

WYROK
z dnia 18 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant:

Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Informatyki Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu,**

przy udziale:

- 1) wykonawcy **COMP S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- 2) wykonawcy **Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Integrated Solutions Sp. z o.o., Advatech Sp. z o.o.** i 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.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Radomiu.**

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Informatyki Resortu Finansów – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup usługi Asysty Technicznej i Konserwacji (ATIK) oraz Rozszerzonej Asysty Technicznej, zmiana modelu licencjonowania na „Unlimited License Agreement” oraz dostawa nowych licencji Oracle lub równoważnych.*

W dniu 31 grudnia 2018 r. Konsorcjum **Integrated Solutions Sp. z o.o., Advatech Sp. z o.o.** wniosło odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy **Comarch** i zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1, art. 139 ust. 1 Pzp i art. 387 § 1 KC, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że 21 grudnia 2018 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wybierając ofertę wykonawcy **Comarch**, która była niezgodna z ustawą, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, oraz która zawierała informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, a także została złożona przez wykonawcę, który powinien być zostać wykluczony z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

Zdaniem Odwołującego oferta **Comarch** jest niezgodna z ustawą z uwagi na to, że nie pozwala na zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że jako kryterium oceny oferty, oprócz ceny, Zamawiający określił: 1) Czas reakcji dla zgłoszeń o najwyższym poziomie ważności (poziom 1) oraz 2) Termin konwersji i dostawy Oprogramowania. Wykonawca **Comarch** wskazał odpowiednio 1 godzinę dla czasu reakcji dla zgłoszeń o najwyższym poziomie, oraz 10 dni dla terminu konwersji i dostawy oprogramowania. Terminy te są niemożliwe do zachowania, przez co oferta obejmuje świadczenie niemożliwe, tym samym umowa zawarta na podstawie oferty wykonawcy **Comarch** podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 387 § 1 KC.

W ocenie Odwołującego brak możliwości dotrzymania terminu konwersji i dostawy Oprogramowania wynika z tego, że stosowne zmiany w zasadach licencjonowania, a także udzielenie odpowiednich licencji, niezależnie od sposobu ich dystrybucji, w pierwszej kolejności musi zostać dokonane przez producenta oprogramowania firmę **Oracle**. Aby wykonać wszystkie czynności niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia producent oprogramowania potrzebuje 14 dni. Niezależnie od tego, jak szybko wykonawca **Comarch** wykona czynności leżące po jego stronie, nie może pominąć udziału producenta oprogramowania. Skoro zatem producent nie jest w stanie wykonać konwersji licencji i dostarczenia nowych w terminie 10 dni, to w konsekwencji nie może tego dokonać wykonawca **Comarch**.

Odwołujący stwierdził, że ocena możliwości wykonania konwersji oraz dostawy licencji samodzielnie, a tym samym jedynej możliwości skrócenia terminu, który jest niezbędny dla producenta oprogramowania, może wymagać wiadomości specjalnych z zakresu informatyki. W przypadku uznania przez Izbę, że ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych z zakresu informatyki, Odwołujący wniósł o powołanie biegłego z zakresu informatyki,

oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, na okoliczność czy w przedmiotowym postępowaniu istnieje możliwość wykonania konwersji i dostawy licencji samodzielnie przez Odwołującego oraz konwersja i dostawa licencji musi być wykonywana przez Oracle z uwagi na stopień skomplikowania czynności i konieczność posiadania informacji stanowiących tajemnice handlowe firmy Oracle.

Odwołujący podniósł, że brak możliwości dotrzymania czasu reakcji dla zgłoszeń o najwyższym poziomie ważności (poziom 1), wynika stąd, że dla obsługi zgłoszeń niezbędny jest udział producenta oprogramowania firmy Oracle, bez udziału Oracle nie jest możliwa reakcja na zgłoszenie zgodna z wymaganiami określonymi w SIWZ. Firma Oracle potrzebuje jednak 2 godzin dla reakcji na zgłoszenie o najwyższym poziomie ważności. Skoro zatem udział Oracle jest niezbędny dla wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, wykonawca Comarch nie może dotrzymać czasu reakcji na zgłoszenie o najwyższym poziomie ważności z uwagi na to, że niezależnie od podejmowanych przez niego czynności, konieczny jest wykonanie działań przez producenta, które wymagają minimum 2 godzin.

Mając na względzie powyższe, z uwagi na to, że wykonawca Comarch zaoferował czas reakcji na zgłoszenia o najwyższym poziomie, oraz termin konwersji i dostawy oprogramowania krótsze niż terminy niezbędne dla producenta oprogramowania na wykonanie koniecznych działań dla realizacji przedmiotu zamówienia, a wymagania Zamawiającego wskazują, że żąda on udziału producenta w realizacji zamówienia, należy stwierdzić, że oferta wykonawcy Comarch obejmuje świadczenie niemożliwe, przez co nie pozwala na zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł, że takie działanie wykonawcy Comarch należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji polegający na tym, że zaoferował on warunki realizacji niemożliwe do dotrzymania, jedynie w celu uzyskania najwyższej punktacji w kryterium oceny ofert. Jako profesjonalista działający od wielu lat na rynku, jako podmiot, który otrzymał ofertę na usługi i produkty od producenta oprogramowania Oracle dla przedmiotowego postępowania, określając warunki na jakich te usługi i produkty mogą być świadczone i dostarczone, wykonawca ten nie mógł nie wiedzieć, że oferuje czas reakcji oraz termin konwersji i dostawy Oprogramowania krótsze niż oferowane przez producenta. Jednocześnie oferując czas reakcji i termin konwersji i dostawy, których i tak nie zamierzał (bo nie mógł) dotrzymać wykonawca Comarch uzyskał przewagę punktową nad pozostałymi uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego podanie w ofercie informacji dotyczących kryteriów oceny ofert należy uznać za przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego i mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Oświadczenie w zakresie czasu reakcji o najwyższym poziomie ważności (poziom 1) oraz konwersji i dostawy Oprogramowania dotyczyło kryteriów oceny ofert, miało tym samym bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Jednocześnie podanie niemożliwych do dotrzymania czasów reakcji i terminów wprowadziło w błąd Zamawiającego i spowodowało przyznanie przez Zamawiającego maksymalnej punktacji w tych kryteriach ofercie wykonawcy Comarch. Mając na względzie powyższe zważywszy, że wskazane czasy reakcji dla zgłoszeń o najwyższym poziomie ważności oraz termin konwersji i dostawy Oprogramowania były niemożliwe do dotrzymania należy stwierdzić, że wprowadzały one w błąd Zamawiającego, a z uwagi na to, że dotyczyły kryteriów oceny ofert należy stwierdzić, że miały bezpośredni wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcę Comarch należy uznać za podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Dalej Odwołujący podniósł zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Comarch, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej dotyczącej wiedzy i doświadczenia w zakresie usługi dostawy oprogramowania w formule licencjonowania na nieograniczone użytkowanie o wartości nie mniejszej niż 5.000.000 zł brutto, o której mowa w Rozdz. XVII ust. 2 pkt 4 lit. b SIWZ. Zdaniem Odwołującego podane przez wykonawcę Comarch doświadczenie jest niewystarczające do potwierdzenia spełnienia tego warunku. Tym samym należy uznać, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

Odwołujący wskazał, że konsekwencją opisanych wyżej zaniechań jest naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy Comarch z postępowania, odrzucenia oferty wykonawcy Comarch jako niezgodnej z ustawą, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji oraz złożonej przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z postępowania oraz dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

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

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący 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 na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili wykonawcy: COMP S.A. (po stronie Odwołującego) oraz Comarch S.A. (po stronie Zamawiającego).

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego Comarch, że grupa zarzutów dotycząca zaoferowanego przez Comarch czasu reakcji dla zgłoszeń o najwyższym poziomie ważności oraz terminu konwersji i dostawy oprogramowania, stwierdzić należy, że za zasadnością tego stanowiska przemawiała okoliczność, że oferta Comarch w tym zakresie odpowiada wartościom wprost przewidzianym przez Zamawiającego w postanowieniach SIWZ, za które Zamawiający postanowił przyznawać punkty w ramach kryteriów pozacenowych. Kwestionowanie możliwości zaoferowania takich terminów można by więc uznać za kwestionowanie postanowień SIWZ, a termin na podniesienie takich zarzutów już upłynął. Z drugiej jednak strony należało wziąć pod uwagę okoliczności, które powyższe stanowisko podają w wątpliwość, a mianowicie fakt, że Zamawiający dopuścił oferowanie rozwiązań równoważnych, co nie pozwalało – przynajmniej teoretycznie – na etapie SIWZ całkowicie wykluczyć możliwości zaoferowania takich

terminów w odniesieniu do rozwiązań innych niż Oracle, jak również to, że Odwołujący wywodził niemożliwość spełnienia świadczeń w zaferowanych terminach z warunków zaferowanych przez Oracle bezpośrednio przed składaniem ofert. Po rozważeniu argumentów przemawiających za powyższymi stanowiskami Izba uznała, że ponieważ odrzucenie odwołania pozbawia de facto wykonawcę możliwości skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej, okoliczności uzasadniających takie odrzucenie nie należy na niekorzyść wykonawcy interpretować szerzej niż okoliczności przemawiających przeciwko takiemu stanowisku. W związku z powyższym Izba postanowiła rozpoznać merytorycznie tę grupę zarzutów.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W rozdziale XXVI pkt 1 SIWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: cena brutto oferty – 60%, czas reakcji dla zgłoszeń o najwyższym poziomie ważności (poziom 1) – 20%, termin konwersji i dostawy Oprogramowania - 20%.

Zgodnie z rozdziałem XXVI pkt 2 SIWZ, czas reakcji dla zgłoszeń o najwyższym poziomie ważności (poziom 1) oznacza gwarantowany przez Wykonawcę czas (w godzinach) od chwili zarejestrowania zgłoszenia o najwyższym poziomie ważności (poziom 1) do chwili rozpoczęcia przez Wykonawcę prac nad rozwiązaniem problemu. Za czas reakcji do 2 godzin Zamawiający postanowił przyznać 10 pkt, za czas reakcji do 1 godziny: 20 pkt, natomiast czas reakcji do 3 godzin nie był punktowany.

W rozdziale XXVI pkt 3 SIWZ Zamawiający określił następujące zasady oceny ofert według kryterium Termin konwersji i dostawy Oprogramowania: w przypadku zaferowania 14 dniowego terminu Wykonawca otrzyma 0 pkt, w przypadku zaferowania 10 dniowego terminu Wykonawca otrzyma 10 pkt, w przypadku zaferowania 7 dniowego terminu Wykonawca otrzyma 20 pkt.

W rozdziale XVII SIWZ pkt 2.4 SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców w ramach warunków udziału w postępowaniu wykazania się wykonaniem m.in. jednej dostawy oprogramowania w formule licencjonowania na nieograniczone użytkowanie o wartości nie mniejszej niż 5 000 000 PLN brutto.

Przystępujący Comarch złożył ofertę w której zaferował następujące warunki realizacji zamówienia: cena oferty brutto 44.035.307,49 zł, czas reakcji dla zgłoszeń o najwyższym poziomie ważności (poziom 1) – do 1 godziny, termin konwersji i dostawy Oprogramowania – 10 dni. Odwołujący zaferował cenę 54.589. 000,00 zł, czas reakcji dla zgłoszeń o najwyższym poziomie ważności (poziom 1) – do 2 godzin, termin konwersji i dostawy Oprogramowania – 14 dni. Natomiast Przystępujący COMP zaferował cenę 54.741.972,87 zł, czas reakcji dla zgłoszeń o najwyższym poziomie ważności (poziom 1) – do 2 godzin, termin konwersji i dostawy Oprogramowania – 14 dni.

Comarch przedłożył dokumenty wymagane na potwierdzenie spełnienia warunku doświadczenia, zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jest niezgodna z ustawą (pkt 1), jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (pkt 3). Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Po pierwsze stwierdzić należy, że niezgodność oferty Comarch z ustawą Odwołujący opartą na tezie, że treść oferty w zakresie terminu konwersji oraz w zakresie czasu reakcji na zgłoszenia o najwyższym poziomie ważności tworzy po stronie wykonawcy Comarch świadczenie niemożliwe, co powodowałoby nieważność umowy. Odnosząc się do tego twierdzenia podkreślić należy, że – jak wskazuje się w doktrynie prawa cywilnego – niemożliwość świadczenia w rozumieniu art. 387 § 1 KC dotyczy niemożliwości o charakterze pierwotnym, obiektywnym i trwałym (tak m.in. Z. Radwański, w: System PrCyw, t. III, cz. 1; W. Popiołek, w: Pietrzykowski, Komentarz, 2015, t. I). Oznacza to, że świadczenie musi ze swej natury mieć charakter niewykonalny, niezależnie od potencjału podmiotu zobowiązanego ani okoliczności towarzyszących jego działaniom. W ocenie Izby materiał dowodowy zebrany w przedmiotowej sprawie nie pozostawia wątpliwości, że świadczenie zaferowane przez Comarch nie jest niemożliwe do wykonania w rozumieniu art. 387 § 1 KC. Po pierwsze nie jest to świadczenie, które z definicji i „na pierwszy rzut oka” prowadzi do wniosku, że obiektywnie nie można go wykonać. Przede wszystkim jednak tezie tej przeczytu dowód w postaci złożonego przez Zamawiającego pisma Oracle z 9 stycznia 2019 r., w którym Prezes Zarządu Oracle Polska Sp. z o.o. informuje, że *w zależności od zakresu konwersji i wymagań Klienta względem oferentów, praktyka businessowa wskazuje, że zarówno wymagany przez Państwa termin (określony w SIWZ) 7 dni, jak i 10 dni możliwy jest do dochowania, ale również w uzasadnionych przypadkach może być dłuższy. W związku z faktem, iż niedotrzymanie czasu konwersji obciążone zostało przez Państwa karami umownymi firma Oracle nie zdecydowała się na ekspozycję na takie ryzyko i potwierdziła termin 14 dni. Jednocześnie potwierdzamy, że Oracle dołoży należytych starań, aby reagować na zgłoszenia serwisowe o Poziomie Ważności 1 w ciągu jednej (1) godziny. Jednocześnie Oracle zaznacza, że za dochowanie terminu podjęcia reakcji na zgłoszenie serwisowe odpowiada Wykonawca będący stroną przedmiotowej umowy, a nie firma Oracle. Oracle dokłada należytej staranności, aby wszelkie usługi mogły być zrealizowane w najkrótszych możliwych terminach.*

Powyższe oznacza, że zarówno w zakresie terminu konwersji, jak i czasu reakcji, brak jest obiektywnych przeszkód trwale uniemożliwiających wykonanie świadczenia. Przeciwnie, przedstawiciel Oracle wprost stwierdza, że jest to możliwe. Od niemożliwości spełnienia świadczenia należy natomiast odróżnić sposób jego spełnienia gwarantowany wykonawcom przez Oracle, która to decyzja może być podyktowana polityką firmy, chęcią uniknięcia nadmiernego ryzyka, brakiem interesu w przyjmowaniu na siebie zobowiązań stwarzających jakiegokolwiek ryzyko niewywiązania się z nich, i tym podobnymi okolicznościami, których w żadnej mierze nie można utożsamiać z niemożliwością świadczenia. Ocenie tej nie przeczą złożone przez Odwołującego i Przystępującego COMP dowody w postaci ofert uzyskanych od Oracle, treść tych ofert jest bowiem okolicznością bezsporną i potwierdza jedynie, do czego Oracle się zobowiązał, nie zaś co jest możliwe do wykonania. Podobnie zaprzeczeniem tej oceny nie jest złożona przez Odwołującego i Przystępującego korespondencja mailowa z pracownikiem Oracle, z której nie sposób wywieść, że inne terminy są obiektywnie i trwale niemożliwe do dotrzymania. Z korespondencji tej wynika jedynie, że Oracle zaferował takie same warunki dla wszystkich zainteresowanych Partnerów i że nie ma możliwości modyfikacji tej oferty.

Odwolujący nie wykazał także, że ze względu na zaofferowany termin konwersji i czas reakcji złożenie oferty przez Comarch stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na tym, że wykonawca zaofferował warunki realizacji niemożliwe do dotrzymania, jedynie w celu uzyskania najwyższej punktacji w kryterium oceny ofert. Jak wskazano powyżej, dotrzymanie tych terminów nie jest niemożliwe do dotrzymania z powodów o charakterze pierwotnym, trwałym i obiektywnym. Dodatkowo nie wykazano, że konkretny wykonawca – Comarch, z przyczyn leżących po jego stronie lub po stronie jego kontrahenta, nie może takiego świadczenia wykonać. Za wystarczający dowód na poparcie takiego stanowiska nie może być uznana oferta Oracle, która określa tylko, że podmiot ten bierze na siebie zobowiązanie, że dotrzyma terminu 14 dni i czasu reakcji do 2 godzin. Nie można tego jednak uznać za dowód, że świadczenia mogą być wykonywane wyłącznie w maksymalnym czasie wynikającym z oferty Oracle oraz że przy określonym ułożeniu współpracy między Comarch a Oracle nie będzie możliwe wykonanie ich w terminach krótszych. Odwołujący nie wykazał, że nie jest to możliwe. Zaofferowane przez Oracle warunki oznaczają jedynie, że niedotrzymanie tych terminów może skutkować odpowiedzialnością kontraktową, nie zaś, że Oracle nie może i nie wykonała tych czynności w terminie krótszym. Dodatkowo nie zostało wykazane, że oferta Comarch nie jest normalnym elementem konkurencji wykonawców i że Comarch nie mógł w tych granicach podjąć bardziej ryzykownej decyzji biznesowej niż pozostali wykonawcy i wziąć na siebie ryzyko niedotrzymania terminów. Odwołujący nie wykazał, że ryzyko takie nie zostało racjonalnie oszacowane i uwzględnione w cenie oferty oraz że nie ma ono oparcia w dotychczasowych doświadczeniach wykonawcy Comarch ze współpracą z Oracle. Przeciwnie, zestawienie innych postępowań pokazuje, że w podobnych postępowaniach oferowane są takie, a nawet krótsze terminy, a Odwołujący nie wykazał, aby było inaczej. Dodatkowo sam Zamawiający, mający przecież doświadczeniem w tego rodzaju kontraktach, podał w SIWZ punktację nie tylko dla terminów zaofferowanych przez Comarch, ale też dla terminów jeszcze krótszych. Pozwala to wnioskować, że takie terminy są w praktyce oferowane i realizowane, a Odwołujący nie uprawdopodobnił nawet okoliczności przeciwnych.

Należy więc stwierdzić, że w świetle przedłożonych dowodów wykonanie przez Comarch świadczeń w zaofferowanych terminach może być uznane za obciążone nieco większym ryzykiem niż w przypadku pozostałych wykonawców, nie oznacza to jednak, że jest niemożliwe do wykonania i że w związku z tym zaofferowanie tych świadczeń stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W konsekwencji brak jest jakichkolwiek podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie wobec wykonawcy Comarch. Zarzut ten opierał się na tych samych okolicznościach faktycznych, które były podstawą zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp. Wobec niezasadności twierdzeń dotyczących niemożliwości wykonania świadczeń w zaofferowanych terminach również ten zarzut należało uznać za niezastępujący na uwzględnienie.

Odnosząc się do wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, Izba odmówiła jego przeprowadzenia, uznając, że został on powołany jedynie dla zwłoki. Zauważenia wymaga, że ocena powyższych zarzutów, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wymagała wiadomości specjalnych. Okoliczności faktyczne, które Odwołujący chciał wykazać za pomocą opinii biegłego nie miały charakteru spornego, a rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy sprowadzało się do oceny niewymagającej wiadomości specjalnych, w tym do oceny prawnej.

Za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący niewykazania przez Comarch spełnienia warunku doświadczenia, zarzut ten został bowiem sformułowany w sposób wadliwy. Odwołujący ograniczył się do gołosłownego i pozbawionego jakiegokolwiek wyводу stwierdzenia, że Comarch *nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej dotyczącej wiedzy i doświadczenia w zakresie usługi dostawy oprogramowania w formule licencjonowania na nieograniczone użytkowanie o wartości nie mniejszej niż 5.000.000 zł brutto, o której mowa w Roz. XVII ust. 2 pkt 4) lit. b) siwz. Podane przez wykonawcę Comarch doświadczenie jest niewystarczające do potwierdzenia spełnienia tego warunku. Tym samym należy uznać, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy*. Z treści odwołania nie wynika nawet, który z elementów ww. warunku nie został spełniony, czy dotyczy to dostawy oprogramowania w ogólności, czy też jego formuły, czy może wartości wymaganej przez Zamawiającego. Odwołujący przytoczył jedynie brzmienie warunku, bez wskazania aspektu, którego niespełnienie zarzuca i bez wskazania, z czego to wywodzi. Wbrew twierdzeniom Odwołującego i Przystępującego Comarch, z odwołania nie wynika, że kwestionowane jest ten aspekt warunku, który dotyczy formuły licencjonowania na nieograniczone użytkowanie. Próba doprecyzowania zarzutu przez wskazanie na ten właśnie element została podjęta dopiero na rozprawie, co należy uznać za spóźnione.

Podkreślić należy, że zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane, a Izba nie może wyznaczać ich granic z zastępstwem Odwołującego. Niewystarczające jest określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania Zamawiającego i wskazanie kwalifikacji prawnej, treść i zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt. X Ga 110/09, o tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych, to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej. W powyższym wyroku Sąd Okręgowy wskazał, że granice rozpoznania sprawy przez zarówno KIO, jak i Sąd, są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej.

Reasumując, odwołanie nie może mieć charakteru blankietowego. Powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza, że niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju

nieprawidłowości, ale konieczne jest określenie ich zakresu faktycznego. Oznacza to zatem obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego, zawartości oferty, w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. W szczególności odwołanie zawierające zarzuty niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinno jednoznacznie precyzować w jakim zakresie, który z elementów warunku i dlaczego nie został spełniony. Tak ogólne stwierdzenia, jakie podniósł w niniejszej sprawie Odwołujący, nie mogą być traktowane jako prawidłowo sformułowane zarzuty. Sposób ich skonstruowania uniemożliwia dokonanie oceny ich zasadności. Izba musiałaby bowiem, działając niejako z urzędu, poddać generalnej weryfikacji dokumenty złożone przez Comarch na potwierdzenie warunku doświadczenia i ustalić w zastępstwie Odwołującego zakres faktyczny zarzutów. Do takiego działania Izba nie jest uprawniona.

Powyższej oceny nie może zmieniać okoliczność, że dokumenty złożone przez Comarch zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Okoliczność ta nie może zmieniać formuły postępowania odwoławczego, czyniąc z Izby – jak tego chciał Odwołujący – organ dokonujący generalnej kontroli prawidłowości prowadzonego postępowania. Wskazać należy, że Odwołujący nie podjął kroków zmierzających do ujawnienia tych dokumentów. Jeśli nawet uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za zgodne z przepisami prawa i zdecydował się podnieść zarzut bez znajomości ich treści, miał obowiązek określić, jak aspekt kwestionuje i dlaczego. Jeśli natomiast nie miał żadnej wiedzy czy podejrzeń, z jakiego powodu wskazana dostawa może nie odpowiadać wymaganiom Zamawiającego, powstaje pytanie o celowość podniesienia zarzutu w formie, która z oczywistych powodów nie mogła prowadzić do jego uwzględnienia.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego oraz Przystępującego COMP o wezwanie Odwołującego do uzupełnienia braków formalnych odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania przez Comarch warunku udziału w postępowaniu. Odnosząc się do tego wniosku zauważyć należy, że wezwanie o którym mowa w § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań dotyczy sytuacji, gdy w odwołaniu występują braki formalne, w tym braki polegające na niewskazaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Podkreślenia wymaga jednak, że za brak formalny może być uznany tylko tego rodzaju brak, który uniemożliwia nadanie odwołaniu biegu. Nie usprawiedliwia natomiast wezwania na podstawie § 9 ww. rozporządzenia nieumiejętne lub nieprecyzyjne sformułowanie zarzutu czy nieprzedstawienie wyводу potwierdzającego jego zasadność. Wezwanie do uzupełnienia takiej wadliwości odwołania stanowiłoby de facto umożliwienie wykonawcy sformułowanie zarzutów po upływie terminu na wniesienie odwołania, a taka sytuacja byłaby nie do zaakceptowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....