

WYROK

z dnia 11 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **6 lipca 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **24 czerwca 2016 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **Red Ocean Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Świadczenie usług wspierających Zamawiającego w przygotowaniu, zarządzaniu, obsłudze i realizacji projektu „Pomorskie e-zdrowie” (nr postępowania DAZ-ZP/272/2/2016) prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Pomorskie z siedzibą w Gdańsku** przy udziale wykonawcy: **Signea sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Kaliszu** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – **Red Ocean Group sp. z o.o.**

z siedzibą w Warszawie:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – **Red Ocean Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego – **Red Ocean Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego – **Województwa Pomorskiego z siedzibą w Gdańsku** kwotę **19300 zł 40 zł** (słownie: dziewiętnaście tysięcy

1

Sygn. akt KIO 1120/16

trzysta złotych czterdzieści groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 1120/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Pomorskie z siedzibą w Gdańsku – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Świadczenie usług wspierających Zamawiającego w przygotowaniu, zarządzaniu, obsłudze i realizacji projektu „Pomorskie e-zdrowie” (nr postępowania DAZ-ZP/272/2/2016).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 lutego 2016 r. nr 2016/S_029-047009, w tym samym dniu Zamawiający

zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.pomorskie.eu}, na której od tego dnia udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

14 czerwca 2016 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – Red Ocean Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również w skrócie „ROG”} zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Signea sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Kaliszu {dalej również w skrócie „Signea”}, a także o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

24 czerwca 2016 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 4 – przez wykluczenie Odwołującego, pomimo że wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
2. Art. 24 ust. 2 pkt 1 – przez wykluczenie Odwołującego, pomimo braku podstaw uzasadniających taką czynność.
3. Art. 24 ust. 4 – przez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, pomimo że Odwołujący nie podlega wykluczeniu.
4. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegający na dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Signea jako oferty najkorzystniejszej, a także zaniechanie wyboru oferty

3

Sygn. akt KIO 1120/16

złożonej przez Odwołującego, pomimo że to oferta złożona przez Odwołującego powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, z uwagi na to, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu, jego oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

5. Art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie wskazanym w odwołaniu {zarzut z *ostrożności*}.
6. Art. 24 ust. 2 pkt 3 – przez zaniechanie wykluczenia Signea z postępowania, pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.
7. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania Signea do uzupełnienia oferty w zakresie wskazanym w odwołaniu {zarzut z *ostrożności*}.
8. Art. 7 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty Signea jako najkorzystniejszej.
2. Unieważnienia wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp.
3. Unieważnienia wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 pzp.
4. Unieważnienia uznania oferty Odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 pzp.
5. Dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.
6. Wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie wskazanym w odwołaniu {żądanie z *ostrożności*}.
7. Wykluczenia Signea z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp.
8. Wezwania Signea do uzupełnienia dokumentów w zakresie wskazanym w odwołaniu {żądanie z *ostrożności*}.

Odwołujący ponadto sprecyzował powyższą listę zarzutów przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1, 3 i 5 listy zarzutów – „kierownik projektu” – pkt I uzasadnienia odwołania}

Odwołujący zastrzegł, że ponieważ zarzut dotyczy informacji zastrzeżonych przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa (na których odtajnienie nie wyraził i nie wyraża zgody), odnosi się do stanowiska Zamawiającego przez odesłanie do przedstawionych w trakcie postępowania dokumentów bez ujawnienia ich pełnej treści. W szczególności

4

Sygn. akt KIO 1120/16

zamiast pełnego imienia i nazwiska osoby wskazanej jako kierownik projektu użyte zostaną inicjały „R.M.”

Zdaniem Odwołującego osoba ta spełnia wszystkie postawione przez Zamawiającego w rozdziale IV ust. 1 pkt 3 SIWZ warunki, w tym posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika projektu przy wdrożeniu systemu typu HIS oraz ERP o łącznej wartości systemu (ów) nie mniejszej niż 1.000.000,00 złotych brutto dla podmiotu leczniczego z minimalną liczbą łóżek 150 {ostatnie z czterech wypunktowanych wymagań dla tego stanowiska}.

Odwołujący zrelacjonował, że według uzasadnienia Zamawiającego:

- nie można uznać, że R.M. pełnił w projekcie PSiEZ funkcję kierownika projektu, ponieważ w uzupełnionym wykazie osób podano informację o pełnieniu funkcji *kierownika wątku (projektu) wdrożenia/aktualizacji systemów w ramach projektu*;
- na pytanie skierowane do Zamawiającego w ramach projektu PSiEZ, czy osoba R.M. występowała wśród personelu wykonawcy, uzyskano odpowiedź: *wśród personelu Wykonawcy zgłoszonym do Zamawiającego nie występował*, a ze skanu umowy wynika, że *kierownikiem zespołu projektu* była inna osoba.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę, że pojęcie „kierownik projektu”, jak również „kierownik wątku” nie mają normatywnej definicji legalnej jak np. kierownik budowy. Zatem przyjąć należy, że każdorazowo funkcję kierownika projektu (osoby organizującej pracę) definiuje zakres obowiązków, jaki wynika z konkretnego kontraktu. W tym postępowaniu należy to oceniać w świetle postawionego warunku, które to wymagania R.M. spełnia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zignorowanie faktu, że projekt PSiEZ, w którym uczestniczył R.M., był dużo bardziej złożony niż tylko wdrożenie systemów informatycznych w zakresie części medycznej w podmiocie medycznym czy systemu HIS i ERP, gdyż obejmował również wdrożenie innych, bardzo dużych komponentów, które znacznie wykraczają ponad składowe warunku określonego w przedmiotowym postępowaniu, takich jak: lokalny system BI z Hurtownią Danych, Elektroniczny Obieg Dokumentów, Elektroniczna Dokumentacja Medyczna, Regionalne Repozytorium Dokumentacji Medycznej, Regionalny System BI z Hurtownią Danych, Portal Pacjenta (e-Usługi Medyczne [rejestracja] oraz Dokumentacja Medyczna), Portal Menadżerski – raporty, Regionalny System Rejestrów.

Odwołujący dodał, że projekt (można użyć też terminu „program”) PSiEZ w istocie obejmował różne wdrożenia w przeszło 20 podmiotach leczniczych, które można nazwać projektami, a w użytym w wykazie osób odnośnie osoby R.M. sformułowaniu „kierownik wątku (projektu)” chodzi właśnie o pełnienie roli „kierownika projektu” w projekcie znacznie szerszym niż wdrożenia systemu typu HIS oraz ERP.

Odnosząc się do informacji uzyskanych przez Zamawiającego, Odwołujący zarzucił

5

Sygn. akt KIO 1120/16

Zamawiającemu pominięcie faktu, że organizacja i struktura projektu PSiEZ była dużo bardziej rozbudowana, co wynika zwłaszcza z funkcjonowania w jego ramach inżyniera kontraktu, jego podwykonawcy, wykonawcy wdrożenia oraz jego podwykonawcy. A Zamawiający nie ma wiedzy o strukturze organizacyjnej projektu po stronie wykonawcy, a tym bardziej po stronie podwykonawcy Red Ocean.

Odwołujący wtrącił, że Zamawiający w SIWZ miesza pojęcia dot. kierownika programu i kierownika projektu, co w ogromnym zakresie utrudniło Odwołującemu zrozumienie intencji Zamawiającego, a udzielane przez Zamawiającego w trakcie postępowania odpowiedzi i wyjaśnienia wątpliwości tych nie rozwiązywały.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie zwracał się do niego o żadne wyjaśnienia czy uzupełnienia dotyczące osoby R.M. w kontekście roli kierownika projektu w PSiEZ, a zamiast tego zwrócił się do podmiotów trzecich, manipulując odpowiedziami i traktując otrzymane informacje w sposób wybiórczy.

Z ostrożności Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie może wykluczać na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp bez uprzedniego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp, a uzupełnienie wykazu osób było składane z innych powodów aniżeli kwestionowanie przez Zamawiającego doświadczenie w zakresie pełnienia „kierownika projektu”.

{ad pkt 1 i 3 listy zarzutów – „dokument potwierdzający należyte wykonanie umowy” – pkt II uzasadnienia odwołania}

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający wskazał w uzasadnieniu swojej decyzji:

- *Ani w ofercie, ani poprzez wyjaśnienie i uzupełnienie nie wykazał, iż wykonał z należytą starannością wskazane w ofercie usługi, (...) zarówno bowiem zakres świadczonych przez podwykonawcę usług, jak również brak potwierdzenia, iż zostały one wykonane (tj. że realizacja została zakończona) należyście – wykluczają możliwość przyjęcia, że wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.*
- List referencyjny został sporządzony w trakcie realizacji usługi dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego, *przedmiotowy dokument nie jest dokumentem wykonania a potwierdzającym należyte usługi, tylko potwierdzeniem wykonania/ wykonywania jej części przez podwykonawcę Red Ocean Sp. z o.o.*
- Przedłożone w ramach uzupełnienia faktury nie stanowią wystarczającego dowodu, że zamówienie zostało wykonane należyście.
- (...) z informacji uzyskanych od Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego, *jako Zamawiającego usługę na pełnienie funkcji inżyniera kontraktu w zakresie realizacji „Podlaski System Informacyjny e-Zdrowie wynika, iż usługa ta była realizowana do października 2015*

6

Sygn. akt KIO 1120/16

roku”. Kluczową kwestią jest ustalenie, czy w rzeczywistości usługi wskazane w wykazie usług zostały zrealizowane w sposób należyty i w terminie do 11 października 2014 r.

– Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego udzielił Zamawiającemu odpowiedzi, że *wykonawca w ramach realizacji umowy na inżyniera kontraktu nie zgłosił Zamawiającemu żadnych podwykonawców.*

– Zamawiający nie uzyskał od PwC Polska sp. z o.o. żadnej odpowiedzi.

Odwołujący stwierdził, że wykazał spełnienie warunku przez zawarte w wykazie usługi zrealizowane na zlecenie PwC Polska sp. z o.o. przez Red Ocean sp. z o.o. jako podwykonawca w ramach umowy na świadczenie usług inżyniera kontraktu do realizacji projektu „Podlaski System Informacyjny e-Zdrowie”.

Na wstępie Odwołujący zrelacjonował, że postępowanie na wyłonienie inżyniera kontraktu do realizacji projektu „Podlaski System Informacyjny e-Zdrowie”, ogłoszonego 11 września 2011 r. przez Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego (numer referencyjny BO-II.272.38.2011), zakończyło się podpisaniem 11 czerwca 2012 r. umowy z konsorcjum PwC Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Akademii Leona Koźmińskiego z siedzibą w Warszawie. Zgodnie z § 4 ust. 1 tej umowy została ona zawarta na okres 28 miesięcy, co oznacza, że jej zakończenie wypadło w 10 października 2014 r. Nie podpisywano żadnych aneksów, które wydłużyłyby termin jej realizacji.

Odwołujący następnie podał, że w ramach umowy ramowej łączącej PwC Polska sp. z o.o. z Red Ocean sp. z o.o., ta ostatnia realizowała wszystkie usługi spełniające wymagania doświadczenia w przedmiotowym postępowaniu (rozdz. IV ust. 1 pkt 2 SIWZ). Dysponując doświadczeniem Red Ocean sp. z o.o. jako podmiotu udostępniającego zasoby, Odwołujący przedstawił te usługi jako wymagane doświadczenie i złożył w tym zakresie stosowne dokumenty i oświadczenia, przez złożenie wykazu zrealizowanych usług wraz z listem referencyjnym.

Odwołujący zarzucił wprawdzie Zamawiającemu, że wbrew dopuszczeniu w rozdziale V pkt 2 SIWZ na potwierdzenie należytego wykonania usług oświadczenia wykonawcy, *jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia*, pominął jego oświadczenie zawarte w piśmie z 11 maja 2016 r. Odwołujący

dodał, że *nie był w stanie kogokolwiek zmusić do wydania mu dodatkowej referencji czy wystawienia jakiegokolwiek innego dokumentu, którego zażyczył sobie Zamawiający.*

Niezależnie od powyższego Odwołujący oświadczył, że w pełni podtrzymuje swoje oświadczenia zawarte w piśmie z 11 maja 2016 r., które w całości następująco zrelacjonował.

Po pierwsze – zwrócił uwagę, że funkcję Inżyniera kontraktu definiują przypisane mu obowiązki, gdyż w SIWZ pojęcie „inżyniera kontraktu” (również „inwestora zastępczego” czy „menedżera projektu”) nie zostało zdefiniowane, a nie posiada ono normatywnej legalnej

7

Sygn. akt KIO 1120/16

definicji.

W związku z tym oświadczył (oraz załączył stosowne dokumenty), że Red Ocean sp. z o.o. realizowała wszystkie usługi wskazane w warunkach udziału w postępowaniu, zaś sam „Projekt Podlaskie e-Zdrowie” miał skalę, wartość i zakres, który z naddatkiem spełniał wymagania względem projektu określone w SIWZ.

Po drugie – wyjaśnił, że co prawda z załączonej do oferty referencji od PwC wynika, że przedmiotowy projekt realizowany był od maja 2012 do września 2015 r., jednak ta informacja dotyczy okresów planowanych, a ponadto nie dotyczy usług realizowanych przez Red Ocean sp. z o.o. W rzeczywistości umowa główna pomiędzy PwC i Województwem Podlaskim została zawarta i obowiązywała {jak to powyżej Odwołujący podniósł}, a Red Ocean sp. z o.o. świadczyła usługi nadzorcze i zarządcze, w tym opisane w ofercie i wymagane w SIWZ, w okresie od 11 czerwca 2012 r. do 11 października 2014 r.

Wskazał, że dowodzą tego następujące dokumenty (załączone w kopii do wyjaśnień):
– faktura VAT nr 04/06/2012 z 29.06.2012 r., wystawiona za pierwszy miesiąc realizacji usług nadzorczych i zarządczych – potwierdzająca najwcześniejszą datę rozpoczęcia świadczenia tych usług (tj. 11 czerwca 2012 r.);

– faktura VAT nr 03/10/2014 z 14 października 2014 r. – potwierdzająca datę zakończenia świadczenia tych usług (tj. 11 października 2014 r.)

Po trzecie Odwołujący wyjaśnił, że w dacie widniejącej na liście referencyjnym załączonym do oferty Red Ocean sp. z o.o. uzyskał kilka potwierdzeń należytego wykonywania usług zarządczych i nadzorczych, przy czym żadna z nich nie była pobierana specjalnie na potrzeby tego konkretnego postępowania. Odwołujący powołał się na to, że jak wynika z ugruntowanej linii orzeczniczej, referencje czy poświadczenia nie mają charakteru jednorazowego, nie można oczekiwać, iż będą one każdorazowo pobierane przez wykonawców na potrzeby konkretnych postępowań o udzielenie zamówienia. Potwierdzeniem warunku jest wykaz usług, zaś referencje pełnią rolę potwierdzenia należytego wykonania usług wskazanych w Wykazie. Wyjaśnił, że wykonawca tego zamówienia nie dysponuje referencjami z daty na dzień składania ofert, natomiast dysponuje dodatkowo inną referencją (którą załączono do wyjaśnień), potwierdzającą, że na dzień jej wystawienia wszystkie usługi wykonywane były należycie.

W wyjaśnieniach stwierdził ponadto, że biorąc pod uwagę cały okres świadczenia przedmiotowych usług w ramach projektu „Podlaskie e-Zdrowie”, czyli okres wskazany w wykazie załączonym do oferty, do potwierdzenia pozostaje należyte wykonanie usług za okres od daty wystawienia uzupełnionej referencji do końca okresu świadczenia tych usług, czyli okres 3 miesięcy (lipiec 2014 - październik 2014). Potwierdzeniem należytego wykonywania usług w tym zakresie jest dokument ostatniej faktury VAT (którą również

8

Sygn. akt KIO 1120/16

załączono do wyjaśnień) za zlecenie numer 4 (nr 03/10/2014 z 14 października 2014 r.), które było ostatnim w ramach świadczenia usług podwykonawstwa i jedynym w tym okresie. W konsekwencji uzupełniona referencja oraz faktura za ostatnie zlecenie numer 4 potwierdzają łącznie należyte wykonywanie usług w całym okresie ich świadczenia.

Po czwarte – wyjaśniono, że uzupełniona referencja potwierdza zakres realizacji usług wykonywanych przez Red Ocean sp. z o.o. – co czyni zadość wymaganiom warunku i rozwiewa wątpliwości odnośnie tego, czy rzeczywiście jako podwykonawca wykonywał takie usługi, które merytorycznie pokrywają się z warunkami udziału w postępowaniu.

Podkreślono, że uzupełnione dokumenty łącznie, tj. wykaz usług oraz ww. poświadczenia, jako że zawierają informację o *rodzaju wykonywanych prac, warunkach, zakresie i czasie realizacji* – wykazują spełnienie wymagań podmiotowych postawionych w SIWZ przez Zamawiającego.

Odnosząc się do informacji uzyskanych przez Zamawiającego w Urzędzie Marszałkowskim Województwa Podlaskiego i braku udzielenia informacji przez PwC, Odwołujący stwierdził, że nie można wyciągać żadnych wniosków ani konsekwencji w związku z brakiem zgłoszenia przez Konsorcjum PwC Red Ocean sp. z o.o. jako podwykonawcy w realizacji umowy na inżyniera kontraktu do realizacji projektu „Podlaski System Informacyjny e-Zdrowie”. Według Odwołującego potwierdza to wyrok Sądu Najwyższego z 9 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V CSK 492/07): *Zgoda inwestora, o której mowa w art. 647 § 2 k.c., ma znaczenie jedynie dla powstania jego odpowiedzialności na podstawie art. 647 § 5 k.c., a jej brak nie wpływa na skuteczność umowy zawartej przez wykonawcę i podwykonawcę.*

Odwołujący podniósł, że Zamawiający, powołując się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO13864, kwestionuje fakt, że faktura potwierdza należyte wykonanie umowy oraz uznaje, że sam fakt wystawienia faktury przez podmiot prowadzący działalność gospodarczą nie świadczy o należyтым wykonaniu zamówienia, a także, że stanu faktycznego musi niezbitnie wynikać, że dokument ten został zaakceptowany bez zastrzeżeń. Odwołujący zwrócił uwagę, że przedłożona faktura wskazywała termin zakończenia prac i została ona zapłacona przez firmę PwC. Ponadto zauważył, że Zamawiający ma pełną wiedzę na temat realizacji projektu „Podlaskie e-Zdrowie” i wie, że usługi te zostały wykonane należyście i w terminie.

{ad pkt 2 listy zarzutów – pkt III uzasadnienia odwołania}

Odwołujący zacytował treść uzasadnienia wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 pzp podaną przez Zamawiającego, a następnie przytoczył obszernie fragmenty opinii

9

Sygn. akt KIO 1120/16

prawnej zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej stosowania tego przepisu, podkreślając fragment o konieczności łącznego wystąpienia trzech przesłanek pozytywnych, w tym trzeciej zachodzenia bezpośredniego związku pomiędzy rezultatem pracy podmiotu uczestniczącego w postępowaniu przygotowawczym a jego wykorzystaniem przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zrekapitulował, że według Zamawiającego przewaga konkurencyjna Red Ocean Group sp. z o.o. polega na tym, że:

- (1) Posiadała szczegółową wiedzę o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia, ponieważ pan H. T. A. miał dostęp do dokumentów, w których Red Ocean sp. z o.o. oszacowała na potrzeby zamawiającego tę wartość.
- Miała dostęp do dokumentów związanych z realizacją projektu „Pomorskie e-Zdrowie” (opracowanych w ramach realizacji umowy nr 122/U//173/UMDISI-FP/2014), do których nie mieli dostępu pozostali uczestnicy postępowania, w tym:
 - (2) „Analizy stanu obecnego Podmiotów Lecznicznych” (oraz będące wynikiem tych prac dokumenty dotyczące inwentaryzacji),
 - (3) „Wstępnych potrzeb poszczególnych Podmiotów Lecznicznych”,
 - (4) „Analizy potrzeb i wymagań Podmiotów Lecznicznych”,
 - (5) „Analizy możliwości realizacji potrzeb przewidzianych w Projekcie”.
- (6) (...) *dostęp do tych dokumentów oraz analiz niezbędnych do ich opracowania (których nie posiada nawet zamawiający) mogło mieć wpływ na wycenę oferty Red Ocean Group Sp. z o.o.* Pozwoliło lepiej ocenić występujące w projekcie ryzyko, umożliwić wykorzystanie w części efektów prac, co w konsekwencji prowadzi do sytuacji, w której może zrealizować zamówienie taniej niż inni uczestnicy postępowania.
- Dostęp do dokumentów opracowanych w ramach umowy nr 122/U//173/UMDISI-FP/2014 może mieć wpływ na łatwiejsze opracowanie „Koncepcji realizacji zamówienia”, o której mowa w rozdziale XII ust. 1 pkt 2 SIWZ. Wynik oceny tej koncepcji jest jednym z kryteriów oceny ofert.
- (8) Posiadała szybciej od innych uczestników dostęp do dokumentu stanowiącego

załącznik nr 2 do SIWZ „Koncepcja techniczno-technologiczna Pomorskie eZdrowie”. który opracowała firma Red Ocean sp. z o.o. i do którego miał dostęp pan H. T. A. Dzięki temu miała więcej czasu od innych uczestników postępowania na przygotowanie się do udziału w postępowaniu. Mogła np. wcześniej pozyskać zasoby do realizacji tego zamówienia.

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że dokumenty, o jakich wspomina wyżej Zamawiający, były dostępne w trybie dostępu do informacji publicznej. Dowolny podmiot lub

10

Sygn. akt KIO 1120/16

osoba fizyczna występując od dnia zakończenia powyżej wspomnianej umowy z wnioskiem o dostęp do informacji publicznej, uzyskałby dostęp do tych dokumentów. Przykładowo Odwołujący podał, że 22 stycznia 2016 (jeszcze przed ogłoszeniem przedmiotowego postępowania) Województwo Pomorskie przesłało wnioskodawcy (którego danych nie ujawniło) w tym trybie następujące dokumenty dotyczące projektu „Pomorskie eZdrowie”:

- „Harmonogram Rzeczowo-Finansowy, Województwo Pomorskie, Analiza Ekonomiczno-Finansowa do Studium Wykonalności dla Projektu *Pomorskie eZdrowie*”, który zawiera szczegółową wiedzę o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia (Odwołujący podniósł, że suma nakładów kwalifikowanych projektu + VAT daje łącznie 6.061.717,98 zł, a zatem kwotę odpowiadającą w przybliżeniu wartości budżetu),
- „Studium Wykonalności dla Projektu pn. *Pomorskie e-Zdrowie*”,
- „Koncepcję rozwiązania *Pomorskie e-Zdrowie*”, która stanowi załącznik nr 2 do SIWZ.
- harmonogram realizacji projektu

Odwołujący podsumował, że w tym okresie okoliczności ani stan prawny tych dokumentów nie uległ zmianie, czyli każdy mógł uzyskać dostęp do tych informacji i dokumentów, co pokazuje słabość argumentacji Zamawiającego, w szczególności w zakresie wątków o nr (1) oraz (8).

Odwołujący stwierdził, że najciężej polemizować z argumentem (6), gdyż Zamawiający posługuje się domysłami i domniemaniami o posiadaniu przez Odwołującego, {jak to określił w odwołaniu} nie wiadomo jakich *magicznych dokumentów o niewiadomej treści*, które mają rzekomo posłużyć uzyskaniu lepszej pozycji.

Odwołujący podniósł, że lista dokumentów, jakie miały powstać w wyniku realizacji wspomnianej umowy została dość precyzyjnie określona w SIWZ dotyczącej tamtego zamówienia:

- Dla etapu 1 wykonawca miał przeprowadzić analizę: stanu informatyzacji podmiotów leczniczych będących partnerami projektu, identyfikację potrzeb i wymagań poszczególnych partnerów projektu oraz możliwości ich sfinansowania w ramach projektu PeZ SOPZ.
- W etapie 2, na podstawie analiz i wniosków opracowanych w wyniku realizacji etapu 1 przedmiotem opracowania było studium wykonalności i wniosek o dofinansowanie SOPZ.

Oznacza to, że dokumenty, o jakich wspomina Zamawiający w (2), (3), (4), (5) są jedynie dokumentami źródłowymi (bazowymi) na których oparte zostały dokumenty wynikowe, czyli:

- „Koncepcja techniczno-technologiczna *Pomorskie Zdrowie*” (powstała na bazie analizy i inwentaryzacji),

11

Sygn. akt KIO 1120/16

- „Studium Wykonalności” (które powstało na bazie ww. koncepcji),
- „Wniosek o dofinansowanie” (który powstał na bazie ww. studium).

Odwołujący dodał, że pozostaje to w pełnej spójności logicznej z zapisami, jakie znajdujemy w SIWZ dla aktualnie prowadzonego postępowania w rozdziale III pn. „Usługi związane z przygotowaniem dokumentacji i pracami niezbędnymi do przygotowania realizacji projektu”: *W ramach świadczenia usług wsparcia w przygotowaniu, zarządzaniu i obsłudze projektu „Pomorskie e-Zdrowie” Wykonawca wykona analizę przedwdrożeniową Projektu. Analiza przedwdrożeniowa opierać się będzie na Studium Wykonalności oraz „Koncepcji techniczno-technologicznej” stanowiącej Załącznik nr 2 do SIWZ.*

Dodatkowo tezę o tym, że dokumenty (2), (3) i (4) stanowią bazę źródłową, potwierdza następujący zapis: *Ponadto Wykonawcy, z którym zostanie podpisana umowa o udzielenie niniejszego zamówienia, zostaną przekazane wyniki inwentaryzacji oraz analizy potrzeb przeprowadzonej w podmiotach leczniczych będących Partnerami Projektu stanowiąc będą one bazę materiałów źródłowych do analizy przedwdrożeniowej.* ”

Według Odwołującego obecne postępowanie dotyczy świadczenia usług wspierających Zamawiającego w przygotowaniu, zarządzaniu, obsłudze i realizacji projektu „Pomorskie e-Zdrowie”, a zawarte w studium wykonalności i koncepcji informacje w zupełności wystarczają do przygotowania wyceny, gdyż dokumenty te precyzyjnie opisują, co ma być wykonane w ramach projektu i z jakimi zasobami istniejącymi ma to się łączyć. Żadna dodatkowa wiedza w tym zakresie nie ma znaczenia z punktu widzenia realizacji przedmiotowego kontraktu.

Z drugiej strony Odwołujący podniósł, że konieczna będzie aktualizacja wszystkich dokumentów projektowych, co sam Zamawiający przewidział w rozdział III pkt 2 SIWZ: *Aktualizacja dokumentacji wskazanej powyżej jest wymagana z uwagi na czas jaki upłynął od jej sporządzenia oraz z uwagi na to, że od jej stworzenia miały miejsce istotne zmiany w otoczeniu Projektu. W szczególności są to zmiany w przepisach prawa, zmiany w ramach systemu informacji w ochronie zdrowia, zmiany w projektach centralnych (głównie w projekcie PI) a także naturalne w ICT zmiany w zakresie technologii i oprogramowania oraz zmieniające się w czasie potrzeby i wyposażenie Partnerów Projektu.* Zamawiający zdaje sobie sprawę, że wykonawcy muszą przeprowadzić weryfikację stanu obecnego na moment realizacji kontraktu, gdyż weryfikacja przeprowadzona w 2015 roku z pewnością nie oddaje stanu na dziś ani na moment faktycznej realizacji projektu.

Według Odwołującego warto rozważyć z perspektywy wiedzy o tym, co znajduje się w dokumentach (2), (3), (4) oraz (5) i jaki to może mieć wpływ na wycenę. Zakres przedmiotowego zamówienia obejmuje następujące czynności (str. 1 SOPZ zał. 1):

12

Sygn. akt KIO 1120/16

- *Przeprowadzenie analizy przedwdrożeniowej w oparciu o Studium Wykonalności, Wniosek o Dofinansowanie, Koncepcję techniczno-technologiczną na podstawie analizy przedwdrożeniowej*
 - *Przygotowanie dokumentacji przetargowej oraz przeprowadzenie postępowań PZP w odniesieniu do wskazanych etapów na podstawie analizy przedwdrożeniowej*
 - *Przygotowanie wykazów dostaw, prac budowlanych, usług (oczywiście na podstawie analizy przedwdrożeniowej)*
 - *Usług związanych z zarządzaniem i obsługą projektu (usługi inżyniera kontraktu) - które są realizowane w odniesieniu do dostaw, prac budowlanych i usług*
- nie znajduje logicznego powiązania pomiędzy dokumentami Odwołujący żadnego źródłowymi (2), (3), (4) i (5), na bazie których powstały dokumenty studium wykonalności i koncepcja rozwiązania „Pomorskie e-Zdrowie”, która stanowi załącznik nr 2 do SIWZ, oraz harmonogram realizacji projektu, gdyż dokumenty te muszą być zaktualizowane i dopiero na tej podstawie realizuje się przedmiotowe zamówienie polegające na wykonaniu czynności, o jakich mowa powyżej. Odwołujący zarzucił, że Zamawiający w swoim uzasadnieniu w żaden sposób tego nie udowodnił.

Zdaniem Odwołującego nie można pomijać faktu, że dokumenty studium wykonalności i wniosku o dofinansowanie z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego województwa pomorskiego na lata 2014-2020 dla projektu „Pomorskie e-zdrowie” były opracowywane przez zupełnie inne osoby, niż te, które zostały dedykowane do realizacji obecnego zamówienia

Odnosnie ułatwienia w opracowaniu koncepcji Odwołujący stwierdził, że jest to kolejne hipotetyczne założenie, gdyż z uwagi na wykluczenie jego oferta została odrzucona, przez co nie była oceniana w tym kryterium.

{ad pkt 6 i 7 listy zarzutów – pkt III uzasadnienia odwołania}

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający bardzo starał się znaleźć jakiegokolwiek uchybienia w jego ofercie, zwracając się o różnego rodzaju wyjaśnienia i uzupełnienia, a także informacje do podmiotów trzecich. Tymczasem względem oferty Signea takiego wysiłku

Zamawiający nie podjął w ogóle. Nie było weryfikacji spełnienia warunków postępowania przez Signea, a Zamawiający zaniechał wezwania Signea do uzupełnienia oferty w zakresie dotyczącym warunku doświadczenia określonego w rozdz. IV ust. 1 pkt 2 SIWZ

Odwołujący zrelacjonował, że Signea jako podmiot samoistny nie wykazała się żadnym doświadczeniem ani kompetencjami w zakresie przedmiotu zamówienia, opierając

13

Sygn. akt KIO 1120/16

się tylko i wyłącznie na doświadczeniu firm trzecich. W wykazie zrealizowanych usług przedstawiła usługi zrealizowane przez podmiot udostępniający tj. FXGrail sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, która realizowała na rzecz Mazowieckiego Szpitala Bródnowskiego w Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie umowę na świadczenie usług „Menedżer projektu E-zdrowie dla Mazowsza MSB/PN/44/06/2014”.

W wykazie podano, że FXGrail sp. z o.o. wykonała w terminie do 21.12.2015 r. usługi, które polegały na :

- zarządzaniu projektem jako Inżynier Kontraktu, Inwestor Zastępczy lub Menedżer Projektu dla projektu obejmującego system e-zdrowia;
- zarządzaniu projektem jako Menadżer Projektu dla projektu Dotyczącego wdrożenia Elektronicznej Dokumentacji Medycznej w co najmniej 10 podmiotach leczniczych

Odwołujący zarzucił, że Signea wykazuje spełnienie warunku a) i c) przez umowę, która jeszcze się nie zakończyła w powyższych zakresach, na co wskazują zapisy powyżej wspomnianej umowy:

§ 2 Termin wykonania

1. *Termin wykonania umowy ustala się na: od dnia zawarcia umowy do dnia 31.12.2015 r.*
2. *Strony dopuszczają zmianę terminu wykonania umowy w przypadku zmiany terminu okresu realizacji projektu i rozliczenia końcowego pomiędzy Beneficjentem a Mazowiecką Jednostką Wdrażania Programów Unijnych. Zmiana terminu realizacji umowy pozostaje bez wpływu na zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy i nie wymaga zawarcia aneksu do umowy, lecz powiadomienia ze strony Zamawiającego i przekazania kopii dokumentów przedłużających termin realizacji i rozliczenia projektu.*

Dodatkowe zapisy, które wskazują na to, że przedmiotowa umowa, w szczególności w zakresie związanym z pełnieniem funkcji Menadżera Projektu w zakresie Elektronicznej Dokumentacji Medycznej nie skończyły się w grudniu 2015 r., znajdują się w opisie przedmiotu zamówienia:

Zakres prac menadżera projektu będzie podzielony na cztery etapy zarządcze:

1. *Analizy wstępne i pełna dokumentacja dla zamówień publicznych (CZ1)*
2. *Wsparcie i produkty w okresie kontraktowania (CZ2)*
3. *Współpraca z wykonawcami (CZ3)*
4. *Rozliczenie końcowe (CZ4)*

(...)

W ramach opracowania dokumentacji projektowej oraz pełnienia funkcji menadżera projektu Wykonawca zobowiązany jest do kompleksowej projektowej, organizacyjnej, administracyjno-finansowej i obsługi projektu wraz z rozliczeniem środków pozyskanych przez Zamawiającego na jego realizację, obejmującej w szczególności: (...)

14

Sygn. akt KIO 1120/16

i. rozliczenie projektu, w tym sporządzenie wniosków o płatność i rozliczenia końcowego. Dokumenty muszą zawierać wymagane załączniki od wszystkich partnerów i wykonawców projektu. Wymagane jest opracowanie Raportu z rozliczenia końcowego realizacji projektu wraz z weryfikacją osiągnięcia celów,

(...)

v. skompletowanie dokumentacji i przygotowanie rozliczeń końcowych (rzeczowych i finansowych) wraz z przekazaniem pełnej dokumentacji Zamawiającemu.

Odwołujący dodał, że do umowy zawartej pomiędzy Szpitalem Bródnowskim (reprezentującym 24 jednostki) a firmą Cube.ITG na wdrożenie systemu e-Zdrowie dla Mazowsza, w tym m.in. w zakresie Elektronicznej Dokumentacji Medycznej w podmiotach

lecniczych 23 grudnia 2015 r. podpisano aneks nr 5, który w zakresie m.in. komunikacji i danych Systemu Elektronicznej Dokumentacji Medycznej wydłużył termin realizacji tej umowy do 31 maja 2016 r.

Zdaniem Odwołującego z racji zakresu umowy na menadżera projektu, który polega np. na rozliczaniu zakończonych prac w ramach projektu, oczywistym jest, że w zakresie systemu dotyczącego e-zdrowia (zawierającego takie elementy jak szyna danych i rekord pacjenta), a także wdrożenia Elektronicznej Dokumentacji Medycznej przedmiotowa umowa nie została zakończona 21 grudnia 2015 r., a najwcześniej 31 maja 2016 r. (a raczej dużo później, bo konieczne z pewnością było rozliczenie końcowe). Stąd Signea nie powinna się powoływać na tę usługę w zakresie spełniania warunku posiadania doświadczenia określonych w lit a) i c), gdyż nie została ona zrealizowana ani na wskazany w wykazie usług dzień 21.12.2015 r., ani przed terminem składania ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Na tej podstawie Odwołujący wywiódł naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, polegające na zaniechaniu wykluczenia Signea z przedmiotowego postępowania, pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Z ostrożności – na wypadek stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą braku podstaw do wykluczenia Signea – Odwołujący podniósł, że wobec niewykazania spełnienia warunku Zamawiający powinien wezwać Signea do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie (naruszenie art. 26 ust. 3 pzp).

5 lipca 2016 r. Zamawiający przesłał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

{ad pkt 1, 3 i 5 listy zarzutów – „kierownik projektu” – pkt I uzasadnienia odwołania}

15

Sygn. akt KIO 1120/16

Zamawiający zrelacjonował następujące okoliczności dotyczące przebiegu badania spełniania przez ROG warunku dotyczącego dysponowania osobą do pełnienia funkcji kierownika projektu, która posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji projektu przy wdrożeniu systemu typu HIS oraz ERP o łącznej wartości systemu(ów) nie mniejszej niż 1 mln zł brutto dla podmiotu leczniczego z minimalną liczbą łóżek 150:

– W załączonym do oferty wykazie osób wskazano, że powyższą funkcję kierownika Projektu będzie pełnił A. W. {dalej: „AW”}.

– Zamawiający stwierdził, że AW nie posiada wymaganego również od osoby zgłoszonej do pełnienia tej funkcji certyfikatu z zakresu zarządzania programami (IPMA na poziomie co najmniej C lub PRINCE2 Practitioner), gdyż nie widnieje w wykazie zamieszczonym na oficjalnych stronach instytucji wystawiających certyfikaty PRINCE2 Practitioner.

– Na wezwanie Zamawiającego ROG w piśmie z 10 maja 2016 r. wyjaśnił, że rzeczywiście AW nie ma stosownych uprawnień (certyfikatu).

– Na skutek wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia wykazu osób w powyższym zakresie ROG *de facto* zamieniając uprzednio wskazane osoby funkcjami, tzn. AW zmieniono funkcję z kierownika projektu na jego zastępcę, a jako kierownika projektu wskazano R. M. {dalej: „RM”} (pierwotnie wskazanego jako zastępcę kierownika projektu), wskazując jednocześnie, że pełnił w ramach realizacji „Podlaskiego Systemu Informacyjnego e-Zdrowie” {dalej również: „PSiEZ”} funkcję kierownika wątku (projektu) wdrożenia/aktualizacji systemów, gdzie w ramach projektu były wdrożenia HIS i ERP w ponad dwóch podmiotach leczniczych, które miały ponad 150 łóżek szpitalnych o łącznej wartości systemów przekraczających 1 mln zł brutto.

– Zamawiający zwrócił się do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego (zamawiającego usługę na pełnienie funkcji inżyniera kontraktu przy realizacji PSiEZ) z zapytaniem, czy RM występował wśród personelu wykonawcy i jaką pełnił rolę. W odpowiedzi otrzymał informację, że wśród personelu wykonawcy zgłoszonego do zamawiającego nie występował RM (dowód nr 2). Ponadto z umowy nr PO/38/06/2012 z zawartej 11 czerwca 2012 r. przez Województwo Podlaskie na wykonanie przedmiotowej usługi wprost wynika, że kierownikiem zespołu projektu była AW (dowód nr 3), a wśród osób wskazanych do realizacji przedmiotowej umowy w jakimkolwiek zakresie nie wymieniono RM. Z kolei zgodnie z rozdziałem II ust. 4 tej umowy: po pierwsze – w przypadku

konieczności zmiany osoby biorącej udział w realizacji przedmiotu zamówienia inżynier kontraktu zobowiązany był do poinformowania o tym takcie zamawiającego w terminie 2 dni roboczych (lit. b), po drugie – osoba wskazana przez inżyniera kontraktu mogła przystąpić do realizacji zamówienia po akceptacji ze strony zamawiającego (lit. d) (dowód nr 4).

Zamawiający odniósł się do argumentacji odwołania odnośnie niezdefiniowania

16

Sygn. akt KIO 1120/16

pojęcia kierownika projektu.

Zgodnie z powszechnymi definicjami kierownik projektu (PM – Project Manager) to specjalista w dziedzinie zarządzania projektami, odpowiedzialny za planowanie, realizację i zamykanie projektu. Podstawowym zadaniem kierownika projektu jest zapewnienie osiągnięcia założonych celów projektu, wytworzenie produktu spełniającego określone wymagania jakościowe. Rolę kierownika projektu i jego zadania zdefiniowano w załączniku nr 9 SIWZ, gdzie zgodnie z § 3 ust. 18 „Kierownik projektu i jego zastępca ze strony Wykonawcy jest odpowiedzialny za koordynację prac, za wykonanie których odpowiedzialność ponosi Wykonawca, a w szczególności przydziału osób do ich realizacji oraz bieżący nadzór nad ich jakością oraz terminowością realizacji. Tym samym przewidziana rola kierownika projektu jest zbieżna z powszechnym rozumieniem tego pojęcia oraz z jego rolami zdefiniowanymi w metodologiach stosowanych w zarządzaniu projektami.

Słowo „projekt” (od ang. project) występuje tu następującym znaczeniu: „przedsięwzięcie, zwykle poważne, wymagające pracy i zaangażowania, z satysfakcjonującym wynagrodzeniem za pracę i wysiłek”. Natomiast wątek to część programu wykonywana współbieżnie w obrębie jednego procesu; w jednym procesie może istnieć wiele wątków, czyli wątek to część składowa jednego projektu, a nie cały projekt, Zamawiający nie wskazywał na jakąkolwiek funkcję „kierownika programu”, a pojęcie takie nie zostało ani razu użyte w SIWZ.

Odwołujący właściwie zrozumiał i zinterpretował warunek, wskazując pierwotnie osobę, która rzeczywiście pełniła funkcję kierownika projektu PSiEZ, a późniejsza zamiana wynikała z tego, że wygasa ważność certyfikatu, który podał dla AM.

Odnosnie zasięgania informacji nie tylko od ROG, Zamawiający podniósł, że zarówno prawo krajowe, jak i unijne nie zawierają przepisów, które zabraniałyby zamawiającemu skorzystania z informacji pozyskanych od innych podmiotów niż wykonawca, w tym od zamawiającego danego zamówienia. Dla zapewnienia efektywnego przeprowadzenia postępowania nie sposób pominąć przepisów ustawy pzp, które umożliwiają zamawiającemu sprawdzenie wiarygodności załączonych dokumentów i informacji. Wyjaśnienie wszelkich wątpliwości lub sprzeczności leży zarówno w interesie Zamawiającego, jak i szeroko pojętym interesie publicznym

Odnosząc się do zarzutu ewentualnego naruszenia art. 26 ust. 3 pzp, Zamawiający podniósł, że ponieważ ROG był już wzywany do uzupełnienia wykazu w zakresie kierownika projektu, ponowne wzywanie w tym zakresie stanowiłoby naruszenie tego przepisu, który musi być interpretowany ściśle.

{ad pkt 1 i 3 listy zarzutów – „dokument potwierdzający

17

Sygn. akt KIO 1120/16

należyte wykonanie umowy” – pkt II uzasadnienia odwołania}

Zamawiający uzupełniająco zrelacjonował następujące okoliczności dotyczące przebiegu badania spełniania przez ROG warunku dotyczącego dysponowania wiedzą i doświadczeniem:

– Do oferty ROG załączono wykaz usług, w którym wykazano usługi zrealizowane dla PwC Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, lidera konsorcjum (w skład którego wchodziła również Akademia Leona Koźmińskiego) wykonującego usługę inżyniera kontraktu w projekcie wdrożenia PSiEZ, realizowanego w ramach umowy z Urzędem Marszałkowskim Województwa Podlaskiego. Do wykazu usług załączono list referencyjny wystawiony 15

lipca 2014 r. przez PwC, wskazujący, że Red Ocean sp. z o.o. pełni (na dzień wystawienia tego dokumentu) rolę podwykonawcy inżyniera kontraktu w projekcie wdrożenia PSiEZ. Jednocześnie z dokumentu tego wynika, że przedmiotowy projekt realizowany jest od maja 2012 r. z planowanym terminem zakończenia na wrzesień 2015 r.

– Ponieważ list referencyjny sporządzony w trakcie realizacji usługi nie potwierdzał należytego jej wykonania, a jedynie potwierdzeniem wykonania lub wykonywania jej części przez podwykonawcę Red Ocean sp. z o.o. na datę wystawienia dokumentu, Zamawiający pismem z 5 maja 2016 r. wezwał ROG do uzupełnienia wykazu usług w powyższym zakresie (dowód nr 10)

– W odpowiedzi ROG udzielił wyjaśnień i przedłożył dalsze dokumenty, jak to opisał w odwołaniu.

– Zamawiający ocenił, że załączony dodatkowo list referencyjny został w tej samej dacie co dokument złożony wraz z ofertą, a z jego treści i udzielonych przez ROG wyjaśnień wynika, że usługi Red Ocean sp. z o.o. na rzecz inżyniera kontraktu projektu „Podlaskie e-Zdrowie” nie zostały w tej dacie zakończone. Natomiast przedstawiona dodatkowo faktura VAT za zlecenie nr 4 (nr 03/10/2014 z 14 października 2014 r.) nie jest dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie przedmiotowej usługi. Sam fakt wystawienia faktury przez podmiot prowadzący działalność gospodarczą nie świadczy o należyтым wykonaniu zamówienia. Ze stanu faktycznego musi niezbiec wynikać, że dokument ten został zaakceptowany bez zastrzeżeń (KIO 1348/13).

– Uzupełnienie oferty o kopie faktur VAT wskazujące, że Red Ocean sp. z o.o. obciążył PwC za wykonanie *usługi wsparcia podczas realizacji usług doradczych* i „Zlecenie nr 4 do umowy ramowej o świadczenie usług doradczych z dnia 1.07.2014 r.” nie potwierdzają, że usługi te dotyczyły wykonywania przez Red Ocean sp. z o.o. roli podwykonawcy inżyniera kontraktu w PSiEZ.

– Zamawiający uzyskał od Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego informacje,

18

Sygn. akt KIO 1120/16

że usługa inżyniera kontraktu przy realizacji PSiEZ była realizowana do października 2015 r., gdyż czterokrotnie zawarto aneksy wydłużające termin jej realizacji;

– Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego na pytanie Zamawiającego, czy w projekcie PSiEZ Red Ocean sp. z o.o. jako podwykonawca wykonywała i w jakim zakresie usługę polegającą na zarządzaniu tym projektem jako inżynier kontraktu, inwestor zastępczy lub menadżer projektu, odpowiedział, że wykonawca Konsorcjum PWC nie zgłosiło żadnych podwykonawców, choć zgodnie z postanowieniami zawartej umowy zobowiązany był to uczynić (według § 11 zlecenie zadań podwykonawcy wymagało każdorazowego wyrażenia zgody przez zamawiającego) (dowód nr 7).

– Na analogiczne pytanie PwC Polska nie udzielił odpowiedzi, powołując się na obowiązujące wymogi poufności (dowód nr 6).

Zdaniem Zamawiającego można byłoby uprawdopodobnić należyte wykonanie usługi, gdyby ROG załączył pod fakturę dowód jej zapłaty, ale w dalszym ciągu pozostałaby wątpliwość, czy przedmiotowa faktura dotyczy realizacji wskazanego w wykazie usług zamówienia, gdyż nie wynika to z jej treści.

Ponadto nie budzi wątpliwości, że doświadczenie nabyte przez podwykonawcę przy realizacji zamówienia może być wykazane tylko w takim zakresie, w jakim usługi podwykonawcy były świadczone.

Zamawiający podtrzymał w podsumowaniu swoją ocenę, że z uwagi na powyższe ROG ani w ofercie ani przez wyjaśnienia i uzupełnienia nie wykazał, iż wykonał z należytą starannością wskazane w ofercie usługi, gdyż zarówno zakres świadczonych przez podwykonawcę usług, jak również brak potwierdzenia, że zostały one wykonane (tj. że realizacja została zakończona) należyście wykluczają możliwość przyjęcia, że wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

{ad pkt 2 listy zarzutów – pkt III uzasadnienia odwołania}

Zamawiający w całości powtórzył i podtrzymał uzasadnienie wykluczenia ROG na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 pzp, które zacytowane i zrekapitulowane zostało w odwołaniu.

Dodatkowo Zamawiający zamieścił tabelę obrazującą, jak to określił, % bezpośredni wpływ podnoszonych w tym uzasadnieniu okoliczności na koszty usługi objętej aktualnie udzielanym zamówieniem, oceniając, że łączny udział wartości prac przy realizacji których ROG posiadałaby przewagę konkurencyjną – z uwagi na informacje posiadane przez H. A., których nie mieli inni wykonawcy – w wartości zamówienia na inżyniera kontraktu wynosi 22,6%, w tym:

19

Sygn. akt KIO 1120/16

– analiza przedwdrożeniowa – 5%, gdyż ma wszystkie niezbędne opracowania i dokumenty źródłowe, wiedzę o stanie informatyzacji poszczególnych partnerów projektu, zasobach organizacyjnych, ludzkich i finansowych każdego podmiotu leczniczego;

– opracowanie dokumentacji przetargowej na: dostawy stacji roboczych, terminali, urządzeń mobilnych oraz urządzeń peryferyjnych wraz z oprogramowaniem, dostawy serwerów i urządzeń pamięci masowej, budowę systemów gromadzenia i archiwizacji danych (GCPD/DR), wybór inżyniera 6CPD – 6%, gdyż miał informacje na temat ilości, różnorodności, licencji (konkretne modele, nazwy, karty katalogowe) spełniających wymagania sprzętu komputerowego i oprogramowania planowanego do pozyskania, posiada szczegółową wiedzę o planowanym modelu funkcjonowania GCPD/DR (co w koncepcji załączonej do SIWZ określono je jedynie ramowo), posiada wiedzę na temat ilości i specyfikacji sprzętu koniecznego do zainstalowania w GCPD, posiada analizy wariantowe z ich wycenami dotyczącymi budowy systemów gromadzenia i archiwizacji danych;

– opracowanie dokumentacji przetargowej na: budowę i dostosowanie infrastruktury pasywnej (w tym serwerowni), dostosowanie i rozbudowę sieci teleinformatycznych wraz z urządzeniami sieci LAN oraz sieci zasilania gwarantowanego, budowę sieci WAN – 6%, gdyż posiada wiedzę na temat stanu obecnie funkcjonujących serwerowni oraz zastosowanych w podmiotach leczniczych rozwiązań sieci teleinformatycznych i elektroenergetyczny oraz ilości budynków objętych projektem, posiada dane takie jak: plany sieci strukturalnych, rozmieszczenie punktów dystrybucyjnych MDF, ilości gniazd, plany pomieszczeń, ilości urządzeń dla każdego leczniczego, wycenę podmiotu planowanych inwestycji, posiada dane dotyczące wyposażenia każdej serwerowni w podmiotach leczniczych (dane takie jak: ilość i rodzaj UPSów, agregatów, klimatyzacji, systemów gaszenia), posiada informacje dotyczące jakości łącz sieci WAN oraz możliwej dostępności dla każdego podmiotu leczniczego, posiada wiedzę i dokumenty źródłowe dotyczące budowy sieci WAN jako elementu kluczowego projektu PeZ;

– opracowanie dokumentacji przetargowej na: dostarczenie i wdrożenie systemów dziedzinowych i wspierających wraz ze szkoleniami, dostarczenie i wdrożenie regionalnego systemu e-Zdrowia i portalu wraz ze szkoleniami (m.in. BI, PRIM, SZJ), budowę systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji, szkolenia z zakresu aplikacji biurowych

IT – gdyż stanu obecnie i specjalistycznych 7,4%, posiada wiedzę dotyczącą funkcjonujących systemów (specjalistycznych i dziedzinowych) w podmiotach leczniczych, zna więc co należy zmienić, co zmodernizować, z jakimi systemami nachodzi konieczność integracji, posiada wiedzę o ewentualnych możliwościach ich rozbudowy i warunkach licencyjnych, posiada dane dotyczące ilości niezbędnego personelu, który zostanie objęty wdrożeniem i szkoleniami, posiada wiedzę dotyczącą systemu zarządzania

20

Sygn. akt KIO 1120/16

bezpieczeństwem informacji w podmiotach leczniczych.

Zamawiający podkreślił, że H. T. A. jest wiceprezesem i współwłaścicielem zarówno Red Ocean Group sp. z o.o., jak i Red Ocean sp. z o.o., co ma wpływ na posiadanie przez niego pełnej wiedzy o ich działaniach. Tym samym zachodzi bezpośredni związek między jego działaniami jako przedstawiciela Red Ocean sp. z o.o. i informacjami, jakie w związku z tym posiada, a złożeniem przez niego oferty w imieniu Red Ocean Group sp. z o.o., co uzasadnia wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust 2 pkt 1 pzp.

{ad pkt 6 i 7 listy zarzutów – pkt III uzasadnienia odwołania}

Zamawiający wskazał, że w trakcie weryfikacji oferty Signea, w oparciu o przedstawione dokumenty i informacje posiadane przez Zamawiającego, nie zaszyły żadne okoliczności uzasadniające wykluczenie tego Wykonawcy lub wzywanie go do uzupełnienia wykazu usług. FXGrail sp. z o.o. była wykonawcą usługi zarządzania projektem „E-zdrowie dla Mazowsza”, co znajduje potwierdzenie zarówno w informacjach publikowanych przez zamawiającego w tamtym postępowaniu – Mazowiecki Szpital Bródnowski, jak i w załączonym do oferty dokumencie. Ponadto z informacji uzyskanych od Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego i Mazowieckiego Szpitala Bródnowskiego oraz z powszechnie dostępnych wynikało, że projekt ten – w zakresie odpowiadającym warunkom udziału w niniejszym postępowaniu – zakończył się w grudniu 2015 r.

Zamawiający zaznaczył, że tylko konkretna i wiarygodna informacja lub dokument z innych źródeł, które otrzyma, może stanowić podstawę do podejmowania przez niego czynności wyjaśniających.

Pismem z 28 czerwca 2016 r. Zamawiający poinformował, że 24 czerwca 2016 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania drugiemu wykonawcy uczestniczącemu w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

27 czerwca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Signea sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Kaliszu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania – a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Szczegółowe stanowisko Przystępujący zawarł w swoim piśmie z 6 lipca 2016 r.

21

Sygn. akt KIO 1120/16

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Izba nie miała podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego, gdyż zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp jest możliwe wyłącznie w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, piśmie Przystępującego z 6 lipca 2016 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, rozpatrując sprawę w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o które się ubiega i złożył ofertę, która w świetle kryteriów oceny ofert mogłaby okazać się najkorzystniejsza. Jednocześnie może ponieść szkodę, gdyż wykluczenie z postępowania, od którego się odwołał, uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Ponadto, wbrew odmiennemu stanowisku Przystępującego, taką szkodę po stronie Odwołującego może powodować również zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, gdyż wobec przyjętych kryteriów oceny ofert (cena o wadze 50% i koncepcja realizacji zamówienia o wadze 50%), pomimo złożenia oferty z niższą ceną, nie

Sygn. akt KIO 1120/16

Odwołującemu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

I. zarzut dotyczący wykluczenia Odwołującego za niewykazanie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia

Izba ustaliła następujące istotne okoliczności:

W projekcie „Podlaski System Informacyjny e-zdrowie” inżynierem kontraktu było konsorcjum w składzie {dalej również „Konsorcjum PwC”}: PwC Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider) {dalej również: „PwC”} i Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie, z którym 11 czerwca 2012 r. Województwo Podlaskie jako zamawiający (działający także w imieniu i na rzecz innych zamawiających) zawarło umowę nr PO/38/06/2012. Zgodnie z § 11 tej umowy zlecenie zadań podwykonawcy wymagało każdorazowo wyrażenia zgody przez zamawiających. Konsorcjum PwC nigdy nie zgłosiło drugiej stronie umowy żadnego podwykonawcy {okoliczności bezsporne}.

Termin realizacji powyższej umowy, oznaczony pierwotnie na 28 miesięcy od daty jej podpisania, był 4 razy wydłużany aneksami, ostatecznie aneksem nr 4 z 11 września 2015 r. do 30 października 2015 r. {aneksy nr 1 - 4 – dowód nr 11 do odpowiedzi na odwołanie}.

Red Ocean sp. z o.o. {dalej również: „Red Ocean” lub „RO”} w okresie od 11 czerwca 2012 r. do 11 października 2014 r. wykonywała jako podwykonawca PwC usługi wsparcia merytorycznego i prawnego:

- w postępowaniach realizowanych zgodnie z pzp (na każdym ich etapie od opracowania dokumentacji przetargowej, przez realizację procedury przetargowej, do zawarcia umowy)
- w zarządzaniu i nadzorze (nad) realizacją powyższego projektu (np. definiowanie założeń i wymagań oraz projektowanie budowy architektury, planowanie sposobu realizacji projektu, wsparcie w prowadzeniu projektu, wsparcie we wdrożeniach i odbiorach), przy czym na 15 lipca 2014 r. według PwC jako odbiorcy tych usług były one wykonywane należycie {niesprzeczny zakres treści obu referencji wystawionych przez PwC z datą 15 lipca 2014 r. – w dokumentacji postępowania oraz jako dowody nr 9 i 1 do odpowiedzi na odwołanie}.

Usługi podwykonawcze wykonywane przez RO na rzecz PwC przy realizacji powyższej umowy zostały wskazane przez ROG w wykazie wykonanych usług na potwierdzenie spełniania każdego z pięciu określonych w s.i.w.z warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający wzywał ROG do uzupełnienia dokumentów w zakresie wszystkich określonych w s.i.w.z. warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia, stwierdzając, że z pierwotnie załączonego listu referencyjnego PwC nie

Sygn. akt KIO 1120/16

wynika:

- po pierwsze – aby zakres usług realizowanych przez RO jako podwykonawca pokrywał się z zakresem usług opisywanych w wykazie – domagając się uzupełnienia takiego potwierdzenia pochodzącego od „ostatecznego odbiorcy wykonanych prac”;
- po drugie – aby potwierdzenie obejmowało należyte wykonanie usług, gdyż potwierdzono dotychczasowe należyte wykonywanie usług, które miały być również wykonywane po dacie wystawienia referencji {wezwanie z 5 maja 2016 r. – w dokumentacji postępowania oraz jako dowód nr 10 do odpowiedzi na odwołanie}.

11 maja 2016 r. ROG w odpowiedzi na wezwanie, oprócz obszernych wyjaśnień {zrelacjonowanych adekwatnie w odwołaniu}:

- przedstawiła nową referencję wystawioną przez PwC z datą 15 lipca 2014 r., w której przededagowano treść, przede wszystkim przez dodanie następujących stwierdzeń: „Umowa podwykonawcza (...) realizowana jest na podstawie umowy ramowej. (...) Usługa podwykonawcy polegała na świadczeniu usług inżyniera kontraktu (...) Zakres umowy podwykonawczej obejmuje zarządzanie Projektem zrealizowanym na rzecz 36 podmiotów

(w tym 25 podmiotów medycznych), a w szczególności obejmuje: (...)", a także na określeniu części zakresu obejmowanego w poprzedniej referencji mianem „kompleksowego wsparcia merytorycznego i prawnego w toczących się postępowaniach realizowanych zgodnie z UZP” jako „usługi zarządcze i nadzorcze związane z realizacją Projektu”;

– nie przedstawiła poświadczenia należytego wykonania usług opisanych w wykazie jako realizowanych do 11 października 2014 r. wykraczającego poza 15 lipca 2014 r., zamiast tego dołączając fakturę VAT nr 03/10/2014 z 14 października 2014 r., z której można jedynie wyczytać, że została wystawiona PwC za „Zlecenie nr 4 do umowy ramowej o świadczenie usług doradczych z dn. 01.07.2014” {referencja i faktura załączone do pisma ROG z 11 maja 2016 r. – w dokumentacji postępowania oraz jako dowód nr 1 do odpowiedzi na odwołanie}.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 6 maja 2016 r. – zgłaszającego analogiczne zastrzeżenia jak w wezwaniu skierowanym do ROG, na pytanie o to, czy w powyższym projekcie RO wykonywała jako podwykonawca PwC usługę polegającą na zarządzaniu tym projektem w charakterze inżyniera projektu (ewentualnie inwestora zastępczego lub menadżera projektu), przy czym w razie odpowiedzi twierdzącej zwrócono się o przekazanie umowy lub innych dokumentów wskazujących na zakres wykonywanych przez RO czynności – PwC w piśmie z 17 maja 2016 r. oświadczyło, że nie może udzielić odpowiedzi z uwagi na obowiązujące wymogi poufności, w tym „jak najdalej idącej poufności dotyczącej wykorzystywanych w trakcie projektów zasobów oraz relacji biznesowych z innymi podmiotami działającymi na rynku” {pismo w dokumentacji postępowania oraz jako dowód nr 6 do odpowiedzi na odwołanie}.

24

Sygn. akt KIO 1120/16

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że zarzut odwołania jest niezasadny.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Z art. 26 ust. 2a pzp wynika, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać nie później niż na dzień składania ofert spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp.

Według art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający w szczególności wymagał, aby wykonawca posiadał wiedzę i doświadczenie wynikające z wykonania co najmniej jednej usługi polegającej na zarządzaniu projektem jako inżynier kontraktu, inwestor zastępczy lub menadżer projektu dla projektu {rozdział IV pkt 1 ppkt 2 lit. od a do c}: obejmującego system e-zdrowia {lit. a}, w ramach którego przygotował dokumentację zamówienia publicznego i nadzorował realizację umowy {lit. b}, dotyczącego wdrożenia elektronicznej dokumentacji medycznej {lit. c}, precyzując szczegółowe wymagania odnośnie tych aspektów.

Izba stwierdziła, że Odwołujący bezpodstawnie kwestionuje swoje wykluczenie, skoro nie był w stanie wykazać Zamawiającemu spełnianie powyższych warunków udziału w postępowaniu, zarówno pod względem zakresu usług opisanych w wykazie, jak i uzyskania poświadczenia ich należytego wykonania. W obu tych aspektach Zamawiający miał uzasadnione zastrzeżenia i umożliwił ich usunięcie, czemu Odwołujący nie sprostał.

Podobnie jak w przypadku warunku dotyczącego kierownika projektu Odwołujący powołuje się na swoje arbitralne twierdzenia, w tym przypadku usiłując przedstawić usługi wsparcia inżyniera kontraktu jako pełnienie tej roli w pełnym zakresie, czego w dodatku nikt nie chce lub nie może potwierdzić. Nawet PwC – który w przygotowanej na potrzeby uzupełnienia wersji referencji z 15 lipca 2014 r. nazwał te same usługi co opisane w poprzedniej wersji jako wsparcie, usługami inżyniera kontraktu – w swoim ostatnim oświadczeniu nie podtrzymał tego stanowiska, zastaniając się wymogami poufności *de facto* w stosunku do RO, czyli podmiotu blisko powiązanego z ROG. Odrębną kwestią jest możliwość uznania za wiarygodną nową wersję dokumentu wystawionego z taką samą datą przez PwC, które wraz z RO było wykonawcą zamówienia na rzecz Województwa Pomorskiego, a zatem nie jest podmiotem bezstronnym. Odwołujący mógł w prosty sposób przekonać Zamawiającego, a co najmniej powinien w toku postępowania odwoławczego dowieść swoich twierdzeń, przedstawiając umowę ramową, którą zawarł z PwC. Zamiast tego poprzestał na dołączonej już w uzupełnieniu na wezwanie Zamawiającego ostatniej

Sygn. akt KIO 1120/16

a nie usług inżyniera kontraktu. Nie tylko z uwagi na niewiadomy zakres tych usług, ale przede wszystkim z uwagi na zupełnie inny zakres odpowiedzialności, nie można zrównywać z inżynierem kontraktu podmiotu, który udzielał mu wsparcia, w dodatku w tajemnicy przed Województwem Pomorskim jako zamawiającym, wbrew postanowieniom umowy na usługi inżyniera kontraktu. Niewiarygodne wydaje się również, aby faktyczne wykonywanie usług inżyniera kontraktu przez Red Ocean nie zostało odnotowane przez tego zamawiającego.

Niezależnie od powyższego Odwołujący odmówił na wezwanie Zamawiającego przedstawienia poświadczenia należytego wykonania usług, nawet jeżeli miałyby się one zakończyć, jak twierdził, w październiku 2014 r. (co jednak jest wątpliwe z racji błędnej wiedzy Odwołującego co do tego, kiedy zakończyła się realizacja usług inżyniera kontraktu przez PwC na rzecz Województwa Podlaskiego). Wystawiona przez RO faktura, zwłaszcza przedstawiona wraz z nową wersją referencji pochodzącej od odbiorcy usługi, ale wystawionej na taką samą datę jak poprzednio, nie mogła zostać uznana przez Zamawiającego za poświadczenie należytego wykonania usług opisanych wykazie. Złożenie dopiero na rozprawie potwierdzeń przelewów z tytułu zapłaty tej faktury jest działaniem spóźnionym, skoro Odwołujący był już w tym zakresie wzywany do uzupełnienia dokumentów. Podobnie spóźnione, a przede wszystkim zupełnie nieprzekonujące, jest prezentowanie na etapie postępowania odwoławczego złożonych uprzednio Zamawiającemu wyjaśnień jako swoistego oświadczenia zastępczego, złożonego z uwagi na niemożność uzyskania poświadczenia od PwC. W wyjaśnieniach tych RO w ogóle nie powoływał się na to, że z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze nie jest w stanie uzyskać poświadczenia od podmiotu, na rzecz którego wykonał usługi, wręcz przeciwnie, przedstawił nową referencję wystawioną przez PwC na potrzeby uzupełnienia.

II. zarzuty dotyczące wykluczenia Odwołującego za niewykazanie warunku dotyczącego kierownika projektu

Izba ustaliła następujące istotne okoliczności:

Kierownikiem projektu „Podlaski System Informacyjny e-zdrowie” z ramienia inżyniera kontraktu była A. W. {pierwotny i uzupełniony wykaz osób oferty ROG; korespondencja elektroniczna Zamawiającego z Urzędem Marszałkowskim Województwa Podlaskiego, § 3 pkt 1 lit. h umowy nr PO/38/06/2012 – dowody nr 2 i 3 z odpowiedzi na odwołanie}.

W toku realizacji powyższego projektu Comarch współpracował z R. M., który miał odpowiadać za wdrożenia w kilkunastu szpitalach, w tym był pracownikiem Comarch podczas wdrożenia systemu HIS w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym w Lublinie {korespondencja elektroniczna Zamawiającego z Comarch z 20 maja - 1 czerwca 2016 r.}

Sygn. akt KIO 1120/16

Comarch nie był inżynierem kontraktu, a wykonawcą wdrożenia nadzorowanego przez inżyniera kontraktu {okoliczność bezsporna}.

W wykazie załączonym do oferty na kierownika projektu została wskazana A. W., której doświadczenie zostało opisane m.in. jako pełnienie roli kierownika w powyżej przywołanym projekcie, natomiast R. M. został wskazany na zastępcę kierownika, który ma doświadczenie we wdrażaniu systemów IT w podmiotach leczniczych nabyte w toku realizacji tego samego projektu {okoliczność bezsporna}.

ROG był już wzywany w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia wykazu w zakresie osoby wskazanej na kierownika projektu, po tym jak okazało się, że A. W. nie posiada wymaganego certyfikatu {wezwanie z 10 maja 2016 r. – dowód nr 8 z odpowiedzi na odwołanie}.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są niezasadne.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza

się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Z art. 26 ust. 2a pzp wynika, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać nie później niż na dzień składania ofert spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp.

Według art. 22 ust. 1 pkt 3 pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował 1 osobą, która obejmie funkcję kierownika projektu, spełniającą w szczególności wymaganie posiadania doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika projektu przy wdrożeniu systemu typu HIS oraz ERP o łącznej wartości systemu lub systemów nie mniejszej niż 1 mln zł dla podmiotu leczniczego z minimalną liczbą łóżek 150 (rozdział IV pkt 1 ppkt 3 lit. a punkt 4).

Odwołujący bezpodstawnie kwestionuje swoje wykluczenie, skoro nie był w stanie dowieść, że R. M. był kierownikiem projektu „Podlaski System Informacyjny e-zdrowie”. Subiektywnym i nieweryfikowalnym stanowiskiem Odwołującego jest uznawanie za kierownika projektu osoby, która według jego terminologii przyjętej na potrzeby uzupełnionego wykazu była „kierownikiem wątku (projektu) wdrożenia”, czy wyróżnianie wręcz w ramach jednego projektu większej liczby osób, które miałyby pełnić funkcję kierownika projektu, według dowolnie przyjętych kryteriów. Nic nie wnosi do sprawy poparcie takiej interpretacji w sporządzonym *ad hoc* oświadczeniu A. W. z 5 lipca 2016 r., która jako osoba wskazana w ofercie Odwołującego jest oczywiście zainteresowana wynikiem sprawy na korzyść Odwołującego. Nie bez znaczenia jest również fakt, że nikt poza Odwołującym

27

Sygn. akt KIO 1120/16

i A. W. (o czym jeszcze poniżej), w tym żadna ze stron umowy na inżyniera kontraktu, nie jest w stanie potwierdzić jednoznacznie statusu Red Ocean sp. z o.o. jako inżyniera kontraktu, z ramienia którego R. M. miałby być takim czy innym kierownikiem. Natomiast jedynym podmiotem, który się przyznaje do zatrudniania R. M. jest wykonawca wdrożenia, który podlegał zarządzaniu i nadzorowi inżyniera kontraktu. Wątpliwe jest zatem, choćby z uwagi na konflikt interesów, aby ta sama osoba mogła uczestniczyć zarówno w realizacji wdrożenia, jak i zarządzaniu oraz nadzorze (nad) przebiegiem wdrożenia. Forsowanie przez Odwołującego interpretacji warunku jako niejasnego, niezdefiniowanego etc. nie jest wiarygodne w sytuacji, gdy pierwotnie nie budziło jego wątpliwości, że na kierownika projektu trzeba zgłosić osobę, która ma doświadczenie w pełnieniu takiej funkcji. Składają ofertę Odwołujący nie miał zatem wątpliwości, że chodzi w szczególności o osobę, która ma doświadczenie w zarządzaniu całym projektem dotyczącym wdrożenia systemu HIS i ERP, a nie tylko wybranym jego zakresem. Iżba podziela ocenę Zamawiającego, że zmiana stanowiska wynika li tylko z faktu, że pierwotnie zgłoszona na kierownika projektu A. W. nie spełniała (a raczej przestała spełniać) warunek w zakresie innego wymagania, dotyczącego posiadania certyfikatu (gdyż certyfikat zarządzania projektami wskazany w wykazie już wygasł). Można również przypuszczać, że z uwagi na to przeoczenie A. W. czuła się zobowiązana do poparcia stanowiska Odwołującego w toku postępowania odwoławczego.

Ponadto z art. 26 ust. 3 pzp wynika, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo którzy złożyli takie oświadczenia lub dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Niezasadny jest również podniesiony z ostrożności zarzut naruszenia powyższego przepisu, gdyż Odwołujący był już wzywany w jego trybie do uzupełnienia wykazu w zakresie kierownika projektu. Zgodnie z jednolitym poglądem doktryny i orzecznictwa wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 pzp ma charakter jednokrotny w odniesieniu do danego braku dokumentu składanego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W tym przypadku brakiem tym było wskazanie osoby, która nie spełniała wszystkich 4 stawianych wymagań, gdyż nie spełnia pierwszego. Odwołujący w odpowiedzi miał

obowiązek wskazać osobę, która spełnia je wszystkie, a nie co najmniej pierwsze z nich. Stanowisko Odwołującego prowadziłoby w istocie do niedopuszczalnej swoistej kaskady uzupełnień, których potencjalnie mogłoby być tyle ile wymagań szczegółowych postawionych

28

Sygn. akt KIO 1120/16

dla danego stanowiska.

III. zarzut dotyczący wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 pzp

Izba ustaliła następujące istotne okoliczności:

W sprawie znacznie mają 2 postępowania o udzielenie zamówienia prowadzone przez Województwo Pomorskie w związku z przygotowaniem do realizacji projektu „Pomorskie e-Zdrowie”:

- I. Poprzednie postępowanie nr DAZ-ZP.272.57.2014 na: *Usługę polegającą na wykonaniu analizy stanu obecnego i analizy potrzeb z zakresu informatyzacji podmiotów leczniczych (sp zoz i sph) dla których samorząd województwa pomorskiego jest organem tworzącym, dokumentów studium wykonalności i wniosku o dofinansowanie z europejskiego funduszu rozwoju regionalnego w ramach regionalnego programu operacyjnego województwa pomorskiego na lata 2014-2020 dla projektu pomorskie e-zdrowie*, zakończony udzieleniem zamówienia konsorcjum, którego liderem była Red Ocean sp. z o.o. {dalej również: „Red Ocean” lub „RO”}, z którą zawarto umowę nr 122/U//173/UM/DISI-FP/2014.
- II. Aktualnie prowadzone postępowanie nr DAZ-ZP/272/2/2016 o udzielenie zamówienia na: *Świadczenie usług wspierających Zamawiającego w przygotowaniu, zarządzaniu, obsłudze i realizacji projektu „Pomorskie e-zdrowie”, w którym ofertę złożyła Red Ocean Group sp. z o.o. {dalej również: „Red Ocean Group” lub „ROG”}*

H. T. A. jako udziałowiec i wiceprezes zarówno spółki Red Ocean, jak spółki Red Ocean Group ma pełny dostęp do informacji związanych z działalnością prowadzoną przez obie te spółki, w tym do dokumentów związanych z udziałem w obu powyższych postępowaniach oraz realizacją poprzedniego zamówienia, w szczególności:

 - w aktualnie prowadzonym postępowaniu podpisał ofertę złożoną przez ROG;
 - w toku realizacji poprzedniego zamówienia: reprezentował wykonawcę, w tym kierował i koordynował prace zespołu wykonawcy, prowadził korespondencję z zamawiającym, w tym wysyłał dokumenty opracowane w ramach umowy, wielokrotnie brał udział w spotkaniach i warsztatach), brał udział w wizjach lokalnych w podmiotach leczniczych, podpisał protokół odbioru etapu 1 i etapu 2;

W ramach realizacji poprzedniego zamówienia na potrzeby projektu „Pomorskie e-zdrowie”:

 - w I etapie dla podmiotów leczniczych objętych projektem opracowano dokumenty dotyczące: analizy stanu obecnego (oraz będące wynikiem tych prac dokumenty dotyczące inwentaryzacji), analizy wstępnych potrzeb, analizy potrzeb i wymagań – część 1 i 2, analizy

29

Sygn. akt KIO 1120/16

możliwości realizacji potrzeb;

– w II etapie na bazie powyższych dokumentów opracowano w szczególności: koncepcję techniczno-technologiczną, studium wykonalności, analizę ekonomiczno-finansową, harmonogram realizacji i wnioski o dofinansowanie.

Dokumenty opracowane w ramach II etapu poprzedniego postępowania stanowią elementy opisu przedmiotu zamówienia w aktualnie prowadzonym postępowaniu (koncepcja techniczno-technologiczna – załącznik nr 2 do s.i.w.z., studium wykonalności – załącznik nr 10 do s.i.w.z.) lub były dostępne w trybie dostępu do informacji publicznej (pozostałe dokumenty)

Dokumenty opracowane w ramach I etapu poprzedniego postępowania:

- zawierają dla poszczególnych podmiotów leczniczych dokładną analizę stanu informatyzacji, szczegółowe potrzeby, analizy wariantowe, przykładowe propozycje oraz

wyceny konkretnych rozwiązań technicznych, które nie zostały zawarte w dokumentacji aktualnie prowadzonego postępowania;
– zostaną dopiero udostępnione po zakończeniu aktualnie prowadzonego postępowania wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa, jako baza materiałów źródłowych dla opracowania analizy przedwdrożeniowej, która ma powstać w pierwszej kolejności w ramach realizacji tego zamówienia;
– analiza przedwdrożeniowa będzie podstawą opracowania dokumentacji przetargowej dla dostaw, usług i robót budowlanych dotyczących poszczególnych aspektów informatyzacji podmiotów leczniczych.

Powyższe okoliczności nie były sporne.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że zarzut odwołania jest niezasadny.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji; przepisu nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt. 2 lub art. 67 ust. 1 pkt. 1 i 2.

W doktrynie prezentowane jest stanowisko, że na podstawie powyższego przepisu wykonawca podlega wykluczeniu z prowadzonego postępowania jeżeli łącznie spełnione są trzy przesłanki: po pierwsze – wykonywał bezpośrednio czynności związane z jego przygotowaniem (lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w

30

Sygn. akt KIO 1120/16

dokonywaniu tych czynności); po drugie – zachodzi bezpośredni związek pomiędzy wykonywaniem powyższych czynności a sporządzeniem oferty, czyli istnieje związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy czynnościami związanymi z przygotowaniem postępowania a złożoną w nim następnie ofertą; po trzecie – udział takiego wykonawcy w tym postępowaniu utrudnia uczciwą konkurencję. Przy czym ciężar wykazania zaistnienia tych przesłanek spoczywa na zamawiającym.

Nieco odmiennie wyszczególnia przesłanki wynikające z powyższego przepisu przywołana w odwołaniu opinia Urzędu Zamówień Publicznych, według której wykonawca podlega wykluczeniu z prowadzonego postępowania jeżeli łącznie spełnione są cztery przesłanki, w tym trzy pozytywne: pierwsza – wykonawca bezpośrednio wykonywał czynności związane z tym postępowaniem albo posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności; druga – wykonawca (lub osoby, którymi się posługiwał dla sporządzenia oferty) brali w przygotowaniu postępowania, czyli czynnościach, o których mowa w rozdziale II „Przygotowanie postępowania” art. 29-38 ustawy pzp (opis przedmiotu zamówienia, oszacowanie wartości zamówienia, przygotowanie s.i.w.z.); trzecia – zachodzi bezpośredni związek pomiędzy rezultatem pracy podmiotu uczestniczącego w postępowaniu przygotowawczym a jego wykorzystaniem przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu. Pomimo zaistnienia tych przesłanek wykonawca nie podlega wykluczeniu jeżeli jego udział nie utrudni uczciwej konkurencji w prowadzonym postępowaniu (tzw. przesłanka negatywna).

W uzasadnieniu wyroku z 14 lipca 2011 r. (sygn. akt KIO 1406/11) Izba wskazała, powołując się także na wcześniejsze orzeczenia, że element bezpośredniości odnosi się nie do udziału we wszczętym przez Zamawiającego postępowaniu, ale do czynności przygotowawczych, wstępnych, które nie muszą mieć charakteru sformalizowanego i nie zawsze prowadzą do takiego wszczęcia. O zaistnieniu tej przesłanki decyduje natomiast bezpośrednie, to jest bez wprowadzania istotnych zmian, faktyczne wykorzystanie przez zamawiającego rezultatów prac wykonawcy w toku przygotowywania postępowania, a więc powiązania natury faktycznej. Nie jest natomiast konieczne, aby tego typu powiązania pomiędzy zamawiającym a wykonawcą miały źródło w jakimkolwiek stosunku prawnym bezpośrednio ich łączącym przed wszczęciem postępowania.

Z kolei w uzasadnieniu wyroku z 2 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO 1303/08) Izba zwróciła uwagę na to, że istotne znaczenie ma, czy wykonawca mógł wpłynąć na kształt

opisu przedmiotu zamówienia, określenie wartości szacunkowej zamówienia, sporządzenie SMWZ, o ile taki wykonawca, dzięki udziałowi w przygotowaniu postępowania, może wpłynąć na jego wyniki, przy czym uczestnictwo w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania musi mieć charakter bezpośredni, a rezultat jego prac musi zostać

31

Sygn. akt KIO 1120/16

wykorzystany przez zamawiającego bez istotnej ingerencji.

Niezależnie od sposobu klasyfikacji przesłanek pozytywnych w rozstrzyganej sprawie właściwie za bezsporne należy uznać ich łączne spełnienie w przypadku Odwołującego. Po pierwsze – H. T. A., który jest członkiem zarządu i podpisał ofertę w imieniu Red Ocean Group, jest jednocześnie osobą, która uczestniczyła w przygotowaniu aktualnie prowadzonego postępowania, gdyż opracowania stanowiące element opisu przedmiotu zamówienia lub materiały źródłowe konieczne do jego realizacji powstały w poprzednim postępowaniu, w którym brał aktywny udział jako reprezentant Red Ocean, wykonawcy zamówienia. Po drugie – pomiędzy złożeniem oferty w tym postępowaniu a udziałem w opracowaniu materiałów na jego potrzeby istnieje związek przyczynowo-skutkowy. Opracowana przez Red Ocean w poprzednim postępowaniu koncepcja techniczno-technologiczna stała się wprost podstawowym elementem opisu przedmiotu zamówienia. Bazowała ona na również wykonanych przez Red Ocean opracowaniach, które będą wykorzystywane przy realizacji aktualnie udzielanego zamówienia.

Spór w tej sprawie dotyczył wyłącznie przesłanki negatywnej, czyli kwestii, czy udział Red Ocean Group zakłóca konkurencję w aktualnie prowadzonym postępowaniu.

Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 3 marca 2005 r. w sprawie *Fabricom S.A. przeciwko Belgii*, sygn. C-21/03 i C-34/03 [A. Kurowska [w:], *Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrow*, Warszawa 2006, s. 134) wykonawca nie może być wykluczony z postępowania bez możliwości wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania, o ile takowy był, nie spowodował utrudnienia uczciwej konkurencji. Również w orzecznictwie Izby konsekwentnie prezentowane jest stanowisko, że samo uczestniczenie wykonawcy w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania nie stanowi wystarczającej przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Konieczne jest stwierdzenie, że jego udział w postępowaniu powoduje utrudnienie uczciwej konkurencji. Przy czym oceny w tym zakresie należy dokonywać należy z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. W szczególności należy zbadać, czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiadał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. Dla ustalenia wystąpienia naruszenia konkurencji istotne znaczenie ma również zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę, a także stopień trudności przygotowania oferty {zob wyroki Izby wydane: 31 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 6/08), 1 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 986/08), 6 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1108/110)}.

W ocenie Izby Zamawiający w wystarczający sposób wykazał, że dzięki dodatkowej

32

Sygn. akt KIO 1120/16

wiedzy wynikającej z dostępu do szeregu dokumentów, które dla innych wykonawców przy sporządzaniu oferty nie były dostępne, a są przydatne dla realizacji przedmiotu zamówienia, miał przewagę konkurencyjną. Dzięki dodatkowym szczegółowym informacjom, które inni wykonawcy mogli poznać dopiero gdyby została zawarta z nimi umowa, przy sporządzaniu oferty Odwołujący był w uprzywilejowanej pozycji, gdyż mógł lepiej oszacować rzeczywisty zakres nakładu prac i środków potrzebnych do realizacji zamówienia, co mogło i przełożyło się na możliwość określenia korzystniejszej ceny oferty. Nieprzekonująca była argumentacja Odwołującego, jakoby obowiązek aktualizacji opracowań stanowiących bazę materiałów źródłowych dla analizy przedwdrożeniowej przekreślała jego przewagę konkurencyjną.

IV. zarzut dotyczący wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp

Izba ustaliła następujące istotne okoliczności:

Signea – wskazując na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale IV pkt 1 ppkt 2 lit. a oraz c, usługę zarządzania projektem „E-zdrowie dla Mazowsza” jako wykonaną w okresie od 12 września 2014 r. do 21 grudnia 2015 r. przez FXGrail sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Mazowieckiego Szpitala Bródnowskiego z siedzibą w Warszawie zgodnie z zawartą 12 września 2014 r. umową nr 142/2014 MSB/PN/44/06/2014 r. – nie oświadczyła nieprawdy. W § 2 ust. 2 tej umowy nie było postanowienia, że zmiana terminu realizacji nie wymaga zawarcia do niej aneksu, lecz powiadomienia ze strony zamawiającego i przekazania kopii przedłużających termin realizacji i rozliczenia projektu {poświadczenie należytego wykonania umowy z 21 grudnia 2015 r. – załączone do oferty Signea; umowa oraz protokół odbioru końcowego z 21 grudnia 2015 r. – złożone na rozprawie przez Przystępującego}.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że zarzut odwołania jest niezasadny.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp wynika zatem, że wykluczenie na tej podstawie wykonawcy z postępowania możliwe jest w razie łącznego zaistnienia dwóch przesłanek: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe, czyli nieodpowiadające rzeczywistości informacje, po drugie – informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, czyli na wybór oferty najkorzystniejszej. Ponadto dokonując wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przy uwzględnieniu treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania

33

Sygn. akt KIO 1120/16

zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.”), wykluczeniu z postępowania podlega wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego w powyższym zakresie. W rezultacie łącznie muszą być spełnione trzy przesłanki, aby można było wykonawcę wykluczyć na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp.

Odwolujący nie wykazał pierwszej z przesłanek, błędnie zakładając, że wydłużenie aneksem nr 5 z 23 grudnia 2015 r. terminu realizacji zawartej przez Mazowiecki Szpital Bródnowski z CUBE.ITG S.A. z siedzibą w Warszawie umowy nr 137/2015 *na zakup Infrastruktury Sprzętowej oraz dostawy i wdrożenie EDM i SSI w Projekcie „E-Zdrowie dla Mazowsza* nr MSB/PN/03/01/2015 do 31 maja 2015 r., oznaczało automatycznie wydłużenie terminu realizacji umowy zawartej przez tego zamawiającego z FXGrail jako menadżerem tego projektu. Ponadto z uzasadnienia zarzutu sformułowanego w odwołaniu nie wynika, że projekt „Mazowieckie e-Zdrowie” nie obejmował systemu e-zdrowie lub nie dotyczył wdrożenia elektronicznej dokumentacji medycznej w co najmniej 10 podmiotach leczniczych. Tym bardziej nie wiadomo na czym miałyby polegać złożenie przez Signea nieprawdziwych informacji.

Ponadto okoliczności podniesione w odwołaniu w ogóle nie odnoszą się do Odnosnie wypełnienia pozostałych przesłanek.

Izba zważyła, że z mocy art. 192 ust. 7 pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym zarzuty należy rozumieć jako sprecyzowane w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przez zamawiającego zarzucanych przepisów ustawy pzp. Odwołanie nie zawiera uzasadnienia dla zarzutu niewykazania przez Signea spełnienia warunków udziału w postępowaniu, których treść przedstawiono w odwołaniu w taki sposób, jak to powyżej przywołano.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 pzp, Izba zważyła, że nie może naruszenie tego przepisu nie może być zgłaszane jako zarzut alternatywny w stosunku do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp. Izba podziela stanowisko uprzednio wyrażone wielokrotnie w orzecznictwie Izby, że nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania nie można zastępować informacją prawdziwą w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Jeżeli wykonawca winny jest poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna. Należy zauważyć, że ustawa pzp w art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 statuuje odrębne i niezależne od siebie podstawy wykluczenia z postępowania, a zatem wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji

34

Sygn. akt KIO 1120/16

w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie musi się wiązać z wykluczeniem za niewykazanie spełniania tych warunków. Odmienne stanowisko oznaczałoby również, że w ramach przesłanki wpływu na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp mieści się badanie, czy wykonawca składający nieprawdziwą informację był już wzywany do uzupełnienia dokumentów. W konsekwencji prowadziłoby to do takiej interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, zgodnie z którą nie podlega wykluczeniu wykonawca, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli uczynił to po raz pierwszy tzn. nie był wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnianie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnianie tego warunku.

Zarzuty naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. i bez zw. z art. 91 ust. 1 pzp nie mają charakteru samoistnego, należy je uznać również za niezasadne, skoro nie potwierdził się żaden z zasadniczych zarzutów.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis, a także uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (w kwocie 3600 zł) oraz kosztów dojazdu, na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy,

Przewodniczący:

35