

WYROK

z dnia 2 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Koniecz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2019 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu:

1. 13 września 2019 r. przez wykonawcę Arcus Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (sygn. akt KIO 1791/19);
2. 16 września 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia
- SIMPLE S.A. z siedzibą w Warszawie, Oxygen Information Technology sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1807/19),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Uniwersytet Medyczny w Lublinie, przy udziale:

1. w sprawie o sygn. akt KIO 1791/19 - Przystępującego po stronie Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - SIMPLE S.A. z siedzibą w Warszawie, Oxygen Information Technology sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
2. w sprawach o sygn. akt KIO 1791/19 i KIO 1807/19 - Przystępującego po stronie Zamawiającego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, OPTeam S.A. z siedzibą w Tajęcinie;

orzeka:

I. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1807/19 w zakresie zarzutu nieprawidłowej oceny informacji zawartych w złożonym przez Przystępującego po stronie Zamawiającego uzasadnieniu objęcia informacji zawartych w wykazie osób tajemnicą przedsiębiorstwa, wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w tej części i braku sprzeciwu Przystępującego po stronie Zamawiającego;

II. Uwzględnia oba odwołania w zakresie zarzutu nieprawidłowej oceny informacji zawartych w złożonym przez Przystępującego po stronie Zamawiającego wykazie osób i nakazuje Zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia przez Przystępującego po stronie Zamawiającego informacji zawartych w wykazie osób;
3. ponowne badanie i ocenę ofert;

III. Oddala oba odwołania w pozostałym zakresie.

IV. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1791/19 obciąża Przystępującego po stronie Zamawiającego i Odwołującego i:

1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł
(słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
2. zasądza od Przystępującego po stronie Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 6.200,00 zł (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych 00/100) stanowiącą część kosztów postępowania odwoławczego w postaci części wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;
3. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.617,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;

V. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1807/19 obciąża Przystępującego po stronie Zamawiającego i Odwołującego i:

1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł
(słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
2. zasądza od Przystępującego po stronie Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 3.100,00 zł (słownie: trzy tysiące sto złotych 00/100) stanowiącą część kosztów postępowania odwoławczego w postaci części wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;
3. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.617,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1791/19
KIO 1807/19

Uzasadnienie

Uniwersytet Medyczny w Lublinie (dalej: „Zamawiający”), działające w imieniu własnym i innych jednostek Skarbu Państwa, prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zintegrowany System Informatyczny do zarządzania uczelnią”, zwane dalej:

„Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 maja 2019 r., pod nr 2019/S 100-242513.

6 września br. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, OPTeam S.A. z siedzibą w Jasionce („Konsorcjum C”).

13 i 16 września br. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania wniesione przez:

1. wykonawcę Arcus Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (sygn. akt KIO 1791/19);
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - SIMPLE S.A. z siedzibą w Warszawie, Oxygen Information Technology sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1807/19).

Sygn. akt KIO 1791/19

Odwołujący zaskarżył wybór najkorzystniejszej oferty, będący skutkiem błędnej oceny oferty Konsorcjum C oraz Odwołującego, co doprowadziło do przyznania niewłaściwej liczby punktów w ramach Kryterium 4 „Doświadczenie zespołu”, podczas gdy prawidłowe ustalenie punktacji skutkowałoby wyborem oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 Pzp przez błędną i niezgodną z ustalonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) kryteriami ocenę ofert skutkującą przyznaniem niewłaściwej liczby punktów Odwołującemu oraz Konsorcjum C w ramach Kryterium 4 oceny ofert „Doświadczenie zespołu”;
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 lit. a w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez ich niezastosowanie, a w konsekwencji wybór oferty, która obiektywnie nie jest ofertą najkorzystniejszą, bowiem ze względu na błędną ocenę ofert przeprowadzoną przez Zamawiającego i błędne ustalenie punktacji w ramach Kryterium 4 oceny ofert „Doświadczenie zespołu”, Zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum C, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), zaniechał zaś wyboru oferty Odwołującego, która jest obiektywnie najkorzystniejszą ofertą złożoną w Postępowaniu, a tym samym uchybił obowiązkowi przeprowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadą przejrzystości;
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp przez dokonanie błędnej oceny oferty Odwołującego i przyznanie mu w ramach Kryterium 4 oceny ofert „Doświadczenie zespołu” 13,33 pkt, podczas gdy oferta ta powinna otrzymać w przedmiotowym kryterium 20 pkt;
4. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2019, poz. 1010 j.t.), zwanej dalej „Znk”, przez uznanie, że wykaz osób zawarty w ofercie Konsorcjum C stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Znk i zaniechanie odtajnienia tych informacji;
5. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w wykazie osób złożonym przez Konsorcjum C;
3. udostępnienia Odwołującemu do wglądu wykazu osób załączonego do oferty Konsorcjum C;
4. przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert;
5. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przy zastosowaniu właściwych obiektywnie ocen ofert złożonych w ramach Kryterium 4 „Doświadczenie zespołu”, a w konsekwencji dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący stwierdził, że analizując sposób dokonania oceny ofert uznał, że Zamawiający dokonał jej w sposób wadliwy, skutkujący przyznaniem niewłaściwej liczby punktów Odwołującemu oraz Konsorcjum C w ramach Kryterium 4 oceny ofert „Doświadczenie zespołu” oraz dokonał wyboru oferty, która obiektywnie nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Po pierwsze, w Rozdziale XVII ust. 2 SIWZ zawierającym opis kryteriów oceny ofert i zasady przyznawania punktów Zamawiający wskazał, że za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta (spośród ofert nieodrzuconych) zawierająca najkorzystniejszy bilans punktów w kryteriach: cena (waga - 60), dostępność i działanie Obszarów funkcjonalnych Systemu przez stronę www (waga - 15), cena osobodnia pracy

programisty/konsultanta/szkoleniowca (waga - 5) oraz doświadczenie zespołu (waga - 20).

Ocena w Kryterium 4 - „Doświadczenie zespołu” prowadzona miała być zgodnie z wyliczeniami uzyskanymi z zastosowaniem przez Zamawiającego poniższego wzoru:

$$D = (D_b/D_w) \times 20$$

gdzie:

D - liczba punktów uzyskanych przez ocenianą (badaną) ofertę;

D_b - suma punktów z oferty ocenianej;

D_w - suma punktów z oferty, która otrzymała najwyższą sumę punktów wśród ofert.

Zamawiający wskazał, że doświadczenie zespołu będzie oceniane następująco:

1. W ramach kryterium „Doświadczenie zespołu” ocenie podlega dodatkowe doświadczenie następujących osób: specjalista ds. systemu obsługi procesu kształcenia, specjalista ds. systemu klasy ERP oraz architekt systemów IT, o których mowa w Rozdziale IX pkt 1.2.3 lit b) tiret 2, 3 i 4 SIWZ;
2. Doświadczenie wykazane w ramach potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu (obligatoryjne), wskazane w Rozdziale IX pkt 1.2.3 lit b) tiret 2, 3 i 4, nie będzie podlegało punktacji;
3. Ocena zostanie dokonana na podstawie informacji zawartych w pkt 4 „Formularza oferty”, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ;
4. Wykonawca otrzyma punkty wg następującego schematu:
0 pkt. - w sytuacji, gdy wykonawca nie przedstawi żadnego dodatkowego doświadczenia personelu ponad wymagane przez Zamawiającego lub nie wypełni chociażby jednej w wymienionych w pkt 4 Formularza oferty danych, tj. liczby dodatkowych projektów, nazw projektów, podmiotów na rzecz których realizowane były projekty, zakresu (przedmiotu) projektów oraz wartości projektów (nie skutkuje odrzuceniem oferty);

1 pkt (maksymalnie 3 pkt) - za każdy jeden dodatkowy projekt, polegający na udziale jako specjalista ds. systemu obsługi procesu kształcenia/specjalista ds. systemu klasy ERP/architekt systemu IT w oddzielnym dodatkowym zrealizowanym projekcie

polegającym na wytworzeniu i wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego o wartości min. 1.500.000 zł brutto każdy (słownie: jeden milion pięćset tysięcy zł),

W ww. kryterium oferta może otrzymać maksymalnie: 20 pkt

Odwołujący podkreślił, że przedmiotem oceny są zrealizowane projekty z udziałem poszczególnych osób, a nie tylko udział poszczególnych osób w realizacji projektu, co ma o tyle istotne znaczenie, że punkty za zrealizowanie projektu można dostać tylko w sytuacji, gdy projekt z udziałem poszczególnych osób został zrealizowany (co może być jedynie interpretowane, że wykonany z należytą starannością i odebrany), zgodnie z regułą 1 projekt = 1 punkt, a nie 1 projekt = 3 punkty. Ponadto zgodnie z literalnym brzmieniem postanowień SIWZ ocenie mogą podlegać maksymalnie 3 projekty, a nie maksymalnie 9 projektów. Oznacza to, że bez względu na liczbę projektów wymienionych w pkt IV.3 Formularza ofertowego, ocenie i punktacji będą podlegać tylko 3 z nich. O powyższym świadczy okoliczność, że punkty (od 1 pkt do 3 pkt) można otrzymać „za każdy jeden dodatkowy projekt, polegający na udziale jako specjalista ds. systemu obsługi procesu kształcenia/specjalista ds. systemu klasy ERP/architekt systemu IT w oddzielnym dodatkowym zrealizowanym projekcie polegającym na wytworzeniu i wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego o wartości min. 1.500.000 zł brutto każdy (słownie: jeden milion pięćset tysięcy zł)”.

Przyjęcie stanowiska, jakoby należało uzupełnić wszystkie wskazane miejsca w pkt IV.3 Formularza oferty czyli przedstawić 9 ofert wiązałoby się z innym sformułowaniem wymagań. Wówczas Zamawiający musiałby zamieścić treść w następujący sposób: 1 pkt (maksymalnie 9 pkt) - za każdy jeden dodatkowy projekt, a SIWZ wyraźnie stanowi w kryterium, że punkty przyznawane są wedle zasady - 1 pkt - 1 projekt a maksymalnie wykonawca może uzyskać 3 pkt. Zatem nie jest możliwe by Db (suma punktów z oferty ocenianej), czy Dw (suma punktów z oferty, która otrzymała najwyższą sumę punktów wśród ofert) wynosiła więcej niż 3 skoro dopuszczalnymi wielkościami (Db i w rezultacie Dw) są: 0, 1, 2, 3.

Odwołujący stwierdził, że wskazanie przez wykonawcę więcej niż 3 projektów jest wprawdzie dopuszczalne, jednakże ocenie i punktacji w zakresie Kryterium 4 mogą podlegać maksymalnie 3 projekty. Tymczasem Zamawiający punktował 9 projektów w przypadku Konsorcjum C, a Odwołującemu - 6 projektów. Liczba uzyskanych punktów zgodna jest z przyjętymi zasadami co do końcowego wyniku punktowego, tj. w ramach Kryterium 4 można było uzyskać max. 20 punktów, jednakże sposób obliczenia jest niezgodny z przedstawionym przez Zamawiającego wzorem, bowiem suma punktów z oferty ocenianej nie może być większa niż 3, gdyż ocenie podlegają maksymalnie 3 projekty, jak i suma punktów z oferty, która otrzymała najwięcej punktów nie może być większa niż 3, ponieważ ocenie podlegają maksymalnie 3 projekty.

Mając na względzie powyższe stwierdzić należy, że dokonanie w sposób prawidłowy przez Zamawiającego obliczeń zgodnie ze stworzonym przez niego wzorem, gdzie Db nie może być większa niż 3 doprowadzi do zmiany liczby punktów otrzymanych przez Odwołującego oraz Konsorcjum C, a w rezultacie wpłynie na wynik przetargu, bowiem oferta Odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą.

Po drugie, zgodnie z treścią Rozdziału IX pkt 1.2.3 lit b) tiret 2, 3 i 4 SIWZ po zmianach_2 o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności zawodowej, tj. Zamawiający uzna, że wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że skieruje do realizacji zamówienia publicznego minimum:

1. specjalistę ds. systemu obsługi procesu kształcenia (1 osoba), posiadającego następujące kwalifikacje:

przynajmniej 3-letnie, licząc w ciągu ostatnich pięciu lat od dnia, w którym upływa termin składania ofert, doświadczenie zawodowe potwierdzone udziałem w min. 2 zrealizowanych projektach informatycznych polegających na wytworzeniu i wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego wspomagającego zarządzanie procesami dydaktycznymi zawierającego minimum jeden moduł webowy o wartości min. 1.500.000 zł brutto każdy (słownie: jeden milion pięćset tysięcy zł);

2. specjalistę ds. systemu klasy ERP (1 osoba), posiadającego następujące kwalifikacje:

przynajmniej 3-letnie, licząc w ciągu ostatnich pięciu lat od dnia, w którym upływa termin

składania ofert, doświadczenie zawodowe potwierdzone udziałem w min. 2 zrealizowanych projektach informatycznych polegających na wytworzeniu i wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego klasy ERP zawierającego minimum jeden moduł webowy o wartości min. 1.500.000,00 zł brutto każdy (słownie: jeden milion pięćset tysięcy zł);

3. architekta systemów IT (1 osoba), posiadającego następujące kwalifikacje:

przynajmniej 3-letnie, , licząc w ciągu ostatnich pięciu lat od dnia, w którym upływa termin składania ofert, doświadczenie zawodowe potwierdzone udziałem w min. 2 zrealizowanych projektach polegających na wytworzeniu i wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego o wartości min. 1.500.000,00 zł brutto każdy (słownie: jeden milion pięćset tysięcy zł).

Zdolność zawodowa ww. specjalistów jest uwzględniana dwukrotnie, ponieważ stanowi potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (obligatoryjne), o czym mowa wyżej, a ponadto - zgodnie z postanowieniami Rozdziału XVII ust. 2 - zdolność zawodowa - doświadczenie zespołu jest punktowane w ramach Kryterium nr 4 (str. 31 SIWZ) przy zachowaniu następujących zasad:

1. W ramach kryterium „Doświadczenie zespołu” ocenie podlega dodatkowe doświadczenie następujących osób: specjalista ds. systemu obsługi procesu kształcenia, specjalista ds. systemu klasy ERP oraz architekt systemów IT, o których mowa w Rozdziale IX pkt 1.2.3 lit. b) tiret 2, 3 i 4 SIWZ;
2. Doświadczenie wykazane w ramach potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu (obligatoryjne), wskazane w Rozdziale IX pkt 1.2.3 lit b) tiret 2, 3 i 4, nie będzie podlegało punktacji.

Językowa wykładnia postanowień SIWZ w zakresie zasad zaliczania doświadczenia zawodowego: specjalisty ds. systemu obsługi procesu kształcenia, specjalisty ds. systemu klasy ERP oraz architekta systemów IT, do kategorii dodatkowego doświadczenia zawodowego w ramach Kryterium 4 „Doświadczenie zespołu”, prowadzi do wniosku, że aby wykonawca uzyskał punkty w ramach Kryterium 4 ww. osoby muszą spełniać warunki określone w Rozdziale IX pkt 1.2.3 lit b) tiret 2, 3 i 4 SIWZ oraz punktacji nie podlega doświadczenie wykazane w ramach potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (obligatoryjne), wskazane w Rozdziale IX pkt 1.2.3 lit b) tiret 2, 3 i 4. Zamawiający ustalił bowiem kryterium minimalne posiadanego doświadczenia zawodowego na poziomie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz kryterium dodatkowe podlegające punktacji i stanowiące składnik sumy punktów (bilansu punktów) decydujący o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Nie może jednakże budzić wątpliwości, że osoby wskazane jako mogące zrealizować Kryterium 4 Doświadczenie zawodowe: specjalista ds. systemu obsługi procesu kształcenia, specjalista ds. systemu klasy ERP oraz architekt systemów IT, muszą spełniać wymagania ogólne o czym świadczy literalna treść postanowienia SIWZ: „W ramach kryterium „Doświadczenie zespołu” ocenie podlega dodatkowe doświadczenie następujących osób: specjalista ds. systemu obsługi procesu kształcenia\ specjalista ds. systemu klasy ERP oraz architekt systemów IT, o których mowa w rozdziale IX pkt 1.2.3 lit b) tiret 2, 3 i 4 SIWZ.” Powyższe potwierdza też kolejny punkt SIWZ wykluczający dwukrotne „wykorzystanie” jednego doświadczenia zawodowego, tj. „Doświadczenie wykazane w ramach potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (obligatoryjne), wskazane w rozdziale IX pkt 1.2.3 lit b) tiret 2, 3 i 4, nie będzie podlegało punktacji”.

Mając powyższe na względzie oczywistym jest, że Zamawiający naruszył przepisy Pzp uwzględniając w punktacji w zakresie Kryterium 4 Doświadczenie zawodowe Konsorcjum C, nie spełniające przesłanek określonych w Rozdziale IX pkt 1.2.3 lit b) tiret 2, 3 i 4 SIWZ, tj. „przynajmniej 3-letnie, licząc w ciągu ostatnich pięciu lat od dnia, w którym upływa termin składania ofert, doświadczenie zawodowe potwierdzone udziałem w min. 2 zrealizowanych projektach polegających na wytworzeniu i wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego o wartości min. 1.500.000,00 zł brutto każdy (słownie: jeden milion pięćset tysięcy zł)”. Odnosząc się do wskazanych wymogów okres „ostatnich pięciu lat od dnia, w którym upływa termin składania ofert”, w związku z ostatecznym określeniem terminu składania ofert na dzień 14 sierpnia 2019 r., obejmuje okres od dnia 14 sierpnia 2014 r. do dnia 14 sierpnia 2019 r. Ponadto ocenie podlegają jedynie projekty „zrealizowane”, tj. zakończone. Wskazane przesłanki muszą być wypełnione kumulatywnie. Konsorcjum C przedstawiło w Formularzu ofertowym w ramach prezentowania Doświadczenia zawodowego w Kryterium 4 co najmniej 5 projektów, które nie spełniają określonych przez Zamawiającego w SIWZ warunków, tj.:

1. Projekt pn.: „Wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego do Zarządzania Uczelnią” - PWSTE w Jarosławiu

Zgodnie z udzielonymi informacjami przez Państwową Wyższą Szkołę Techniczno-Ekonomiczną w Jarosławiu realizacja ww. projektu odbywała się w latach 2010-2011, zaś odbioru końcowego przedmiotu umowy dokonano dnia 30 września 2011 r.

2. Projekt pn.: „Wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego do Zarządzania Uczelnią” - Uniwersytet Medyczny w Lublinie

Z przedstawionego przez Comarch S.A. case study „Rozwiązania dla administracji publicznej. Comarch Egeria Edukacja. Wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego Comarch Egeria Edukacja w Uniwersytecie Medycznym w Lublinie” wynika, że „prace wdrożeniowe rozpoczęły się w listopadzie 2008 r. i zakończyły ostatecznie 30 września 2010 r., 3 miesiące po terminie przewidzianym w umowie” (str. 2, akapit 2 opracowania).

3. Projekt pn.: „Wdrożenie Comarch w Uniwersytecie Szczecińskim Comarch ERP Egeria”

Z przedstawionego przez Comarch S.A. case study wynika, że „wdrożenie zostało z sukcesem zakończone z końcem 2010 r. - po niemal 3 latach” (str. 2, akapit 4 in fine opracowania)

4. Projekt „Wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego klasy ERP na rzecz Zamku Królewskim na Wawelu - Państwowych Zbiorów Sztuki”

Zgodnie z udzieloną przez Zamek Królewski na Wawelu informacją z dnia 10 września 2019 r. w odpowiedzi na wniosek z dnia 6 września 2019 r. o udzielenie informacji publicznej o wdrażanym Zintegrowanym Systemie Informatycznym klasy ERP umowa została zawarta 23 maja 2017 r. i jest w trakcie realizacji. Nie dokonano odbioru końcowego przedmiotu umowy. Wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy ustalone na podstawie oferty wynosi, zgodnie z zawartą umową 4.860.799,43 zł brutto. Elementem przedmiotu umowy jest pisany na zamówienie moduł obsługi ruchu turystycznego (System RT) realizowany w technologii webowej. System RT, jako moduł pisany na zamówienie, nie posiada nazwy handlowej.

5. Projekt pn.: „Wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego w PWSZ w Chełmie”

Zgodnie z udzieloną przez Państwową Wyższą Szkołę Zawodową w Chełmie informacją z dnia 9 września 2019 r. o udostępnienie informacji publicznej PWSZ przekazała odpowiedzi na zadane pytania:

- Czy którykolwiek z podmiotów wskazanych poniżej (samodzielnie lub wspólnie z innymi podmiotami, np. w konsorcjum) dokonał u Państwa wdrożenia Zintegrowanego systemu informatycznego (Comarch Polska S.A., Comarch S.A., OPTeam S.A.)?

Odp.: Tak, wdrożenia dokonał Comarch Polska S.A. - wykonawca oraz OPTeam S.A. - podwykonawca.

- W jakim okresie było realizowane wdrożenie Zintegrowanego systemu informatycznego i kiedy została zwarta umowa?

Odp.: Data zawarcia umowy - 29.01.2013 r. Okres realizacji umowy - od momentu podpisania do 30.06.2014r.

- Kiedy dokonano odbioru końcowego przedmiotu umowy?

Odp.: Odbiór końcowy - 25.06.2014 r.

- Jakie było wynagrodzenie brutto wykonawcy?

Odp.: 2.334.151,23 zł.

Odwołujący z kolei przedstawił do oceny w Formularzu ofertowym wykonane projekty:

Wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego klasy ERP na rzecz spółki

Elektrobudowa S.A., Wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego klasy ERP na rzecz Ergom sp. z o.o., Wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego wspomagającego zarządzanie uczelnią na rzecz Politechniki Poznańskiej. Projekty te zostały wpisane odnośnie warunku zdolności zawodowej architekta systemu IT oraz specjalisty ds. systemu klasy ERP.

Nie ulega wątpliwości, że wskazane wyżej okoliczności wystarczają, aby zmienić punktację, co spowoduje, że oferta Odwołującego będzie uznana za ofertę najkorzystniejszą w Postępowaniu. Jest bezsporne, iż projekty wskazane przez Konsorcjum C są starsze niż 5 lat lub w trakcie wdrożenia - nie są zrealizowane, z tego względu Odwołujący kwestionuje liczbę przyznanych przez Zamawiającego punktów ofercie Konsorcjum C, bowiem przyznanie przez Zamawiającego Konsorcjum C 20 pkt w ramach Kryterium 4, zaś Odwołującemu 13,33 pkt nastąpiło niewątpliwie z naruszeniem art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Prawidłowe działanie Zamawiającego powinno polegać na przyznaniu Odwołującemu 20 pkt w ramach ww. kryterium.

Wskazać należy, że Zamawiający określając w Rozdziale IX pkt 1.2.3 lit b) tiret 2, 3 i 4 SIWZ warunki udziału w Postępowaniu w zakresie warunku zdolności zawodowej wymagał m.in., by każda ze wskazanych osób: specjalista ds. systemu obsługi procesu kształcenia, specjalista ds. systemu klasy ERP oraz architekt systemów IT posiadała następujące kwalifikacje: przynajmniej 3-letnie, licząc w ciągu ostatnich pięciu lat od dnia, w którym upływa termin składania ofert, doświadczenie zawodowe potwierdzone udziałem w min. 2 zrealizowanych projektach informatycznych. Wykazanie w tym obszarze konkretnych projektów, w których ww. osoby brały udział wyklucza uzyskanie za te projekty punktów w ramach Kryterium 4 oceny ofert „Doświadczenie zespołu”. Należy stwierdzić, że w ofercie Konsorcjum C nie zostało jednoznacznie wykazane, że projekty wskazane w zakresie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej nie są tożsame z projektami, które zostały wskazane przez Konsorcjum C w celu uzyskania punktów w ramach Kryterium 4 „Doświadczenie zespołu”. Uzasadnione wątpliwości budzi też fakt, czy Konsorcjum C spełniło warunki udziału w Postępowaniu w zakresie warunku zdolności zawodowej, bowiem wskazane przez nie projekty w ramach Kryterium 4 były wykonywane przed więcej niż 5 laty przed upływem terminu złożenia ofert, bądź nie zostały jeszcze zakończone.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że pismem z dnia 9 września 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że do informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum C jako tajemnica przedsiębiorstwa zalicza się: wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia/Dokumenty dotyczące osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia. Zastrzeżony wykaz osób zawiera informację o projektach zrealizowanych przez Konsorcjum C w ramach wykazania zdolności zawodowej. Ponadto,

Konsorcjum C zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa również całość pisma informującego o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, co nie pozwala odnieść się Odwołującemu do przedstawionego uzasadnienia zastrzeżenia ww. informacji i w rezultacie w terminie do złożenia odwołania od czynności Zamawiającego nie jest możliwe sformułowanie ewentualnych dalszych zarzutów w tym zakresie, czy sformułowanie wniosku o odrzuceniu oferty Konsorcjum C. Zatem utajnienie wykazu osób rzutuje zarówno na ocenę ilości uzyskanych punktów przez Konsorcjum C w Kryterium 4 „Doświadczenie zespołu”, jak i ocenę wystąpienia potencjalnych przesłanek do odrzucenia oferty Konsorcjum.

Dokonując oceny ofert zamawiający powinien dokonać oceny prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Często bowiem faktycznym powodem zastrzeżenia informacji nie jest potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do utrudnienia konkurencji możliwości weryfikacji ofert. Badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających SIWZ należy do obowiązków zamawiającego. Zasadą jest, że oferty są jawne od chwili ich otwarcia (art. 96 ust. 3 Pzp). Z tego powodu zamawiający powinien niezwłocznie przystąpić do weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Podkreślenia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp. Jak wynika z tego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku

badania ofert lub wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem KIO sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. A już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 Znk. Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: „Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3).

Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych”.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum C nie wypełniło wszystkich przesłanek wynikających z art. 8 ust. 3 Pzp oraz art. 11 ust. 2 Znk. Konsorcjum C nie sprostало zwłaszcza wymogowi podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania informacji w poufności, ponieważ nie przedstawiło dowodów na okoliczności, na których istnienie powołuje się w treści wyjaśnień do zastrzeżenia. Wykonawca powołuje się na istnienie klauzuli poufności wiążącej go z podmiotem trzecim, jednakże nie przedstawił na tę okoliczność żadnego dowodu. Gdyby wykonawca udowodnił istnienie tej okoliczności, co nie powinno stanowić problemu z uwagi na fakt, że dowód zawarcia takiej umowy powinien istnieć, można by uznać, że posługuje się on klauzulą poufności w celu wykazania przesłanek ustawowych. Jednakże stan faktyczny nie uzasadnia takiej tezy.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści niżej wskazanych dokumentów załączonych do odwołania:

1. Korespondencji poczty elektronicznej pomiędzy pracownikiem Odwołującego a pracownikiem Państwowej Wyższej Szkoły Techniczno-Ekonomicznej w Jarosławiu („PWSTE”) z 9 września 2019 r. i pisma z PWSTE, stanowiących odpowiedź na pytania Odwołującego dotyczące wdrożenia przez Comarch S.A. zintegrowanego systemu informatycznego dla tej uczelni - dowody O1;
2. Opracowania własnego Comarch S.A. - „Rozwiązania dla administracji publicznej. Comarch Egeria Edukacja. Wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego - Comarch Egeria Edukacja w Uniwersytecie Medycznym w Lublinie” - dowód O2;
3. Opracowania własnego Comarch S.A. - „Wdrożenie Comarch w Uniwersytecie Szczecińskim. Comarch Egeria” - dowód O3;
4. Korespondencji poczty elektronicznej pomiędzy pracownikiem Odwołującego a pracownikiem Zamku Królewskiego na Wawelu z 3 i 10 września 2019 r. dotyczącej wdrożenia realizowanego na rzecz tej jednostki - dowody O4;

Do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przystąpienie zgłosili

wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - SIMPLE S.A. z siedzibą w Warszawie, Oxygen Information Technology sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Konsorcjum S”), wnosząc o uwzględnienie odwołania. Izba, wobec spełnienia przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym. Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie:

1. uwzględnił zarzuty odwołania w części dotyczącej zastrzeżenia wykazu osób Konsorcjum C jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Znk i zaniechania odtajnienia tych informacji i w związku z powyższym Zamawiający zapowiedział odtajnienie tajemnicy przedsiębiorstwa i udostępnienie wykazu Odwołującemu oraz w zakresie błędnej i niezgodnej z kryteriami oceny ofert, skutkującej przyznaniem niewłaściwej liczby punktów Konsorcjum C w ramach Kryterium 4 „Doświadczenie zespołu”, w odniesieniu do doświadczenia specjalisty ds. systemów klasy ERP, polegającego na udziale w zrealizowanym projekcie „Wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego klasy ERP na rzecz Zamku Królewskiego na Wawelu Państwowych Zbiorów Sztuki”, wobec czego Zamawiający zapowiedział powtórne badanie i ocenę ofert oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez nieprzyznanie punktu za udział specjalisty w wyżej wymienionym niezrealizowanym w całości projekcie;
2. wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Odnosząc zarzut niewłaściwie przyznanej liczby punktów, przez przyjęcie maksymalnej liczby 9 a nie 3 pkt Zamawiający przytoczył wynikające z SIWZ zasady punktowania ofert w Kryterium 4 i zwrócił uwagę, że ocenie w ww. kryterium podlegało doświadczenie 3 specjalistów, potwierdzone udziałem w dodatkowych, innych niż wykazane jako obligatoryjnie wymagane, projektach. Z opisu przyznawania punktów w przedmiotowym kryterium wynika, że za udział w każdym dodatkowym projekcie osoby pełniące funkcję: specjalisty ds. systemu obsługi procesu kształcenia lub specjalisty ds. systemu obsługi procesu kształcenia lub architekta systemu IT, Zamawiający przyzna po 1 punkcie „nie więcej jednak niż 3 punkty”. Z tak określonego opisu wynika, że każda osoba pełniąca wskazaną funkcję, za każdy udział otrzyma po 1 punkcie, maksymalnie 3 punkty. Tym samym, każdy uczestnik Postępowania mógł uzyskać maksymalnie 9 punktów w tym kryterium (1 osoba x max 3 udziały x 3 osoby 9 pkt). Uzyskana w ten sposób liczba punktów podlegała dalszej ocenie wg przyjętego w SIWZ wzoru. Intencją Zamawiającego było to, aby każdą konfigurację przyjąć za właściwą, czyli dowolną liczbę projektów nie większą niż 3 u dowolnej liczby specjalistów, nie większej niż 3. Dobitym tego wyrazem jest konstrukcja Formularza ofertowego, w którym, w odniesieniu do każdego ze specjalistów, zawarto wskazanie, że ocenie podlegać będą maksymalnie trzy projekty.

W konsekwencji argumentacja Odwołującego, jakoby zgodnie z literalnym brzmieniem postanowień SIWZ ocenie mogą podlegać maksymalnie 3 projekty, a nie maksymalnie 9 projektów, jest nietrafna. Nic nie przemawia za tym, aby uznać, że Zamawiający przyjmując w Formularzu ofertowym podział na 3 kluczowe funkcje w zespole i wskazując po 3 pola odpowiadające maksymalnej liczbie punktów w polu każdego specjalisty, miał zmierzać do tego aby, ostatecznie przyznać maksymalną liczbę 3 punktów łącznie. Zupełnie niezrozumiałą konstrukcją myślową stanowiłoby zarówno pozyskiwanie przez Zamawiającego jak i udzielanie przez wykonawców informacji o 9 projektach, z przekonaniem, że tylko 3 z nich de facto podlegają mogą ocenie i punktacji.

Odnosząc zarzut, że Zamawiający błędnie przyznał punkty za doświadczenie w realizacji projektów, wykonanych wcześniej niż w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert, Odwołujący błędnie przyjął, że w ramach kryterium nr 4 „Doświadczenie zespołu”, doświadczenie osób wskazanych do realizacji zamówienia na stanowisku m.in. systemu obsługi procesu kształcenia lub architekta systemów, miało być nabyte w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert. Wymagania Zamawiającego w zakresie Kryterium 4 oceny ofert „Doświadczenie zespołu” zawarte są w Rozdziale XVII SIWZ i opisane w sposób następujący:

„1 pkt (maksymalnie 3 pkt) - za każdy jeden dodatkowy projekt, polegający na udziale jako specjalista ds. systemu obsługi procesu kształcenia/specjalista ds. systemu obsługi procesu kształcenia/architekt systemu IT w oddzielnym dodatkowym zrealizowanym projekcie polegającym na wytworzeniu i wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego o wartości min. 1.500.000,00 zł brutto każdy (słownie: jeden milion pięćset tysięcy zł)”.

Ani w opisie kryterium 4 ani w załączniku nr 2 - Formularz oferty, Zamawiający nie zawarł wymogu, że doświadczenie miało dotyczyć projektów zrealizowanych w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert. Tym samym nieuzasadniony jest zarzut, że Zamawiający błędnie przyznał punkty za doświadczenie zespołu za udział w kwestionowanych przez Odwołującego projektach.

W podsumowaniu Zamawiający stwierdził, że w części innej niż uwzględniona, nie naruszył art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosiło Konsorcjum C. Izba, wobec spełniania przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art.

185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Konsorcjum C do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Konsorcjum C wniosło sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie zakresie, a w pozostałej części - o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z 30 września 2019 r. Konsorcjum C przedstawiło następującą argumentację.

Zdaniem Konsorcjum C Odwołujący błędnie interpretuje postanowienia SIWZ w zakresie kryterium oceny ofert „Doświadczenie zespołu”, uznając że ocenie mogą podlegać maksymalnie 3 projekty, a nie maksymalnie 9. W jego ocenie z treści Rozdziału XVII SIWZ wprost wynika, że punktowany będzie każdy dodatkowy projekt polegający na udziale jako specjalista ds. systemu obsługi procesu kształcenia/specjalista ds. systemu klasy ERP/architekt systemu IT w oddzielnym dodatkowym zrealizowanym projekcie. Zamawiający co prawda wprowadził limit maksymalnie 3 punktów, ale ten limit odnosił się do wykonania dodatkowych projektów przez poszczególnego specjalistę. Zamawiający przyznawał maksymalnie 3 punkty za dodatkowe projekty wskazane dla każdego ze specjalistów, a skoro punktowane było dodatkowe doświadczenie 3 specjalistów, to maksymalna liczba punktów, którą można było uznać w spornym kryterium wynosiła 9 punktów. Koresponduje to z pozostałą częścią dokumentacji przetargowej, w szczególności treścią Formularza ofertowego. Nie ma racji Odwołujący twierdząc, że nie trzeba było uzupełniać wszystkich miejsc wskazanych w pkt VI.3. Formularza oferty, aby uzyskać maksymalną ilość punktów w ramach kryterium „Doświadczenie zespołu”, skoro przewidziano w nim miejsce łącznie na 9 projektów.

Kolejno, w ocenie Konsorcjum C Odwołujący błędnie interpretuje SIWZ także w zakresie okresu, w jakim badane jest posiadanie przez specjalistów dodatkowego doświadczenia w zrealizowanych projektach. Z SIWZ nie wynika bowiem, że wspomniani specjaliści muszą legitymować się dodatkowym 3-letnim doświadczeniem, liczonym w ciągu ostatnich pięciu lat od dnia w którym upływa termin składania ofert. Po pierwsze, wniosek takiego nie można wyprowadzić - jak próbuje to czynić Odwołujący - ze sformułowania Rozdziału XVII SIWZ ust. 2 pkt 1, w części poświęconej opisowi spornego kryterium, który przy wymienianiu osób zawiera odniesienie do Rozdziału IX pkt 1.2.3. lit. b) tiret 2, 3 i 4 SIWZ. Odniesienie to oznacza tylko odniesienie do nazwy funkcji, jaką pełniła określona osoba w SIWZ. Nie oznacza to odniesienia do całego opisu doświadczenia. Nadto, w treści SIWZ (Rozdział XVII ust. 2 pkt 4 tiret 2, Zamawiający wyraźnie sprecyzował, w jaki sposób będzie punktował dodatkowe doświadczenie osób. Punkty miały być przyznane za każdy jeden dodatkowy projekt, polegający na udziale jako określony specjalista w oddzielnym dodatkowym zrealizowanym projekcie polegającym na wytworzeniu i wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego o wartości min. 1.500.000,00 zł brutto każdy. W zasadach przyznawania punktacji nigdzie nie ma wskazania, że doświadczenie to ma być liczone w ciągu 5-ciu lat przed dniem składania ofert,

Przedstawiona interpretacja koresponduje z pozostałymi postanowieniami SIWZ. Zgodnie z ust. IV pkt 3 Załącznika nr 2 do SIWZ - Formularza oferty wykonawcy składali oświadczenie, w którym wskazywali osoby wraz z doświadczeniem w nawiązaniu do kryterium nr 4 „Doświadczenie zespołu”. W Formularzu oferty Zamawiający wprost wskazał pod konkretnym specjalistą dodatkowe doświadczenie, jakim musi legitymować się określony specjalista. W formularzu ofertowym również nie ma wskazania, że doświadczenie to ma być liczone w ciągu 5-ciu lat przed dniem składania ofert, a zgodnie z Rozdziałem XVII ust. 2 pkt 3 SIWZ, ocena w zakresie kryterium „Doświadczenia zespołu” zostanie dokonana na podstawie informacji zawartych w pkt 4 Formularza oferty stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ.

Niezależnie od powyższego, z daleko posuniętej ostrożności procesowej, Konsorcjum C podkreśliło, że nie może ponosić konsekwencji ewentualnych nieprecyzyjnych postanowień SIWZ, w oparciu i w zaufaniu do których działało. Wszelkie ewentualne niejasności i wątpliwości SIWZ należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy.

W odniesieniu do zawartych w odwołaniu uwag odnośnie wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego na rzecz Zamku Królewskiego na Wawelu - Państwowych Zbiorów Sztuki Konsorcjum C wskazało, że na projekt ten składa się oprogramowanie standardowe (obejmujące standardowy system ZSI klasy ERP, tj. m.in. moduły kadry i płace, kontrahenci, księgowość i finanse, sprzedaż, magazyny, zaopatrzenie mundurowe - Comarch ERP Egeria)

i oprogramowanie dedykowane dla tego zamawiającego - System RT, tj. oprogramowanie specjalistyczne, wspomagające pracę na obszarze ruchu turystycznego. System RT jest specyficznym modulem wytworzonym specjalnie dla Zamku Królewskiego na Wawelu mającym na celu zorganizowanie ruchu turystycznego na Wawelu. Do oprogramowania standardowego Comarch ERP Egeria Konsorcjum C, zgodnie z § 10 ust. 12 umowy, udzieliło licencji. Natomiast w stosunku do Systemu RT Konsorcjum C ma obowiązek przekazać prawa autorskie w bardzo szerokim zakresie, powodującym że taki sam system RT nie może już zostać wdrożony przez nie na rzecz innego podmiotu. Umowa z Zamkiem Królewskim na Wawelu jest specyficzna, ponieważ obejmuje wdrożenie systemu ZSI klasy ERP na standardowych warunkach (tj. na warunkach licencjonowania), ale również wdrożenie osobliwego Systemu RT w sposób prowadzący do pozbycia się praw do tego systemu. Projekt jest jeszcze realizowany w zakresie oprogramowania dedykowanego - Systemu RT. W odniesieniu do oprogramowania Comarch ERP Egeria, Zamek Królewski na Wawelu dokonał testów i odbiorów modułów oprogramowania standardowego i przede wszystkim korzysta z nich produkcyjnie (obsługa finansowo-księgowa oraz kadrowo płacowa jest prowadzona w systemie Comarch Egeria i wszystkie rozliczenia i sprawozdania za rok 2018 były wykonane w powyższym systemie).

O specyfice Umowy zawartej z Zamkiem Królewskim na Wawelu świadczy także to, że procedura odbiorowa została opisana w taki sposób, że Zamek Królewski na Wawelu może korzystać z oprogramowania Comarch ERP Egeria bez odebrania Systemu RT. Projekt realizowany na rzecz Zamku Królewskiego na Wawelu przewiduje w harmonogramie wdrożenie w pierwszej kolejności Comarch ERP Egeria, a następnie obsługi ruchu turystycznego (Systemu RT), przy tym nie przewiduje odbioru częściowego w zakresie Comarch ERP Egeria. Jest to jedyny powód, dla którego w chwili obecnej Konsorcjum C nie może wykazać się protokołem odbioru Comarch ERP Egeria. Comarch ERP Egeria działa jednak produkcyjnie, a Zamek Królewski na Wawelu z tytułu wykonanego zakresu prac uiszczył na rzecz Comarch Polska S.A. wynagrodzenie przewyższające wartość referencyjną. Jednocześnie Konsorcjum C stwierdziło, że wskazanie projektu realizowanego na rzecz Zamku Królewskiego na Wawelu jako doświadczenia dla osoby było uzasadnione, ponieważ wymagania Zamawiającego w zakresie dodatkowego doświadczenia dla osoby są inne, niż wymagania dla wykonawcy w zakresie wykonanych usług. W przypadku projektu realizowanego na rzecz Zamku Królewskiego na Wawelu usługi w zakresie wdrożenia Comarch ERP Egeria zostały zakończone, a wskazane w Formularzu ofertowym osoby legitymują się odpowiednim doświadczeniem w zakresie wdrażania systemu ZSI i są zdolne wykonać przedmiotowe zamówienie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania udostępnienia przez Zamawiającego wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia wskazać należy, że Konsorcjum C prawidłowo zakwalifikowało wykaz osób jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do danych osób skierowanych do realizacji zamówienia należy zauważyć, że Zamawiający wymaga wskazania osób legitymujących się określonym, szczegółowym doświadczeniem bowiem doświadczeniem w wysokobudżetowych projektach. Osoby z takim doświadczeniem są wysokiej klasy specjalistami i są poszukiwane na rynku informatycznym. Rynek informatyczny jest specyficznym rynkiem usług charakteryzującym się szybkim tempem rozwoju, a co za tym idzie koniecznością dysponowania wykwalifikowaną kadrą specjalistów.

Dysponowanie wykwalifikowaną kadrą specjalistów, a także informacje o ich doświadczeniu (przez wskazanie m.in. nazwy realizowanego projektu, co może umożliwić identyfikację tych osób) mają znaczenie gospodarcze dla Konsorcjum C i wymagają ochrony. Dla podmiotów świadczących usługi na rynku informatycznym o sile tego podmiotu przesądzają ludzie, gdyż na rynku tego rodzaju usług poszukiwani są przede wszystkim wysokiej klasy specjaliści. Powoduje to konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych. Wysoka potrzeba ochrony tych informacji wynika także z uwagi na występujące na rynku IT ryzyko „podkupienia” specjalistów przez konkurencję. Nierzadkie są przypadki w których konkurencja pozyskała dla własnych potrzeb i prowadzonej działalności pracowników innego podmiotu, posiadającego odpowiednie doświadczenie i wiedzę.

Z uwagi na powyższe, dane osób skierowanych do realizacji zamówienia, które legitymują się wymaganym w SIWZ doświadczeniem stanowią tajemnicę gospodarczą Konsorcjum C. Zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymagają także pozostałe informacje związane z nazwą projektu, w którym osoba ta brała udział, nazwa zamawiającego i przedmiotu zamówienia, po których można by było zidentyfikować osoby skierowane do realizacji zamówienia,

Konsorcjum C stwierdziło, że podjęło niezbędne czynności do zachowania w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Sposób postępowania z informacjami został określony w Polityce bezpieczeństwa informacji, zaś pracownicy zostali zobowiązani do zachowania w ścisłej tajemnicy informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zarówno na podstawie zawartych umów o pracę, jak również na podstawie Regulaminu pracy. Konsorcjum C przywołało brzmienie odpowiednich postanowień z ww. dokumentów.

Na rozprawie strony i wykonawcy przystępujący do postępowania odwoławczego podtrzymali zreferowane powyżej stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści korespondencji poczty elektronicznej pomiędzy przedstawicielem Odwołującego a pracownikiem Uniwersytetu Szczecińskiego z 20 września 2019 r. - na okoliczność daty zawarcie umowy pomiędzy uczelnią a Comarch S.A. i jej wartości (dowód O5).

Konsorcjum S wniosło o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. wyciągu z wykazu usług złożonego przez Comarch Polska S.A. w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia dla Wyższej Szkoły Oficerskiej Wojsk Lądowych we Wrocławiu - dowód PS1;
2. korespondencji poczty elektronicznej pomiędzy przedstawicielem Odwołującego a pracownikiem Państwowej Wyższej Szkoły Techniczno-Ekonomicznej

w Jarosławiu z 9 września br. wraz z załącznikiem - dowody PS2 (dowody tożsame z dowodami O1);

3. korespondencji poczty elektronicznej pomiędzy pracownikiem Odwołującego a pracownikiem Zamku Królewskiego na Wawelu z 3 i 10 września 2019 r. dotyczącej wdrożenia realizowanego na rzecz tej jednostki - dowody PS3 (dowody tożsame z dowodami O4);

na okoliczność dat realizacji zamówień stanowiących doświadczenie Konsorcjum C oraz zakresu projektu realizowanego na rzecz Zamku królewskiego na Wawelu.

Konsorcjum C wniosło o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści korespondencji poczty elektronicznej pomiędzy przedstawicielem Konsorcjum C a pracownikiem Zamku Królewskiego na Wawelu z 26 września br. - na okoliczność korzystania przez Zamek Królewski na Wawelu ze Zintegrowanego Systemu Informatycznego Comarch Egeria (dowód PC1).

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia

i stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ z załącznikami, oferty Odwołującego i Konsorcjum C, wykazu osób złożonego przez Konsorcjum C wraz z uzasadnieniem objęcia informacji w nim zawartych tajemnicą przedsiębiorstwa, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, wezwania Konsorcjum C z 18 września 2019 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie zarzutów przedstawionych w odwołaniu wraz z odpowiedzią z 19 września br. oraz dokumentów załączonych do odwołania i pism procesowych, jak również dokumentów przedstawionych na rozprawie.

Nieprawidłowa ocena zasadności objęcia przez Konsorcjum C tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w wykazie osób

W ocenie składu orzekającego potwierdził się zarzut nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego informacji zawartych w złożonym przez Konsorcjum C wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia, będącej efektem nieuprawnionego uznania, że doszło do wykazania przez Konsorcjum C przesłanek uzasadniających ochronę ww. informacji.

Tym samym, zdaniem Izby, doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Znk.

Tytułem przypomnienia wskazać należy, że na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które jest co do zasady jawne (zob. art. 8 ust. 1 Pzp) ochronie podlegają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile wykazane zostaną przez podmiot, który z ochrony takiej chce skorzystać, że zastrzegane informacje posiadają status tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 2 Znk.

W odniesieniu do kluczowej w płaszczyźnie omawianego zarzutu kwestii interpretacji pojęcia „wykazania” skład orzekający odsyła do internetowego słownika języka polskiego (<https://sjp.pwn.pl/>), zgodnie z którym mianem „wykazania” określa się „uzewnętrznienie czegoś”, „ujawnienie istnienia czegoś”, „przedstawienie czegoś w sposób przekonujący”, z kolei „wykazać się” oznacza „udowodnić, że ma się określone kwalifikacje, umiejętności, cechy”, czy „okazać dokumenty potwierdzające coś”. Wydawać mogłoby się zatem, że pod pojęciem „wykazania” kryje się synonim pojęcia „udowodnienia”, co jednak jest zbyt daleko idącym uproszczeniem. Gdyby bowiem tak było, to w przepisie art. 8 ust. 3 Pzp ustawodawca nałożyłby na wykonawcę wprost obowiązek udowodnienia (innymi słowy - przedstawienia dowodów) okoliczności z art. 11 ust. 2 Znk. Oznacza to, że wykazywaniu charakteru zastrzeganych informacji nie przeczy składanie przez wykonawcę oświadczeń o określonej treści. Wiarygodność takich oświadczeń zależy jednak od okoliczności, na potwierdzenie których są składane. Inaczej należy bowiem traktować, np. kwestię wykazania organizacyjnego charakteru zastrzeganej informacji, a inaczej - wykazanie, że w stosunku do takiej informacji podjęto, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności. Działania takie polegają na stosowaniu fizycznych, bądź prawnych środków ochrony, do których przykładów zalicza się przechowywanie informacji w zabezpieczonych przed nieuprawnionym dostępem miejscach, monitoring, dbałość o szczelność systemów teleinformatycznych (środki fizyczne), zawieranie umów o zakazie konkurencji, o zachowaniu w poufności informacji przekazywanych kontrahentom w stosunkach handlowych, czy wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji (środki prawne). Wynika z tego, że środki natury prawnej zmaterializowane są w różnych dokumentach, które mogą podlegać ocenie w ramach postępowania dowodowego przed Izbą. W tym aspekcie wykazanie okoliczności należy zasadniczo zrównać z jej udowodnieniem.

W przedmiotowej sprawie wspomnianego powyżej elementu zabrakło. Uzasadniając potrzebę zastrzeżenia wykazu osób (Izba sygnalizuje przy tym, że wobec uwzględnienia w sprawie KIO 1807/19 zarzutu nieprawidłowej oceny informacji zawartych w złożonym przez Konsorcjum C uzasadnieniu zastrzeżenia wykazu osób i braku w tym zakresie sprzeciwu Konsorcjum C, odpadła podstawa ochrony tych informacji w związku ze sporządzaniem uzasadnienia orzeczenia) Konsorcjum C wskazało na zasady określone w Polityce Bezpieczeństwa Grupy Comarch (dokument w wersji 4.26B obowiązujący od 18 maja 2015 r.), tym niemniej dokumentu takiego nie przedstawiło (zob. uzasadnienie zastrzeżenia - pismo z 13 sierpnia 2019 r.). Jest to tym bardziej istotne, że w znowelizowanej przesłance z art. 11 ust. 2 Znk, odnoszącej się do podejmowania działań w celu zachowania w poufności zastrzeganych informacji uwypuklono element zdatności podejmowanych działań do realizacji celu jakim jest ochrona informacji przed niepożądanym dostępem, na co wskazuje sformułowanie, że działania mają być podejmowane przy zachowaniu należytej staranności. Jako że ocena spełnienia tej przesłanki należy do zamawiającego weryfikującego zasadność dokonanego przez wykonawcę wyłączenia jawności określonych informacji, nie może się ona opierać wyłącznie na zapewnieniach, czy deklaracjach odnośnie użyteczności zastosowanych przez wykonawcę środków ochrony. W przedmiotowej sprawie dodatkowym uzasadnieniem takiego zapatrywania jest również okoliczność, że - jak wynika z uzasadnienia zastrzeżenia wykazu osób - „Szczegółowe opisy konkretnych realizacji poszczególnych elementów bezpieczeństwa znajdują się w dedykowanych procedurach, zaleceniach, instrukcjach i formularzach Polityki Bezpieczeństwa”. Pozbawiając Zamawiającego faktycznej możliwości oceny poruszonych w uzasadnieniu zastrzeżenia wykazu osób aspektów dotyczących sposobów ochrony informacji Konsorcjum C nie wykazało spełnienia przesłanki podejmowania, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania ich w poufności.

Niezależnie od powyższego skład orzekający wskazuje jeszcze na kwestię wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Analiza argumentów przytoczonych na str. 3-4 uzasadnienia zastrzeżenia - pisma z 13 sierpnia 2019 r. - nakazuje przyjąć, że potwierdzeniem wartości gospodarczej informacji o osobach ujętych w wykazie jest funkcjonująca na rynku usług informatycznych nieuczciwa praktyka przejmowania pracowników przez konkurencję (ang. employee poaching), której to Konsorcjum C się obawia. Abstrahując od okoliczności, że ani w tej, ani w żadnej innej sprawie rozstrzyganej przez Izbę w tym składzie, w której rzeczony argument się pojawił, nie przedstawiono jakichkolwiek dowodów na istnienie takiego procederu (wykonawcy nań się powołujący traktują go

i przedstawiają Izbie jako zjawisko powszechnie znane - fakt notoryjny), to należy zwrócić uwagę na równoległe istnienie innego procesu typowego dla współczesnego rynku pracy jakim jest fluktuacja kadr, który w skutkach jest identyczny z podkupieniem pracownika, jako że każdy z nich powoduje zmianę pracodawcy. Ogólnikowe sformułowania zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji podanych w wykazie osób nie pozwalają na jednoznaczne stwierdzenie którego z tych zjawisk w istocie obawia się Konsorcjum C oraz na jakich przesłankach jego obawy się zasadzają. Warto przy tym zaznaczyć, że niezależnie od tego, którego z tych procesów pracodawca doświadcza, jest on w posiadaniu instrumentów niezbędnych ich przeciwdziałaniu, bardziej adekwatnych niż czynienie odstępstw od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w postaci możliwości zawierania z pracownikami umów o zakazie konkurencji, czy kształtowania ich wynagrodzeń na odpowiednim poziomie.

Przedstawioną powyżej krytyczną ocenę argumentów podniesionych w uzasadnieniu objęcia informacji z wykazu osób tajemnicą przedsiębiorstwa potwierdza również dodatkowe wezwanie Zamawiającego z 18 września br. do ustosunkowania się przez Konsorcjum C do „ewentualnego odtajnienia [...] zastrzeżonych przez Konsorcjum informacji”. Potrzebę takiego wezwania Konsorcjum C tłumaczyło stanowiskiem wyrażonym w opinii UZP pn.: „Tajemnica przedsiębiorstwa w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r.”, z której wynika m.in. dopuszczalność przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego odnośnie podstaw zastrzeżenia określonych informacji. Jakkolwiek skład orzekający generalnie z takim stanowiskiem się zgadza, to jednak zauważa, że ad casum wspomniane wezwanie służyło nie tyle rozwianiu wątpliwości Zamawiającego, ile stworzeniu Konsorcjum C możliwości przedstawienia właściwej (pogłębionej, rzeczowej) argumentacji. Zamawiający powołał się wprawdzie w treści wezwania na wątpliwości powstałe podczas analizy zasadności objęcia informacji z wykazu osób tajemnicą przedsiębiorstwa, jednak wątpliwości tych w żaden sposób nie skonkretyzował. W konsekwencji celem dodatkowych wyjaśnień wykonawcy stało się niejako uzupełnienie wcześniejszej argumentacji, chociażby o stwierdzenia odnoszące się do treści klauzul poufności w zawieranych z pracownikami umowach.

Mając na uwadze fakt, że badanie skuteczności zastrzeżenia informacji przekazywanych przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest elementem badania oferty, konieczne stało się unieważnienie wyboru oferty Konsorcjum C z jednoczesną zmianą kwalifikacji zastrzeżonych informacji i obowiązkiem ponownego badania i oceny ofert, o czym orzeczono w pkt II sentencji wyroku.

Nieprawidłowa ocena oferty Odwołującego w kryterium nr 4 - „Doświadczenie zespołu”

Zarzut nie potwierdził się.

Przedmiotem sporu była de facto liczba podlegających ocenie w tym kryterium dodatkowych projektów z udziałem specjalisty ds. systemu obsługi procesu kształcenia, specjalisty ds. systemu klasy ERP oraz architekta systemów IT.

W ocenie składu orzekającego przedstawiona przez Zamawiającego i Konsorcjum C interpretacja spornych postanowień SIWZ była prawidłowa, co oznacza, że ocenie w tym kryterium podlegały maksymalnie po trzy dodatkowe projekty dla każdego z ww. specjalistów, co łącznie daje dziewięć projektów. Wynika to z następujących okoliczności.

Po pierwsze, w Rozdziale XVII ust. 2 SIWZ, w części poświęconej przedmiotowemu kryterium, w pkt 1 znalazło się wskazanie na trzech specjalistów.

Po drugie - w pkt 4 stanowiącym opis sposobu przyznawania punktacji w omawianym kryterium Zamawiający podał, że wykonawca otrzyma jeden punkt (a maksymalnie trzy punkty) za każdy jeden dodatkowy projekt polegający na udziale jako specjalista ds. systemu obsługi procesu kształcenia/specjalista ds. systemu klasy ERP/architekt systemu IT.

Po trzecie, w treści wzoru formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, w części IV ust. 3 lit. a-c wskazano na wzmiankowanych specjalistów, a pod opisem oczekiwanego doświadczenia każdego z nich (podkreślenie Izby) pozostawiono wykonawcy miejsce na wskazanie projektów z pouczeniem, że ocenie podlegać będą maksymalnie trzy projekty.

Powyższe, w przekonaniu składu orzekającego, niezbicie dowodzi, że komplet punktów w tym kryterium mógł uzyskać wyłącznie wykonawca, który dla każdego ze wspomnianych specjalistów wskazał po trzy projekty (łącznie - 9), które spełniały wymagania

opisane w SIWZ.

Z uwagi na przedstawione powyżej zapatrywania Izba orzekła, jak w pkt III sentencji wyroku.

Nieprawidłowa ocena oferty Konsorcjum C w kryterium nr 4 - „Doświadczenie zespołu”

Przedmiotowy zarzut okazał się bezpodstawny.

Zarzut dotyczył faktycznie zakresu odesłania zawartego w Rozdziale XVII ust. 2 pkt 2 (w części dotyczącej kryterium nr 4), tj. czy opis kryterium należy odnosić do pełnej treści odpowiadającego mu warunku udziału w Postępowaniu, uwzględniającej jak dawno doświadczenie zostało zdobyte. W tym względzie, jakkolwiek Zamawiający słusznie przyznał, że to postanowienie może rodzić problemy interpretacyjne, to pkt 4 określający zasady przyznawania punktów w tym kryterium nie pozostawiał wątpliwości, że w przeciwieństwie do treści warunku udziału w Postępowaniu, sporne kryterium nie odsyłało do czasokresu, w którym specjaliści mieli nabyć punktowane doświadczenie. Tym samym Izba odmówiła wiarygodności załączonym do odwołania dowodom O1-O4, jak również przedstawionym przez Konsorcjum S dowodom PS1-PS3, jako opartym na wybiórczej interpretacji postanowień SIWZ. Co zaś dotyczy dowodu O5, to został on przez Izbę pominięty, jako że powołano go celem wykazania okoliczności, której Odwołujący nie poruszył we wniesionym odwołaniu (wartość zamówienia zrealizowanego na rzecz Uniwersytetu Szczecińskiego).

Dodatkowo, w odniesieniu do doświadczenia nabytego przez wskazanego przez Konsorcjum C specjalistę ds. systemu klasy ERP przy realizacji zamówienia na rzecz

Zamku Królewskiego na Wawelu - Państwowych Zbiorów Sztuki, skład orzekający uznał, że w świetle opisu kryterium nr 4 nie było przeszkód do uznania tego projektu za zrealizowany. Z dowodu PC1 wynika bowiem, że ten zamawiający korzysta już z dostarczonego mu systemu, wobec czego - niezależnie od formalnego braku potwierdzenia zakończenia realizacji tego zamówienia (odbioru końcowego, do którego Zamawiający się w SIWZ nie odnosił) - Konsorcjum C spełniało kwestionowany przez Odwołującego wymóg zrealizowania projektu. Co więcej, z dokumentów załączonych do wyjaśnień Konsorcjum C z 19 września 2019 r. (dowód Z2 ze sprawy KIO 1807/19), stanowiących odpowiedź na wezwanie wystosowane przez Zamawiającego po wniesieniu odwołań (dowód Z1), wynika, że Przystępujący po stronie Zamawiającego otrzymał wynagrodzenie za realizację omawianego wdrożenia (dokumenty oznaczone jako dowody Z5 w sprawie KIO 1807/19).

W konsekwencji orzeczono jak w pkt III sentencji wyroku.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt IV sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, a to na podstawie przepisów art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 5 ust. 4 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. z 2018 r., poz. 972 j.t.), zwanego dalej „Rozporządzeniem”. Przepisy te wyrażają zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, która stanowi niejako dopełnienie szczegółowych zasad rozliczania kosztów postępowania odwoławczego, wynikających z art. 186 ust. 6 Pzp i § 5 ust. 1-3 Rozporządzenia. Należy przy tym zauważyć, że żaden z przepisów regulujących koszty postępowania odwoławczego nie odnosi się stricte do sytuacji zaistniałej w przedmiotowej sprawie. Zamawiający uwzględnił bowiem jeden z trzech zarzutów odwołania, wobec czego Konsorcjum C zgłosiło sprzeciw, który okazał się nieuzasadniony. Z kolei w pozostałym, nieuwzględnionym przez Zamawiającego zakresie, odwołanie zostało w całości oddalone.

W konsekwencji skład orzekający uznał, że kosztami postępowania w tej sprawie należy obciążyć zarówno Konsorcjum C, jak i Odwołującego, przy czym - zważywszy na trzy zarzuty podniesione w odwołaniu, z których jeden okazał się zasadny (zarzut, od którego uwzględnienia wniesiony został sprzeciw) - Izba uznała, że Odwołującemu należy się od Konsorcjum C zwrot trzeciej części kosztów postępowania odwoławczego. W pozostałym zakresie spór w całości wygrał Zamawiający, wobec czego należało zasądzić na jego rzecz kwotę wynagrodzenia pełnomocnika w pełnej wysokości, z uwzględnieniem kwoty opłaty skarbowej.

Sygn. akt KIO 1807/19

Odwolujący zaskarżył:

1. dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum C, mimo, że:
 - 1.1. Konsorcjum C wprowadziło Zamawiającego w błąd zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, co stanowi podstawę do wykluczenia z Postępowania, czego Zamawiający zaniechał;
 - 1.2. Konsorcjum C nie wykazało spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia wobec wszystkich jego członków;
 - 1.3. Konsorcjum C nie złożyło oferty najkorzystniejszej w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert,
2. zaniechanie wezwania Konsorcjum C do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu oraz potwierdzających brak podstaw wykluczenia wobec wszystkich członków konsorcjum;
3. zaniechanie odtajnienia treści oferty Konsorcjum C w zakresie w jakim została ona utajniona niezgodnie z przepisami.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum C z Postępowania, a zamiast tego, dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy wprowadziło Zamawiającego w błąd co spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie:

- 1.1. zdolności technicznej i zawodowej, określonego w Rozdziale IX pkt 1 ppkt 1.2.3. lit. a) tiret pierwsze SIWZ, tj. posiadania doświadczenia przy wykonaniu minimum jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 2.000.000 zł brutto, polegającej na wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego klasy ERP, wykorzystywanego przez nie mniej niż 200 użytkowników, zawierającego minimum 3 moduły: Finanse - Księgowość, Kadry -

Place, Controlling, przez wskazanie Zamawiającemu, że:

- 1.1.1. wykonane w okresie od 18 lutego 2013 r. do 28 listopada 2014 r.

wdrożenie systemu na rzecz Uniwersytetu

Humanistyczno-Przyrodniczego w Częstochowie o wartości podanej przez Konsorcjum w treści Wykazu usług dotyczyło wyłącznie systemu klasy ERP, w sytuacji, gdy podana wartość dotyczyła całego wdrożonego Zintegrowanego Systemu Informatycznego, którego jedynie elementem był system klasy ERP (obok systemu EOD oraz MKZA), a także platformy sprzętowej oraz licencji bazodanowej, przez co nieprawdziwą jest informacja, że: zintegrowany System Informatyczny, o którym mowa w referencjach wydanych przez Uniwersytet Humanistyczno-Przyrodniczy w Częstochowie to w całości wyłącznie system klasy ERP oraz, że wartość wdrożonego systemu klasy ERP wynosiła 2.565.158,25 zł;

1.1.2. wykonane w okresie od 31 lipca 2013 r. do 2 marca 2015 r. wdrożenia systemu na rzecz Akademii Wojsk Lądowych im. gen. T. Kościuszki wykorzystywanego przez liczbę użytkowników podanych przez Konsorcjum C w treści Wykazu usług dotyczyło wyłącznie systemu klasy ERP, w sytuacji, gdy podana ilość użytkowników dotyczyła całego wdrożonego Zintegrowanego Systemu Informatycznego, którego jedynie elementem był system klasy ERP (obok m.in. systemu dziekanatowego), przez co nieprawdziwą jest informacja, że ilość użytkowników wykorzystujących system klasy ERP przekracza 200,

- 1.2. zdolności technicznej i zawodowej, określonego w Rozdziale IX pkt 1 ppkt 1.2.3. lit. a) tiret drugie SIWZ, tj. posiadania doświadczenia przy wykonaniu pięciu e-usług, każda co najmniej na 4 poziomie dojrzałości, o łącznej wartości nie mniejszej niż 1.000.000 PLN brutto, przez wskazanie Zamawiającemu, że Wykonawca OPTeam („Wykonawca O”) w okresie od 29 sierpnia 2014 r. do

15 sierpnia 2015 r. wdrożył 5 e-usług co najmniej na 4 poziomie dojrzałości na rzecz Politechniki Rzeszowskiej podanych w treści wyjaśnień z dnia 5 września 2019 r., o wartości łącznej przekraczającej 1.000.000,00 zł w sytuacji, gdy:

1.2.1. podana w pkt 6) tabeli zamieszczonej w wyjaśnieniach z dnia 5 września 2019 r. e-usługa w obszarze nauki i współpracy - „składanie wniosków o zatrudnienie”, nie została w ogóle wdrożona, wobec czego nieprawdziwa jest informacja, że Wykonawca O wdrożył 5 e-usług wskazanych w treści wyjaśnień;

1.2.2. łączna wartość wszystkich e-usług wskazanych w treści wyjaśnień z dnia 5 września 2019 r., które miał wdrożyć Wykonawca O w ramach zamówienia wykonywanego na rzecz Politechniki Rzeszowskiej nie przekroczyła 1.000.000,00 zł, wobec czego nieprawdziwymi są informacje o wartości wdrożeń poszczególnych e-usług wskazane w treści wyjaśnień;

1.2.3. wskazane w treści wyjaśnień z dnia 5 września 2019 r. e-usługi, które miał wdrożyć Wykonawca O w ramach zamówienia wykonywanego na rzecz Politechniki Rzeszowskiej nie posiadały 4 stopnia dojrzałości.

2. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp przez dokonanie wyboru oferty

Konsorcjum C jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy nie wykazało, że spełnia następujące warunki udziału w Postępowaniu:

2.1. warunek określony w Rozdziale IX pkt 1 ppkt 1.2.3. lit. a) tiret pierwsze SIWZ, tj. doświadczenie przy wykonaniu minimum jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 2.000.000 zł brutto, polegającej na wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego klasy ERP, wykorzystywanego przez nie mniej niż 200 użytkowników, zawierającego minimum 3 moduły: Finanse-Księgowość, Kadry-Płace bowiem w rzeczywistości:

2.1.1. wartość wdrożonego przez Konsorcjum C w okresie od 18 lutego 2013 r. do 28 listopada 2014 r., na rzecz

Uniwersytetu Humanistyczno-Przyrodniczego w Częstochowie systemu klasy ERP nie przekraczała 2 mln zł;

2.1.2. liczba użytkowników wdrożonego przez Konsorcjum C w okresie od 31 lipca 2013 r. do 2 marca 2015 r. na rzecz Akademii Wojsk Lądowych im. gen. T. Kościuszki systemu klasy ERP nie przekraczała 200;

2.2. warunek określony w Rozdziale IX pkt 1 ppkt 1.2.3. lit. a) tiret drugie, tj. doświadczenie przy wykonaniu pięciu e-usług, każda co najmniej na 4 poziomie dojrzałości, o łącznej wartości nie mniejszej niż 1.000.000 zł brutto, bowiem w rzeczywistości:

2.1.1. Wykonawca O nie wykonał wskazanej w pkt nr 6) tabeli zamieszczonej w wyjaśnieniach z dnia 5 września 2019 r. e-usługi w obszarze nauki i współpracy - „składanie wniosków o zatrudnienie”, a więc wykonał tylko cztery z wymaganych pięciu, wskazanych w wyjaśnieniach z dnia 5 września 2019 r., e-usług;

2.1.2. wartość e-usług wskazanych przez Konsorcjum w treści wyjaśnień z dnia 5 września 2019 r., które miał wdrożyć Wykonawca O nie przekroczyła 1.000.000,00 zł;

2.1.3. e-usługi wskazane przez Konsorcjum C w treści wyjaśnień z dnia 5 września 2019 r., które miał wdrożyć Wykonawca O, nie posiadały 4 stopnia dojrzałości,

z ostrożności procesowej:

2.2. warunek określony w Rozdziale IX pkt 1.2.2. SIWZ, tj. wykazania się środkami na rachunku bankowym lub zdolnością kredytową na kwotę nie mniejszą niż 1.000.000,00 zł, nie przedstawiając Zamawiającemu informacji z banku lub

spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy,

3. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 15 i 22 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum C jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy nie wykazało, że każdy z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum nie podlega wykluczeniu na podstawie:

3.1. art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp z uwagi na nieprzedstawienie przez Konsorcjum C odpowiedniego oświadczenia, o którym mowa w treści § 5 pkt 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126 z późn. zm.), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, z którego wynikałoby, że wobec żadnego członka Konsorcjum C nie wydano prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;

3.2. art. 24 ust. 1 pkt 22 Pzp, z uwagi na nieprzedstawienie przez Konsorcjum C odpowiedniego oświadczenia, o którym mowa w treści § 5 pkt 6 Rozporządzenia, z którego wynikałoby, że wobec żadnego członka konsorcjum nie orzeczono tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne;

3.3. art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp, z uwagi na nieprzedstawienie przez Konsorcjum C odpowiedniego oświadczenia, o którym mowa w treści § 5 pkt 9 Rozporządzenia, z którego wynikałoby, że każdy z członków konsorcjum nie naruszył obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;

4. art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum C do:

4.1. ponownego złożenia Wykazu usług, w celu potwierdzenia spełniania przez Konsorcjum C warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w:

4.1.1. Rozdziale IX pkt 1 ppkt 1.2.3. lit. a) tiret pierwsze SIWZ, pomimo że

wskazane w pierwotnie złożonym Wykazie usług przez Konsorcjum C doświadczenie w postaci:

a) wykonania w okresie od 31 lipca 2013 r. do 2 marca 2015 r. wdrożenia systemu na rzecz Akademii Wojsk Lądowych im. gen. T. Kościuszki, oraz

b) wykonania w okresie od 18 lutego 2013 r. do 28 listopada 2014 r. wdrożenia systemu na rzecz Uniwersytetu Humanistyczno-Przyrodniczego w Częstochowie,

nie potwierdza spełniania ww. warunku

4.1.2. Rozdziale IX pkt 1 ppkt 1.2.3. lit. a) tiret drugie SIWZ, pomimo że wskazane w pierwotnie złożonym Wykazie usług przez Konsorcjum C doświadczenie w postaci wdrożenia w okresie 29 sierpnia 2014 r. do 15 sierpnia 2015 r. e-usług na rzecz Politechniki Rzeszowskiej nie potwierdza spełniania ww. warunku;

4.2. ponownego złożenia oświadczeń, o których mowa w § 5 pkt 5, 6 i 9

Rozporządzenia dotyczących każdego z członków Konsorcjum C, w celu potwierdzenia, że żaden z jego członków nie podlega wykluczeniu na podstawie: art. 24 ust. 1 pkt 15 i 22 oraz art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp, ponieważ ze złożonego przez Konsorcjum C oświadczenia nie wynika, że:

4.2.1. wobec żadnego z członków Konsorcjum C nie wydano prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;

4.2.2. wobec żadnego z członków Konsorcjum C nie orzeczono tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne;

4.2.3. żaden z członków Konsorcjum C nie naruszył obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;

5. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum C w sytuacji, gdy Zamawiający niesłusznie przyznał Konsorcjum C punkty w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „Doświadczenie zespołu”, określonego w SIWZ w Rozdziale XVII, bowiem doświadczenie osób wskazanych do realizacji zamówienia na stanowiska specjalista ds. systemu obsługi procesu kształcenia oraz architekt systemów zostało nabyte w okresie dłuższym niż 5 lat wstecz, mimo, że Zamawiający w treści SIWZ uregulował, że ocenie podlegało będzie jedynie doświadczenie zdobyte w ostatnich 5 latach przed terminem składania ofert;

6. art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 j.t.), zwanej dalej „Znk”, przez utajnienie w całości, a w konsekwencji i odmowę udostępnienia Odwołującemu, Wykazu osób złożonego przez Konsorcjum C w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu, a także przedstawionego przez Konsorcjum C uzasadnienia utajnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa tego Wykazu osób, w sytuacji, gdy:

6.1. tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum C stanowić mogłyby jedynie dane osobowe osób skierowanych do wykonania zamówienia, a nie same informacje o projektach przez nie realizowanych; sama informacja o doświadczeniu osoby, którą dysponuje Konsorcjum C, bez wskazania jej danych osobowych nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i w tym zakresie Zamawiający, powinien odtajnić Wykaz osób i udostępnić do Odwołującemu;

6.2. samo uzasadnienie zastrzeżenia Wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może stanowić wspomnianej tajemnicy i powinno zostać udostępnione Odwołującemu w celu zapewnienia mu możliwości weryfikacji tego zastrzeżenia;

7. art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp przez zaniechanie udostępnienia

Odwołującemu złożonej przez Konsorcjum C informacji z banku lub SKOK, o której mowa w rozdz. XI.C. pkt 7.111 SIWZ lub poinformowania, że Konsorcjum C informacji takiej nie złożyło.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum C jako najkorzystniejszej;
2. wykluczenia Konsorcjum C z Postępowania;
3. ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem, że oferta Konsorcjum C podlega wykluczeniu;

z ostrożności procesowej:

4. wezwania Konsorcjum C do złożenia Wykazu usług potwierdzającego spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w Rozdziale IX pkt 1 ppkt 1.2.3. lit. a) tiret pierwsze i drugie SIWZ, złożenia oświadczeń o których mowa w § 5 pkt 5, 6 i 9 Rozporządzenia dotyczących każdego z członków Konsorcjum C, oraz złożenia informacji z banku lub SKOK, o której mowa w rozdz. XI.C. pkt 7.111 SIWZ;

5. ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem, że doświadczenie osób skierowanych do wykonania zamówienia nabyte przed upływem 5 lat wstecz nie powinno być punktowane w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „Doświadczenie zespołu”, o którym mowa w Rozdziale XVII pkt 2 ppkt 4 SIWZ;

6. odtajnienia złożonego przez Konsorcjum C, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, Wykazu osób w zakresie projektów realizowanych przez osoby skierowane przez Konsorcjum C do realizacji Zamówienia oraz uzasadnienia utajnienia Wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

7. udostępnienia Odwołującemu złożonej przez Konsorcjum C informacji z banku lub SKOK, o której mowa w rozdz. XI.C. pkt 7.111 SIWZ

Odwołujący podał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przytoczył następujące okoliczności.

24 maja 2019 r. Zamawiający wszczął Postępowanie, a 14 sierpnia 2019 r. dokonał otwarcia ofert. Oferty w postępowaniu złożyły 3 podmioty: Odwołujący, Konsorcjum C oraz wykonawca Arcus Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (dalej „Wykonawca A”).

W treści SIWZ Zamawiający wskazał, że Postępowanie, na podstawie art. 24aa Pzp, prowadzone będzie z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej i wobec faktu, że oferta Konsorcjum C oceniona została jako najkorzystniejsza, w dniu 22 sierpnia 2019 r. wezwał Konsorcjum C do złożenia tzw. dokumentów podmiotowych w celu weryfikacji spełniania warunków udziału w Postępowaniu oraz zbadania braku podstaw wykluczenia. Konsorcjum C złożyło dokumenty podmiotowe dnia 2 września 2019 r. Po zbadaniu wspomnianych dokumentów Zamawiający wezwał Konsorcjum C, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia Wykazu osób, a na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, do wyjaśnienia treści Wykazu usług. Konsorcjum C złożyło wymagany wykaz i wyjaśnienia w dniu 5 września 2019 r.

Zamawiający, w dniu 6 września 2019 r., poinformował wykonawców o wyborze oferty Konsorcjum C jako najkorzystniejszej, przyznając jej łącznie 97,16 pkt. Na drugim miejscu uplasowała się oferta Wykonawcy A, której przyznano 92,08 pkt, a na trzecim, oferta Odwołującego z 64,97 pkt.

[uzasadnienie zarzutu nr 1 - podstawa prawna]

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 7 ust. 3 Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Jak z kolei stanowi, art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się tylko wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu. W art. 24 ust. 1 Pzp ustawodawca uregulował podstawy wykluczenia z postępowania, gdzie:

1. w pkt 16 określił, że wykluczeniu podlega wykonawca, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;
2. w pkt 17 określił, że wykluczeniu podlega wykonawca, 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.

Do zastosowania kwalifikowanej podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp niezbędne jest stwierdzenie, że: (1) informacja podana przez wykonawcę okazała się obiektywnie nieprawdziwa, przy czym wystarczające jest samo przedstawienie informacji wprowadzających w błąd, (2) wykonawca świadomie i celowo przedstawił fałszywą informację (zamierzone działanie) lub gdy wykonawca nie ma zamiaru wyrządzić szkody, ale narusza pewne normy prawne, społeczne lub zasady, bezpodstawnie licząc na to, że do szkody nie dojdzie, lub nie zdaje sobie sprawy z tego, że jego zachowanie narusza normy prawne, społeczne lub zasady, choć powinien mieć taką świadomość (rażące niedbalstwo), (3) fałszywa informacja ma określony przedmiot, m.in. dotyczy nieprawidłowego potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Jeśli chodzi o podstawę wykluczenia, o której mowa w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, to dla jej zastosowania niezbędne jest stwierdzenie, że: (1) informacje podane przez wykonawcę nie znalazły potwierdzenia w rzeczywistości (podobnie jak w formie kwalifikowanej), (2) wykonawca miał świadomość, że może podawać nieprawdziwe informacje, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego nie dojdzie (lekkomyślność) lub podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy, naruszając tym samym przepisane mu jako profesjonalista reguły należytej staranności (niedbalstwo), (3) podanie informacji fałszywych potencjalnie mogło mieć wpływ na decyzje Zamawiającego (np. na stwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu).

Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, że obowiązkiem zamawiającego, w wypadku stwierdzenia, że wykonawca wprowadził go w błąd w sposób o którym mowa w treści art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp, jest wykluczenie tego wykonawcy z postępowania, a naruszenie tego obowiązku równa się naruszeniu przepisów ustawy. Co więcej, w takiej sytuacji, wykluczonym

powinno być przyjęcie możliwości dokonania wyboru oferty takiego wykonawcy jako najkorzystniejszej i również taka czynność (obok samego zaniechania wykluczenia), w sposób rażąco narusza prawo zamówień publicznych.

[uzasadnienie zarzutu nr 1.1]

Zamawiający postawił warunek zdolności technicznej i zawodowej, uregulowany w Rozdziale IX pkt 1 ppkt 1.2.3. lit. a) tiret pierwsze SIWZ, zgodnie z którym, wykonawcy ubiegający się o zamówienie powinni wykazać się doświadczeniem przy wykonaniu minimum jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 2.000.000 zł brutto, polegającej na wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego klasy ERP, wykorzystywanego przez nie mniej niż 200 użytkowników, zawierającego minimum 3 moduły: Finanse-Księgowość,

Kadry-Place, Controlling. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w ramach ww. warunku wymagał wdrożenia konkretnej klasy zintegrowanego systemu informatycznego, a mianowicie wyłącznie systemu klasy ERP o określonej wartości tej usługi oraz określonej liczbie wykorzystujących ten system użytkowników.

Na potwierdzenie przytoczonego warunku Konsorcjum C, w złożonym przez siebie Wykazie osób oświadczyło, że posiada następujące doświadczenie:

1. wykonaną w okresie od 18 lutego 2013 r. do 28 listopada 2014 r. na rzecz Uniwersytetu Humanistyczno-Przyrodniczego w Częstochowie usługę polegającą na wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego klasy ERP, wykorzystywanego przez nie mniej niż 200 użytkowników, zawierającego minimum 3 moduły: Finanse-Księgowość, Kadry-Place, Controlling o wartości 2.565.158,25 zł brutto - usługę wykonać miał wykonawca Comarch Polska S.A. („Wykonawca CP”);
2. wykonaną w okresie od 31 lipca 2013 r. do 2 marca 2015 r. na rzecz Akademii Wojsk Lądowych im. gen. T. Kościuszki usługę polegającą na wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego klasy ERP, wykorzystywanego przez nie mniej niż 200 użytkowników, zawierającego minimum 3 moduły: Finanse-Księgowość, Kadry-Place, Controlling, o wartości 3.418.170,00 zł brutto - usługę wykonać miał Wykonawca CP.

Do złożonego wykazu osób, Konsorcjum załączyło następujące referencje:

1. wydane przez Akademię im. Jana Długosza w Częstochowie (poprzednika prawnego Uniwersytetu Humanistyczno-Przyrodniczego w Częstochowie) zgodnie z którymi, Wykonawca CP zrealizował na rzecz Akademii zamówienie na „Dostawę oraz wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego wspomagającego zarządzanie jakością wraz z elektronicznym obiegiem dokumentów i systemem monitorowania kariery zawodowej absolwentów Akademii im. Jana Długosza w Częstochowie”; w referencjach wskazano też, że wartość zamówienia wynosiła 2.565,158,25 zł;
2. wydane przez Akademię Wojsk Lądowych, zgodnie z którymi Wykonawca CP zrealizował na rzecz Akademii umowę, której przedmiotem było „Zaprojektowanie, dostawa oraz uruchomienie Zintegrowanego Systemu Informatycznego wraz z infrastrukturą sprzętową, przeprowadzenie szkoleń oraz świadczenie usługi gwarancyjnej”; w referencjach wskazano też, że liczba udzielonych licencji na jednoczesny dostęp do Zintegrowanego Systemu Informatycznego wynosiła łącznie 250.

Zamawiający nabrał wątpliwości w zakresie spełniania przez wskazane przez Konsorcjum C doświadczenie postawionego warunku udziału w postępowaniu i w dniu 3 września 2019 r. wezwał Konsorcjum C do złożenia wyjaśnień wskazując, m. in. że:

1. nie jest w stanie stwierdzić, czy system wdrożony na rzecz Uniwersytetu Humanistyczno-Przyrodniczego w Częstochowie był zintegrowanym systemem informatycznym klasy ERP;
2. nie jest w stanie stwierdzić, czy system wdrożony na rzecz Akademii Wojsk Lądowych wykorzystywany jest przez nie mniej niż 200 użytkowników.

W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum C złożyło wyjaśnienia z dnia 5 września 2019 r., w których:

1. odnośnie pytania o wdrożenie systemu na rzecz Uniwersytetu Humanistyczno-Przyrodniczego w Częstochowie wskazało, że w pojęciu Zintegrowanego Systemu Informatycznego należy rozumieć system klasy ERP oraz że to właśnie system klasy ERP został wdrożony na rzecz tego Uniwersytetu;
2. odnośnie pytania o wdrożenie systemu na rzecz Akademii Wojsk Lądowych wskazało, że system ten wykorzystywany jest przez więcej niż 200 użytkowników i powołując się na treść referencji wskazało, że udzielono 250 licencji.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum C wprowadziło Zamawiającego w błąd podając ww. informacje, zgodnie z którymi doświadczenie przy wdrożeniu systemów na rzecz Uniwersytetu Humanistyczno-Przyrodniczego w Częstochowie oraz Akademii Wojsk Lądowych spełniało wymagania określone w warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IX pkt 1 ppkt 1.2.3. lit. a) tiret pierwsze SIWZ.

Jak wspomniano wyżej, zgodnie z treścią tego warunku, Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem przy wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego klasy ERP, o wartości min. 2.000.000,00 zł, wykorzystywanego przez co najmniej 200 użytkowników. Odwołujący wyjaśnił, że o ile system klasy ERP może stanowić zintegrowany system informatyczny, to nie każdy zintegrowany system informatyczny jest systemem klasy ERP lub też systemem składającym się wyłącznie z systemu klasy ERP, na co błędnie wskazywało Konsorcjum C w swoich wyjaśnieniach z dnia 5 września 2019 r. Istnieją bowiem takie zintegrowane systemy informatyczne, które zawierają w sobie np. system do obsługi toku studiów (tzw. system dziekanatowy), czy platformę Elektronicznego Obiegu Dokumentów (EOD), co nie oznacza bynajmniej, że system tego typu, jako całość, jest zintegrowanym systemem informatycznym klasy ERP, nawet pomimo tego, że w jego ramach, obok wspomnianego systemu dziekanatowego czy platformy EOD, wdrożono również system klasy ERP. Wracając więc do treści ustanowionego warunku udziału w Postępowaniu, skoro Zamawiający wymagał doświadczenia przy wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego klasy ERP o wartości co najmniej 2.000.000,00 zł, wykorzystywanego przez co najmniej 200 użytkowników, to referencyjny zintegrowany system informatyczny powinien bądź to składać się wyłącznie z systemu klasy ERP o wspomnianej wartości i liczbie użytkowników go osób, lub też składać się niewyłącznie z systemu klasy ERP, ale system ten, jako element całości (a nie całość w postaci zintegrowanego systemu informatycznego) wart być powinien 2.000.000,00 zł i być użytkowanym przez co najmniej 200 osób.

Wprowadzenie Zamawiającego przez Konsorcjum C w błąd polegało na tym, że usługi zrealizowane na rzecz Uniwersytetu Humanistyczno-Przyrodniczego w Częstochowie oraz Akademii Wojsk Lądowych na które powołuje się Konsorcjum C nie polegały jedynie na wdrożeniu zintegrowanych systemów informatycznych klasy ERP, a wobec tego wartość tych usług oraz liczba użytkowników systemów wdrożonych na rzecz tych jednostek podane przez Konsorcjum C nie odnosiły się, jak tego wymaga warunek, wyłącznie do systemu klasy ERP, a do całych usług. Odwołujący zakwestionował w konsekwencji, że wartość oraz liczby użytkowników wdrożonych przez Konsorcjum C systemów klasy ERP na rzecz wspomnianych jednostek spełniały wymagania Zamawiającego i stwierdził, że Konsorcjum C świadomie, nie tylko na etapie składania Wykazu osób, ale też na etapie jego wyjaśniania, podało Zamawiającemu nieprawdziwe informacje w tym zakresie.

Odwołujący dodał, że zamówienie Uniwersytetu Humanistyczno-Przyrodniczego w Częstochowie (dawniej Akademii im. Jana Długosza) opiewało na zintegrowany system informatyczny, który miał zawierać w sobie, oprócz systemu klasy ERP, także system elektronicznego obiegu dokumentów (EOD) oraz system monitorowania kariery zawodowej absolwentów (MKZA), a dodatkowo polegało na dostawie platformy sprzętowej oraz licencji bazodanowej. Całe to zamówienie, którego jedyne częścią był system klasy ERP (jako element zamawianego zintegrowanego systemu informatycznego), a co wynika chociażby z referencji złożonych przez Konsorcjum C, miało wartość łączną 2.565.158,25 zł. Wynika z tego, że Konsorcjum C wprowadziło Zamawiającego w błąd podając, jakoby wdrożony w wyniku realizacji tego zamówienia system klasy ERP miał wartość 2.565.158,25 zł.

W przekonaniu Odwołującego podobna sytuacja zachodzi w odniesieniu do zamówienia dla Akademii Wojsk Lądowych, które dotyczyło wdrożenia Zintegrowanego Systemu Informatycznego, składającego się, oprócz systemu klasy ERP, również z systemu dziekanatowego. Konsorcjum C w wyjaśnieniach z dnia 5 września 2019 r. podało, że liczba udzielonych w ramach realizacji tego zamówienia licencji wynosiła 250. Liczba ta jest jednak liczbą licencji udzielonych dla całego dostarczonego zintegrowanego systemu informatycznego, a nie wyłącznie dla systemu klasy ERP, która to jest zdecydowanie niższą. Również i w tym wypadku, Zamawiający został wprowadzony w błąd.

[uzasadnienie zarzutu nr 1.2]

Odwolujący wskazał, że w treści Rozdziału IX pkt 1 ppkt 1.2.3. lit. a) tiret drugie SIWZ, Zamawiający ustanowił warunek udziału w Postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazać się powinien doświadczeniem przy wykonaniu pięciu e-usług, każda co najmniej na 4 poziomie dojrzałości, o łącznej wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto

W treści Wykazu usług Konsorcjum C oświadczyło, że posiada doświadczenie we wdrożeniu, w okresie od 29 sierpnia 2014 r. do 15 sierpnia 2015 r., na rzecz Politechniki Rzeszowskiej minimum pięciu e-usług co najmniej na 4 poziomie dojrzałości w ramach jednego zamówienia o wartości 2.279.910,78 zł - doświadczenie to miał nabyć Wykonawca O. Konsorcjum C złożyło też wydane przez Politechnikę Rzeszowską referencje, z których wynikało, że Wykonawca O w ramach realizowanego projektu pod nazwą „Dostawa i wdrożenie w Politechnice Rzeszowskiej systemu dla otwartej platformy e-usług zintegrowanej z systemem informatycznym generacji (ePR) wraz wyposażeniem sprzętowym”, jako podwykonawca, zrealizował prace związane m.in. z dostawą sprzętu, oprogramowania, elektronicznego obiegu dokumentów, centralnego systemu kopii zapasowych i archiwizacji, elektronicznego systemu autoryzowanego dostępu oraz infrastruktury klucza publicznego, oprogramowania wspomagającego system zapewnienia jakości kształcenia, oprogramowania e-usług w obszarze nauki i współpracy.

W wezwaniu do udzielenia wyjaśnień z dnia 3 września 2019 r. Zamawiający nabrał wątpliwości co do podanych wartości 5 wdrożonych e-usług i powołując się na treść referencji wydanych przez Politechnikę Rzeszowską wskazał, że wynika z nich jakoby Wykonawca O wykonać miał 10 e-usług o wartości 7.544.803,78 zł brutto i wobec tego wezwał Konsorcjum C do wyjaśnień, czy wskazana wartość 2.279.910,78 zł jest wartością wymaganych 5 e-usług oraz wezwał do wskazania wartości poszczególnych e-usług ujętych w Wykazie usług.

W odpowiedzi na wezwanie złożonej w dniu 5 września 2019 r. Konsorcjum C wskazało, że kwota wartość brutto e-usług to wartość 10 e-usług objętych referencją. Jednocześnie, w tabeli zamieszczonej w wyjaśnieniach, Konsorcjum C podało 5 wdrożonych na rzecz Politechniki Rzeszowskiej e-usług, tj.

1. e-usługa na co najmniej 4 poziomie dojrzałości w ramach elektronicznego obiegu i archiwizacji dokumentów - Zgłoszenie wniosku o podjęcie prac nad projektem;
2. e-usługa na co najmniej 4 poziomie dojrzałości w ramach elektronicznego obiegu i archiwizacji dokumentów - Współpraca badawcza;
3. e-usługa na co najmniej 4 poziomie dojrzałości w ramach elektronicznego obiegu i archiwizacji dokumentów - Zgłaszanie projektów;
4. e-usługa na co najmniej 4 poziomie dojrzałości w ramach systemu zapewniania jakości kształcenia - Składanie podań;
5. e-usługa na co najmniej 4 poziomie dojrzałości w ramach oprogramowania e-usług w obszarze nauki i współpracy - Składanie wniosków o zatrudnienie.

Jednocześnie Konsorcjum C podało wartości wspomnianych 5 e-usług, jednak zastrzegło te informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwolujący skonstatował, że również i w zakresie spełniania ww. warunku Konsorcjum C wprowadziło Zamawiającego w błąd.

W pierwszej kolejności Odwołujący stwierdził, że e-usługa w obszarze nauki i współpracy - Składanie wniosków o zatrudnienie nigdy nie została wykonana w ramach zamówienia na które powołuje się Konsorcjum C i które wskazane zostało w referencjach przez nie złożonych. Wobec tego niemożliwym jest, aby na prawdzie polegała informacja przedstawiona Zamawiającemu, że Konsorcjum C wdrożyło tę usługę.

Co więcej, ogólna wartość ww. 5 e-usług nie przekraczała 1.000.000,00 zł. O ile więc Konsorcjum C wskazało, że wartość tych 5 e-usług przekracza 1.000.000,00 zł (czego Odwołujący nie może jednoznacznie wskazać z uwagi na utajnienie tych danych), bez wątplenia wprowadziło Zamawiającego w błąd.

Jak też wskazano w petitum, podane przez Konsorcjum 5 e-usług nie posiada 4 stopnia dojrzałości. Zamawiający w następujący sposób zdefiniował 4 stopień dojrzałości e-usług: Usługa on-line o stopniu dojrzałości 4 (transakcja) - usługa umożliwiająca pełne załatwienie danej sprawy drogą elektroniczną, łącznie z ewentualną płatnością. Jest to możliwe dzięki zintegrowaniu danych z różnych źródeł. Połączenie danych umożliwia przejście przez cały proces załatwiania danej sprawy zdalnie i elektronicznie. Odbiorca uzyskuje informacje, uzupełnia dane w formularzach, przesyła je, wnosi opłaty i uzyskuje decyzje (zaświadczenia, dyplomy, certyfikaty itp.) elektronicznie. Wskazane przez Konsorcjum C w treści wyjaśnień 5 e-usług, co do których oświadczył, że posiadają 4 stopień dojrzałości, nie posiadają cech podanych w przytoczonej definicji - również i w tym więc zakresie, Zamawiający został wprowadzony przez Konsorcjum C w błąd.

[uzasadnienie zarzutu nr 2 oraz 4.1]

Odwołujący przypominał, że zgodnie z treścią art. 7 ust. 3 Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W świetle art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Korelacja tych przepisów prowadzi do wniosku, że wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest wadliwy i stanowi naruszenie przepisów Pzp.

Odwołujący powtórzył, że Konsorcjum C wprowadziło Zamawiającego w błąd w zakresie posiadania wymaganego doświadczenia, o którym mowa w Rozdziale IX pkt 1 ppkt 1.2.3. lit. a) tiret pierwsze i drugie SIWZ. Równa się to więc i temu, że Konsorcjum C nie wykazało spełnienia wspomnianych warunków udziału w Postępowaniu. Z tego względu, wykluczonemu powinno być dokonanie wyboru oferty Konsorcjum C jako najkorzystniejszej i to naruszenie Pzp jest przedmiotem zarzutu określonego w zarzucie nr 2 petitum, z którym Odwołujący wiąże wniosek o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum C jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzut podniesiony w pkt 4.1 petitum (kierowany z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1) należy wskazać, że potwierdzeniem spełnienia przez wykonawców warunków udziału w Postępowaniu o których mowa powyżej był Wykaz usług, którego wzór stanowi załącznik nr 3 do SIWZ. Skoro więc doświadczenie Konsorcjum C podane w pierwotnie złożonym Wykazie osób nie potwierdza spełnienia tych warunków, Zamawiający powinien, mając na względzie treść art. 26 ust. 3 Pzp, wezwać Konsorcjum C do złożenia nowego Wykazu osób, którego dane potwierdzą spełnianie ww. warunków. Skoro Zamawiający zaniechał tego wezwania, to tym samym naruszył również treść art. 26 ust. 3 Pzp. Wobec tego, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum C do złożenia odpowiedniego Wykazu osób.

[uzasadnienie zarzutu nr 3 i 4.2]

Zgodnie z podnoszonym w pkt 3 petitum zarzutem odwołania, Zamawiający w sposób wadliwy dokonał wyboru oferty Konsorcjum C jako najkorzystniejszej, gdyż nie wykazało, że każdy z jego członków nie podlega wykluczeniu. Jak bowiem stanowi art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu. Ustawodawca uregulował m.in. następujące podstawy wykluczenia z postępowania:

1. art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp, zgodnie z którą z postępowania wyklucza się wykonawcę, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne; zgodnie z § 5 pkt 5 Rozporządzenia, dokumentem wykazującym brak tej podstawy wykluczenia jest oświadczenie własne wykonawcy;
2. art. 24 ust. 1 pkt 22 Pzp, zgodnie z którą z postępowania wyklucza się wykonawcę, wobec którego orzeczono tytułem środka zapobiegawczego zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne; zgodnie z § 5 pkt 6 Rozporządzenia, dokumentem wykazującym brak tej podstawy wykluczenia jest oświadczenie własne wykonawcy;
3. art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp (którą, jako przesłankę fakultatywną, Zamawiający ustanowił w SIWZ), zgodnie z którą z postępowania wyklucza się wykonawcę który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne; zgodnie z § 5 pkt 9 Rozporządzenia, dokumentem wykazującym brak tej podstawy wykluczenia w zakresie braku zaległości z opłaceniem podatków i opłat lokalnych jest oświadczenie własne wykonawcy.

O ile wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia Pzp traktuje jako jednego wykonawcę, tak każdy z konsorcjantów z osobna powinien wykazać brak podstaw wykluczenia, dlatego chociażby, każdy z konsorcjantów zobowiązany jest do złożenia jednolitego dokumentu („JEDZ”). Na okoliczność tę wskazał sam Zamawiający w treści SIWZ (str. 13, pkt 3.2.), w której zastrzegł, że w wypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, brak podstaw wykluczenia, wykazać musi każdy z nich z osobna.

Zgodnie z twierdzeniem Odwołującego Konsorcjum C, przez niezłożenie odpowiednich oświadczeń, o których mowa w przytaczanych przepisach Rozporządzenia, nie wykazało, że każdy z członków konsorcjum nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 i 22 oraz ust. 5 pkt 8 Pzp. Wraz z dokumentami podmiotowymi Konsorcjum C przedstawiło oświadczenia złożone przez pełnomocnika (B.W.) z dnia 28 sierpnia 2019 r. o następującej treści:

„OŚWIADCZENIE:

1) Oświadczam, że wobec reprezentowanego przeze mnie podmiotu nie wydano prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne i w świetle powyższego nie podlegam wykluczeniu, w przypadku wydania ww. wyroku lub decyzji.

W załączeniu przedkładam dokumenty potwierdzające, że dokonałem płatności należnych podatków opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarłem wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności.

2) Oświadczam, że wobec reprezentowanego przeze mnie podmiotu nie wydano orzeczenia tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne,

3) Oświadczam, że nie zalegam z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych,

4) Oświadczam, że brak jest przyczyn leżących po stronie reprezentowanego przeze mnie podmiotu, z powodu których nie wykonałem albo nienależycie wykonałem w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę, koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że konsorcjum, podobnie jak np. spółka cywilna, jest stosunkiem zobowiązaniowym, niestanowiącym odrębnego podmiotu prawa. Z uwagi na powyższe, nie można uznać, że konsorcjum, jako podmiot może zalegać z uiszczeniem podatków lub składek albo, że wobec konsorcjum można wydać środek zapobiegawczy. Jak wspomniano wyżej, podstawa wykluczenia, jak i dowód przemawiający za brakiem tej podstawy mogą dotyczyć tylko i wyłącznie każdego konsorcjanta z osobna, a nie całego konsorcjum jako podmiotu. Tymczasem, z treści przedmiotowego oświadczenia, pełnomocnik konsorcjum wskazał, że:

1. wobec reprezentowanego przez niego podmiotu (a więc wobec Konsorcjum C) nie wydano prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;

2. wobec reprezentowanego przez niego podmiotu (a więc wobec Konsorcjum C) nie wydano orzeczenia tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne;

3. on sam (pełnomocnik) nie zalega z uiszczeniem podatków i opłat lokalnych.

Z uwagi na powyższe wspomniane oświadczenie nie może zostać uznane za dowód przemawiający za brakiem podstaw wykluczenia każdego z konsorcjantów - dotyczy ono albo „podmiotu reprezentowanego” przez pełnomocnika (a więc konsorcjum, które konsorcjum, jak wspomniano, nie może zalegać z uiszczeniem opłat lub otrzymać zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne) albo samego pełnomocnika, który to przecież nie ubiega się o zamówienie i nie jest wykonawcą. Jedynym dowodem jaki uznać należy za w tym wypadku właściwy jest oświadczenie, z którego wynikałoby, że wobec żadnego z osobna członków konsorcjum nie zachodzą ww. podstawy wykluczenia. Odwołujący postuluje przy tym, że do

wykazania braku podstaw wykluczenia konieczne byłoby w tym przypadku złożenie trzech osobnych dokumentów, zawierających stosowne oświadczenia o braku podstaw wykluczenia co do każdego z konsorcjantów, a za dopuszczalne trzeba by uznać zamieszczenie ich w jednym dokumencie, jednak z treści tych oświadczeń wynikać powinno jasno, że każdy z konsorcjantów z osobna nie podlega wykluczeniu na ww. podstawach, a takiego oświadczenia, Konsorcjum C w Postępowaniu nie złożyło. Skoro w aktach Postępowania brak jest właściwych oświadczeń, o których mowa wyżej, należy wskazać, że nie zostało wykazane, aby członkowie Konsorcjum C nie podlegali wykluczeniu. Z tego względu za niedopuszczalne uznać należy dokonanie wyboru oferty Konsorcjum C jako najkorzystniejszej, co poczytywać trzeba za naruszenie przepisów Pzp. Wobec tego, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum C jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesiony w pkt 4.2 petitum odwołania zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp należy przypomnieć, że obowiązkiem Zamawiającego jest, w wypadku, gdy ze złożonych przez wykonawcę dokumentów nie wynika m.in. brak podstaw wykluczenia, wezwanie do uzupełnienia tych dokumentów. Zaniechanie tego obowiązku stanowi naruszenie przepisów Pzp, a właśnie tego typu naruszenia dopuścił się Zamawiający, akceptując ww. wadliwe oświadczenie z dnia 28 sierpnia 2019 r. o braku podstaw wykluczenia uregulowanych w art. 24 ust. 1 pkt 15 i 22 oraz ust. 5 pkt 8 Pzp. Wobec tego, Odwołujący kieruje wnioskiem o nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum C do złożenia odpowiedniego oświadczenia.

[uzasadnienie zarzutu nr 5]

Kolejny zarzut dotyczy niewłaściwego przyznania przez Zamawiającego punktów ofercie Konsorcjum w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „Doświadczenie zespołu”. Jak wynika z informacji o rozstrzygnięciu postępowania, Zamawiający przyznał Konsorcjum, C maksymalną liczbę punktów, tj. 20.

Jak wskazano w zawartym na str. 31 SIWZ opisie zasad oceny w ramach przedmiotowego kryterium: „W ramach kryterium „Doświadczenie zespołu” ocenie podlega dodatkowe doświadczenie następujących osób: specjalista ds. systemu obsługi procesu kształcenia, specjalista ds. systemu klasy ERP oraz architekt systemów IT, o których mowa w Rozdziale IX pkt 1.2.3 lit b) tiret 2, 3 i 4 SIWZ”. Za każde dodatkowe doświadczenie, Zamawiający postanowił przyznać 1 pkt.

Jak z kolei wskazano w Rozdziale IX pkt 1.2.3 lit b) tiret 2, 3 i 4 SIWZ, każdy ze specjalistów, o których mowa wyżej, posiadać powinien przynajmniej 3-letnie, licząc w ciągu ostatnich pięciu lat od dnia, w którym upływa termin składania ofert, doświadczenie zawodowe potwierdzone udziałem w min. 2 zrealizowanych projektach informatycznych opisanych odrębnie dla każdego z nich. Warunkiem było więc, że projekty, które realizował każdy ze specjalistów, potwierdzające referencyjne doświadczenie, zrealizowane być powinny w okresie ostatnich 5 lat. Skoro więc Zamawiający, w ramach kryterium „Doświadczenie zespołu” postanowił punktować dodatkowe doświadczenie osób skierowanych do wykonania zamówienia, ponad doświadczenie wskazane w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to również i projekty podane w celu uzyskania dodatkowych

punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert również wykonane być powinny

w horyzoncie maksymalnie 5 ostatnich lat.

Tymczasem, Konsorcjum C, jako doświadczenie w celu uzyskania punktów w ramach kryterium „Doświadczenie zespołu” odnośnie:

1. Specjaliści ds. systemu obsługi procesu kształcenia, podało doświadczenie przy realizacji następujących projektów: (1) „Zintegrowany system do zarządzania Uczelnią realizowany na rzecz Uniwersytetu Medycznego w Lublinie”; (2) „Zintegrowany system do zarządzania Uczelnią realizowany na rzecz Uniwersytetu Szczecińskiego”.
2. Architekta systemów IT, podało doświadczenie przy realizacji projektu pn.: „Dostawa oraz wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego wspomagającego zarządzanie jakością na rzecz PWSZ w Chełmie”.

Odwołujący wskazał, że przytoczone wyżej projekty zrealizowane zostały w okresie dłuższym niż 5 lat przed terminem składania ofert, co prowadzi do wniosku, że Zamawiający niesłusznie przyznał Konsorcjum C łącznie aż 6,7 pkt (za każdy projekt Zamawiający

przyznawał 1 pkt o wadze 20% - maksymalna ilość projektów spośród badanych ofert to 9, a zatem Konsorcjum C powinno otrzymać w ramach tego kryterium 13,33 pkt). Wobec tego, zamiast ogólnej liczby 97,16 pkt punktów w rankingu ofert, oferta Konsorcjum C otrzymać powinna 90,49 pkt, co nie powinno plasować jej na pierwszym miejscu w rankingu.

Mając na uwadze powyższe należy uznać, że wybór oferty Konsorcjum C niezgodny był z przepisami Pzp, bowiem jak wynika z treści art. 91 ust. 1 Pzp, Zamawiający powinien dokonać wyboru oferty, która jest ofertą najkorzystniejszą w ramach kryteriów oceny ofert, a taką ofertą, oferta Konsorcjum C nie jest. Wobec tego, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum C jako najkorzystniejszej oraz ponownego badania i oceny ofert.

[uzasadnienie zarzutu nr 6]

Ostatni zarzut orbituje wokół zaniechania przez Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu Wykazu osób złożonego przez Konsorcjum C na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z uwagi na jego nieprawidłowe utajnienie, jak również zaniechanie udostępnienia samego, sporządzonego przez Konsorcjum C,

uzasadnienia utajnienia tego wykazu.

Odwołujący, po tym jak zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie oferty oraz wszystkich dokumentów złożonych przez Konsorcjum C w Postępowaniu, nie otrzymał Wykazu osób. Z udostępnionego Odwołującemu dokumentu w postaci wyjaśnień z dnia 5 września 2019 r. wynika, że wykaz ten został utajniony przez Konsorcjum C jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wskazać należy, że Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu również uzasadnienia utajnienia tego wykazu jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec tego, przedstawiciele Odwołującego ponownie zwrócili się do Zamawiającego o udostępnienie Wykazu osób, wskazując, że satysfakcjonującym będzie dla nich częściowe tylko odtajnienie tego dokumentu w zakresie projektów realizowanych przez osoby skierowane do wykonania zamówienia bez odtajniania danych osobowych ekspertów - w taki sposób bowiem informacje o doświadczeniu tych osób przedstawiało Konsorcjum C na potwierdzenie doświadczenia zespołu w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert. Do dnia złożenia odwołania Zamawiający nie udostępnił tego dokumentu.

Odwołujący podkreślił, że jedną z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności (art. 8 ust. 1 Pzp). Jedyne wyjątkowo wykonawca może utajnić niektóre informacje stanowiące jego tajemnicę przedsiębiorstwa, co obwarowane jest rygorystycznymi przesłankami (art. 8 ust. 3 Pzp). Wspomniana możliwość utajnienia informacji godzi w istotny sposób we wspomnianą zasadę jawności postępowania, a tym samym i utrudnia pozostałym wykonawcom konkutowanie o zamówienie, uniemożliwiając im dokonanie oceny tych informacji, chociażby pod kątem spełniania wymagań Zamawiającego. Z tego względu, wszystkie okoliczności, które przemawiać powinny za utajnieniem określonych informacji, w sposób szczegółowy powinny zostać przedstawiane przez wykonawcę, który ubiega się o rzeczne utajnienie w treści uzasadnienia, które należy złożyć wraz z oświadczeniem o objęciu informacji tajemnicą. Na podstawie właśnie tego uzasadnienia, zarówno zamawiający, jak i wykonawcy konkurencyjni, mogą ocenić, czy czynność utajnienia jest zasadna i czy spełnione zostały wszystkie ku temu przesłanki. Wobec tego, jak słusznie podnosi się w orzecznictwie KIO: Samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów, (por. wyrok Izby z dnia 17 grudnia 2018 r., KIO 2498/18).

Z uwagi na powyższe, za wadliwe i sprzeczne z art. 8 ust. 1 i 3 Pzp należy uznać zaniechanie odtajnienia przez Zamawiającego uzasadnienia przedstawionego przez Konsorcjum, które wykazywać by miało konieczność utajnienia treści Wykazu osób jako tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zaniechanie udostępnienia Odwołującemu treści tego uzasadnienia.

Następnie Odwołujący wskazał, że również i zaniechanie odtajnienia Wykazu osób w części dotyczącej nazw projektów osób skierowanych do wykonania zamówienia (bez odtajniania ich danych osobowych) narusza wspomniane przepisy, jak również i art. 11 ust. 2 Znk. W praktyce bowiem dokumenty takiego typu jak Wykaz osób utajnia się, gdyż tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu wspomnianego art. 11 ust. 2 Znk stanowią dane osobowe osób, którymi dysponuje wykonawca w powiązaniu z ich doświadczeniem, z uwagi na ryzyko tzw. „podbierania” pracowników. Same jednak informacje o pracach

realizowanych przez te osoby, najczęściej i tak realizowanych w imieniu wykonawcy (co przynajmniej w realiach zamówień publicznych jest jawne), nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy, gdyż ryzyko rzeczzonego „podebrania” pracownika, którego dane nie zostają ujawnione, nie wystąpi. Jak wspomniano, w rygorze zamówień publicznych, zadania wykonywane przez wykonawców (realizowane właśnie przez ich pracowników) są jawne i brak jest podstaw by je utajniać. Z tego też względu, brak było jakichkolwiek podstaw, by Zamawiający utajnił złożony przez Konsorcjum C Wykaz osób w całości. Taki zakres utajnienia zdecydowanie nieproporcjonalny jest do celu jaki stanowi zapobieżenie „podbieraniu pracowników”, co rodzi przypuszczenie, że rzeczywistą wolą Konsorcjum C było ukrycie danych o wykonanych przez osoby skierowane do wykonania zamówienia projektach. Zamawiający, jako gospodarz postępowania, na którego ustawa nakłada obowiązek oceny zasadności samego utajnienia informacji jak i zakresu tego utajnienia, powinien przeciwdziałać tego typu nadużyciom prawa, co w tym wypadku skutkować powinno częściowym odtajnieniem Wykazu osób. Jak wspomniano już wyżej, na potrzeby przyznania punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert „Doświadczenie zespołu”, Konsorcjum C podało (bez wskazywania danych osobowych swoich pracowników) dane zrealizowanych przez siebie projektów, co świadczy chociażby o tym, że nie podjęło działań mających na celu utajnienie tego typu danych, a więc warunku sine qua non (wyrażonego w art. 11 ust. 2 Znk) uznania tego typu informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z uwagi na powyższe naruszenia, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia podanych wyżej informacji.

[uzasadnienie zarzutu nr 7 i 2.3]

Odwołujący podał, że Zamawiający, mimo złożonego wniosku (złożonego po wyborze oferty Konsorcjum C) nie udostępnił mu złożonej przez Konsorcjum C informacji z banku lub SKOK, o której mowa w Rozdziale XI.C. pkt 7.111 SIWZ lub też nie poinformował, że Konsorcjum C takiej informacji nie złożyło (w wypadku, gdy w rzeczywistości tak było). Tym samym Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości skontrolowania, czy Konsorcjum C wykazało spełnienie warunku określonego w Rozdziale IX pkt 1.2.2. SIWZ, tj. wykazania się środkami na rachunku bankowym lub zdolnością kredytową na kwotę nie mniejszą niż 1.000.000,00 zł. Działanie Zamawiającego jest sprzeczne z treścią art. 96 ust. 3 Pzp (stanowiącego realizację zasady jawności postępowania - art. 8 ust. 1 Pzp), zgodnie z którym załączniki do protokołu są jawne i podlegają udostępnieniu.

Jak wspomniano, powyższe zaniechanie uniemożliwiło stwierdzenie, czy Konsorcjum C wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IX pkt 1.2.2. SIWZ. Wobec tego, z ostrożności procesowej, na wypadek, gdyby w rzeczywistości Konsorcjum C informacji, o której mowa w Rozdziale XI.C. pkt 7.111 SIWZ nie złożyło (a informacja ta stanowi środek potwierdzający spełnienie rzeczzonego warunku), Odwołujący podnosi zarzut dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum C, pomimo że nie wykazało spełnienia ww. warunku udziału w Postępowaniu. Brak takiej informacji przekreśla prawidłowość wyboru oferty Konsorcjum C.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie:

1. uwzględnił zarzuty odwołania w części dotyczącej zastrzeżenia wykazu osób Konsorcjum C i informacji z banku jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Znk i zaniechania odtajnienia tych informacji i w związku z powyższym Zamawiający zapowiedział odtajnienie tajemnicy przedsiębiorstwa i udostępnienie ww. informacji Odwołującemu;
2. wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części.

Ponadto na posiedzeniu Zamawiający oświadczył, że uwzględni również zarzut dotyczący niezasadnego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w uzasadnieniu zastrzeżenia.

Uzasadniając wniosek o oddalenie odwołania w pozostałej części Zamawiający podał, że pismem z dnia 18.09.2019 r., wezwał Konsorcjum C do złożenia wyjaśnień w zakresie przedstawionych w odwołaniu zarzutów dotyczących nie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Konsorcjum C, w piśmie z dnia 19.09.2019 r., przedstawiło wyjaśnienia wraz z dowodami, na potwierdzenie prawidłowości przedstawionych w trakcie Postępowania

informacji, dokumentów i oświadczeń.

W odniesieniu do kwestionowanego oświadczenia Zamawiający zaznaczył, że zawiera w swojej treści określenie podmiotów w imieniu i na rzecz których zostało ono złożone, tj. Wykonawcy CP (Lider Konsorcjum), Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (Członek Konsorcjum) i Wykonawcy O (Członek Konsorcjum)

Zostało ono podpisane przez umocowanego przez wszystkich trzech wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum pełnomocnika - B.W. Udzielone w dniu 07.08.2019 r. pełnomocnictwo w zakresie ustanowienia pełnomocnika w trybie art. 23 Pzp obejmowało wyznaczenie Wykonawcy CP do reprezentowania wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum C, ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pełnomocnictwo obejmuje w szczególności składanie wszelkich oświadczeń woli w imieniu każdego z ww. wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, w tym w szczególności złożenie oferty oraz składanie i przyjmowanie wszelkich oświadczeń i dokumentów. Jednocześnie mocodawcy umocowali Wykonawcę CP do dalszego upoważniania osób trzecich do działania w imieniu każdego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, w zakresie udzielonego jej w pełnomocnictwie upoważnienia.

W dniu 12.08.2019 r., działający na podstawie pełnomocnictwa z dnia 07.08.2019 r. Wykonawca CP udzielił pełnomocnictwa m.in. B.W. do reprezentowania każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności przez składanie wszelkich oświadczeń woli w imieniu ww. wykonawców, w tym w szczególności obejmujących złożenie oferty oraz składanie i przyjmowanie wszelkich oświadczeń i dokumentów. B.W. była zatem uprawniona do podejmowania wszelkich czynności związanych z uzyskaniem zamówienia, w tym dokonywania czynności w imieniu każdej z trzech spółek wchodzących w skład Konsorcjum. Złożone oświadczenie dowodzi, że każdy z członków konsorcjum odrębnie spełnia warunki niepodlegania wykluczeniu z postępowania wskazane w SIWZ. To że oświadczenie zostało złożone na jednym druku, nie skutkuje koniecznością uznania jego za niewłaściwe, bowiem z jego treści jasno wynikał fakt spełnienia przez poszczególnych wykonawców warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający dodał, że konsorcjum, podobnie jak np. spółka cywilna, jest stosunkiem zobowiązaniowym, niestanowiącym odrębnego podmiotu prawa, co zaznaczył sam Odwołujący, toteż pełnomocnik w żaden sposób nie może składać oświadczenia w imieniu konsorcjum, lecz w imieniu każdego z wykonawców wchodzącego w jego skład oddzielnie.

W kwestii informacji z banku Zamawiający podał, że w wyniku wezwania

Zamawiającego dokonano w trybie art. 26 ust. 1 Pzp z dnia 22.08.2019 r., do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów i oświadczeń, w tym informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, Konsorcjum C w ustawowo wyznaczonym terminie, tj. do dnia 03.09.2019 r., złożyło wymagane dokumenty.

Przedstawiona informacja z banku potwierdza spełnienie warunków udziału w Postępowaniu wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ

Konsorcjum C zastrzegło informację z banku jako tajemnicę przedsiębiorstwa, o czym Zamawiający poinformował Odwołującego pismem z dnia 09.09.2019 r., będącym odpowiedzią na wniosek Odwołującego z dnia 06.09.2019 r. o udostępnienie kompletnych ofert wraz z uzupełnianymi dokumentami i wyjaśnieniami, złożonymi w Postępowaniu.

Odnosnie zarzutu błędnego przyznania Konsorcjum C punktów w kryterium nr 4 Zamawiający przytoczył argumentację ze sprawy KIO 1791/19.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. wezwania Konsorcjum C do złożenia wyjaśnień z 18 września br. - dowód Z1;
2. wyjaśnień Konsorcjum C stanowiących odpowiedź na wezwanie jw. - dowód Z2;
3. protokołów odbioru projektu zrealizowanego przez wykonawcę SIMPLE S.A. z siedzibą w Warszawie („Wykonawca S”) na rzecz Politechniki Rzeszowskiej z 11 maja, 17 czerwca i 17 sierpnia 2015 r. wraz ze zgłoszeniami odbiorów z 30

kwietnia, 16 czerwca 2015 r. i 5 sierpnia - dowody Z3;

4. protokołu odbioru pomiędzy Wykonawcą S a Wykonawcą O z 17 czerwca 2015 r. (dot. projektu jw.) - dowód Z4;

5. faktury VAT wystawionej 21 grudnia 2017 r. przez Wykonawcę CP Zamkowi Królewskiemu na Wawelu - Państwowym Zbiorom Sztuki wraz z potwierdzeniem przelewu z 18 stycznia 2018 r. - dot. realizacji zamówienia na rzecz ww. zamawiającego - dowody Z5;

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosiło Konsorcjum C. Izba, wobec spełniania przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Konsorcjum C do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Konsorcjum C wniosło sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w zakresie dotyczącym tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w złożonym wykazie osób, a w pozostałej - o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z 30 września 2019 r. Konsorcjum C przedstawiło następującą argumentację.

W ocenie Konsorcjum C zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd odnośnie spełniania warunków udziału w Postępowaniu we wskazanym przez Odwołującego zakresie jest całkowicie bezpodstawny.

Odnosnie rzekomego wprowadzenia w błąd w zakresie usługi wdrożenia wykonanej na

rzecz Uniwersytetu Humanistyczno-Przyrodniczego w Częstochowie, wskazać należy (zgodnie z wyjaśnieniami Konsorcjum z dnia 19.09.2019 r.), że usługa wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego na rzecz Uniwersytetu Humanistyczno-Przyrodniczego w Częstochowie w całości obejmowała system klasy ERP, który był i jest wykorzystywany przez ponad 200 użytkowników. Przedstawiona usługa miała na celu wdrożenie systemu klasy ERP wraz z elektronicznym obiegiem dokumentów (zintegrowanym),

Odwołujący błędnie zakłada, że Konsorcjum C wprowadziło Zamawiającego w błąd przez wskazanie, że wdrożony na rzecz tej uczelni system był systemem klasy ERP. Odwołujący mylnie przyjął, że poszczególne moduły (np. Moduł Dziekanatowy, czy Elektronicznego Obiegu Dokumentów) nie są systemami klasy ERP. System ERP, czyli System Enterprise Resource Planning, (ang. Planowanie Zasobów Przedsiębiorstwa) to system, którego celem jest integracja wszystkich działów i funkcji w danej firmie. W literaturze przedmiotu (Tadeusz Gospodarek: „Systemy ERP Modelowanie, Projektowanie, Wdrażanie”) wskazuje się, że:

1. ERP jest złożonym systemem wspomagającym zarządzanie i podejmowanie decyzji;
2. ERP jest narzędziem pomiarowym oceny aksjologicznej zarządzania;
3. ERP jest systemem porządkującym procesy biznesowe organizacji;
4. ERP jest formalną reprezentacją łańcucha wartości organizacji;
5. ERP jest modelem funkcjonalności organizacji;
6. ERP jest zintegrowanym systemem informatycznym.

System ERP to system modułowy. Składa się m.in. z modułów kadrowych, finansowych, zakupowych i.in., jak również np. z modułów umożliwiających obieg dokumentów w firmie - tzw. Systemów Obiegu Dokumentów, czy modułów umożliwiających obsługę studentów u zamawiających będących uczelniami - tzw. modułów (systemów) dziekanatowych. Jak wskazują producenci systemów ERP: „Modułowa budowa Systemu ERP zapewnia pełne wsparcie dla odpowiednich obszarów i procesów biznesowych firm z różnych branż, dlatego taki system znajduje zastosowanie zarówno w przedsiębiorstwach produkcyjnych, handlowych jak i usługowych, Taka struktura systemu ERP umożliwia wdrażanie wszystkich lub wybranych elementów równocześnie lub w odpowiedniej kolejności. Moduły połączone ze sobą tworzą funkcjonalną całość, dzięki czemu system staje się bardziej wydajny, współdzieląc informacje w czasie rzeczywistym”

(źródło:).

Konsorcjum C zaznaczyło, że Zamawiający czasami wyróżniają poszczególne moduły systemu ERP, żeby np. wskazać na odmienny sposób licencjonowania tych modułów. Nie powoduje to jednak, że wyróżnione moduły nie składają się na zintegrowany system informatyczny klasy ERP. Wykonawcy nie mają wpływu na to, w jaki sposób Zamawiający nazwie poszczególne moduły systemu.

Elektroniczny obieg dokumentów, system monitorowania kariery zawodowej absolwentów, czy system dziekanatowy w świetle przyjętych zasad sztuki informatycznej, jak również w świetle definicji Zamawiającego wskazanej w OPZ są również systemami klasy

ERP, jako że są jego elementami. Konsorcjum C wskazując referencyjne usługi przede wszystkim kierowało się rozumieniem systemu klasy ERP takim, jakie jest zgodne z rozumowaniem Zamawiającego. Zgodnie bowiem z definicją ERP ujętą w OPZ postępowania: „Enterprise Resource Planning (planowanie zasobów organizacji) oprogramowanie dla firm, którego celem jest zintegrowanie wszystkich procesów zachodzących w organizacji”. Co za tym idzie, system klasy ERP w rozumieniu Zamawiającego, to system obsługujący bardzo szeroki zakres działów i funkcji danej firmy. W świetle przytoczonej definicji Zamawiającego, każdy specjalistyczny moduł obsługujący dany proces jest częścią systemu klasy ERP. W związku z powyższym, moduł, który ma na celu obieg dokumentów w całej firmie, czy obsługę studentów należy uznać za element systemu klasy ERP, spełniający definicję Zamawiającego.

Należy wskazać, że również Odwołujący w taki sposób rozumie oprogramowanie klasy ERP. Na swojej stronie internetowej zawarł bowiem następujące informacje odnośnie

produkowanego systemu ERP:

„SIMPLE.ERP jest Zintegrowanym Systemem Informatycznym zapewniającym spójną i kompleksową obsługę procesów gospodarczych w całym zakresie działalności.

Elastyczność, otwarta architektura oraz bogata funkcjonalność systemu, umożliwiają realizację wszystkich procesów zachodzących w instytucjach działających na rynku publicznym:

- Uczelniach Wyższych;
- Jednostkach Medycznych
- Instytutach Badawczych
- Jednostkach Rządowych

oraz w średnich i dużych przedsiębiorstwach o różnorodnych profilach:

- Produkcyjnym;
- Handlowo-Uslugowym;
- Budowlanym

Odwołujący na swojej stronie internetowej wskazuje także na funkcjonalności, które posiada oprogramowanie SIMPLE.ERP, podając że wspiera ono obszary m.in. w zakresie obiegu dokumentów.

Odnosnie zakwestionowanej przez Odwołującego wartości wdrożenia zrealizowanego na rzecz Uniwersytetu Humanistyczno-Przyrodniczego w Częstochowie, Konsorcjum C podało, że wskutek wniesienia odwołania zostało wezwane do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie. W wyjaśnieniach Konsorcjum C wskazało na całkowitą kwotę wynagrodzenia w tym projekcie w wysokości 2.565.158,25 zł brutto, która to kwota obejmowała platformę sprzętową w wysokości 228.009,42 zł brutto. Co za tym idzie, wartość usługi wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego klasy ERP po odjęciu ceny sprzętu wyniosła 2.337.148,83 zł brutto, co przewyższa wymaganą wartość minimalną referencji przez Zamawiającego.

Zdaniem Konsorcjum C również całkowicie bezpodstawne są twierdzenia dotyczące braku wykorzystywania tego systemu przez ponad 200 użytkowników. Elektroniczny obieg

dokumentów został wdrożony na nieograniczoną liczbę użytkowników, zaś pozostałe moduły oprogramowania klasy ERP na ograniczoną liczbę użytkowników, których ilość łącznie

znacząco przekracza 200 użytkowników - zgodnie z przedstawionym Zamawiającemu w piśmie z dnia 05.09.2019 r. wyciągiem z OPZ dla tego zamówienia.

Również jeżeli chodzi o zakwestionowaną przez Odwołującego usługę wdrożenia zintegrowanego systemu klasy ERP na rzecz Akademii Wojsk Lądowych im. Tadeusza Kościuszki należy wskazać, że usługa wdrożenia obejmowała system klasy ERP, który był wykorzystywany przez ponad 200 użytkowników, zaś wszelkie twierdzenia Odwołującego w tym zakresie są bezpodstawne i nieoparte żadnymi dowodami.

W piśmie z dnia 05.09.2019 r. Konsorcjum C przedstawiło Zamawiającemu wyciąg z OPZ w tym postępowaniu oraz wyciąg z umowy, z których wynikało jakie moduły oprogramowania klasy ERP zostały wdrożone na rzecz zamawiającego, jak również jaka liczba użytkowników korzystała z poszczególnych modułów systemu ERP. Mając na względzie że system ERP ma na celu zintegrowanie wszystkich procesów zachodzących w organizacji, zarówno System Dziekanatowy, jak i Wirtualna Uczelnia, Portal internetowy do obsługi rekrutacji, Moduł Elektronicznego Obiegu Dokumentów, czy Moduł Portal Pracowniczy są modułami systemu klasy ERP i spełniają definicję ERP ujętą w OPZ przedmiotowego zamówienia. Każdy z tych modułów należy uznać za specjalistyczny moduł obsługujący dany proces, a ich celem jest zintegrowanie wszystkich procesów zachodzących w organizacji. Nadto, z przedstawionego przez Przystępującego wykazu jednoznacznie wynika, że wdrożony na rzecz Akademii Wojsk Lądowych im. Tadeusza Kościuszki system klasy ERP był wykorzystywany przez ponad 200 użytkowników, zwłaszcza, że Wirtualna Uczelnia, Portal internetowy do obsługi rekrutacji, Moduł Elektroniczny Obieg Dokumentów oraz Moduł Portal Pracowniczy zostały wdrożone dla nieograniczonej ilości użytkowników.

W odniesieniu do zakwestionowanego przez Odwołującego wdrożenia 5 e-usług przez członka Konsorcjum C - Wykonawcę O, należy wyjaśnić, że wdrażał on te usługi jako podwykonawca Odwołującego Simple S.A. na rzecz Politechniki Rzeszowskiej. E-usługa w obszarze nauki i współpracy - „składanie wniosków o zatrudnienie” została przez Wykonawcę

O wdrożoną, w dowód czego przedstawiono Zamawiającemu protokół odbioru sporządzony pomiędzy podwykonawcą (Wykonawcą O) i wykonawcą Simple S.A. oraz protokół odbioru zadania sporządzony pomiędzy wykonawcą Simple S.A. a zamawiającym, które potwierdzały odebranie przedmiotowych e-usług zarówno przez wykonawcę Simple S.A. jak i samego zamawiającego.

Nie jest prawdą, że łączna wartość wszystkich e-usług nie przekraczała 1.000.000,00 zł zgodnie ze sporządzoną z zachowaniem najwyższej staranności przez Wykonawcę O wyceną, wartość tych usług przewyższała wspomnianą kwotę.

Wskazane przez Konsorcjum C e-usługi posiadają również co najmniej 4 poziom dojrzałości. W dowód powyższego przedstawiono Zamawiającemu wyciąg z protokołu odbioru e-usług z podziałem na poszczególne e-usługi i przypisaniem im typu (wskazane e-usługi mają przypisany typ „transakcja”, świadczący o stopniu dojrzałości 4).

Konsorcjum C stwierdziło następnie, że wykazało także spełnienie warunku określonego w Rozdziale IX pkt 1.22. SIWZ, tj. wykazało się środkami na rachunku bankowym na kwotę nie mniejszą niż 1.000.000,00 zł i przedstawiło Zamawiającemu odpowiednią informację z banku potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych.

W kwestii zarzucanego Konsorcjum C zaniechania wykazania braku podstaw do wykluczenia z Postępowania Konsorcjum C podało, że jego pełnomocnik złożył odpowiednie oświadczenia, o których mowa w § 5 pkt 5, 6 i 9 Rozporządzenia. Z treści złożonych oświadczeń wynika, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 i 18 oraz ust. 5 pkt 8 Pzp. Oczywiście jest, że konsorcjum jest stosunkiem zobowiązaniowym, nie stanowiącym odrębnego podmiotu prawa. Pełnomocnik Konsorcjum C składając oświadczenie w jego imieniu, składał oświadczenie w imieniu każdego członka konsorcjum. Żaden z członków Konsorcjum C nie podlega wykluczeniu na ww. podstawach. Co za tym idzie, pełnomocnik Konsorcjum C był uprawniony do złożenia oświadczenia w powyższym zakresie w imieniu reprezentowanego przez niego podmiotu, co należy zrozumieć jako złożenie oświadczenia w imieniu każdego z członków konsorcjum.

W kwestii nieprawidłowego przyznania punktów w kryterium 4 Konsorcjum C wskazało na argumentację analogiczną jak w sprawie KIO 1791/19.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum C stwierdziło, że prawidłowo zakwalifikowało zastrzeżone informacje.

Wskazało następnie, że Odwołujący nie kwestionuje konieczności zastrzeżenia danych osób skierowanych do realizacji zamówienia, ale kwestionuje zastrzeżenie projektów wykonanych przez osoby skierowane do realizacji zamówienia.

Zamawiający wymaga skierowania do realizacji zamówienia osób legitymujących się określonym, szczegółowym doświadczeniem bowiem doświadczeniem w wysokobudżetowych projektach. Informacje o doświadczeniu tych osób (w tym m.in. nazwą realizowanego projektu) może umożliwić identyfikację tych osób. Z uwagi na powyższe, informacje o zrealizowanych zamówieniach przez osoby skierowane do realizacji zamówienia mają znaczenie gospodarcze dla Konsorcjum C i wymagają ochrony. Osoby z takim doświadczeniem są wysokiej klasy specjalistami i są poszukiwane na rynku informatycznym. Rynek informatyczny jest specyficznym rynkiem usług charakteryzującym się szybkim tempem rozwoju, a co za tym idzie koniecznością dysponowania wykwalifikowaną kadrą specjalistów. Dla podmiotów świadczących usługi na rynku informatycznym o sile tego podmiotu przesądzają ludzie, gdyż na rynku tego rodzaju usług poszukiwani są przede wszystkim wysokiej klasy specjaliści. Powoduje to konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych, w tym informacjach umożliwiających identyfikację tych osób, czyli informacji o zrealizowanych projektach.

Wysoka potrzeba ochrony tych informacji wynika także z uwagi na występujące na rynku IT ryzyko „podkupienia” specjalistów przez konkurencję. Nierzadkie są przypadki w których konkurencja pozyskała dla własnych potrzeb i prowadzonej działalności pracowników innego podmiotu, posiadającego odpowiednie doświadczenie i wiedzę.

Z uwagi na powyższe danych osób skierowanych do realizacji zamówienia, które legitymują się wymaganym w SIWZ doświadczeniem stanowią tajemnicę gospodarczą Konsorcjum C. Zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymagają także pozostałe informacje związane z nazwą projektu, w którym osoba ta brała udział, nazwą zamawiającego i przedmiotu zamówienia, po których można by było zidentyfikować osoby skierowane do realizacji zamówienia.

Konsorcjum C podniosło, że podjęło niezbędne czynności do zachowania w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na co wskazywało w piśmie zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również w późniejszych wyjaśnieniach skierowanych do Zamawiającego. Sposób postępowania z informacjami został określony w Polityce bezpieczeństwa informacji, zaś pracownicy zostali zobowiązani do zachowania w ścisłej tajemnicy informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zarówno na podstawie zawartych umów o pracę, jak również na podstawie Regulaminu Pracy. W umowach o pracę wprowadzone są postanowienia, zgodnie z którymi „ust. 1. Pracownik zobowiązuje się zachować w ścisłej tajemnicy wszelkie informacje programowe, techniczne, technologiczne, handlowe, organizacyjne, finansowe i prawne Pracodawcy, nieujawnione do wiadomości publicznej (tajemnica przedsiębiorstwa), niezależnie od tego czy Pracodawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Przekazywanie, ujawnianie, wykorzystywanie, zbywanie albo oferowanie zbycia tajemnicy przedsiębiorstwa jest dopuszczalne tylko za uprzednim pisemnym zezwoleniem Pracodawcy. Pracownik oświadcza, iż jest mu wiadomym, że działania sprzeczne z postanowieniami ust. 1 są czynami nieuczciwej konkurencji zagrożonymi sankcjami karnymi i cywilnymi przewidzianymi w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ich kwalifikacja jako czynu nieuczciwej konkurencji jest niezależna od faktu ewentualnego ustania stosunku pracy między Pracodawcą a Pracownikiem.” Zgodnie natomiast z § 7 ust. 10 Regulaminu Pracy: „Pracownik zobowiązany jest w szczególności do zachowania w ścisłej tajemnicy wszelkich informacji programowych, technicznych, technologicznych, handlowych i programowych Pracodawcy, nieujawniania ich do wiadomości publicznej (tajemnica przedsiębiorstwa). Jakikolwiek przekazywanie, ujawnianie, wykorzystywanie, zbywanie albo oferowanie zbycia tajemnicy przedsiębiorstwa jest dopuszczalne tylko za uprzednim, pisemnym zezwoleniem Pracodawcy. Tajemnicą przedsiębiorstwa są informacje dotyczące przedsiębiorstwa, Pracodawcy lub personelu Pracodawcy, a w szczególności informacje mówiące o: źródłach zaopatrzenia spółki, obszarach zbytu, klientach i kontrahentach, cennikach, bilansach i rachunkach wyników, inwentarzu, zdolności kredytowej i handlowej spółki, wysokości zarobków pracowników, umowach i porozumieniach z kontrahentami. Tajemnica przedsiębiorstwa obowiązuje pracownika w czasie trwania stosunku pracy oraz przez okres 3 lat po jego ustaniu”.

Na rozprawie strony i Przystępujący po stronie Zamawiającego podtrzymali zreferowane powyżej stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści:

1. Wydruków z portali internetowych Encyklopedia Zarządzania i Wikipedia oraz ze strony internetowej comarch.pl zawierających wyjaśnienie pojęcia systemu ERP oraz opis produktu Comarch ERP Egeria - dowody O1;\
2. Wyciągu z oferty złożonej przez Wykonawcę CP w postępowaniu na dostawę i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego wspomagającego zarządzanie jakością wraz z elektronicznym obiegiem dokumentów i systemem monitorowania kariery zawodowej absolwentów w Akademii im. Jana Długosza w Częstochowie, szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu, aneksu nr 2 z 31 marca 2014 r. do umowy na wykonanie ZSI jw. z załącznikiem nr 2 oraz wykazu usług złożonego przez Konsorcjum C w Postępowaniu - dowody O2;
3. Wyciągu z oferty SIWZ w postępowaniu na zaprojektowanie, dostawę oraz uruchomienie zintegrowanego systemu informatycznego wraz z infrastrukturą sprzętową, przeprowadzeniem szkoleń oraz świadczeniem gwarancji prowadzonym przez Wyższą Szkołę Oficerską Wojsk Lądowych we Wrocławiu, wzoru formularza oferty w tym postępowaniu, wyciągu z oferty złożonej przez Wykonawcę CP i kopią umowy z ww. uczelnią - dowody O3;
4. Opisu projektu ePRZ - otwarta platforma e-usług zintegrowana z systemem informatycznym nowej generacji zrealizowanego na rzecz Politechniki Rzeszowskiej przez Wykonawcę S, umowy z 28 sierpnia 2014 r. na realizację projektu jw., umowy o przeszłej współpracy pomiędzy Wykonawcą S a Wykonawcą O z 14 lipca 2014 r. na realizację prac w ramach projektu jw. oraz umowy podwykonawczej zawartej 29 sierpnia 2014 r. pomiędzy ww. wykonawcami - dowody O4;

Konsorcjum C wniosło o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. Wyciągu z publikacji T. Gospodarka pn.: „Systemy ERP - modelowanie, projektowanie, wdrażanie”, wydruku ze strony internetowej polskas.pl i Wykonawcy S z opisem znaczenia pojęcia systemu ERP, w tym oferowanego przez Wykonawcę S produktu SIMPLE.ERP - dowody PC1;
2. Wyciągu z oferty złożonej przez Wykonawcę CP w postępowaniu na dostawę i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego wspomagającego zarządzanie jakością wraz z elektronicznym obiegiem dokumentów i systemem monitorowania kariery zawodowej absolwentów w Akademii im. Jana Długosza w Częstochowie - dowód PC2;
3. Wyciągu z umowy z 31 lipca 2013 r. zawartej pomiędzy Wykonawcą CP a Wyższą Szkołą Oficerską Wojsk Lądowych we Wrocławiu na realizację zamówienia obejmującego zaprojektowanie, dostawę oraz uruchomienie zintegrowanego systemu informatycznego wraz z infrastrukturą sprzętową, przeprowadzeniem szkoleń oraz świadczeniem gwarancji prowadzonym przez Wyższą Szkołę Oficerską Wojsk Lądowych we Wrocławiu z załącznikiem w postaci zestawienia ilościowo-wartościowego do umowy - dowody PC3;
4. Oświadczenia Rektora Politechniki Rzeszowskiej z 26 września 2019 r. dotyczącego realizacji projektu ePRZ - otwarta platforma e-usług zintegrowana z systemem informatycznym nowej generacji - dowód PC4.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego po stronie Zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ z załącznikami, oferty Odwołującego i Konsorcjum C, wykazu osób złożonego przez Konsorcjum C wraz z uzasadnieniem objęcia informacji w nim zawartych tajemnicą przedsiębiorstwa,

wykazu usług wraz z referencjami złożonego w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp, wezwania do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów z 3 września br. wraz z odpowiedzią Konsorcjum C z 5 września 2019 r., zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, wezwania Konsorcjum C z 18 września 2019 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie zarzutów przedstawionych w odwołaniu wraz z odpowiedzią z 19 września br., wniosku Odwołującego o udostępnienie dokumentów z Postępowania z 6 września br. wraz z odpowiedzią Zamawiającego z 9 września br. jak również z dokumentów załączonych do pism procesowych oraz przedstawionych na rozprawie.

W pierwszej kolejności odnotować należy, że postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nieprawidłowej oceny informacji zawartych w złożonym przez Przystępującego po stronie Zamawiającego uzasadnieniu objęcia informacji zawartych w wykazie osób tajemnicą przedsiębiorstwa podlegało umorzeniu, wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w tej części i braku sprzeciwu Przystępującego po stronie Zamawiającego (pkt I sentencji wyroku).

Niewykazanie spełniania przez Konsorcjum C warunku udziału w Postępowaniu

określonego w Rozdziale IX ust. 1 pkt 1.2.3 lit. a tiret pierwsze SIWZ - wdrożenie

zintegrowanego systemu informatycznego klasy ERP o wartości nie mniejszej niż 2 mln

zł brutto wykorzystywanego przez co najmniej 200 użytkowników

W ramach przedmiotowego zarzutu Odwołujący zakwestionował wskazane przez Konsorcjum C w wykazie usług zamówienia zrealizowane na rzecz (1) Akademii im. Jana Długosza w Częstochowie (obecnie - Uniwersytet Humanistyczno-Przyrodniczy w Częstochowie) oraz (2) Akademii Wojsk Lądowych gen. im. Tadeusza Kościuszki we Wrocławiu wskazując, że zamówienia te nie obejmowały wyłącznie systemów klasy ERP, przez co wartość pierwszego z zamówień wskazana przez Przystępującego po stronie Zamawiającego jest nieprawidłowa (zawyżona), a w przypadku drugiego z zamówień liczba użytkowników tego systemu nie przekraczała 200.

Zarzut nie potwierdził się.

Rozstrzygnięcie o zarzucie odwołania wymagało przede wszystkim przesądzenia znaczenia pojęcia systemu klasy ERP. Zgodnie z definicją Zamawiającego przyjętą na potrzeby Postępowania (vide słowniczek z OPZ stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ) mianem ERP określono oprogramowanie dla firm, którego celem jest zintegrowanie wszystkich procesów zachodzących w organizacji. Z powyższego, zdaniem Izby, wynika, że w zależności od ogólnie pojętego profilu działania danego podmiotu - użytkownika systemu ERP - system taki może zapewniać obsługę wielu różnych procesów (w zależności od potrzeb konkretnego podmiotu), ergo - nie można mówić o zamkniętej liście elementów składowych takiego systemu. Na tę okoliczność wskazuje chociażby sposób sformułowania warunku udziału w Postępowaniu, z którym związany jest omawiany zarzut, ponieważ minimalnym wymogiem Zamawiającego było, aby wskazany w celu wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu system ERP składał się przynajmniej z 3 modułów: Finanse-Księgowość, Kadry-Płace, Controlling, co nie stało na przeszkodzie posłużenia się przez wykonawcę zamówieniem, w ramach którego wykonano system ERP zawierający inne jeszcze moduły (tj. obsługujący inne jeszcze procesy). Potwierdzeniem prezentowanego stanowiska są również złożone w tej sprawie, zarówno przez Odwołującego, jak i Konsorcjum C, dowody. Przykładowo, z treści przedstawionego przez Odwołującego wydruku z Encyklopedii Zarządzania (dowód O1 - str. 1) wynika m.in., że cechą wspólną wszystkich oferowanych systemów klasy ERP jest konstrukcja modułowa. Ponadto, opis systemu ERP z portalu Wikipedia (dowód O1, str. 2) wskazuje na moduły, które zwykle (a więc nie wyłącznie - przyp. Izby) obejmują określone obszary (m.in. magazynowanie i zarządzanie zapasami, zaopatrzenie, księgowość, logistyka). Co więcej, z dowodu tego wynika również, że w skład systemów ERP mogą wchodzić inne jeszcze moduły, jak np. controlling, czy zarządzanie projektami (przykładowa lista modułów wchodzących w skład systemów ERP wynika również z wydruku ze strony polkas.pl, stanowiącego dowód PC1). Finalnie, zarówno system oferowany przez Wykonawcę CP (Comarch ERP Egeria), jak i przez Wykonawcę S (SIMPLE.ERP) mają modułową strukturę, umożliwiającą dostosowanie funkcjonalności tych produktów do potrzeb jednostki, w której są wdrażane (zob. opisy rozwiązań oferowanych przez tych wykonawców stanowiące dowody O1 i PC1).

W konsekwencji, w odniesieniu do kwestionowanych przez Odwołującego wdrożeń na Uniwersytecie Humanistyczno-Przyrodniczym w Częstochowie i w Wyższej Szkole Oficerskiej Wojsk Lądowych we Wrocławiu, skład orzekający przyjął, że niezależnie od nazewnictwa modułów wdrażanych na tych uczelniach należało je uznać za części składowe

systemów ERP, jako że - nawiązując do przytoczonej wcześniej definicji z OPZ - integrowały procesy zachodzące w tych podmiotach, która to okoliczność nie była przedmiotem sporu. W ten sam sposób należało ocenić również kwestię liczby licencji dla użytkowników, tj. dokonać jej sumowania niezależnie od modułu w związku z którym zostały udzielone.

Z powyższego wynika, że obie sporne realizacje spełniały wymogi postawione w warunku odnoszące się do przedmiotu wdrożenia, którymi były systemy ERP w przedstawionym powyżej ujęciu. Ponadto, w odniesieniu do zamówienia zrealizowanego na rzecz Uniwersytetu Humanistyczno-Przyrodniczego w Częstochowie, spełniony został również wymóg odnoszący się do wartości zamówienia, od której należało odjąć równowartość dostawy platformy sprzętowej (co potwierdził sam Przystępujący po stronie Zamawiającego). W tym zakresie Izba posłużyła się dowodem PC2 (wyciągiem z oferty Wykonawcy CP złożonej w postępowaniu prowadzonym przez ww. zamawiającego) stwierdzając, że wartość wdrożenia nadal przekracza kwotę wynikającą z treści warunku. Dalej idące twierdzenia Odwołującego o konieczności odjęcia od wartości tego zamówienia również kosztów zakupu licencji bazodanowych, szkoleń i dokumentacji oraz startu produktywnego, zgodnie z harmonogramem płatności stanowiącym załącznik nr 2 do aneksu nr 2 do umowy pomiędzy Wykonawcą CP a uczelnią (dowód O2) skład orzekający uznał za nieuzasadnione. Skoro bowiem treść warunku odnosiła się wprost do wdrożenia systemu ERP (a nie wyłącznie do jego zakupu), to do wartości wdrożenia należało zaliczyć nie tylko koszt samego oprogramowania.

Natomiast w odniesieniu do wdrożenia na rzecz drugiej z uczelni w aspekcie liczby licencji to z prostego podsumowania liczby licencji wynikającej z oferty złożonej przez Wykonawcę CP (zob. dowody O3 oraz PC2) wynika (całkowicie pomijając na potrzeby tego wyliczenia pozycje z nieograniczoną liczbą licencji), że również przewyższała ona wymóg postawiony w warunku udziału w Postępowaniu.

W konsekwencji Izba w pkt III sentencji wyroku oddaliła odwołanie w tej części, przesądzając tym samym również o braku konieczności wzywania Konsorcjum C do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w powyższym zakresie.

Niewykazanie spełniania przez Konsorcjum C warunku udziału w Postępowaniu

określonego w Rozdziale IX ust. 1 pkt 1.2.3 lit. a tiret drugie SIWZ - wykonanie pięciu e-usług o czwartym stopniu dojrzałości każda, o łącznej wartości 1 mln zł brutto

Odwołujący kwestionował doświadczenie Wykonawcy O, na które powołało się Konsorcjum C, nabyte w związku z realizacją zamówienia na rzecz Politechniki Rzeszowskiej, w trzech aspektach. Po pierwsze, Odwołujący wskazywał na niezrealizowanie jednej z e-usług (składanie wniosków o zatrudnienie), po drugie - na brak wymaganej wartości e-usług, która - zdaniem Odwołującego - nie przekraczała 1 mln zł, po trzecie - na niespełnianie przez e-usług wymogu czwartego stopnia dojrzałości.

Zarzut był chybiony, o czym orzeczono w pkt III sentencji wyroku.

W odniesieniu do dojrzałości wdrożonych e-usług Odwołujący, wbrew zawartej w odwołaniu zapowiedzi udowodnienia na rozprawie, że nie osiągnęła ona czwartego stopnia, okoliczności tej nie udowodnił. Co więcej, z treści dowodu Z3 - opisu wszystkich 23 e-usług zrealizowanych w ramach wspomnianego zamówienia wynika, że każda z 5 e-usług, na których wykonanie powołało się Konsorcjum C w wyjaśnieniach z 5 września br.

(zob. tabela do pkt II ppkt 1 e) wyjaśnień) posiada status transakcji, co - zgodnie z definicją usługi on-line o stopniu dojrzałości 4 zawartą w SIWZ (przypis nr 1 do treści omawianego warunku, zgodnie z którym jest nią usługa umożliwiająca pełne załatwienie danej sprawy drogą elektroniczną, łącznie z ewentualną płatnością. Jest to możliwe dzięki zintegrowaniu danych z różnych źródeł. Połączenie danych umożliwia przejście przez cały proces załatwiania danej sprawy zdalnie i elektronicznie. Odbiorca uzyskuje informacje, uzupełnia dane w formularzach, przesyła je, wnosi opłaty i uzyskuje decyzje (zaświadczenia, dyplomy, certyfikaty itp.) elektronicznie) - stanowi, w ocenie składu orzekającego, potwierdzenie wymaganego stopnia dojrzałości e-usług.

Powyższy dowód, wraz z oświadczeniem Rektora Politechniki Rzeszowskiej (dowód PC4), świadczy również o wykonaniu przez Wykonawcę O e-usługi składania wniosków o zatrudnienie. W konsekwencji Izba nie uznała za wiarygodną przeciwną argumentacji Odwołującego i przedstawionych przez niego w tym zakresie dowodów

(umowy stanowiące dowody O4).

W odniesieniu do wartości zrealizowanych przez Wykonawcę O e-usług przedstawionej w tabeli zawartej w wyjaśnieniach Konsorcjum C z 5 września br. (dane objęte tajemnicą przedsiębiorstwa), Odwołujący ponownie - wbrew zapowiedziom zawartym w odwołaniu - zasadności zawartych w nim twierdzeń nie udowodnił. W szczególności, skoro 3 z 5 przywołanych przez Konsorcjum C usług, których wykonania Odwołujący nie kwestionował, związane były z elektronicznym obiegiem dokumentów, to przy obliczaniu wartości wszystkich e-usług powinna być również brana pod uwagę poz. 1.2 załącznika nr 1 do umowy o przyszłej współpracy pomiędzy Wykonawcą S a Wykonawcą O (dowód O4), a nie wyłącznie poz. 1.7-1.9, na podstawie których Odwołujący określał wartość tych e-usług.

W następstwie przedstawionych zapatrywań także i w tym zakresie odpadła podstawa do ewentualnego wezwania Konsorcjum C do uzupełnienia dokumentów podmiotowych

w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp.

Posłużenie się przez Konsorcjum C nieprawdziwymi informacjami w zakresie spełniania warunków udziału w Postępowaniu określonych w Rozdziale IX ust. 1 pkt 1.2.3 lit. a tiret pierwsze i drugie SWZ

Na podstawie wspomnianych powyżej okoliczności faktycznych Odwołujący wskazywał na konieczność wykluczenia Przystępującego po stronie Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp. Mając jednak na uwadze fakt, że Izba zweryfikowała pozytywnie kwestię spełniania przez Konsorcjum C warunków udziału w Postępowaniu, nie mogło być tym samym mowy o posłużeniu się przez Przystępującego po stronie

Zamawiającego nieprawdziwymi informacjami, a zatem zarzut był chybiony, o czym Izba przesądziła w pkt III sentencji orzeczenia.

Nieprawidłowa ocena zasadności objęcia przez Konsorcjum C tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w wykazie osób

Zarzut potwierdził się z przyczyn omówionych w części uzasadnienia poświęconej analogicznemu zarzutowi ze sprawy KIO 1791/19.

W konsekwencji orzeczono jak w pkt II sentencji wyroku.

Zaniechanie udostępnienia Odwołującemu informacji z banku lub SKOK złożonej przez Konsorcjum C, bądź zaniechanie poinformowania Odwołującego, że dokument taki nie został złożony

Zarzut okazał się bezpodstawny, ponieważ - jak trafnie argumentował Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - Odwołujący, w odpowiedzi na wniosek z 6 września br. o udostępnienie kompletnych ofert wraz z uzupełnieniami i wyjaśnieniami, został poinformowany o objęciu przez Konsorcjum C treści złożonej informacji z banku tajemnicą przedsiębiorstwa (pismo z 9 września br.).

Izba zwraca jednocześnie uwagę, że zarzut odnoszący się do tego dokumentu nie dotyczył nieprawidłowej oceny zawartych w nim informacji pod kątem tajemnicy przedsiębiorstwa, wobec czego jego uwzględnienie przez Zamawiającego okazało się bezprzedmiotowe, podobnie jak argumentacja Konsorcjum C dotycząca możliwości objęcia zawartych w dokumencie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Z uwagi na powyższe orzeczono, jak w pkt III sentencji wyroku.

Nieprawidłowa ocena oferty Konsorcjum C w kryterium nr 4 - „Doświadczenie zespołu”

Przedmiotowy zarzut okazał się bezpodstawny z przyczyn wskazanych szczegółowo w części uzasadnienia poświęconej analogicznemu zarzutowi w sprawie KIO 1791/19.

Z tego względu orzeczono, jak w pkt III sentencji wyroku.

Niewykazanie przez Konsorcjum C braku podstaw do wykluczenia z Postępowania, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 15 i 22 oraz ust. 5 pkt 8 Pzp oraz zaniechanie do wezwania Konsorcjum C do ponownego złożenia oświadczeń w zakresie okoliczności wynikających z ww. przepisów

Zarzut nie był uzasadniony.

Nie ulega wątpliwości, że w zakresie braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 i 22 oraz ust. 5 pkt 8 Pzp wykonawca miał złożyć oświadczenia sporządzone według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ. Wezwanie tej treści Zamawiający skierował do Konsorcjum C 22 sierpnia br. (pkt 4.5 wezwania).

W odpowiedzi pełnomocnik Przystępującego po stronie Zamawiającego złożył oświadczenia o treści wynikającej z wzoru nr 5 do SIWZ, co - w kontekście okoliczności, że przystępujący jest konsorcjum wykonawców - stało się faktyczną podstawą omawianego zarzutu odwołania.

Nie ulega wątpliwości, że wzór wspomnianych oświadczeń nie został przez Zamawiającego dostosowany do sytuacji działania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia za pomocą pełnomocnika. Co więcej, dosłowne brzmienie oświadczenia z pkt 3 załącznika nr 5 do SIWZ wskazuje, że w sytuacji działania przez wykonawcę (bądź wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) za pomocą pełnomocnika, oświadczenie dotyczy samego pełnomocnika, a nie reprezentowanego przezeń podmiotu. Oczywistym jest przy tym również, że konsorcjum nie jest odrębnym podmiotem prawa, a jedynie stosunkiem zobowiązaniowym. Powyższe nie oznacza jednak braku możliwości działania przez pełnomocnika, który - w tej sprawie - został przez Konsorcjum C prawidłowo ustanowiony, a sam Odwołujący prawidłowości udzielonego pełnomocnikowi umocowania, czy też wspomnianej powyżej możliwości działania przez pełnomocnika, nie kwestionował. W ocenie składu orzekającego treść zakwestionowanego przez Odwołującego oświadczenia należy interpretować nie tylko przy uwzględnieniu jego literalnego brzmienia, wyciągając de facto wobec Konsorcjum C negatywne skutki z posłużenia się przez Przystępującego po stronie Zamawiającego wzorem oświadczeń przygotowanym przez Zamawiającego, ale również przy uwzględnieniu okoliczności, w jakich oświadczenia zostały złożone. Okoliczności te, zważywszy na fakt prawidłowego ustanowienia przez Konsorcjum C pełnomocnika, który sporne oświadczenia złożył, uprawniają wniosek, że dotyczyły one wszystkich członków konsorcjum.

W konsekwencji orzeczono, jak w pkt III sentencji wyroku.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt V sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, a to na podstawie przepisów art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 5 ust. 4 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. z 2018 r., poz. 972 j.t.), zwanego dalej „Rozporządzeniem”. Przepisy te wyrażają zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, która stanowi niejako dopełnienie szczegółowych zasad rozliczania kosztów postępowania odwoławczego, wynikających z art. 186 ust. 6 Pzp i § 5 ust. 1-3 Rozporządzenia.

Należy przy tym zauważyć, że żaden z przepisów regulujących koszty postępowania odwoławczego nie odnosi się stricte do sytuacji zaistniałej w przedmiotowej sprawie. W odwołaniu sformułowano bowiem zasadniczo sześć zarzutów (posłużenie się nieprawdziwymi informacjami, niewykazanie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, niewykazanie braku podstaw do wykluczenia, zaniechanie wezwania Konsorcjum C do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia, nieprawidłowa ocena oferty Przystępującego po stronie Zamawiającego w kryterium nr 4 oceny ofert oraz nieprawidłowa ocena informacji objętych przez Konsorcjum C tajemnicą przedsiębiorstwa). Zamawiający uwzględnił jeden z sześciu zarzutów odwołania, wobec czego Konsorcjum C zgłosiło sprzeciw, który okazał się nieuzasadniony. Z kolei w pozostałym, nieuwzględnionym przez Zamawiającego zakresie, odwołanie zostało w całości oddalone.

W konsekwencji skład orzekający uznał, że kosztami postępowania w tej sprawie należy obciążyć zarówno Konsorcjum C, jak i Odwołującego, przy czym - zważywszy na sześć zarzutów podniesionych w odwołaniu, z których jeden okazał się zasadny (zarzut, od którego uwzględnienia wniesiony został sprzeciw) - Izba uznała, że Odwołującemu należy się od

Konsorcjum C zwrot szóstej części kosztów postępowania odwoławczego. W pozostałym zakresie spór w całości wygrał Zamawiający, wobec czego należało zasądzić na jego rzecz kwotę wynagrodzenia pełnomocnika w pełnej wysokości, z uwzględnieniem kwoty opłaty skarbowej.

Przewodniczący: