek wyjaśnić na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W odniesieniu do kwestii dysponowania ekspertem ds. podatkowych w pierwszej kolejności podkreślić należy, że Zamawiający, określając w SIWZ wymagania dotyczące

doświadczenia zawodowego, nie zdefiniował pojęcia „projekt inwestycyjny”. Określenia tego nie definiują również przepisy prawa. Mimo możliwości określenia pewnych ram znaczeniowych przy pomocy ogólnych reguł języka polskiego oraz wskazań wiedzy fachowej, brak jednoznacznej definicji zawsze będzie prowadził do niejednoznacznych ocen. Skoro więc Zamawiający nie zdecydował się zawęzić znaczenia tego pojęcia na etapie opracowania SIWZ, dokonując oceny ofert ma obowiązek interpretować je możliwie szeroko, a wykonawca nie może być obarczany konsekwencjami braku precyzji w opisie wymagań dotyczących warunków udziału w postępowaniu.

12

W ocenie Izby, złożony przez Odwołującego wykaz wraz z uzupełnieniem, potwierdza dysponowanie ekspertem ds. podatków, posiadającym wymagane przez Zamawiającego doświadczenie zawodowe (tj. legitymującym się wykonaniem analiz podatkowych dotyczących szeroko pojętego procesu inwestycyjnego). Ponadto, zakładając nawet, że doświadczenie pani Anny B dotyczące procesów prywatyzacyjnych nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego (z czym jednak trudno się zgodzić wobec faktu, że Zamawiający nie sprecyzował rozumienia projektu inwestycyjnego), to wskazać należy, że pani Anna B legitymuje się również doświadczeniem w wykonaniu innych analiz (poz. 4.10-4.12 uzupełnionego wykazu), które zdaniem Izby odpowiadają wymaganiom SIWZ i łącznie z czterema analizami przedstawionymi w pierwotnym wykazie, a niezakwestionowanymi przez Zamawiającego, potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Tymczasem Zamawiający, uzasadniając wykluczenie Odwołującego, w ogóle nie odniósł się do tych analiz, wykonawca nie uzyskał więc żadnej informacji o przyczynach uznania ich za niezgodne z wymogami. Co więcej, Zamawiający również na rozprawie nie potrafił przedstawić uzasadnienia takiej oceny. Poza tym, za szczególnie naganny należy uznać fakt, że Zamawiający w ogóle nie odniósł się do drugiej osoby przedstawionej do funkcji eksperta ds. podatkowych. Nie tylko nie poinformował wykonawcy o przyczynach nieuwzględnienia tej osoby, ale w żadnej innej formie nie udokumentował oceny tego kandydata, co rodzi uzasadnione wątpliwości, czy ten zakres uzupełnionych dokumentów w ogóle został poddany ocenie (zwłaszcza że na rozprawie Zamawiający nie potrafił wyjaśnić przyczyn nieuwzględnienia pana Wiesława Ł. jako eksperta ds. podatkowych z doświadczeniem wymaganym w SIWZ). Powyższe stanowiło naruszenie wynikającego z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp obowiązku podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności wykluczenia.

Powyższe prowadzi do wniosku, że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a czynność jego wykluczenia była bezpodstawna. Wobec stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – zostało uwzględnione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

13

Przewodniczący:

14