

Sygn. akt: KIO 234/16

WYROK

z dnia 4 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2016 r. przez **Essembli Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym **PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale:

- 1) **Infovide-Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- 2) **Ericsson Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- 3) **Atos Polska S.A. z siedzibą w Łodzi,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Essembli Sp. z o.o. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Essembli Sp. z o.o. na rzecz PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)

stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Dostawa i wdrożenie systemów obsługi i rozliczeń klientów dla PGE Obrót S.A. oraz PGE Dystrybucja S.A.*

W dniu 22 lutego 2016 r. wykonawca Essembli Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust 1, art. 22 ust. 4 w zw. z art 48 ust. 2 pkt 6 oraz art. 22 ust. 5 w zw. z art 48 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Zamawiający wadliwie ustalił sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego ocena spełniania warunku została określona w sposób naruszający równe traktowanie wykonawców i niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz w sposób, który nie ma na celu weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazał, że 11 lutego 2016 r. Zamawiający zmienił pkt III.2.3 ppkt 11 nadając mu treść: *Za certyfikat równoważny PGE uznaje certyfikat spełniający łącznie następujące przesłanki: a) wystawiony przez podmiot, który przed dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu prowadził działalność uprawniającą do weryfikacji i potwierdzania odpowiednich umiejętności poprzez wystawienie stosownego certyfikatu zgodnie ze wszystkimi wymaganymi w tym zakresie autoryzacjami niezależnych organizacji certyfikujących; b) potwierdzający, że osoba legitymująca się danym certyfikatem posiada wiedzę i kompetencje odpowiadające umiejętnościom, jakie potwierdzają certyfikaty wskazane w ogłoszeniu w wymaganiach dla danej osoby; c) aktualny na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykluczone jest powoływanie się na certyfikaty lub dokumenty równoważne dla certyfikatów wydanych przez Wykonawcę.*

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymaga, aby: Kierownik Projektu, Główny architekt systemu IT, Specjalista ds. testów oraz Specjalista ds. bezpieczeństwa systemów informatycznych, posiadali konkretne certyfikaty lub certyfikaty równoważne do wskazanych w ogłoszeniu. Pierwotnie treść ogłoszenia o zamówieniu nie zawierała żadnych informacji, jak Zamawiający będzie rozumiał certyfikaty równoważne do

wskazanych w ogłoszeniu. W związku ze złożonymi odwołaniami Zamawiający poprzez zmianę ogłoszenia o zamówieniu z dnia 11 lutego 2016 r. wprowadził wyżej wskazane uzupełnienie (pkt II 1.2.3 ppkt 11). W ten sposób Zamawiający stworzył „czarną listę” podmiotów, których certyfikaty nie będą przez niego honorowane (tylko dlatego, że tak postanowił), do których należy: wykonawca, ale w tym także członkowie konsorcjum.

Odwołujący podniósł, że wyłączenie polegające na tym, iż nie można posłużyć się certyfikatami z uwagi na ich pochodzenie jest dyskryminujące i poważnie ogranicza konkurencję. Skoro certyfikaty wystawiane przez podmioty, które Zamawiający wpisał na „czarną listę” (wyłączając ich certyfikaty) nadają się do wykorzystania ich w obrocie, są wydawane zgodnie z określonymi procedurami, w tym po przeprowadzeniu szkoleń i są na rynku honorowane, to nie ma żadnego uzasadnienia ich automatyczne wykluczenie na potrzeby tego jednego postępowania. Przeciwnie uznanie prowadziłoby do dyskryminacji osób i wykonawców nimi się posługujących, mających tożsame kompetencje jak te wpisane w ogłoszeniu tylko z uwagi na znalezienie się podmiotu certyfikującego na „czarnej liście”. Ponadto Zamawiający nie może wprowadzać zapisów w ogłoszeniu, które faktycznie ograniczają wykonawcy krąg podmiotów, z którymi ma kontakty handlowe i z którymi chciałby wspólnie ubiegać się o zamówienie.

Na wypadek wykazania przez Zamawiającego, że ustalenie „czarnej listy” podmiotów certyfikujących w ramach przedmiotowego postępowania ma uzasadnione podstawy, Odwołujący wniósł o doprecyzowanie postanowienia pkt III.2.3 ppkt 11.

Zdaniem Odwołującego, powyższy opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest z jednej strony niejednoznaczny, ponieważ nie sposób odgadnąć jak należy rozumieć *dokumenty równoważne dla certyfikatów wydanych przez Wykonawcę*. Z drugiej strony Zamawiający ograniczył się tylko do wykonawcy, gdy certyfikaty wymagane przez Zamawiającego może wystawić inny podmiot z grupy kapitałowej, do której należy wykonawca. Tym samym Zamawiający ograniczył krąg potencjalnych wykonawców, ale nie wyeliminował sytuacji w której certyfikaty potwierdzające spełnienie warunków postępowaniu będą wystawione przez podmioty z grupy kapitałowej wykonawcy, a więc przez podmioty, które mogą posiadać interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia przez tego wykonawcę. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący podniósł, że nieprecyzyjny opis spełniania warunku udziału w postępowaniu jest naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści pkt III.2.3 ppkt 11 ogłoszenia o zamówieniu poprzez wykreślenie zdania *Wykluczone jest powoływanie się na certyfikaty lub dokumenty równoważne dla certyfikatów wydanych przez Wykonawcę* lub

ewentualnie poprzez nadanie mu brzmienia: *Wykluczone jest powoływanie się na certyfikaty wydane przez Wykonawcę lub podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej co Wykonawca.*

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Odwołującego wykonawcy: Infovide-Matrix S.A. oraz Ericsson Sp. z o.o., wnosząc o uwzględnienie żądania ewentualnego, tj. zmiany w sekcji III.2.3 pkt 11 ogłoszenia o zamówieniu poprzez nadanie mu brzmienia: *Wykluczone jest powoływanie się na certyfikaty wydane przez Wykonawcę lub podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej co Wykonawca.*

Po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Atos Polska S.A. wnosząc o oddalenie odwołania.

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

W ogłoszeniu o zamówieniu z 20 stycznia 2016 r. w sekcji III.2.3 (Kwalifikacje techniczne) pkt 2 Zamawiający ustalił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia tj.: Wykonawca musi wykazać, że dysponuje zespołem osób (co najmniej 72 /siedemdziesiąt dwie/ osoby), które będą uczestniczyć w wykonywaniu Zamówienia pełniąc m.in. funkcje:

- kierownik projektu – 2 (dwie) osoby, z których każda z osobna m.in. posiada certyfikat z obszaru zarządzania projektami według metodyki: Prince2 Practitioner lub PMI PMP lub równoważnej (ppkt a);
- główny architekt systemu IT – 2 (dwie) osoby, z których każda z osobna m.in. posiada aktualny certyfikat TOGAF 9 lub Open CA lub równoważny (ppkt b);
- analityk – minimum 12 (dwanaście) osób, z których każda z osobna m.in. posiada wiedzę z zakresu znajomości notacji UML potwierdzoną certyfikatem OMG Certified UML Professional lub równoważnym (ppkt c);
- specjalista ds. testów – minimum 10 (dziesięć) osób, z których każda z m.in. posiada aktualny certyfikat potwierdzający wiedzę z zakresu organizacji i realizacji procesu testowego np. ISTQB lub ISEB, na poziomie co najmniej podstawowym lub równoważny (ppkt g);

- specjalista ds. bezpieczeństwa systemów informatycznych – minimum 2 (dwie) osoby, z których każda m.in. posiada aktualny certyfikat CISM lub CISSP lub równoważny (ppkt h);

W dniu 29 stycznia 2016 r. wykonawca Infovide Matrix S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu m.in. brak wskazania równoważności dla certyfikatów określonych w sekcji III.2.3 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu. Wykonawca wniósł o określenie w ogłoszeniu o zamówieniu, jakie certyfikaty Zamawiający uzna za równoważne, w szczególności poprzez określenie: podmiotu wystawiającego certyfikaty, daty certyfikatu, zakresu, który ma potwierdzać certyfikat oraz określenie, że certyfikat równoważny może być wystawiony tylko przez podmiot posiadający odpowiednią, specjalistyczną wiedzę, mogącą uprawniać go do wystawienia danego certyfikatu, w szczególności poprzez posiadanie odpowiednich autoryzacji.

W dniu 11 lutego 2016 r. Zamawiający zmienił postanowienia sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu, m.in. dodając pkt 11 w brzmieniu: *Za certyfikat równoważny PGE uzna certyfikat spełniający łącznie następujące przesłanki:*

- a) wystawiony przez podmiot, który przed dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu prowadził działalność uprawniającą do weryfikacji i potwierdzania odpowiednich umiejętności poprzez wystawienie stosownego certyfikatu zgodnie ze wszystkimi wymaganymi w tym zakresie autoryzacjami niezależnych organizacji certyfikujących;*
- b) potwierdzający, że osoba legitymująca się danym certyfikatem posiada wiedzę i kompetencje odpowiadające umiejętnościom, jakie potwierdzają certyfikaty wskazane w ogłoszeniu w wymaganiach dla danej osoby;*
- c) aktualny na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.*

Wykluczone jest powoływanie się na certyfikaty lub dokumenty równoważne dla certyfikatów wydanych przez Wykonawcę.

Po dokonaniu przez Zamawiającego zmiany ogłoszenia z dnia 11 lutego 2016 r. wykonawca cofnął odwołanie, w związku z czym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze postanowieniem z dnia 17 lutego 2016 r. (sygn. akt KIO 107/16).

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca zainteresowany udziałem w postępowaniu – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez

Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej nieuzyskaniu zamówienia. Kwestionowanie postanowienia ogłoszenia dotyczącego certyfikatów, którymi ma się legitymować personel przewidziany do realizacji zamówienia może wpływać na sytuację wykonawcy w postępowaniu i jego szanse na zaproszenie do składania ofert, a w konsekwencji – na uzyskanie zamówienia. Sformułowanie w odwołaniu dwóch alternatywnych żądań, z których każde zmierza do zmiany kwestionowanego postanowienia w innym kierunku, może wpływać na ocenę zasadności tych żądań, nie uzasadnia natomiast – o co wnosił Zamawiający – odmowy przyznania wykonawcy legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Z kolei art. 22 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, że warunki oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby dokonując kwestionowanej zmiany ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający naruszył przytoczone wyżej przepisy ustawy.

Po pierwsze, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów ustawy w fakcie wyłączenia możliwości powołania się na certyfikaty wydane przez wykonawcę.

W tym zakresie stwierdzić należy, że każde opisanie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu ze swej istotny ustanawia pewne ograniczenie w dostępie do zamówienia, jest bowiem ukierunkowane na dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przyszłej umowy i wyeliminowanie tych, których sytuacja podmiotowa takiej rękojmi nie daje. Opis warunku udziału w postępowaniu należy do kompetencji Zamawiającego, który ma swobodę w jego ustalaniu, z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, stanowiącego, że opis ten musi być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Treść spornego warunku bez wątplenia jest związana z przedmiotem

zamówienia, dotyczy bowiem sposobu wykazania kwalifikacji personelu niezbędnych do wykonania przedmiotu przyszłej umowy.

Brak jest również podstaw do stwierdzenia, że kwestionowany w odwołaniu opis jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność tę należy rozumieć jako opisanie warunku na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie wprowadza zaś – nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy – ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, wyłączenie możliwości powoływania się przez wykonawców na wystawione przez siebie certyfikaty potwierdzające kwalifikacje personelu było obiektywnie uzasadnione. Intencją Zamawiającego było bowiem niedopuszczenie do „autocertyfikacji” własnego personelu wykonawcy, istotą certyfikacji jest bowiem poświadczenie posiadania określonych kompetencji w sposób gwarantujący obiektywizm i wiarygodność. Uprawnione jest stwierdzenie, że certyfikacja własnego personelu przez wykonawcę nie odznacza się takim stopniem wiarygodności i obiektywizmu, jak certyfikacja dokonana przez podmiot niebędący wykonawcą. Dopuszczenie możliwości samodzielnego potwierdzania przez wykonawcę określonej wiedzy czy umiejętności zmniejszałoby szanse Zamawiającego na dokonanie rzetelnej weryfikacji, czy przewidziany do realizacji zamówienia personel rzeczywiście jest w stanie należycie wykonać zamówienie.

Podsumowując, w ocenie Izby Zamawiający przedstawił racjonalne uzasadnienie takiego ograniczenia, wykazując że jest ono podyktowane dążeniem do zapewnienia należytego wykonania zamówienia. Jest to więc ograniczenie zgodne z art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp. Nie narusza ono również zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wszyscy bowiem wykonawcy są w taki sam sposób nim związani.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut i żądanie ewentualne.

Po pierwsze, Odwołujący nie wykazał, na czym polega zarzucany przez niego brak precyzji w kwestionowanym postanowieniu ogłoszenia. Literalna wykładnia tego postanowienia prowadzi bowiem do wniosku, że wyłączone jest zarówno powoływanie się na certyfikaty wydane przez wykonawcę, jak i na inne – niebędące certyfikatem, a potwierdzające określone umiejętności czy kwalifikacje – dokumenty wystawione przez tegoż wykonawcę.

Po drugie, zarzut i żądanie ewentualne należy ocenić jako zmierzające do ustanowienia bardziej restrykcyjnych wymogów, niż wprowadzone zmianą ogłoszenia z 11 lutego 2016 r. Odwołujący dążył bowiem do wprowadzenia dodatkowego ograniczenia, polegającego na wyłączeniu możliwości powołania się na certyfikaty wydane przez podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej co wykonawca.

Odnosząc się do powyższego należy stwierdzić, że zasadność podniesionych w odwołaniu zarzutów zachodzi w sytuacji wykazania, że czynność lub zaniechanie zamawiającego naruszają przepisy ustawy. W świetle art. 22 ust. 4 ustawy Pzp czynnością niezgodną z ustawą jest opisanie warunku udziału w postępowaniu w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny, tj. wprowadzający nadmierne ograniczenia, nie stanowi natomiast czynności niezgodnej z prawem ustanowienie wymagań na zbyt niskim – zdaniem Odwołującego – poziomie. Przepisy ustawy Pzp nie określają minimalnego poziomu wymogów, które zamawiający musiałby zamieścić w opisie warunków udziału w postępowaniu. Skoro tak (a co więcej – Zamawiający może tych wymogów w ogóle nie opisać), to nie może być skutecznie podniesiony zarzut oparty na dążeniu zaostrenia warunków.

Wobec powyższego na marginesie jedynie stwierdzić należy, że w ocenie Izby nie jest zasadne ani konieczne wyłączenie możliwości powoływania się na certyfikaty wydane przed podmioty z grupy kapitałowej wykonawcy, nie można bowiem z góry wykluczyć, że podmioty takie – będące mimo powiązań kapitałowych odrębnymi podmiotami prawa – mogą dokonać certyfikacji spełniającej wszystkie wymagania określone punkcie 11 lit. a-c sekcji III.2.3 ogłoszenia. Odwołujący nie wykazał, że nie jest możliwe, aby w ramach grupy kapitałowej, do której należy wykonawca, funkcjonowały wyodrębnione organizacyjnie jednostki posiadające stosowne akredytacje do *weryfikacji i potwierdzania odpowiednich umiejętności poprzez wystawienie stosownego certyfikatu zgodnie ze wszystkimi wymaganymi w tym zakresie autoryzacjami niezależnych organizacji certyfikujących*. Każdy certyfikat, na który powoła się wykonawca we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu będzie przez zamawiającego badany z uwzględnieniem wskazanych wyżej kryteriów opisanych w ogłoszeniu, w tym w zakresie wymagań co do podmiotu wydającego certyfikat, określonych w podpunkcie a. Jeżeli więc certyfikat taki nie będzie spełniał wymagań dotyczących m.in. niezależności podmiotu certyfikującego, to nie będzie mógł być uznany przez Zamawiającego. Kryteria opisane w pkt 11 lit. a są więc wystarczającym mechanizmem zapewniającym dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy posiadają personel legitymujący się właściwymi certyfikatami.

W związku z niestwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. b 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).

Przewodniczący: