

WYROK

z dnia 30 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **24 listopada 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **6 listopada 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **SIMPLE S.A z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Kompleksowa dostawa, wdrożenie, utrzymanie i usługi w zakresie gwarancji zintegrowanego systemu informatycznego klasy ERP wspomagającego zarządzanie uczelnią wraz ze świadczeniem usług rozwoju* (nr postępowania A120-211-1/20/RR)

prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytet Gdański**

przy udziale wykonawcy: **Arcus Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie** –zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w takim zakresie, że nakazuje Zamawiającemu: po pierwsze – unieważnienie następujących czynności: 1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Arcus Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, 2) skierowanych do tego wykonawcy wezwań odpowiednio z 30 września 2020 r. i 6 października 2020 r. do odpowiednio uzupełnienia dokumentów i wyjaśnienia dokumentów dotyczących potwierdzenia spełniania warunku określonego w rozdziale V pkt 1 ppkt 3) lit. C tiret czwarte specyfikacji istotnych warunków zamówienia, 3) unieważnienia z 25 września 2020 r. wezwania z 15 września 2020 r. do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie tego warunku; po drugie – w ramach powtórzonych czynności wzięcie pod uwagę przy ocenie spełniania powyższego warunku wykazu złożonego przez tego wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie z 15 września 2020 r., a w razie wątpliwości zwrócenie się o wyjaśnienia zarówno do wykonawcy, jak i do podmiotów, na rzecz których usługi były wykonywane, po trzecie – odtajnienie w całości wyjaśnień złożonych przez powyższego wykonawcę pismem z 12 października 2020 r. i udostępnienie ich Odwołującemu.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i Zamawiającego po połowie i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) odpowiadającą połowie uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

Uzasadnienie

Uniwersytet Gdański {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Kompleksowa dostawa, wdrożenie, utrzymanie i usługi w zakresie gwarancji zintegrowanego systemu informatycznego klasy ERP wspomagającego zarządzanie uczelnią wraz ze świadczeniem usług rozwoju* (nr postępowania A120-211-1/20/RR).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 10 stycznia 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_010 pod poz. 019530.

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

27 października 2020 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Arcus Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie {dalej również: „Arcus” lub „Przystępujący”}.

6 listopada 2020 r. SIMPLE S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Simple” lub „Odwołujący”} wniosło w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od m.in. od zaniechania wykluczenia Simple z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (lista zarzutów):

1. Art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 – przez zaniechanie wykluczenia Arcusa z postępowania, pomimo że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 15.09.2020 r. w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia nie potwierdził w złożonym 21.09.2020 r. wykazie osób spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. V pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret czwarte specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „SIWZ”}, a także nie potwierdził spełnienia tego warunku za pomocą składanego później wykazu osób (również w wykonaniu wezwania z art. 26 ust. 3 pzp) oraz wyjaśnień do tego wykazu (stanowiących *de facto*, z uwagi ich treść, trzecie uzupełnienie wykazu osób), niezależnie od tego, że kolejne wezwania do uzupełnienia wykazu oraz do złożenia wyjaśnień skierowane przez Zamawiającego były niezgodne z przepisami ustawy pzp, a zamiast tego dokonanie wyboru oferty Arcusa jako najkorzystniejszej.
2. Art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 – polegające na unieważnieniu 25.09.2020 r. przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia wykazu skierowanego do Arcusa 15.09.2020 r. oraz: a) skierowaniu do Arcusa 25.09.2020 r. drugiego wezwania do uzupełnienia wykazu osób, pomimo że w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Arcus złożył 21.09.2020 r. wykaz osób, który nie potwierdzał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a merytoryczną i formalną treść

wezwania z 25.09.2020 r. była tożsama z treścią wezwania z 15.09.2020 r., co skutkować powinno Arcusa z postępowania, a nie wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej, b) skierowaniu do Arcusa na podstawie art. 26 ust. 4 pzp wezwania do wyjaśnienia złożonego przez niego 30.09.2020 r. wykazu osób w sytuacji, gdy, po pierwsze, samo drugie wezwanie do uzupełnienia wykazu osób było niedopuszczalne, po drugie, treść wykazu osób z 30.09.2020 r. nie potwierdzała spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. V pkt 1 ppkt 3 lit c tiret czwarte SIWZ, po trzecie, złożone przez Arcusa 12.10.2020 r. wyjaśnienia stanowiły *de facto* trzecie uzupełnienie wykazu osób, które dodatkowo nie potwierdziło spełnienia przez niego przedmiotowego warunku, co skutkować powinno wykluczeniem Arcusa z postępowania, a nie wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej; czynności Zamawiającego, o których mowa powyżej stanowiły też rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wyrażające się w wielokrotnym wzywaniu do uzupełnienia wykazu osób i jego wyjaśnienia, pomimo że Arcus już w odpowiedzi na pierwsze wezwanie do uzupełnienia wykazu osób nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

3. Art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 – przez zaniechanie wykluczenia Arcusa z postępowania, pomimo że wprowadził on Zamawiającego w błąd co do doświadczenia osób wskazanych w treści wykazu osób, zarówno w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane na podstawie art. 26 ust. 1 pzp, jak i w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, co ostatecznie znalazło potwierdzenie w treści wyjaśnień Arcusa z 12.10.2020 r., a zamiast tego dokonanie wyboru oferty Arcusa jako najkorzystniejszej.
4. {z ostrożności procesowej, na wypadek uznania, że powyższe zarzuty nie zostaną uwzględnione} Art. 7 ust. 1 i 3 w zw. § 2 ust. 6 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 2020 r. poz. 1282) {dalej również: „rozporządzenie o dokumentach”} – polegające na zaniechaniu zwrócenia się bezpośrednio do właściwych podmiotów, na rzecz których usługi wskazane w treści wyjaśnień Arcusa z 12.10.2020 r. były wykonywane przez osoby wskazane w wykazie osób, w sytuacji, gdy treść tych wyjaśnień (stanowiących *de facto* kolejne, trzecie uzupełnienie wykazu osób) była sprzeczna z treścią poprzednio złożonych wykazów i budzić powinna poważne wątpliwości Zamawiającego, a zamiast tego dokonanie wyboru oferty Arcusa jako najkorzystniejszej.
5. Art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913) {dalej: „uznk” – przez zaniechanie odtajnienia przez Zamawiającego treści wyjaśnień Arcusa z 12.10.2020 r., zastrzeżonych przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa, w sytuacji, gdy nie wykazał on, aby utajnione przez niego informacje wypełniały definicję tajemnicy przedsiębiorstwa uregulowaną w uznk, co uniemożliwiło Odwołującemu weryfikację informacji istotnych z punktu widzenia prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny spełnienia przez Arcusa warunku udziału w postępowaniu.
6. Art. 93 ust. 1 pkt 7 – polegające na zaniechaniu unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy termin na spełnienie świadczenia przez wykonawcę zamówienia tj. Etapu I – analizy przedwdrożeniowej upływa 31.12.2020 r. a na jego wykonanie Zamawiający przewidział od 4 do maksymalnie 6 miesięcy zgodnie z Harmonogramem ramowym wdrożenia, co prowadzi do niemożności spełnienia tego świadczenia w terminie, a tym samym bezwzględnej nieważności przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Wykluczenia Arcusa z postępowania i dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert.
3. {ewentualnie} Odtajnienia treści wyjaśnień Arcusa z 12.10.2020 r. oraz dokonania ponownego badania i oceny oferty Arcusa pod kątem spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. V pkt 1 ppkt 3 lit c tiret czwarte SIWZ, w tym zwrócenia się przez Zamawiającego bezpośrednio do właściwych podmiotów, na rzecz których usługi wskazane w treści tych wyjaśnień były wykonywane przez osoby wskazane w wykazie osób celem weryfikacji zgodności ze stanem faktycznym treści tych wyjaśnień, zwłaszcza jeśli chodzi o nazwy i zakresy (przedmioty) zamówień, które miały być wykonywane.
4. Unieważnienia Postępowania
Odwołujący dodatkowo sprecyzował powyższe zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1. i 2. listy zarzutów}

Z uzasadnienia odwołania wynikają dodatkowo następujące okoliczności faktyczne.

Wezwanie z 15 września nastąpiło w wykonaniu wyroku Izby z 14 września 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1849/20, w którym uwzględniła poprzednie odwołanie Simple i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty Arcusa jako najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert połączonego z wezwaniem Arcusa na podstawie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia wykazu osób w celu wylegitymowania się przez tego wykonawcę spełnieniem warunku udziału w postępowaniu z rozdziału V pkt 1 ppkt 3 lit c) tiret czwarte SIWZ.

Złożony w odpowiedzi przez Arcusa 21 września 2020 r. uzupełniony wykaz osób nie potwierdzał spełnienia tego warunku z uwagi na przedstawienie sprzecznych ze sobą informacji co do nazw i zakresów wskazanych w nim projektów informatycznych oraz pełnionych przez wskazane w nim osoby funkcji, co ukazuje załączona odwołania Tabela nr 1.

Złożony na ponowne wezwanie Zamawiającego przez Arcusa 30 września 2020 r. kolejny wykaz osób różnił się treścią od poprzednio uzupełnionego, ale również nie potwierdzał spełnienia powyższego warunku (szczegóły w Tabeli nr 1.)

W treści wyjaśnień złożonych 12 października 2020 r. Arcus znów przedstawił nowe, inne niż w treści wyjaśnianego wykazu osób informacje o doświadczeniu swojego personelu, prezentując w nich również elementy tabeli właściwej wykazowi (co ukazane zostało z kolei w Tabeli nr 1 załączonej do odwołania).

W treści wyjaśnień z 12 października 2020 r. Arcus nie odpowiedział również w pełni na wezwanie Zamawiającego z 6 października 2020 r., które obejmowało m.in. wezwanie do wylegitymowania osób zawartych w wykazie w odniesieniu do zakresów realizowanego na rzecz Politechniki Poznańskiej zamówienia, czy do wyjaśnienia dokładnych nazw projektów oraz zakresów zadań wskazywanych osób, bez ogólnego odwoływania się do formuły „wdrożenie lub utrzymanie i rozwój”.

Odwołujący podniósł w tych okolicznościach, że:

- na gruncie wykładni normy przepisów art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy pzp funkcjonuje zasada jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów kierowanego na tej podstawie, która ma charakter bezwzględny {w odwołaniu zacytowano stosowny fragment uzasadnienia wyroku Izby z 11 sierpnia 2020 r. sygn. akt KIO 1621/20};

- wezwanie do wyjaśnień stanowiło zarówno obejście art. 26 ust. 3 pzp, jak i art. 26 ust. 4 pzp, gdyż: *Za wyjaśnienia nie mogą być uznane takie treści, które w rzeczywistości wprowadzają do danego dokumentu oferty nowe informacje i zmierzają do podania danych, które w pierwotnej treści dokumentu się nie znalazły. Takie wyjaśnienia stanowią de facto uzupełnienie treści dokumentu, a więc stają się wyjaśnieniami udzielonymi w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p.* (wyrok Izby z 11 sierpnia 2020 r. sygn. akt KIO 1621/20).

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Odwolujący zwrócił uwagę, że zmieniając parokrotnie treść składanego wykazu osób oraz przedstawiając wyjaśnienia (co ukazuje Tabela nr 1 załączona do Odwołania) Arcus przedstawiał różne nazwy i zakresy doświadczenia, którym legitymować się miały poszczególne osoby, co prowadzi do wniosku, że przedstawił obiektywnie nieprawdziwe informacje.

Według Odwołującego okoliczności, jakie miały miejsce po wyroku Izby z 14 września 2020 r. sygn. akt KIO 1849/20, w tym zwłaszcza treść wyjaśnień z 12 października 2020 r. wskazują, że Arcus, zarówno składając pierwszy wykaz osób (w wykonaniu wezwania w trybie art. 26 ust. 1 pzp), jak i uzupełniając ten wykaz 21 i 30 września 2020 r. (w wykonaniu wezwań w trybie art. 26 ust. 3 pzp) wprowadził Zamawiającego w błąd co do doświadczenia osób wskazanych w treści wykazu, co implikować powinno wykluczenie go z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp.

W ocenie Odwołującego ponieważ nieprawdziwe informacje dotyczą realizowanych przez Arcusa projektów za pomocą swoich pracowników, ich złożenie stanowiło co najmniej wyraz lekkomyślności lub niedbalstwa, a nawet i intencjonalne działanie, które nie licuje z miernikiem należytej staranności podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą.

Dla Odwołującego oczywistym jest też, że te nieprawdziwe informacje mogły mieć wpływ (a nawet faktycznie miały) na istotne decyzje Zamawiającego w toku postępowania tj. stwierdzenie, że Arcus spełnienia warunki udziału w postępowaniu.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Odwolujący powołał się również w kontekście tego zarzutu na okoliczności faktyczne przywołane w ramach poprzednich zarzutów, w szczególności powtórzył, że przedstawione w ramach wyjaśnień informacje o doświadczeniu osób jest wewnętrznie sprzeczna i nie wyjaśnia, jakie dokładnie czynności miały wykonywać poszczególne osoby w toku realizacji poszczególnych projektów.

Odwolujący podniósł, że w tych okolicznościach Zamawiający powinien powziąć wątpliwości, dla których wyjaśnienia konieczne jest ponowne zwrócenie się do podmiotów, na rzecz których realizowane były te projekty w trybie § 2 ust. 6 rozporządzenia o dokumentach.

{ad pkt 5. listy zarzutów}

Według relacji Odwołującego:

- Arcus sam wskazał w treści wykazów osób firmy i adresy podmiotów oraz zakresy realizowanych na ich rzecz zadań;
- w ramach uzasadnienia objęcia części wyjaśnień dot. wykazu osób Arcus skupił się głównie na wskazywaniu, że wiedza o podmiotach prywatnych, na rzecz których realizował projekty informatyczne, stanowi dla niego wartość gospodarczą uzasadniającą poufność tych informacji, bez dokładnego wyjaśnienia, z jakiego powodu taką wartość one stanowią;
- nie wykazał podjętych środków mających na celu zachowanie tych wiadomości w tajemnicy.

Odwolujący podniósł, że powyższe okoliczności, jak i dalsza analiza treści uzasadniania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartego w treści wyjaśnień z dnia 12 października 2020 r., wskazuje, że Arcus nie sprostął ciężarowi wykazania spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 8 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, co implikować powinno odtajnienie przedmiotowych informacji.

Jednocześnie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że zaaprobowanie przez Zamawiającego takiego uzasadnienia skutkowało naruszeniem zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców w zakresie, w jakim uniemożliwiło Odwołującemu pełną weryfikację prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny, czy Arcus wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

{ad pkt 6. listy zarzutów}

Odwolujący podał, że zgodnie z

- wzorem umowy wykonanie przedmiotu zamówienia podzielone jest na V etapów, z których to Etap I – Analiza przedwdrożeniowa ma być wykonany do 31 grudnia 2020 r. (§ 2 ust. 1 pkt 2)
- ramowym harmonogramem wdrożenia (rozdz. 25 OPZ) Zamawiający założył, że dla wykonania analizy przedwdrożeniowej wykonawca potrzebował będzie 4-6 miesięcy.

Według Odwołującego oznacza to, że już na dzień wnoszenia odwołania wykonanie analizy przedwdrożeniowej nie będzie możliwym w przewidzianym w umowie terminie.

Odwolujący podniósł, że jak stanowi art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”} umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna, a zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego – co oznacza, że Zamawiający, wobec obiektywnej niemożliwości zrealizowania umowy w założonym kształcie, powinien unieważnić postępowanie, gdyż zawarta w wyniku jego rozstrzygnięcia umowy byłaby bezwzględnie nieważna.

W odpowiedzi na odwołanie z 23 listopada 2020 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób odnosząc się do poszczególnych zarzutów

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Podjmując decyzję o wyborze oferty Arcus Systemy Informatyczne sp. z o.o. {dalej w odpowiedzi na odwołanie: „Arcus SI”} Zamawiający kierował się treścią dokumentów złożonych w postępowaniu przez tego Wykonawcę (wymaganych w SIWZ i ogłoszeniu). W ocenie Zamawiającego nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp, wyrażającego się w zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy Arcus SI z postępowania, gdyż Wykonawca ten potwierdził, za pomocą złożonego (zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej nr 1849/20) wykazu osób wraz z dokumentami potwierdzającymi oraz wyjaśnieniami do tego wykazu (stanowiących *de facto*, z uwagi ich treść, doprecyzowanie informacji dotyczących złożonego w ramach uzupełnień wykazu osób) spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. V pkt 1 ppkt 3 lit c tiret czwarte SIWZ. Wezwania do uzupełnienia wykazu oraz do złożenia wyjaśnień skierowane do Wykonawcy przez Zamawiającego były zgodne z przepisami ustawy pzp. Nie było więc żadnej podstawy, która uzasadniałaby wykluczenie Wykonawcy Arcus SI

z postępowania — a gdyby Zamawiający to uczynił, to biorąc pod uwagę, zarówno przepisy prawa, jak i ugruntowane w tym zakresie orzecznictwo Izby, w rażący sposób naruszyłby przepisy i zasady regulujące postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego — w szczególności, że Zamawiający nie mógł wyjść poza ramy, które sam narzucił formułując SIWZ, nie mógł zatem w toku badania ofert nakładać na Wykonawcę (lub rozszerzać) obowiązków, którego z tego SIWZ nie wynikały.

{ad pkt 2.-4. listy zarzutów}

Zamawiający na podstawie wyroku z 14 września 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1849/20 unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonał ponownej czynności badania i oceny ofert. 15 września, na podstawie uzyskanej telefonicznie treści sentencji wyroku wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia wykazu osób w celu wylegitymowania się przez Wykonawcę Arcus SI spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, który został o wskazany w rozdz. V pkt 1 ppkt 3 lit c) tiret czwarte SIWZ.

Wykonawca Arcus SI Sp. z o.o. przesłał 21.09.2020 r. do Zamawiającego odpowiedź, wskazując jednocześnie: *Zwrócić jednak należy uwagę, że powołując się na treść orzeczenia KIO nr 1849/20 z dnia 14 września 2020r., Zamawiający zobowiązany jest je wykonać zgodnie z sentencją i uzasadnieniem. Do dnia dzisiejszego orzeczenie nie zostało doręczone. Zamawiający nie sprecyzował w jakim zakresie ma nastąpić uzupełnienie. Wskazał na wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w odniesieniu do programistów oprogramowania ERP (rozdział VII pkt 2 ppkt 2) lit b) SIWZ).*

Podkreślić przy tym należy, że zasada jednokrotnego uzupełniania dokumentów, jednak odnosi się do sytuacji, gdy zamawiający w jednym wezwaniu dokonuje wezwania kompleksowego, wskazując na wszystkie błędy i wady dokumentu. Jeżeli jego czynność jest wadliwa lub niepełna, nie można tym faktem obciążać wykonawcy, a czynność tę należy skorygować. (J. E. Nowicki, Art. 26. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany. System Informacji Prawnej LEX, 2018).

Zgodnie z informacją telefoniczną uzyskaną poprzez infolinię Krajowej Izby Odwoławczej, Izba nakazała: Wezwanie Arcus SI na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, w celu wylegitymowania się przez ww. Wykonawcę spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, który został wskazany w Rozdziale V, pkt 1 ppkt 3 lit. C tiret 4 — programista oprogramowania ERP.

(...) Na obecną chwilę do określenia obowiązków w zakresie uzupełnienia posiłkować się można zakresem zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Odwołanie jednak w sposób ogólny kwestionuje udział wykazanych osób, w tym programistów.

Istotnie, biorąc między innymi powyższe wskazanie Wykonawcy oraz sposób w jaki Arcus odniósł się do wezwania Zamawiającego, komisja przetargowa unieważniła czynność wezwania do uzupełnienia z 15.09.2020r. oraz tego samego dnia dokonała wezwania właściwego, tj. po doręczeniu odpisu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 1849/20 z 14 września 2020 roku. Zamawiający wziął pod uwagę wskazanie Wykonawcy w piśmie z 21.09.2020r., że jest niejako pokrzywdzony z uwagi na fakt, iż nie znał pełnego uzasadnienia wyroku oraz mógł odnieść się jedynie do zarzutów odwołania (a nie całokształtu i merytorycznego uzasadnienia zawartego w uzasadnieniu wyroku).

Zamawiający wskazuje, że sprecyzował treść wezwania i w sposób pełny oraz kompletny, prawidłowo skierował wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia wykazu osób 25.09.2020r.: *W związku z doręczeniem Stronom odpisu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. akt: KIO 1849/20 z dnia 14 września 2020 roku, Zamawiający, na mocy zobowiązania do podjęcia w postępowaniu wszelkich dostępnych mu procedur i wykonania czynności umożliwiających Wykonawcy prawidłowe zastosowanie się do okoliczności (w szczególności takich, które mogą mieć wpływ na ocenę oferty w postępowaniu) wzywa do uzupełnienia „wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia” w celu wylegitymowania się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, który został wskazany w rozdz. V pkt 1 ppkt 3) lit C) tiret czwarte SIWZ.*

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że na każdym etapie postępowania jest uprawniony (przepisy pzp. nie stanowią takiego zakazu) do korygowania własnych błędów popełnionych w trakcie prowadzonej procedury udzielania zamówienia, w tym związanych z oceną złożonych ofert (tak np. KIO 81/14). Zamawiający wskutek swoich działań dał faktyczną możliwość zapoznania się przez Wykonawcę ze szczegółowym uzasadnieniem Wyroku Izby z 14 września 2020 r., a doręченного stronom 21 września 2020 r.

Zamawiający w ramach unieważnienia wskazanej czynności uzupełnienia nie brał już pod uwagę wykazu złożonego w ramach unieważnionego wezwania — stąd Odwołujący błędnie wskazuje w załączniku nr 4 do odwołania w Tabeli nr 1 kolumnę „wykaz z dnia 21.09”, jak również kolumnę „wykaz pierwotny”, który był już przedmiotem wcześniejszej merytorycznej oceny w ramach posiedzenia Izby 10.09.2020 r. w sprawie sygn. akt 1849/20 — a więc pierwszymi prawidłowymi odniesieniami powinny być dane zawarte w kolumnie „wykaz 30.09”.

Przedstawiona przez Odwołującego w załączniku nr 4 do odwołania Tabela nr 1 sugeruje w sposób niewłaściwy zmiany wykazu, które *de facto* wcale nie miały miejsca.

Kolejnym argumentem przemawiającym za nierzetelnym zapoznaniem się przez Odwołującego z dokumentacją postępowania jest fakt, że Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że nie zwrócił się do podmiotów publicznych w ramach badania oferty Wykonawcy Arcus SI, podczas gdy nie polega to na prawdzie.

Zamawiający przekazał Odwołującemu zarówno dokumentację uzyskaną przez niego, w ramach badania wykazu osób, z Politechniki Śląskiej, jak również z Politechniki Poznańskiej (stanowią załączniki do dokumentacji przetargowej oraz do niniejszej odpowiedzi na odwołanie — zał. nr 1, 1a i 1b). Ponadto Zamawiający uzyskał telefoniczne potwierdzenia udziału wskazanych przez Arcus SI osób u pozostałych podmiotów. Zamawiający wskazuje również, że powyższe sprawdzenie jest jednak jedynie uprawnieniem Zamawiającego, nie zaś jego obowiązkiem. Konstruując dokumentację przetargową, w tym Załącznik nr 6 do SIWZ, Zamawiający wskazał szczegółowo jakie informacje należy wpisać do załącznika.

Wskazany w tabeli nr 1 zarzut, że Zamawiający nie wyjaśnił udziału p. Jarosława Kryczki w zamówieniu dla Politechniki Śląskiej również nie znajduje uzasadnienia, ponieważ p. Jarosław Kryczka znajduje się wprost w Zespole Wdrożeniowym w zamówieniu dla Politechniki Śląskiej — informacje przesłane przez Wykonawcę Arcus SI 21.07.2020 r. na etapie badania ofert (w ramach odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 21.07.2020r.).

Odnosnie pozostałych zarzutów zawartych w ww. tabeli Odwołującego Zamawiający wskazuje, że warunek sformułowany w SIWZ wymagał udziału programistów jedynie w trzech zamówieniach — Wykonawca ARCUS SI spełnił ten warunek, pomimo faktu, że w wykazie osób wpisał każdemu z programistów po pięć wykonanych zamówień dla poszczególnych podmiotów (w jednym przypadku nawet sześć wykonanych zamówień).

Zamawiający wskazuje również, że wyjaśnienia Wykonawcy na etapie badania oferty nie wprowadzały żadnych nowych informacji, a jedynie były doprecyzowaniem informacji wskazanych w Wykazie Osób — czemu wprost służy

instrument przewidziany w art. 26 ust 4 — i z czego Zamawiający skorzystał.

{ad pkt 5.listy zarzutów}

Zamawiający wskazuje, że podejmując decyzję o utrzymaniu w tajemnicy informacji, co do których wykonawca Arcus SI zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane, kierował się w szczególności argumentami podniesionymi przez Wykonawcę w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa zawartymi w piśmie z 12.10.2020 r. Zamawiający uznał, że zastrzeżone informacje mogą i powinny korzystać z ochrony jaką prawo przyznaje tajemnicy przedsiębiorstwa. Ochrona ta to jedno z ustawowych uprawnień gwarancyjnych dla wykonawcy, który ubiegając się o zamówienie publiczne nie jest jednocześnie zobligowany do ujawniania publicznie wszystkich aspektów swojej działalności jeżeli wykaże, że zastrzeżone informacje spełniają przewidziane ustawą przesłanki ochrony. Jednocześnie też Zamawiający brał od uwagę, że nieuprawnione ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy mogłoby narazić Zamawiającego na odpowiedzialność odszkodowawczą.

W ocenie Zamawiającego Wykonawca wykazał, że dokładne dane umów zawieranych z jego kontrahentami obejmują informacje, które posiadają dla Arcus SI wartość gospodarczą – w szczególności Wykonawca wskazał, że ujawnienie przez niego informacji dotyczących partnerów handlowych stałoby w sprzeczności ze zobowiązaniami Arcus SI wobec tych kontrahentów oraz naraziłoby Wykonawcę (oraz podmioty udostępniające te informacje) na odpowiedzialność odszkodowawczą.

Wykonawca podkreślił, że informacje przez niego zastrzeżone obejmują informacje o istnieniu określonych umów niestanowiących zamówień publicznych, dane kontrahentów oraz szczegółowe dane umów. W ocenie Wykonawcy ujawnienie powyższych danych umożliwiłoby poznanie przez konkurentów rynkowych Wykonawcy wielu aspektów jego działalności handlowej, w szczególności dotyczącej doboru kontrahentów czy intensywności i skali działalności gospodarczej, co mogłoby ułatwić konkurentom Wykonawcy odebranie mu klientów.

Wykonawca wskazał również, że zastrzeżone informacje nie są ujawnione do wiadomości publicznej, a dostęp do nich ma jedynie wąska grupa upoważnionych do tego pracowników Wykonawcy, którzy są zobowiązani do zachowania ich w poufności.

Jednocześnie – co najważniejsze – odnosząc się do treści odwołania w tym zakresie, należy wskazać, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, utajnienie zastrzeżonych przez Arcus SI informacji nie uniemożliwiło weryfikacji przez Odwołującego dokonanej przez Zamawiającego oceny, czy Wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu.

Wskazać przy tym należy, iż zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Nawet zatem gdyby informacje te miały podlegać odtajnieniu, pozostawałoby to bez znaczenia dla wyniku postępowania.

{ad pkt 6.listy zarzutów}

Podejmując decyzję o wyborze oferty Arcus SI Zamawiający kierował się treścią dokumentów złożonych w postępowaniu przez tego Wykonawcę (wymaganych w SIWZ i ogłoszeniu), w ramach uzupełnień i wyjaśnień oraz wyroku Izby sygn. akt 1849/20. Biorąc pod uwagę, że w ocenie Zamawiającego nie zaistniały przesłanki do wykluczenia ww. Wykonawcy z postępowania, ani też odrzucenia jego oferty, a także uwzględnivszy ranking ofert w postępowaniu ustalony zgodnie z opisanymi w SIWZ kryteriami ich oceny – Zamawiający wybrał ofertę Arcus SIW zgodnie z przywołanymi o kryteriami oceny. W ocenie Zamawiającego zarzut Odwołującego jest zatem bezzasadny.

{ad pkt 7. listy zarzutów}

Zamawiający wskazuje, że w jego ocenie okoliczność, iż we wzorze umowy pierwszy z terminów składający się harmonogram realizacji umowy (określony w § 2 ust. 1 pkt) upływa 31.12.2020 r. nie stanowi o istnieniu niemożliwej do usunięcia wady, uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak również nie przesądza, że wykonanie umowy jest świadczeniem niemożliwym.

Jak wynika z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z 4 stycznia 2018 r. sygn. akt: KIO 2700/17, KIO 2713/17 *jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przesłanka unieważnienia postępowanie opisana w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp opiera się na trzech okolicznościach, których łączne wystąpienie skutkuje zastosowaniem tego przepisu, tj. musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania), wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, wada musi być niemożliwa do usunięcia; zatem, wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy*.

W postępowaniu, którego dotyczył powyższy wyrok, Izba uznała iż upływ terminu realizacji pierwszego etapu dostaw, jeszcze w toku prowadzonego przez zamawiającego postępowania i przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej nie stanowi wady postępowania i nie może stanowić podstawy do unieważnienia postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podzielała stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym sam upływ terminu realizacji zamówienia nie stanowi wady nieusuwalnej, wobec którego konieczne miałyby być unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy (m.in. wyrok z 23 czerwca 2014 r. sygn. akt KIO 1155/14, wyrok z 7 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 154/13, wyrok z 23 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 206/10, wyrok z 9 sierpnia 2016 r. sygn. akt KIO 1366/16. Nie bez znaczenia pozostaje okoliczność, że termin upływający 31.12.2020 r. dotyczy pierwszego z pięciu etapów realizacji umowy, a nie terminu końcowego, a wzór umowy przewiduje możliwość zmiany jej postanowień (§ 22).

We wpisującym się w powyższą linię orzecniczą wyroku z 15 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2744/17 Izba dodatkowo wskazała, iż brak jest przeszkód, aby zamawiający ustalił odpowiednio inny termin na wykonanie zamówienia, w sytuacji gdy termin wykonania zamówienia nie był jednym z kryteriów oceny ofert. Izba zwróciła także uwagę na pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 16.10.2007 r. sygn. akt X Ga 158/0/Iza, iż (...) *istotnie, żaden przepis ustawy nie przewiduje wyraźnie możliwości zmiany terminu wykonania zamówienia na etapie po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy. Zdaniem Sądu Okręgowego nie oznacza to jednak zakazu wprowadzenia takiej zmiany (...)*

W szczególności możliwa jest zmiana terminu realizacji umowy w związku z wystąpieniem siły wyższej lub zmianą szczegółowego harmonogramu wdrożenia, z powodów których strony nie były w stanie przewidzieć przy dołożeniu należytej staranności (§ 22 ust. 1 pkt 2 lit. a-b).

Odnosząc się do możliwości ewentualnego powołania się na siłę wyższą Zamawiający wskazuje, że nie był w stanie przewidzieć tak znacznego przedłużenia przedmiotowego postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, do czego przyczyniły się m.in. okoliczności związane z wystąpieniem pandemii koronawirusa oraz, również z przedmiotowego powodu, dłuższym rozpatrywaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wcześniejszych odwołań w ramach niniejszego postępowania (obecne odwołanie jest już czwarte) wniesionych przez Odwołującego na

wcześniejszym etapie pandemii, kiedy to wszystkie instytucje na podstawie wprowadzonych obostrzeń sanitarnych musiały dopiero wypracować sobie bezpieczny, a zarazem gwarantujący ciągłość ich działania sposób funkcjonowania.

W szczególności Zamawiający wskazuje, że możliwość przesunięcia terminu wykonania umowy data regulacja tzw. Tarczy 3.0 czyli ustawy z dnia 2 marca 2020 r. „O szczególnych rozwiązaniach o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych” (Dz. U 2020 poz. 374 ze zm.) – w szczególności art. 15r ust. 4 i 4a pozwala stronom między innymi na dokonanie zmiany terminu wykonania umowy lub jej części.

Jednocześnie należy wskazać, że Zamawiający, nie będąc ekspertem w zakresie wdrożeń systemów informatycznych, skonstruował umowę w ten sposób, by w miarę możliwości pozostawić wykonawcy ustalenie długości realizacji poszczególnych czynności związanych z realizacją umowy.

Zgodnie z postanowieniami § 2 ust. 2 i 3 wzoru umowy, szczegółowe (częstkowe) terminy realizacji poszczególnych etapów zamówienia określi dopiero zaakceptowany przez Zamawiającego szczegółowy harmonogram wdrożenia, który zostanie sporządzony przez wykonawcę zgodnie z wytycznymi zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia w ramach pierwszego etapu realizacji umowy. Umowa przewiduje również możliwość zmiany szczegółowego harmonogramu wdrożenia, w przypadku wystąpienia okoliczności których Strony nie były w stanie przewidzieć przy dołożeniu należytej staranności.

Zamawiający nie wyklucza również, że możliwe jest zrealizowanie niektórych etapów w znacznie krótszym okresie niż przewidziany przez Zamawiającego, a tym samym nie będzie konieczne dokonywanie zmiany umowy w zakresie przesunięcia terminu końcowego.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że co do zasady zmiana długości poszczególnych etapów umowy może zostać uznana za zmianę, która nie jest istotna w rozumieniu art. 144 ust. 1e ustawy pzp. Tak w szczególności uznano w wyroku Izby z 4 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO: 2700/17, KIO 2713/17, zgodnie z którym termin realizacji dostaw w ramach etapu pierwszego nie ma znaczenia istotnego, a zatem zmian w tym zakresie jest dopuszczalna na gruncie art. 144 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 144 ust. 1e ustawy pzp, z których wynika, iż możliwa jest zmiana postanowień zawartej umowy, niezależnie od ich wartości, o ile nie są one istotne w rozumieniu przepisu art. 144 ust. 1 ustawy pzp.

W ocenie Zamawiającego ważna może być również okoliczność, że Zamawiający wystąpił do instytucji finansującej projekt, którego realizacji dotyczy zamówienie, z wnioskiem o wprowadzenie zmian w umowie o dofinansowanie projektu, obejmujących w szczególności przedłużenie okresu w którym Projekt może być realizowany. W przypadku pozytywnego rozpatrzenia wniosku, możliwe będzie zatem również dodatkowo wprowadzenie zmian do przedmiotowej umowy na podstawie § 22 ust. 1 pkt 8 wzoru umowy (wprowadzenie w umowie zmiany wynikającej ze zmiany zawartej przez Zamawiającego umowy o dofinansowanie projektu lub wytycznych dotyczących realizacji projektu, w tym co do sposobu rozliczania umowy lub dokonywania płatności na rzecz wykonawcy).

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie po stronie Zamawiającego przystąpił Arcus, wnosząc o oddalenie odwołania.

W piśmie z 24 listopada 2020 r. Przystępujący odniósł się do poszczególnych zarzutów, co Izba wzięła pod uwagę w zakresie, w jakim stanowisko Przystępującego nie było sprzeczne ze stanowiskiem Zamawiającego.

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

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

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

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

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie czynności względem Przystępującego uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

{rozpoznanie zarzutów z pkt 1.-4. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z warunkiem określonym w rozdziale V pkt 1 ppkt 3) lit. C tiret czwarte specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja” lub „s.i.w.z.”} od wykonawcy ubiegającego się o przedmiotowe zamówienia wymagane było wykazanie dysponowaniem w ramach zespołu osób zdolnych do jego wykonania programistami oprogramowania ERP – co najmniej 5 osobami, z których każda pełniła rolę programisty w co najmniej trzech zamówieniach informatycznych dotyczących wdrożenia lub utrzymania i rozwoju zintegrowanego systemu informatycznego klasy ERP.

Przy czym zgodnie z rozdziałem VII pkt 2 ppkt 2) lit. b) s.i.w.z. potwierdzenie tego warunku należało wykazać w ramach „Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia {dalej: „wykaz osób”} przygotowanego według wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do s.i.w.z., w szczególności przewidującego w kolumnie pn. „Opis kwalifikacji zawodowych i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia” wskazanie przez wykonawcę nazwy zamówienia, podmiotu na rzecz którego było ono realizowane oraz jego przedmiotu (tzn. czy jego zakres dotyczył wdrożenia czy utrzymania i rozwoju).

W wyroku z 14 września 2020 r. sygn. akt KIO 1849/20 Izba uwzględniła poprzednie odwołanie Simple i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności – wezwanie Arcusa w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia złożonego przez niego pierwotnie (w trybie art. 26 ust. 1 pzp) wykazu osób w celu wykazania spełniania powyżej wskazanego warunku.

Pismem z 15 września 2020 r. (L.dz. J710.1676.2020.RR) Zamawiający w wykonaniu powyższego wyroku wezwał w trybie art. 26 ust. 3 pzp Arcusa do uzupełnienia wykazu osób w powyżej wskazanym zakresie.

W określonym przez Zamawiającego terminie Arcus złożył uzupełniony wykaz osób datowany na 21 września 2020 r., a

także dodatkowe dokumenty dla każdej z osób wskazanych na stanowisko programisty.

Pismem z 25 września 2020 r. (L.dz. J710.1753.2020.RR) Zamawiający unieważnił wezwanie z 15 września 2020 r. z tego powodu, że *...pełna treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. akt KIO 1849/20 z dnia 14 września 2020r., tj. zawierająca również uzasadnienie nakłada na Zamawiającego zobowiązanie w znacznie szerszym zakresie badania oferty Wykonawcy Arcus Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (wymagającego znacznie szerszego udokumentowania osób skierowanych do realizacji zamówienia) aniżeli wynika to z treści samej sentencji orzeczenia...*

Kolejnym pismem z 15 września 2020 r. (L.dz. J710.1755.2020.RR) Zamawiający, ponownie w trybie art. 26 ust. 3 pzp i ponownie w wykonaniu powyższego wyroku, jak to tym razem określił – *...na mocy zobowiązania do podjęcia w postępowaniu wszelkich dostępnych mu procedur i wykonania czynności umożliwiających Wykonawcy prawidłowe zastosowanie się do okoliczności (w szczególności takich, które mogą mieć wpływ na ocenę oferty w postępowaniu...* – wezwał Arcusa do uzupełnienia wykazu osób w takim samym zakresie jak w unieważnionym wezwaniu.

W określonym przez Zamawiającego terminie Arcus złożył uzupełniony wykaz osób datowany na 30 września 2020 r., a także dodatkowe dokumenty dla każdej z osób wskazanych na stanowisko programisty, przy czym zakres tych ostatnich uległ rozszerzeniu w stosunku do poprzedniego uzupełnienia o kolejne dokumenty.

Jednocześnie w piśmie przewodnim Arcus zwrócił uwagę Zamawiającemu, że wbrew temu, co podał jako powód unieważnienia wezwania, uzasadnienie wyroku precyzuje nakaz określony w sentencji jako brak wystarczającego potwierdzenia warunku w odniesieniu do trzech (wskazanych z imienia i nazwiska) spośród pięciu programistów objętych zarzutami odwołania (osoba szóstego zgłoszonego programisty nie była w ogóle kwestionowana).

Pismem z 6 października 2020 r. (L.dz. J710.1787.2020.RR) Zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 pzp wezwał Arcusa do wyjaśnienia w odniesieniu do uzupełnienia dokumentów, formułując liczne szczegółowe wątpliwości, które sprowadzić można do następujących kategorii. Po pierwsze (znakomita większość zgłoszonych wątpliwości) – co do zakresu zamówienia, w którym uczestniczyła dana osoba (wdrożenie czy utrzymanie i rozwój), na tle rozbieżności informacji zawartych w samym wykazie lub w porównaniu do dodatkowo dołączonych dokumentów, w związku z czym Zamawiający domagał się wyjaśnienia, czy dana osoba uczestniczyła w zamówieniu dotyczącym jednego z tych zakresów czy obu, w tym, w przypadku drugiego typu rozbieżności – podania dokładnej nazwy lub nazw oraz zakresu zrealizowanych zamówień. Po drugie – (jedynie w dwóch przypadkach) co do tego, czy dana osoba została zgłoszona w ramach wskazywanego zakresu zamówienia zamawiającemu, na rzecz którego było realizowane zdane zamówienie.

W określonym terminie pismem z 12 października 2020 r. Arcus odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, w tym częściowo zmienił treść uprzednio złożonego wykazu z 30 września 2020 r., przez sprecyzowanie zakresu przedmiotu zamówienia, w którym brała udział dana osoba.

W pierwotnym wykazie osób złożonym w odpowiedzi na wezwanie na potwierdzenie tego warunku Arcus wskazał następujące 6 osób jako programistów: Jarosława Kryczkę (poz. 9.), Dominika Skrzypka (poz. 10.), Piotra Józwiaka (poz. 11.), Marka Bronisza (poz. 12.), Ewelinę Paluch (poz. 13.) i Zbigniewa Skórę (poz. 14.)

W uzupełnionych wykazach Arcus wskazał następujące 6 osób jako programistów: Jarosława Kryczkę (poz. 9.), Dominika Skrzypka (poz. 10.), Piotra Józwiaka (poz. 11.), Marka Bronisza (poz. 12.), Ewelinę Paluch (poz. 13.) i Wojciecha Ziętkowskiego (poz. 14.), czyli wymienił tylko ostatnią z osób wskazywanych do pełnienia tej funkcji.

Reasumując, Izba stwierdziła, że faktycznie zakres wezwań Zamawiającego z 15 i 25 września 2020 r. był taki sam, tzn. pomimo podanego przez siebie powodu unieważnienia pierwszego z nich, Zamawiający niczego *de facto* nie zmienił co do żadanego od Arcusa zakresu uzupełnienia. Z kolei skoro Arcus nie zakwestionował w drodze odwołania żadnego z tych wezwań, a jednocześnie w odpowiedzi na każde z nich wskazał te same osoby do pełnienia funkcji programisty, miał zatem faktyczną możliwość prawidłowego wykonania już pierwszego z tych wezwań.

Ponadto niesporne było w sprawie {patrz tabele załączone do odwołania oraz do pisma Przystępującego}, że:

- w zakresie dotyczącym szczegółowego sposobu wykazania spełnienia opisanego na wstępie ustaleń warunku udziału zachodzą różnice pomiędzy wykazami z 21 i 30 września 2020 r., a wyjaśnienia z 6 października 2020 r. dotyczyły tego drugiego wykazu.

- Zamawiający nie oceniał spełnienia warunku udziału przez Arcus na podstawie pierwotnie uzupełnionego wykazu.

Izba stwierdziła również, że z odwołania (z uwzględnieniem tabelarycznego załącznika) nie wynika konkretnie, ani na czym miałyby polegać niewykazanie przez Arcusa spełnienia warunku wykazem z 25 września 2020 r. (abstrahując od tego, że nie był on badany przez Zamawiającego), ani które informacje z tego wykazu są nieprawdziwe, gdyż sformułowane zarzuty opierają się na założeniu, że skoro w kolejnym wykazie lub wyjaśnieniu cokolwiek uległo zmianie, poprzednią treść należy uznać za wprowadzającą błąd.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są częściowo zasadne.

Z art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp wynika, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Art. 7 ust. 1 pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie

o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W doktrynie i orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że art. 26 ust.3 pzp interpretowany przez pryzmat podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp, dozwala wyłącznie na jednokrotne wzywanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w odniesieniu do tego samego braku (okoliczności faktycznej, która legła u podstaw wezwania) niezależnie od tego, czy polegał on na niezłożeniu dokumentów w ogóle czy złożeniu dokumentów niekompletnych lub zawierających błędy. Skoro zasadą jest złożenie przez wykonawcę stosownych dokumentów wraz z ofertą lub na pierwsze wezwanie do ich złożenia (w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 pzp), nie można wyjątku od tej zasady interpretować rozszerzająco, gdyż godziłoby to w podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności w zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W tej sprawie Zamawiający bezpodstawnie unieważnił swoje pierwsze wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 pzp i ocenił spełnienie przez Arcusa warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania programistami na podstawie wykazu złożonego w odpowiedzi na kolejne wezwanie do uzupełnienia wykazu osób w tym zakresie, które nie powinno

mieć miejsca. Stąd zarówno to ponowione wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 pzp, jak i dotyczące złożonego w odpowiedzi na nie wykazu osób wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp należało unieważnić i nakazać Zamawiającemu ocenę spełniania przez Arcus wspomnianego warunku udziału w oparciu o wykaz złożony w odpowiedzi na pierwsze wezwanie do jego uzupełnienia.

Jednakże w razie powzięcia jakichkolwiek wątpliwości w związku z tym wykazem, biorąc pod uwagę dotychczasowy przebieg postępowania, Zamawiający winien skorzystać z wszystkich dostępnych mu instrumentów tzn. zarówno z uprawnienia do wezwania Arcusa do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp, jak i uprawnienia do zwrócenia się do podmiotów, na rzecz których były realizowane poszczególne zamówienia, o stosowne informacje w trybie § 2 ust. 6 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 2020 r. poz. 1282).

Natomiast Izba nie mogła stwierdzić naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 17 pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, skoro na podstawie okoliczności wskazanych w odwołaniu nie sposób stwierdzić wypełnienia się hipotezy tej normy prawnej już z tego powodu, że nie wiadomo, czy informacje zawarte w pierwotnie uzupełnionym wykazie są nieprawdziwe, a jeżeli tak, czy w stopniu istotnym w kontekście wykazania spełniania warunku udziału.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 5. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zawarte w piśmie Arcusa z 12 października 2020 r. uzasadnienie wartości gospodarczej informacji zawartych w utajnionej przez niego części wyjaśnień nie koresponduje z okolicznościami zaistniałymi w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu faktycznym oraz faktycznym zakresem utajnionych informacji. Na podstawie treści wykazu nie tylko Odwołujący, ale także każdy inny zainteresowany, zna zarówno personalia osób wskazanych do pełnienia funkcji programistów, jak i nazwy zamówień oraz firmy podmiotów, na rzecz których zostały one zrealizowane. Z kolei nie sposób stwierdzić w kontekście przedstawionego uzasadnienia, na czym miałyby polegać odrębna wartość gospodarcza numerów i dat zawarcia umów z tymi podmiotami wraz z podaniem, czy ich zakres, w którego realizacji uczestniczyła dana osoba z wykazu, dotyczył wdrożenia czy utrzymania i rozwoju (żadnych innych informacji utajniona część wyjaśnień nie zawiera).

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut odwołania jest zasadny.

Przypomnienia wymaga, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, wyrażoną w art. 8 ust. 1 pzp, 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, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak to zauważono w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) odnośnie wprowadzenia obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (czyli zmiany art. 8 ust. 3 pzp): *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.*

Stąd w znowelizowanym art. 8 ust. 3 pzp 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. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za takie „wykazanie” nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej aktualnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.). Ponadto według art. 8 ust. 3 pzp wykonawcy mają obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków.

Już w uchwale Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 przesądzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Wykonawca, który chce skutecznie utajnić informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 uznk, czyli że zastrzegane informacje: po pierwsze – mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie – jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Po trzecie – że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Należy podkreślić, że nie budzi wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, że warunkiem *sine qua non* w ramach

pierwszej przesłanki jest posiadanie przez daną informację wartości gospodarczej. Innymi słowy nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym (lub jeszcze innym) dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą (jest źródłem zysku lub pozwala na zaoszczędzenie kosztów) dla przedsiębiorcy dzięki temu, że pozostanie poufna.

Skoro nie sposób stwierdzić, na czym miałyby polegać tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przywołanego powyżej art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do informacji zawartych w wyjaśnieniach Arcusa, zarzut odwołania należy uznać za oczywiście zasadny. Jednocześnie, pomimo unieważnienia czynności wezwania do złożenia tych wyjaśnień, Izba uznała za celowe ich udostępnienie Odwołującemu dla zapewnienia przejrzystości prowadzonego przez Zamawiającego postępowania.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 6. listy zarzutów}
Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Ponieważ w odpowiedzi na odwołanie zrelacjonowano te okoliczności, nie ma konieczności ich powtarzania, a jedynie wystarczy podsumować, że termin, na który wskazano w odwołaniu, nie stanowi terminu końcowego realizacji umowy, a jedynie pierwszy z terminów określonych harmonogramem, który za zgodą stron może zostać zmieniony.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut odwołania jest oczywiście niezasadny.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest bezprzedmiotowy, gdyż w odwołaniu nie wskazano takiej wady postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.

W zakresie tego zarzutu Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie i uznaje za własne.

{podsumowanie i koszty}

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. i 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 3. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając kosztami tego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie rachunku przedłożonego do zamknięcia rozprawy, z ograniczeniem jego wysokości do kwoty maksymalnej wynikającej z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia), Odwołującego i Zamawiającego po połowie.