

WYROK
z dnia 27 października 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa
Członkowie: Aleksandra Patyk
Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 22 października 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2020 roku przez Wykonawcę PSI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Tramwaje Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie COMP spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz BOOM Software AG z siedzibą w Leibnitz zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:
 - 1.1 zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 4 ust. 1 i 5 rozporządzenia Ministra rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia części załączników do protokołu, tj. zamówienie wskazane w poz. 3 „Wykazu zamówień/umów” Konsorcjum Comp zrealizowane dla PKP Intercity spółka akcyjna, pomimo że nastąpił wybór oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2 naruszenia art. 96 ust. 2 i 3 w związku z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odtajnienia części informacji zastrzeżonych w ofercie Konsorcjum Comp, wskutek czego Zamawiający bezpodstawnie nie udostępnił Odwołującemu tych informacji i dokumentów je zawierających:
 - a) prezentacja systemu, nagranie przebiegu prezentacji systemu,
 - b) wykaz wykonanych zamówień/umów wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień/umów wskazanych w wykazie,
 - c) wezwania Zamawiającego do uzupełnień i wyjaśnień w zakresie dokumentów wskazanych pod lit. a) i b) oraz odpowiedzi Konsorcjum Comp na te wezwania;
2. Uwzględnia odwołanie.
Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje Zamawiającemu wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie COMP spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz BOOM Software AG z siedzibą w Leibnitz.
W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Tramwaje Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PSI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2 zasądza od Zamawiającego Tramwaje Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy PSI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu kwotę 18 600 gr 00 (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i 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 Warszawie.

Przewodniczący:
.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Tramwaje Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (ul. Siedmiogrodzka 20, 01-232 Warszawa) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego (ZSI), klasy EAM/CMMS” numer referencyjny: DWZ/71/2019) zwane dalej „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 stycznia 2020 r. pod numerem 2020/S 001-000942. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ww. ustawy.

W dniu 8 października 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez Wykonawcę PSI Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (ul. Towarowa 37, 61-896 Poznań)

wobec:

- czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: Comp S.A. ul. Jutrzenki 116 02-230 Warszawa Boom Software AG Hasendorfer 96 8430 Leibnitz („Konsorcjum Comp”);
- czynności badania i oceny ofert Konsorcjum Comp;
- zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Comp i wykluczenia tego wykonawcy z Postępowania;
- zaniechania udostępnienia jawnych załączników do protokołu postępowania;
- zaniechania odtajnienia informacji niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w dokumentach Konsorcjum Comp;
- pozostałe czynności/zaniechania wskazane w dalszej części odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że prowadząc przedmiotowe Postępowanie naruszył następujące przepisy:

- 1)art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Comp z Postępowania pomimo, że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonych w pkt 5.3.1.1 i 5.3.1.3 SIWZ;
 - 2)art. 24 ust. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Comp pomimo, że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej;
 - 3)art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Comp, mimo że wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje przez niego podejmowane w Postępowaniu;
 - 4)art. 24 ust. 1 pkt 12 i 21 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Comp z Postępowania pomimo, że Wykonawca ten nie wykazał, że wobec Boom Software AG sąd nie orzekł zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne;
 - 5)art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Comp, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
 - 6)ewentualnie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Comp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wycięcia ceny oferty pomimo, że wydaje się ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami przez niego określonymi - jeśli Izba uzna, że dopuszczalne jest ponownie wezwanie tego Wykonawcy do złożenia takich wyjaśnień;
 - 7)art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 i 5 rozporządzenia Ministra rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1128) (dalej: „rozporządzenie ws protokołu”) poprzez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia części załączników do protokołu, tj. zamówienie wskazane w poz. 3 „Wykazu zamówień/umów” Konsorcjum Comp zrealizowane dla PKP Intercity S.A. pomimo, że nastąpił wybór oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wnioskował o ich udostępnienie, a informacje w nich zawarte zostały przez Zamawiającego odtajnione m.in. pismem z dn. 28.08.2020r. oraz w konsekwencji pism Konsorcjum Comp dotyczących czynności odtajnienia tejże informacji, tj. pisma z 18.09.2020r. i 29.09.2020r.,
 - 8)art. 96 ust. 2 i 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia części informacji zastrzeżonych w ofercie Konsorcjum Comp, wskutek czego Zamawiający bezpodstawnie nie udostępnił Odwołującemu tych informacji i dokumentów je zawierających:
 - a) prezentacja systemu, nagranie przebiegu prezentacji systemu,
 - b) wykaz wykonanych zamówień/umów wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień/umów wskazanych w wykazie,
 - c) wezwania Zamawiającego do uzupełnień i wyjaśnień w zakresie dokumentów wskazanych pod lit. a) i b) oraz odpowiedzi Konsorcjum Comp na te wezwania;
 - d) wyjaśnienia w zakresie ceny Konsorcjum Comp z 3 lipca 2020r.;
 - 9)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum Comp pomimo, że nie jest to oferta najkorzystniejsza w tych zadaniach na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
 - 10)art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Comp do uzupełnienia dokumentów;
 - 11)art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Comp do złożenia wyjaśnień;
 - 12)art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
- Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o:
- 1)uwzględnienie odwołania,
 - 2)nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - 3)nakazania Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Comp z Postępowania;
 - 4)nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Comp;
 - 5)nakazania Zamawiającemu udostępnienia załączników do protokołu Postępowania, tj. dokumentów Konsorcjum Comp:
 - a) pism Konsorcjum Comp dotyczących czynności odtajnienia informacji wskazanej w poz. 3 „Wykazu zamówień/umów”, tj. pism z 18.09.2020r. i 29.09.2020r., które zostały częściowo utajnione;
 - 6)nakazanie Zamawiającemu odtajnienia dokumentów niezasadnie zastrzeżonych przez Konsorcjum Comp jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, tj.:
 - a) prezentacja systemu, nagranie przebiegu prezentacji systemu,
 - b) wykaz wykonanych zamówień/umów wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień/umów wskazanych w wykazie oraz wezwań Zamawiającego do uzupełnień i wyjaśnień w zakresie tych dokumentów oraz odpowiedzi Konsorcjum Comp,
 - c) wyjaśnienia w zakresie ceny Konsorcjum Comp z 3 lipca 2020r.,
 - 7)nakazania Zamawiającemu wezwania Konsorcjum Comp do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień.
- W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, ponieważ złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Wykluczenie Konsorcjum Comp lub odrzucenie jego oferty da Odwołującemu możliwość pozyskania zamówienia, jako wykonawcy sklasyfikowanemu na drugiej pozycji. Istotne jest również, że Odwołujący nie otrzymał niektórych dokumentów, które zostały niezasadnie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a Zamawiający zastrzeżenie to respektuje. Niewykluczone, że dokumenty te obciążone są wadami, co w przypadku udostępnienia ich PSI da dodatkową podstawę do zaskarżenia oferty konkurencyjnej. Podobnie z dokumentami, które powinny zostać uzupełnione i wyjaśnione, o złożeniu/wyjaśnieniu których Zamawiający nie wystąpił, choć powinien. Niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego. Szkoła ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania. Odwołujący wskazał, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż Odwołujący informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu jego oferty otrzymał w dniu 28 września 2020r. Wpis od odwołania w kwocie 15.000 złotych został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień

Publicznych - zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

W uzasadnieniu, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

Zamawiający w dniu 28 września 2020 r. poinformował Odwołującego o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu. Za najkorzystniejszą w Postępowaniu została uznana oferta Konsorcjum Comp.

Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o przekazanie protokołu postępowania wraz z załącznikami w dniu 29 września 2020r.

Pomimo wielokrotnych próśb i ponagieł, Zamawiający przekazał PSI protokół z załącznikami dopiero w dniu 5 października 2020 r., o godz. 15.21.

I.Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Comp — zdolność techniczna i zawodowa

1.1. Pozycja 1 wykazu dostaw.

Na podstawie korespondencji Zamawiającego z Konsorcjum Comp - pismo z 21 sierpnia 2020 r. wiadomym jest, że zamówienie to było realizowane na rzecz ENIGMA SOI sp. z o.o., zaś użytkownikiem końcowym był Skarb Państwa -Sąd Apelacyjny we Wrocławiu.

Z informacji ogólnie dostępnych:

1) „Ogłoszenie o zamówieniu” (2017:TEXT:PL:HTML) - wynika, że okres obowiązywania zamówienia wynosił 48 miesięcy (sekcja II pkt 2.7);

2) „Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia”

(<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NQTICE:108478-2018:TEXT:PL:HTML>) - wynika, że całkowita wartość umowy brutto wynosi 10.922.441,80 PLN (sekcja VI pkt 3);

3) formularz ofertowy znajdujący się w dokumentacji postępowania (<https://www.wroclaw.sa.gov.pl/pl/nawosci/postepowania> o zamówienia publiczne /Z 362 15 17) - wynika, że wartość serwisu i modyfikacji wynosi 60,81 %.

W związku z powyższym Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Comp o wyjaśnienie:

„w związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie informacji dotyczących terminu realizacji (termin w „Wykazie” to 7 miesięcy, natomiast w „Ogłoszeniu o zamówieniu” wskazano 48 miesięcy więc umowa nie została zakończona) oraz wartości zrealizowanego zamówienia (kwota w złożonym w postępowaniu „Wykazie” to „ponad 7.000.000,00 zł brutto bez wartości dostarczonego sprzętu”, natomiast wartość umowy zawartej pomiędzy Sądem Apelacyjnym we Wrocławiu a Konsorcjum Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. i S&T Services Polska sp. z o.o. podana w „Ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia” wynosi 10.922.441,80 zł brutto, z czego jak wynika z dokumentów przetargowych wartość serwisu i modyfikacji wynosi 60,81%, co oznacza, że wartość zrealizowanego przez Państwa zamówienia nie przekracza kwoty 5.000.000,00 zł brutto)”.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum Comp wątpliwości Zamawiającego nie wyjaśniło, a udzielone wyjaśnienia potwierdzają, że nie spełnia przedmiotowego warunku. Wyjaśnienia te zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, więc Odwołujący nie zna ich treści. Tym niemniej Konsorcjum Comp podało wartość o ponad 2 mln większą, niż kwota oferowana w tamtym postępowaniu, co stanowi olbrzymią różnicę. Nie sposób przyjąć, aby ENIGMA SOI sp. z o.o. oparła swoją ofertę na podwykonawcy, który za realizację otrzymał by wyższe wynagrodzenie, niż ona sama i to wyższe o ok. połowę, co oznaczałoby dopłatę z jej strony na poziomie ponad 2 mln zł. Wszelkie oświadczenia, które próbowały by wykazywać coś przeciwnego z gruntu należy uznać za niewiarygodne. Twierdzenie to jest niewiarygodne również z tego względu, że to zamówienie zostało udzielone podmiotom, które w tym celu połączyły swój potencjał - Konsorcjum: Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Ponadto, skoro wartość oferty w zakresie dotyczącym systemu wynosiła poniżej 5 mln zł a zamówienia udzielono podmiotom wspólnie ubiegającym się o nie, to powstają zasadnicze wątpliwości, czy Comp S.A. rzeczywiście wykonał całość prac na które wskazuje warunek udziału w Postępowaniu: „co najmniej jedno zamówienie (umowę), którego przedmiotem była dostawa systemu informatycznego o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 PLN brutto (słownie: pięć milionów złotych), obejmujące swoim zakresem zaprojektowanie architektury, budowę i wdrożenie systemu informatycznego oraz dostawę licencji i instalację infrastruktury technicznej”. Okoliczności sprawy wskazują, że Comp S.A. wykonał jedynie część zakresu prac wymaganych w przytoczonym warunku. Zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w tym zakresie stanowi naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Co więcej, nie można uznać tego warunku za spełniony także z tego względu, że:

1)warunek dotyczył zaprojektowania architektury, budowę i wdrożenie systemu informatycznego, tymczasem referencyjne zamówienie polegało jedynie na modyfikacji

a nie na budowie, zaś architektura mogła być co najwyżej przeprojektowywana;

2)w zakres zamówienia według wiedzy Odwołującego nie wchodziła instalacja infrastruktury technicznej.

Jednocześnie w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie (pismo z 2 września 2020 r.) Konsorcjum Comp powołało się na kolejną realizację (str. 4 pisma), tym razem w ramach konsorcjum wspólnie z Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz COIG S.A.

Przedmiotowa referencja nie może zostać uznana, ponieważ:

1)Comp S.A. nie wykonał samodzielnie dostawy tego systemu informatycznego, lecz jedynie jego część i praktycznie jego udział w realizacji był najmniejszy spośród wszystkich członków tego konsorcjum. Spośród ponad dwudziestu pozycji asortymentowych Comp S.A. uczestniczył w dwóch i to w każdej z nich nie samodzielnie. Mianowicie miał kupić licencje backupowe łącznie z innym członkiem konsorcjum i system dyskowy typ I - także łącznie z innym członkiem konsorcjum. Podobnie koszty zakupu miały być ponoszone wspólnie. Wobec powyższego twierdzenie, że Comp S.A. dostarczył przedmiotowy system informatyczny jest daleko idącym nadużyciem. Comp S.A. nie wykonał samodzielnie na potrzeby tego systemu żadnego z elementów, które są wymagane w warunku;

2)z wiedzy, którą Odwołujący posiada wynika, że w przypadku tego systemu nie występował w ogóle element zaprojektowania architektury, bowiem był to projekt wykonywany zgodnie z projektem technicznym Zamawiającego.

Podsumowując, żadna z referencji wskazanych przez Konsorcjum Comp dla spełnienia warunku z pkt 5.3.1.1 SIWZ warunku tego nie spełnia. Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z Postępowania, ewentualnie we wskazanych zakresach także wezwany do złożenia wyjaśnień.

1.2 Pozycja 3 wykazu dostaw.

Zamawiający pozycję tę odtajnił i finalnie w dniu 8 października 2020 r. przesłał Odwołującemu wykaz w tym zakresie oraz referencję.

W wykazie dostaw Konsorcjum Comp na „System informatyczny do planowania optymalizacji, rozliczania pracy drużyn

trakcyjnych i konduktorskich oraz obiegowania taboru". I rzeczywiście zamówienie na taki system zostało Comp S.A. przez PKP Intercity udzielone. Jednakże:

1) zamówienie na ten system udzielono Comp S.A. w dniu 24.11.2017r. - ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 2017/S 238-494804, z dn. 12.12.2017 - sekcja 5.2.1 (<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:494804-2017:TEXT:PL:HTML>).

Tymczasem Konsorcjum Comp wskazało w wykazie daty realizacji: 03.2017 - 01.2018,

2) umowa z dn. 24.11.2017r. miała być realizowana przez 48 miesięcy - w wykazie wskazano zakończenie realizacji w styczniu 2018r.,

3) dla tej pozycji Konsorcjum Comp przedstawił „Pismo referencyjne” od PKP Intercity S.A. z dn. 21.01.2019r. Pismo odnosi się do Umowy nr UM-BFI-17-900-0004 zawartej w dniu. 27.03.2017r. Z korespondencji emailowej Pani D. Z. - przedstawiciela Zamawiającego z Panem D. W. - przedstawicielem PKP Intercity S.A. wynika, że umowa, której dotyczy referencja, to umowa na udzielenie licencji i utrzymanie oprogramowania, a nie umowa na „System informatyczny do planowania optymalizacji, rozliczania pracy drużyn trakcyjnych i konduktorskich oraz obiegowania taboru”. Zatem przedstawiono referencję, która dotyczy zupełnie innej umowy, niż ta, która została wskazana w wykazie. Powyższe potwierdza także treść emaila od Pana D. W. z 5.10.2020r.: „Umowa nr UM-BFI-17-900-0004 z dnia 27 marca 2017r. dotyczy udzielenia licencji i utrzymania oprogramowania. Została zawarta z firmą Comp S.A. Umowa nie jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, ale załącznikiem do umowy jest podpisana przez obie strony umowa o zachowaniu poufności zarówno w trakcie realizacji umowy jak i po jej zakończeniu (bezterminowo)”.

Powyższe oznacza, że Konsorcjum Comp przedstawiło nieprawdziwe informacje, co powinno skutkować jego wykluczeniem z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp (o czym dalej).

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że przedmiotowy system nie został wdrożony w całości, z wiedzy Odwołującego wynika, że Comp S.A. ma istotne problemy z realizacją tego zamówienia.

Tym niemniej zamówienie to i tak nie mogłoby być uznane za spełniające warunek, ponieważ przedmiotem tego zamówienia było dostarczenie systemu do planowania pracy ludzi i obiegowania pociągów. Zgodnie z definicją z OPZ: „System lub System Planistyczny - polskojęzyczny system informatyczny do planowania, optymalizacji, rozliczania czasu pracy Drużyn trakcyjnych i Drużyn konduktorskich a także Pracowników pomocniczych oraz Obiegowania taboru, oparty na dostosowanym do potrzeb PKP IC oprogramowaniu opisany szczegółowo w niniejszym dokumencie”. Obiegowanie to przypisywanie do zadań (obieg na kolei to kilka kursów stanowiących kolejne „zadania przewozowe” dla jednostki taboru). Warunek w niniejszym Postępowaniu pkt 5.3.1.1 SIWZ finalnie brzmi natomiast tak (po zmianach wprowadzonych do SIWZ): „dedykowanego do planowania pracy pojazdów szynowych oraz utrzymania taboru, zawierającego m.in. funkcję planowania, realizacji

i rozliczania jego obsługi oraz przypisywania pojazdów do zadań przewozowych”.

System zamówiony przez PKP Intercity S.A. to typowy system planistyczny,

do planowania pracy ludzi i pracy przewozowej taboru. Nie jest to jednak system o charakterze warsztatowym czy do obsługi procesów technicznych związanych z taborem, dlatego z założenia nie zapewnia funkcjonalności do „rozliczania obsługi” (a takiej funkcjonalności wymagał w warunku Zamawiający). System dostarczony do PKP Intercity ma posiadać (wg OPZ) funkcjonalności służące do rozliczania pracowników, ale nie do rozliczania obsługi (przebiegów) taboru.

II. Zaniesienie wykluczenia Konsorcjum Comp na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

W związku z opisanymi powyżej okolicznościami niespełnienia warunków udziału

w Postępowaniu, sankcją jaką powinien zastosować Zamawiający jest sankcja wykluczenia Konsorcjum Comp z Postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Konsorcjum Comp przedstawiło szereg nieprawdziwych informacji, w tym w pozycji nr 3 wykazu zamówień/umów wskazało zamówienie niezrealizowane, dołączyło dla tej pozycji referencję, która nie dotyczyła w ogóle tego zamówienia. Co więcej, w treści tej referencji jest napisane: „Dot.: „System informatyczny do planowania, optymalizacji, rozliczania pracy drużyn trakcyjnych i konduktorskich oraz obiegowania taboru”. Ten fragment dla osób postronnych wywołuje mylne wrażenie, że chodzi o umowę dotyczącą dostarczenia i wdrożenia tego systemu, bo sam numer umowy podany w treści referencji, której realizację się potwierdza - sam w sobie nic nie mówi i nie definiuje jej zakresu, przedmiotu. Tymczasem w korespondencji Zamawiającego z przedstawicielem PKP Intercity S.A. wynika, że referencja ta dotyczy umowy, której przedmiotem jest zupełnie coś innego - dostawa licencji i oprogramowania. Zapewne na potrzeby budowy tego systemu zleconej odrębnym zamówieniem.

Stroną obydwu umów był Comp S.A., więc ma najlepszą wiedzę, co było przedmiotem każdej z nich.

Należy także zwrócić uwagę na bardzo intensywne starania Lidera Konsorcjum Comp, aby nie dopuścić do odtajnienia pozycji 3 wykazu. W tej kwestii wymieniono szereg pism. Jednakże po odtajnieniu tej pozycji wykazu okazało się, że podano tam bardzo ogólne informacje - nazwa systemu, liczba pojazdów szynowych - ale nie konkretna liczba wskazanie przekroczenia minimum wymaganego - ponad 200 pojazdów i nazwa zamawiającego — publicznego, udzielającego przedmiotowego zamówienia w trybie ustawy Pzp.

Powstaje też zasadnicze pytanie, z której umowy - tej dotyczącej systemu, czy tej dotyczącej licencji postanowienia o zachowaniu poufności przedstawiał Comp S.A. Zamawiającemu. Prawdopodobnie umowy dotyczącej licencji, co stanowiłoby kolejny przejaw podania nieprawdziwych informacji w celu wytworzenia mylnego przekonania, że umowa takie klauzule rzeczywiście zawierała.

Przedstawione informacje miały bezwzględnie wpływ na decyzje Zamawiającego, bowiem doprowadziły do wyboru oferty Konsorcjum Comp. Natomiast przedstawienie klauzul poufności, zakładając, że tyczyły się one umowy, której przedmiotem była dostawa licencji

i oprogramowania spowodowały, że Zamawiający wahał się co do odtajnienia tego dokumentu i był gotów unieważnić swoje odtajnienie w przypadku przedstawienia dowodów na poufność dokumentu - vide pismo Zamawiającego z 15.09.2020r. do Konsorcjum Comp: „[...] wskazujemy, że możliwe jest podjęcie przez nas takiej decyzji wyłącznie w sytuacji, gdy przedstawią Państwo odpowiednie dowody na potwierdzenie zapisów zobowiązujących do zapewnienia poufności faktu współpracy Stron umowy, w szczególności poprzez przedstawienie wyciągu z zawartej umowy zawierającego określenie jej stron, treść zobowiązania do zachowania poufności oraz podpisy stron”.

Dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp powinna być bowiem zastosowana zawsze, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, nie wykazując profesjonalizmu wymaganego od uczestnika rynku zamówień publicznych przedstawia informacje niezgodne z rzeczywistością, które mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane w ramach postępowania przez zamawiającego. Przepis ma bowiem na celu ochronę uczciwej konkurencji i sprzyja wykonawcom zachowującym należyłą staranność w toku przygotowywania się do udziału w procedurze udzielania zamówienia. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien zweryfikować informacje, które wykorzystał przy konstruowaniu oferty i pozostałych składanych dokumentów, nawet jeśli pochodziły od osób trzecich - osób wskazanych do pełnienia określonych funkcji.

Z treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, który wskazuje, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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, wynika, że dla przypisania wykonawcy odpowiedzialności na podstawie rzeczowego przepisu wystarczającym jest możliwość przypisania mu winy nieumyślnej, która zgodnie z nauką prawa cywilnego może przybrać formę lekkomyślności lub niedbalstwa. Działanie lub zaniechanie nieumyślne może być przypisane wykonawcy, który nie dochował należytej staranności. Z kolei zgodnie z definicją zawartą w art. 355 § 1 ustawy Kodeks cywilny (dalej: kc) należyta staranność to staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju. Oznacza to, że dłużnik ma obowiązek zachowywać stosowną pilność, uwagę, ostrożność, zdrowy rozsądek oraz troskę o zrealizowanie swojego zamiaru. Staranność ta wyznacza zatem sposób, w jaki dłużnik powinien wykonać zobowiązanie.

Przekładając powyższe na analizowany stan faktyczny wskazać należy, że podając informacje na temat doświadczenia wymaganego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, Konsorcjum Comp niewątpliwie tak zdefiniowanej staranności

nie wykazało, bowiem Comp S.A. jako bezpośredni wykonawca referencyjnych zamówień doskonale wiedział na czym polegała ich realizacja i co one zawierały w swoim zakresie.

W okolicznościach niniejszej sprawy niewątpliwie można również mówić o umyślnym działaniu i wypełnieniu hipotezy normy zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Za informacje wprowadzające w błąd zamawiającego uważa się takie informacje, które nie są zgodne z rzeczywistością, istniejącym stanem faktycznym. Są więc to informacje nieprawdziwe, oddające fałszywie stan faktyczny, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający pozostaje w błędzie, czyli ma mylne wyobrażenie o rzeczywistości lub też brak jakiegokolwiek wyobrażenia o niej (taką definicję błędu podaje Z. Radwański [w:] System Prawa Prywatnego, red. Z. Radwański, t. 1, Prawo cywilne - część ogólna, red. M. Safian, Warszawa 2008, s. 397) (W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII, LEX 2018). Istotna jest sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło.

Przekładając powyższe na analizowany stan faktyczny, wskazać należy, że informacje zawarte w utajnionych dokumentach na temat doświadczenia Konsorcjum Comp potwierdzały literalnie spełnienie warunku udziału w Postępowaniu a co więcej Zamawiający uznał, że Wykonawca ten warunki spełnia. Rzeczywiście sposób w jaki zaprezentowano

te informacje wprowadzał w błąd. Co więcej, zauważenie tego błędu było niezwykle trudne, bowiem umowa, której tyczą się referencje nie była prawdopodobnie zawierana w trybie ustawy Pzp. Działając więc w zaufaniu do wykonawcy, jako profesjonalnego uczestnika obrotu, treść przedstawionych przez niego informacji zdecydowanie prowadziła Zamawiającego do mylnego wyobrażenia o rzeczywistym stanie faktycznym.

Niezgodne z rzeczywistością informacje, którymi posługuje się dany wykonawca powinny być informacjami „mogącymi mieć wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu”, co jak słusznie przypomina się w literaturze przedmiotu oznacza, iż:

„(...) nie chodzi tu o istotne decyzje (czyli np. wybór oferty, wykluczenie wykonawcy, odrzucenie oferty itp.) lecz o istotny wpływ na wszelkie decyzje zamawiającego. W dodatku wprowadzające w błąd informacje nie musiały wyrzeć takiego wpływu; wystarczy,

że zaistniała potencjalna jego możliwość. Założeniem przepisu jest zapewne wyeliminowanie przypadków, kiedy niezamierzone działanie wykonawcy może zagrażać podejmowaniu właściwych decyzji przez zamawiającego, w szczególności w stosunku do tego wykonawcy” (j. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2018). I taki wpływ informacje

w niniejszej sprawie miały, o czym wspomniano powyżej.

Reasumując, w kontekście powyżej przedstawionej argumentacji, z uwagi na informacje podane przez Konsorcjum Comp, Wykonawca ten powinien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

III. Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Comp - zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne

Zamawiający pismem z dn. 17.07.2020r. wezwał Konsorcjum Comp do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca ten pismem z dn. 7.08.2020r. przedłożył dokumenty, a jednym z nich było oświadczenie własne Boom Software

Aktiengesellschaft, że „nie orzeczono tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne”.

Zamawiający słusznie pismem z dn. 21.08.2020r. wezwał Konsorcjum Comp na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do: uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w pkt 3 lit. a) pisma Zamawiającego z dnia 17 lipca 2020 r., nr DWZ.261.71.2019.MSi L.Dz.2280.2020, dla Boom Software AG, tj. informacji z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, innego równoważnego dokumentu wydanego przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym ww. Wykonawca ma siedzibę, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp (z uwzględnieniem przepisu art. 133 ust. 4 ustawy Pzp) - wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert [...]”.

W odpowiedzi na to wezwanie Konsorcjum Comp wskazało, że w Austrii nie wydaje się dokumentów potwierdzających brak skazania w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 Pzp i przedłożyło oświadczenie, które ma stanowić oświadczenie złożone przed notariuszem.

Przedmiotowy dokument został bezpodstawnie uznany za prawidłowy, ponieważ:

- 1) w Austrii wydaje się dokumenty potwierdzające brak skazania w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 Pzp,
- 2) uzupełniony dokument nie stanowi oświadczenia złożonego przed notariuszem a ponadto budzi szereg wątpliwości.

Zgodnie z §7 ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. („rozporządzenia ws dokumentów”): *Jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy lub miejsce zamieszkania tej osoby. Przepis ust. 2 stosuje się.*

Zatem oświadczenie można złożyć przed notariuszem dopiero wówczas, gdy nie wydaje się danego dokumentów w kraju

siedziby wykonawcy. Dlatego też Konsorcjum Comp winno przedłożyć dokument wydany przez właściwy Austriacki organ.

Ponadto, oświadczenie nie zostało złożone przed notariuszem, a dokument nie może zostać uznany za prawidłowy z następujących względów:

- 1) str. 1 dokumentu, to oświadczenie **pisemne** złożone i przygotowane przez przedstawicieli Boom Software Aktiengesellschaft. Zostało ono podpisane 12.08. 2020r. w Leibnitz. Kandydat notarialny zaś na str. 2 i 3 wskazał, że miejscem sporządzenia przez niego dokumentu jest Graz. Zatem oświadczenie przedstawicieli Boom Software Aktiengesellschaft nie zostało złożone przed notariuszem,
- 2) kandydat notarialny w oparciu o dostarczone mu oświadczenie przedstawicieli Boom Software Aktiengesellschaft sporządził dokument, w którym jedynie potwierdził autentyczność i prawdziwość podpisów,
- 3) o tym, że dokument jest sporządzony w oparciu o inny dokument, tj. oświadczenie przedstawicieli Boom Software Aktiengesellschaft świadczący fakt, że oświadczenie jest podpisane pismem ręcznym, zaś dokument sporządzony przez kandydata notarialnego już nie - posiada formę elektroniczną, jak również fakt, że kandydat notarialny nie podpisał tego dokumentu pismem ręcznym,
- 4) na końcu pierwszej strony dokumentu - w ostatnim akapicie znajduje się oświadczenie o treści: *„Potwierdzam oświadczenia i podpisy złożone przez B. M. (Członek Zarządu) oraz A. S. (Członek Zarządu) w mojej obecności na niniejszym dokumencie”,* które jest oświadczeniem przedstawicieli Boom Software Aktiengesellschaft, co wynika z faktu, że:
 - a) znajduje się na pierwszej stronie dokumentu, który zawiera podpisy własnoręczne przedstawicieli Boom Software Aktiengesellschaft, więc jest to treść przygotowana przez tychże przedstawicieli. Na marginesie należy zauważyć, że w tłumaczeniu tekst ten przesunięto na kolejną stronę, tak jakby nie był on fragmentem tego oświadczenia;
 - b) tekst sporządzony na kolejnych stronach przez kandydata notarialnego występuje w dwóch wersjach językowych, a w przypadku pierwszej strony tylko w jednej
 - c) nie sposób nie zauważyć, że tekst na pierwszej stronie sporządzony jest zupełnie inną czcionką, niż tekst notarialny na dalszych stronach.

Wobec powyższego oświadczenie nie zostało sporządzone przed notariuszem, bowiem notariusz tylko potwierdził podpisy na oświadczeniu, złożonym w Leibnitz (miejsce siedziby Boom Software Aktiengesellschaft). Sąd Okręgowy w Warszawie z 26 lutego 2010 r. sygn. akt V Ca 47/10 zważył, że poświadczenie podpisu i pieczęci nie jest równoznaczne ze złożeniem oświadczenia przed notariuszem zaś przepis rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów winny być interpretowane rygorystycznie w zakresie formy składanych dokumentów potwierdzających okoliczności mające znaczenie dla wyniku postępowania, szczególnie w sytuacji, gdy dokument urzędowy jest zastępowany przez dokument prywatny.

.. Ponadto abstrahując od kwestii miejsca i sposobu złożenia oświadczenia,

to przedmiotowe oświadczenie zostało złożone przed kandydatem notarialnym, zaś §7 ust. 3 rozporządzenia ws. dokumentów wymaga, aby zostało ono złożone przed notariuszem. Konsorcjum Comp nie udowodniło, aby oświadczenie złożone przed kandydatem notarialnym było równoważne oświadczeniu złożonemu przez notariusza.

Konsorcjum Comp nie przedstawiło również prawidłowego tłumaczenia dokumentu - część tekstu nie została przetłumaczona.

Co więcej, podpis elektroniczny posiada komunikat „ważność podpisu NIEZNANA”.

Podsumowując, Konsorcjum Comp nie złożyło prawidłowego dokumentu w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 Pzp. Dokument ten był uzupełniany na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, więc Konsorcjum Comp winno zostać wykluczone z Postępowania. Z ostrożności, Odwołujący podnosi, że jeśli Wysoka Izba uzna z jakichkolwiek względów za niezasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 21 ustawy Pzp, to Konsorcjum Comp powinno zostać wezwane do złożenia wyjaśnień.

IV. Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Comp - rażąco niska cena

Ogólnikowość wyjaśnień Konsorcjum Comp dotyczących ceny.

Konsorcjum Comp pismem z dn. 19.06.2020r. zostało wezwane przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty tego Wykonawcy. W przedmiotowym wezwaniu Zamawiający wskazał, że konieczność złożenia wyjaśnień wraz ze szczegółową kalkulacją oraz dowodami.

Wyjaśnienia ceny, które złożyło Konsorcjum Comp nie zostały Odwołującemu udostępnione jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Wobec tego Odwołujący nie ma możliwości precyzyjnego odniesienia się do ich treści.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający zobowiązany jest taką ofertę odrzucić. Zamawiający ma jednocześnie obowiązek uprzednio wezwać wykonawcę, który złożył taką ofertę do wyjaśnienia kwestii rażąco niskiej ceny oraz do złożenia dowodów, potwierdzających wyliczenie ceny lub kosztu. Z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp wynika zaś domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie, jeżeli jej cena całkowita jest niższa o co najmniej 30% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Odwołujący podnosi, że wyjaśnienia ceny złożone przez Konsorcjum Comp są na tyle ogólne, że w świetle ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający powinien uznać, że nie złożono ich w ogóle.

Konsorcjum Comp zapewne przedstawiło ogólną kalkulację, bez odniesienia

się do specyficznych uwarunkowań tego Wykonawcy, odzwierciedlających jego sytuację. Poszczególne koszty zostały zapewne przedstawione (być może poza nielicznymi wyjątkami) w sposób ogólny, bez jakiegokolwiek wyjaśnienia, pokazania metodologii ich wyliczenia, sposobu kalkulacji. Dlatego też wyjaśnienia te nie poddają się weryfikacji. Konsorcjum Comp przedstawiło zapewne jedynie wartości kosztów rodzajowych. Wyjaśnienia nie zawierały cen jednostkowych czy cen wchodzących w skład kosztów rodzajowych, nie wykazywały co było podstawą takiego skalkulowania ceny oferty, co stanowi o ich wadliwości (podobnie KIO 311/17).

Odwołujący zakłada, że Konsorcjum Comp w wyjaśnieniach ceny zaprzeczyło, aby

zaoferowana cena była rażąco niska, jednakże nie sprostало ono swojemu obowiązkowi wynikającemu z dyspozycji art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Złożone przez Konsorcjum Comp wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na Konsorcjum Comp bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły jej na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona - czego nie uczyniło. Nadto wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (por. wyrok Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 14 maja 2019 r., sygn. akt KIO 747/19). Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.* Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zawiera zatem dwie odrębnie sformułowane przesłanki prawne nakazujące odrzucenie oferty. Po pierwsze, brak wyjaśnień żądanych przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia oferty niezależnie od ustalenia wystąpienia ceny rażąco niskiej, przy czym z brakiem wyjaśnień utożsamia się złożenie wyjaśnień lakonicznych, ogólnikowych (część alternatywy: nie złożył wyjaśnień). Drugim przypadkiem jest natomiast ustalenie na podstawie złożonych wyjaśnień, że cena oferty lub koszt jest rażąco niska (część alternatywy: lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia).

Odnosząc się do wyjaśnień ceny Konsorcjum Comp należy wskazać, że nie przedstawiono w nich szczegółowej kalkulacji cenowej - co jest niezbędne w świetle ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

Konsorcjum Comp nie załączyło zapewne do wyjaśnień dowodów potwierdzających wysokość kosztów, co dyskwalifikuje te wyjaśnienia. W szczególności nieodzowne jest w tym przypadku przedstawienie dowodów w postaci umów z kadrą pracowniczą w celu wykazania kosztów zatrudnienia kadry na potrzeby realizacji zamówienia.

Jeśli zaś przedstawiono jakieś dowody (zostały one zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa w sposób bezpodstawny o czym w odrębnym zarzucie), to są to jedynie wybiórcze dowody w zakresie wybiórczo wybranych kosztów. Konsorcjum Comp nie udowodniło pełnych, a nawet istotnych kosztów wykonania zamówienia. Jeśli natomiast złożono jakieś oferty od dostawców, to Odwołujący nie znając treści tych ofert wskazuje,

- że:
- a) utajnione „oferty” nie stanowią wiążących prawnie ofert, lecz są jedynie informacją handlową. Art. 66 kc stanowi, iż oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Przez „istotne postanowienia” rozumieć należy elementy przedmiotowo istotne proponowanej umowy, charakteryzujące i indywidualizujące umowę (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. akt I ACa 69/14). Przede wszystkim oferta musi określać adresata oferty, przedmiot oferty oraz termin związania ofertą. Szczególnie istotny jest określony termin związania ofertą, ponieważ art. 66 § 2 kc stanowi o braku związania ofertą w przypadku zaniechania jej natychmiastowego przyjęcia: § 2: Jeżeli oferent nie oznaczył w ofercie terminu, w ciągu którego oczekiwać będzie odpowiedzi, oferta złożona w obecności drugiej strony albo za pomocą środka bezpośredniego porozumiewania się na odległość przestaje wiązać, gdy nie zostanie przyjęta niezwłocznie; złożona w inny sposób przestaje wiązać z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia;
 - b) „oferty” nie określają precyzyjnie wolumenu niezbędnego do prawidłowej realizacji inwestycji, lecz wolumen ten jest zaniżony. Oznacza to, że obecna wycena oferty została dokonana w sposób nierzetelny i nieprawidłowy oraz nie wykazuje rzeczywistych kosztów niezbędnych do poniesienia przez Konsorcjum Comp w celu realizacji zamówienia;
 - c) „oferty” nie określają precyzyjnie ich przedmiotu i nie sposób na ich podstawie ustalić czego one dotyczą;
 - d) „oferty” nie zawierają dat ich złożenia lub zawierają daty po złożeniu ofert, co wskazuje, że kalkulacja ceny miała miejsce dopiero po złożeniu oferty w Postępowaniu;
 - e) podsumowując wystąpienie przynajmniej niektórych z tych okoliczności dyskwalifikuje ten dowód i świadczy o tym, że są to po prostu oferty pozyskane od zaprzyjaźnionych współpracowników/dostawców, lecz bez pokrycia.

Odwołujący podnosi, że Konsorcjum Comp nie uwzględniło wszystkich kosztów, które zostaną przedstawione w dalszej części uzasadnienia zarzutu, a ponadto wskazuje,

że w wyjaśnieniach ceny Konsorcjum Comp prawdopodobnie nie uwzględniło następujących kosztów:

- 1) koszty projektowania,
- 2) koszty pracy — w kalkulacji nie przedstawiono kosztów pracy lub nie wykazało, że koszty pracy - których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę,
- 3) nie przedstawiono kalkulacji kosztów zatrudnienia pracowników, ani nie przedstawiono żadnych dowodów na wykazanie stawek zatrudnienia. Nie wykazano, aby Konsorcjum Comp zatrudniało osoby po stawkach wyższych niż minimalne, ale również nie wykazano, że stawki po których rzeczywiście zatrudnia osoby pozwalały uznać, że zaofiarowana cena pozwala pokryć te koszty. Duża część tych prac odbywa się z wykorzystaniem najwyższej klasy programistów. Rzecz w tym, że obowiązek zatrudnienia po stawkach nie niższych, niż minimalne, to obowiązek ustawy podlegający weryfikacji, ale oprócz tego weryfikacji podlega także okoliczność, czy rzeczywiste stawki zatrudnienia nie wskazują, że realizacja zamówienia odbywa się poniżej kosztów produkcji. W tym zakresie brakuje wyjaśnień, brakuje jakiegokolwiek kalkulacji, która dawałaby jakąkolwiek podstawę do wnioskowania, że została ona dokonana w sposób prawidłowy,
- 4) koszty ogólnozakładowe - koszty obsługi kadrowej, księgowej, prawnej, kadry kierowniczej, które są normalnymi kosztami funkcjonowania każdego przedsiębiorstwa oraz wynagrodzenie pracowników i utrzymanie ich biur, które jest związane z realizacją zamówienia,
- 5) koszty pozyskania/wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy i finansowania zamówienia. Zauważyć przy tym należy, że jeśli Konsorcjum Comp byłoby w stanie sfinansować zamówienie bez zewnętrznego finansowania, to byłaby to istotna i sprzyjająca dla tego Wykonawcy okoliczność realizacji zamówienia, którą wówczas podniesiono by w wyjaśnieniach ceny,
- 6) podatku VAT do kosztów pracowniczych, co stanowi uchybienie. Odwołujący wyjaśnia, że do kosztu pracodawcy należy doliczyć podatek VAT - co jest konieczne, jako że jest to element opodatkowanej dostawy/usługi.

V. Naruszenie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 i 5 rozporządzenia w sprawie protokołu.

Zamawiający zaniechał udostępnienia w terminie następujących informacji

i dokumentów je zawierających, złożonych przez Konsorcjum Comp, choć zostały one przez Zamawiającego odtajnione, jako niezawierające tajemnicy przedsiębiorstwa: zamówienie wskazane w poz. 3 „Wykazu zamówień/umów” zrealizowane dla PKP Intercity S.A.

Jak również Zamawiający zaniechał odtajnienia częściowo utajnionych pism Konsorcjum Comp dotyczących czynności odtajnienia, tj. pisma z 18.09.2020r. i 29.09.2020r.

Zamawiający przedmiotową informację odtajnił pismem z dn. 28.08.2020 r., w którym uzasadnił swoją decyzję m.in. w następujący sposób: *„Informacje dotyczące zamówienia zrealizowanego dla PKP Intercity S.A. nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ zamówienia udzielane przez PKP Intercity S.A. podlegają stosowaniu ustawy Pzp oraz informacje o tych zamówieniach stanowią informację publiczną i podlegają udostępnieniu na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej”.*

Konsorcjum Comp w odpowiedzi złożyło pismo z dn. 4.09.2020r., w którym zażądało unieważnienia czynności odtajnienia informacji, jak również nieprzekazywania innym podmiotom pisma zawierającego odtajnienie (z dn. 28.08.2020 r.). Pomiedzy Konsorcjum Comp i Zamawiającym wywiązała się dalsza korespondencja w tej kwestii, a w piśmie z 28.09.2020r. Zamawiający podtrzymał swoją decyzję.

Decyzja Zamawiającego o odtajnieniu informacji nie została zaskarżona przez Konsorcjum Comp w drodze odwołania. Co więcej, Zamawiający przekazał Odwołującemu pisma, które w tej sprawie wysłał do Konsorcjum Comp, w których część informacji podanych w wykazie została uwzględniona i udostępniona PSI, co świadczy o tym, że Zamawiający swoją decyzję finalnie podtrzymał, wbrew żądaniom Konsorcjum Comp, a tym samym powinien był przekazać PSI odtajnione informacje w pełnym zakresie.

Zamawiający nie unieważnił przedmiotowej czynności odtajnienia informacji.

Konsorcjum Comp utajniło również niektóre fragmenty pism dotyczących przedmiotowego odtajnienia. Wobec faktu, że dotyczą one informacji odtajnionych również powinny zostać odtajnione. Odwołującemu bezpodstawnie przekazano takie częściowo utajnione wersje pism, tj. pisma z 18.09.2020r. i 29.09.2020r. Jeśli utajnione fragmenty zmierzają do wykazywania kolejnych okoliczności i argumentów przemawiających za utajnieniem, to jest to działanie podjęte po czasie i argumentacja w nich zawarta powinna zostać pominięta, a sam fakt jej podniesienia przez Konsorcjum Comp dodatkowo potwierdza, że Wykonawca ten nie wykazał, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia ws protokołu: Zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek". Zaś zgodnie z § 4 ust. 5 rozporządzenia ws protokołu: „Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie.

Co istotne, PSI wielokrotnie wnioskowało o przekazanie przedmiotowych dokumentów.

Na gruncie ustawy Pzp, brak jest definicji legalnej pojęcia „niezwłocznie”. W tym zakresie zatem należy posłużyć się regulami prawa cywilnego i ich interpretacją na gruncie orzecznictwa (arg. z art. 14 ustawy Pzp). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 grudnia 2006 r. (sygn. akt II CSK 293/06) stwierdził: „użytego w art. 455 Kc terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin „niezwłocznie” oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a także regulacje zawarte w art. 354 i art. 355 Kc” (podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy np. w wyroku z dnia 22 marca 2001 r. sygn. akt V CKN 769/00 oraz wyroku z dnia 28 kwietnia 2004 r. sygn. akt V CK 461/03). Powyższe pozwala przyjąć, że termin „niezwłocznie” należy interpretować jako termin realny w okolicznościach danego miejsca i czasu, przy uwzględnieniu celu społeczno-gospodarczego i panujących w danym zakresie zwyczajów (arg. z art. 354 § 1 Kc) oraz z uwzględnieniem staranności przyjętej w stosunkach danego rodzaju (arg. z art. 355 § 1 Kc). W tym kontekście należy zauważyć, że:

- 1)Zamawiający przekazał wskazane dokumenty 10 dnia (godz. 11.09) upływu terminu na wniesienie odwołania,
- 2)Zamawiający pozostawił załączniki do protokołu, dostępne po wyborze oferty najkorzystniejszej, przekazał w dniu 5.10.2020r., a zatem realnie było w okolicznościach niniejszego przypadku przekazanie dokumentów wcześniej,
- 3)Zamawiający przekazując niekompletny zestaw dokumentów nie wskazał na jakiegokolwiek przyczyny niemożności przekazania przedmiotowych dokumentów,
- 4)brak przekazania dokumentów w terminie na zaskarżenie uniemożliwia ich zaskarżenie w terminie liczonym od wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 5)brak przekazania dokumentów uniemożliwia skuteczne zaskarżenie czynności lub zaniechań Zamawiającego, w oparciu o zarzuty skonkretyzowane po zapoznaniu się z treścią tych dokumentów, a tym samym Odwołujący nie ma szansy na podniesienie kolejnych zarzutów, które mogą być skuteczne i prowadzić do zmiany wyniku Postępowania, co powoduje, że Odwołujący może ponieść szkodę z powodu niezyskania zamówienia, które by pozyskał właśnie dzięki podniesieniu tych zarzutów.

Zasada jawności informacji publicznej jest jedną z podstawowych zasad systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Powszechne prawo do informacji wynika z art. 54 i 61 Konstytucji RP i przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1429 z późn. zm.). Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne o czym stanowi wprost art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Zasada ta doznaje wyjątków, ale tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp). Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp 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. Jednakże wskazane informacje, choć zostały zastrzeżone przez Konsorcjum Comp jako tajemnica przedsiębiorstwa, to zostały one przez Zamawiającego odtajnione.

Jawność i przejrzystość działania zamawiających i wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego są sposobami ograniczenia zjawisk patologicznych w sferze zamówień publicznych. Oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, opinie biegłych, oświadczenia, informacje ze zebrań, o których mowa w art. 38 ust. 3 ustawy Pzp, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego

i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załącznik do protokołu (art. 96 ust. 2 ustawy Pzp). Stosownie do treści art. 96 ust. 3 ustawy Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia

się od chwili ich otwarcia. Z treści cyt. przepisów *expressis verbis* wynika, że protokół, jak i oferty oraz wszelkie oświadczenia i zaświadczenia składane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiące załącznik do protokołu są jawne i powinny być udostępnione do wglądu wszystkim zainteresowanym osobom, bez względu na posiadanie interesu prawnego oraz faktycznego.

W świetle powyższego Zamawiający powinien dokumenty wskazane powyżej udostępnić Odwołującemu, czego bezpodstawnie zaniechał.

VI.Naruszenie art. 96 ust. 2 i 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia części informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Comp.

VI.1 Część wspólna dla wszystkich informacji/dokumentów

Odwołujący kwestionuje zaniechanie odtajnienia informacji w dokumentach:

- 1)prezentacji Systemu, nagrania przebiegu prezentacji Systemu - zastrzeżone pismem z 23.06.2020r.,
- 2)wykaz wykonanych zamówień/umów wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień/umów wskazanych w wykazie,
- 3)wezwania Zamawiającego do uzupełnień i wyjaśnień w zakresie dokumentów wskazanych w pkt 1) i 2) oraz

odpowiedzi Konsorcjum Comp na te wezwania,

4) wyjaśnienia w zakresie ceny Konsorcjum Comp z 3 lipca 2020r.

Zamawiający nie jest związany zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanej przez wykonawcę. Zamawiający zobligowany jest bowiem do zweryfikowania skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może przy tym polegać wyłącznie na oświadczeniu przedsiębiorcy,

#x200eale powinien samodzielnie dokonać oceny zasadności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa może stać się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający po przeprowadzeniu stosownego badania, pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp został znowelizowany ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2014 poz. 1232) i wprowadził istotną zmianę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z brzmieniem przepisu wykonawca, który zastrzega informacje podane w ofercie jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, obowiązany jest wykazać jednocześnie, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 ustawy nie pozostawia również wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien

bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych - równoznaczne jest wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku i musi być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 ustawy ochrony, co aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8.06.2017r., KIO 888/17).

Uzasadnienie dokonanych przez Konsorcjum Comp zastrzeżeń jest ogólnikowe i mogłoby zostać użyte praktycznie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co w konsekwencji zdaniem Odwołującego dyskredytuje możliwość uznania,

że powstaje konieczność respektowania tajemnicy przedsiębiorstwa w tym konkretnym Postępowaniu. Choć zastrzeżenia te są obszerne treściowo, to wolumen ten wynika

z obszernych cytatów i zasady wielokrotnego powtarzania tez. Odwołujący zarzuca, że ogólnie sformułowane uzasadnienia jedynie potwierdzają, że jedynym celem objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest utrudnienie weryfikacji oferty tego wykonawcy przez konkurencyjnych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa definiuje 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.) w świetle którego przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Zatem muszą być spełnione następujące:

1) muszą to być informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa

lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,

2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum Comp nie wykazało spełnienia powyższych przesłanek, a w szczególności przesłanki z pkt 1) i 2).

Co do charakteru informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa (informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą), należy wskazać, że konieczne jest wykazanie Zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ujawnienie informacji jakie zastrzegł wykonawca jako tajemnicę przedsiębiorstwa może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym wykonawca upatruje szkody, jak również wykazanie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualna szkoda (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8.06.2017r., KIO 888/17). Konsorcjum Comp okoliczności tych nie wykazało. W dokonanych zastrzeżeniach nie wykazano istnienia takiego związku.

Uznając poczynione zastrzeżenia za zasadne Zamawiający zaniechał dopełnienia ciążących na nim obowiązków w zakresie prawidłowej i rzetelnej oceny prawidłowości poczynionego przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 8 sierpnia 2014 r., KIO 1542/14: „Zamawiający powinien przyłożyć wagę do wyjaśnień składanych przez wykonawców odnośnie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Musi ocenić, czy wykonawca faktycznie wykazał zasadność zastrzeżenia. Tylko wiarygodne wyjaśnienia stanowią podstawę do wyłączenia zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”. Należy mieć na uwadze, że nie uzasadnia zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa powoływanie się na bliżej niesprecyzowane know-how w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot oferty został indywidualnie skalkulowany na potrzeby niniejszego postępowania (analogicznie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 września 2018 r., sygn. akt KIO 1715/18).

Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, iż Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wyrażała dezaprobatę wobec bezkrytycznego przyjmowania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, akcentując, iż może być ono dokonane w sytuacjach zupełnie wyjątkowych, w których ciężar udowodnienia konkretnych, zindywidualizowanych okoliczności ciąży wówczas na wykonawcy (vide np. wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1535/14), w ocenie Odwołującego, brak jest dostatecznych podstaw, które mogłyby wskazywać na spełnienie przez Konsorcjum Comp wymogów formalnych wynikających z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, a ocena tych zastrzeżeń dokonana przez Zamawiającego w istocie była automatyczna i oderwana od okoliczności faktycznych tej konkretnej sprawy. Zastrzeżone informacje nie mają wartości gospodarczej, a ich utajnienie ma służyć wyłącznie uniemożliwieniu konkurencyjnym Wykonawcom.

łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Zatem muszą być spełnione następujące:

1) muszą to być informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,

2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum Comp nie wykazało spełnienia powyższych przesłanek, a w szczególności przesłanki z pkt 1) i 2).

Co do charakteru informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa (informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą), należy wskazać, że konieczne jest wykazanie Zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ujawnienie informacji jakie zastrzegł wykonawca jako tajemnicę przedsiębiorstwa może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym wykonawca upatruje szkody, jak również wykazanie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualna szkoda (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8.06.2017r., KIO 888/17). Konsorcjum Comp okoliczności tych nie wykazało. W dokonanych zastrzeżeniach nie wykazano istnienia takiego związku.

Uznając poczynione zastrzeżenia za zasadne Zamawiający zaniechał dopełnienia ciężących na nim obowiązków w zakresie prawidłowej i rzetelnej oceny prawidłowości poczynionego przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 8 sierpnia 2014 r., KIO 1542/14: „Zamawiający powinien przyłożyć wagę do wyjaśnień składanych przez wykonawców odnośnie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Musi ocenić, czy wykonawca faktycznie wykazał zasadność zastrzeżenia. Tylko wiarygodne wyjaśnienia stanowią podstawę do wyłączenia zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”. Należy mieć na uwadze, że nie uzasadnia zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa powoływanie się na bliżej niesprecyzowane know-how w sytuacji, gdy zaofferowany przedmiot oferty został indywidualnie skalkulowany na potrzeby niniejszego postępowania (analogicznie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 września 2018 r., sygn. akt KIO 1715/18).

Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, iż Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wyrażała dezaprobatę wobec bezkrytycznego przyjmowania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, akcentując, iż może być ono dokonane w sytuacjach zupełnie wyjątkowych, w których ciężar udowodnienia konkretnych, zindywidualizowanych okoliczności ciąży wówczas na wykonawcy (vide np. wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1535/14), w ocenie Odwołującego, brak jest dostatecznych podstaw, które mogłyby wskazywać na spełnienie przez Konsorcjum Comp wymogów formalnych wynikających z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, a ocena tych zastrzeżeń dokonana przez Zamawiającego w istocie była automatyczna i oderwana od okoliczności faktycznych tej konkretnej sprawy. Zastrzeżone informacje nie mają wartości gospodarczej, a ich utajnienie ma służyć wyłącznie uniemożliwieniu konkurencyjnym Wykonawcom weryfikacji przedmiotowych ofert.

VI.2 Prezentacja systemu, nagranie przebiegu prezentacji Systemu

1. Konsorcjum Comp w piśmie z 23.06.2020r. wskazało: „Wykonawca wskazuje, że informacjami chronionymi w związku z przeprowadzaniem prezentacji są informacje dotyczące sposobu realizacji poszczególnych funkcjonalności i spełniania wymagań Zamawiającego podlegających weryfikacji podczas prezentacji Systemu w związku z tym, przedstawiamy poniżej szczegółowe uzasadnienie dla objęcia przebiegu prezentacji Wykonawcy tajemnicą przedsiębiorstwa”. Dalsza część uzasadnienia to przede wszystkim obszernie cytaty, z którymi co do zasady nie sposób się nie zgodzić, lecz nie podjęto próby zaimplementowania też w nich zawartych do okoliczności niniejszej sprawy. Zatem Konsorcjum Comp chce chronić:

1) informacje dotyczące sposobu realizacji poszczególnych funkcjonalności,

2) informację o spełnianiu wymagań Zamawiającego podlegających weryfikacji podczas prezentacji systemu.

Odwołujący wnosi o odtajnienie prezentacji systemu, a nie próbki systemu jako takiej, bo taka w ogóle przez wykonawców nie była składana w Postępowaniu. Prezentacja próbki ma za zadanie zbadanie występowania funkcjonalności, a nie sposobu uzyskiwania tych funkcjonalności. To sposób uzyskania funkcjonalności, w tym zastosowane algorytmy ma znaczenie dla wykonawców - co ewentualnie można by próbować odkodować mając do dyspozycji samą próbkę (choć i tak najprawdopodobniej byłoby to znacznie utrudnione bez kodów źródłowych), a nie wiedza czy dane funkcjonalności wskazane rozwiązanie posiada czy nie, bo ta wiedza jest dostępna choćby na podstawie treści oferty i deklaracji Konsorcjum Comp w tym przedmiocie (o czym dalej). Nie sposób dopatrzeć się obiektywnie jakichkolwiek informacji technicznych, technologicznych czy innych, jak również wartości gospodarczej w prezentacji próbki w takiej postaci, jak w niniejszym Postępowaniu.

Zupełnie czym innym jest uzyskać dostęp do próbki, móc ją badać i analizować w ramach własnego laboratorium i przez zespół ekspercki poddać ją badaniu, a czym innym zapoznać się z przebiegiem ukazywania funkcjonalności - czyli efektu końcowego prac/zastosowanych rozwiązań, który sam w sobie nie niesie żadnej wiedzy na ich temat, ale jedynie wiedzę na temat ich efektu.

Gdyby przedmiotem prezentacji były informacje o sposobie wytworzenia funkcjonalności, gdyby poprzez wgląd konkurencyjni wykonawcy mogli uzyskać, np. kody źródłowe, algorytmy czy jakiegokolwiek inne elementy rozwiązania informatycznego, które rzeczywiście można wykorzystać i zaimplementować w bardziej czy mniej zmienionej postaci we własnym rozwiązaniu, to wówczas takie informacje posiadałyby przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa. Tymczasem, w niniejszym przypadku, wiedza na temat spełnienia albo nie danej funkcjonalności nie może być w ten sposób wykorzystana, z oczywistych względów.

A przy tym trzeba zauważyć, że Konsorcjum Comp w ogóle do tych okoliczności nie referuje w dokonanym zastrzeżeniu. Inni wykonawcy nie będą mogli skopiować rozwiązania Konsorcjum Comp na potrzeby niniejszego Postępowania, bowiem wszyscy wykonawcy zainteresowani wzięciem udziału w przetargu złożyli już w nim oferty, a ofert tych nie można zmieniać. Wiedzy tej nie można wykorzystać w innych przetargach, bo ta wiedza nie ma żadnej wartości technicznej, technologicznej, organizacyjnej, gospodarczej czy jakiegokolwiek innej, która może mieć jakieś pozytywne znaczenie.

Warto też zwrócić uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2018 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 2498/18. W wyroku tym Izba orzekła, iż *„Samo podanie parametrów technicznych, które są zawarte w specyfikacjach technicznych produktów nie stanowi jeszcze ujawnienia wiedzy na temat działalności firmy, stosowanych technologii, materiałów czy rozwiązań technicznych, w szczególności w sytuacji, gdy parametry te potwierdzają spełnianie wymagań określonych w SIWZ”*. Z przedstawionego powyżej wyroku wyraźnie wynika, że w takiej sytuacji, jaka ma miejsce w Postępowaniu, gdzie Zamawiający przygotował opis przedmiotu zamówienia (wymagania techniczne), a celem wykonawców jest potwierdzenie spełnienia tych wymagań „dokumenty” - w tym przypadku prezentacja, przedkładane na potwierdzenie tych wymagań nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

W zakresie pkt 2) (spełniania wymagań Zamawiającego podlegających weryfikacji podczas prezentacji Systemu) należy zauważyć, że informacja ta została ujawniona przez samego wykonawcę - Konsorcjum Comp w ofercie, bowiem funkcjonalności systemu każdy wykonawców deklarował na etapie składania oferty. Wykonawca ten złożył wraz z ofertą FORMULARZ WYMAGAŃ FUNKCJONALNYCH SYSTEMU (Załącznik nr 3 do rozdziału IV SIWZ), który zawierał deklaracje do posiadanych funkcjonalności przez oferowany system. Informacja ta nie została zastrzeżona i jest jawna.

Próba utajnienia informacji podanych w ofercie po jej złożeniu jest bezpodstawną, spóźnioną i sprzeczną z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, który wskazuje, że takie zastrzeżenie powinno zostać poczynione nie później niż w terminie składania ofert.

Sam Zamawiający odtajnił pismem z dn. 21.07.2020r. protokół sporządzany z przeprowadzenia prezentacji, zauważając, że:

- 1) na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa,
- 2) „Należy także zwrócić uwagę, że nie jest dopuszczalne, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do informacji, które zostaną ujawnione. na późniejszym etapie udzielenia zamówienia, np. po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, czy w chwili podpisania umowy”,
- 3) „Protokół sporządzony z przeprowadzonej prezentacji Systemu nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, chociażby z uwagi na to, że informacje w nim zawarte stanowią potwierdzenie przedstawionych przez Państwa wraz z ofertą wymagań funkcjonalnych Systemu, których to Państwo nie zastrzegło jako tajemnica przedsiębiorstwa”.

Zamawiający powinien pozostać konsekwentny i odtajnić również przebieg samej prezentacji.

Wracając do tezy Konsorcjum Comp, że prezentacja zawiera informacje dotyczące sposobu realizacji poszczególnych funkcjonalności. Teza ta nie została w żaden sposób rozwinięta i uargumentowana. Nie sposób ustalić jaki „sposób” realizacji poszczególnych funkcjonalności Wykonawca chce chronić. Na str. 3 zastrzeżenia wskazano: „Informacje, które mogą zostać ujawnione w toku prezentacji dotyczą wiedzy pozwalającej na utrzymanie przewagi nad konkurencyjnymi przedsiębiorstwami. Tym samym, mają dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą”. Powszechnie wiadomo o jaką wiedzę chodzi. Nie przedstawiono żadnych informacji o charakterze technicznym czy technologicznym, choć na str. 4 zastrzeżenia hasłowo wskazano: „Nie może budzić wątpliwości, iż informacje dotyczące sposobu realizacji poszczególnych funkcjonalności stanowią informację o charakterze technicznym i technologicznym, a ponadto - jako wyraz posiadanej przez Członków Konsorcjum Comp know-how - posiadają wartość gospodarczą”. Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter techniczny, technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja organizacyjna obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17.12.2019r., KIO 2440/19).

W uzasadnieniu zastrzeżenia w ogóle nie podjęto próby wykazania, że poprzez zapoznanie się z przebiegiem prezentacji można poznać jakieś konkretne sposoby wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania.

Także nie wyjaśniono na czym miałyby polegać wartości gospodarcze. Na str. 3 zastrzeżenia wspomina się ogólnie o wartości gospodarczej w kontekście utrzymania przewagi nad konkurencyjnymi przedsiębiorstwami. Jednakże nawet nie próbowano wykazać, że taką przewagę Konsorcjum Comp posiada. Co istotne, w kryterium Ocena kluczowych wymaganych funkcjonalności oferowanego Systemu PSI zdobyło prawie 6 pkt więcej, niż Konsorcjum Comp. Tezy o przewadze konkurencyjnej są zatem bezpodstawne. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 458/18; KIO 474/18) zważyła: „W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnice przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14)”. Konsorcjum Comp okoliczności takich nie wykazało.

Ponownie należy podkreślić, że nie próbowano wykazać jakiegokolwiek związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą.

Na str. 4 zastrzeżenia Konsorcjum Comp wskazało: „Funkcjonalności oferowane przez

Wykonawcę w ramach postępowania stanowią efekt dopasowania rozwiązań i ich konfiguracji, a także sposobu ich realizacji do określonych w SIWZ wymagań Zamawiającego (...)”.

Ten fragment w ogóle nie przystaje do istoty funkcjonalności systemu informatycznego, które są wynikiem prac programistycznych, zaprojektowania odpowiednich algorytmów

a nie dopasowania jakichś bliżej niesprecyzowanych rozwiązań i ich konfiguracji. Tak samo nieadekwatny jest wyrok cytowany w pkt 4 na str. 4 zastrzeżenia, który dotyczy konfiguracji sprzętu, która obiektywnie w niektórych przypadkach może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Ręczne w tym, że w niniejszym przypadku zastrzeżono prezentację funkcjonalności systemu informatycznego, które nijak mają się do konfiguracji sprzętu. Twierdzenie o dopasowaniu do wymagań Zamawiającego także dyskwalifikuje to zastrzeżenie, bowiem wskazuje na brak możliwości wykorzystania ich w innych postępowaniach.

Na str. 4 wskazano także: „Opracowany przez Członków Konsorcjum Comp sposób realizacji poszczególnych funkcjonalności - stanowi efekt posiadanej przez Wykonawcę know-how - umożliwia Konsorcjum Comp złożenie oferty zgodnej ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego oraz konkurencyjnej cenowo”. Rzecz w tym, że jak wynika z FORMULARZA WYMAGAŃ FUNKCJONALNYCH SYSTEMU (Załącznik nr 3 do rozdziału IV SIWZ) złożonego wraz z ofertą Konsorcjum Comp, system zaferowany przez Konsorcjum Comp spełnia 46 na 66 wymagań punktowanych, przy czym nie są to wszystkie wymagania jakie docelowo system ma spełniać. Teza o spełnianiu wszystkich wymagań Zamawiającego jest sprzeczna z treścią samej oferty i wynikami prezentacji.

Podsumowując, zapoznanie się z przebiegiem prezentacji w niniejszym Postępowaniu nie może ze swej istoty doprowadzić do ujawnienia jakichkolwiek informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ma znaczenie tylko i wyłącznie dla ustalenia prawidłowości oceny ofert w kryterium Ocena kluczowych wymaganych funkcjonalności oferowanego. Jedynym wymiernym efektem dokonanej przez Konsorcjum Comp zastrzeżenia jest właśnie brak możliwości weryfikacji prawidłowości przyznania punktów w tym kryterium.

VI.3 Wykaz wykonanych zamówień/umów wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień/umów wskazanych w wykazie. Wezwania Zamawiającego do uzupełnień i wyjaśnień w zakresie tych dokumentów oraz odpowiedzi Konsorcjum Comp.

Zamawiający pismem z dn. 17.07.2020r. wezwał Konsorcjum Comp do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca ten pismem z dn. 7.08.2020r. przedłożył dokumenty, zastrzegając jednocześnie jako tajemnicę przedsiębiorstwa m.in.: wykaz wykonanych zamówień/umów wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień/umów wskazanych w wykazie.

Odwolujący podnosi za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9.07.2020, sygn. akt KIO 979/20, że „poszerzenie uzasadnienia zachowania informacji w poufności po terminie złożenia samych informacji jest niedopuszczalne - przepis art. 8 ust 3 Pzp stanowi bowiem, że zastrzeżenie informacji oraz wykazanie, że stanowią one tajemnice przedsiębiorstwa musi nastąpić nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co w przedmiotowym przypadku rozumieć należy "nie później niż w terminie składania wyjaśnień". Odwołujący tę uwagę czyni w kontekście wyjaśnień treści wykazu i referencji, bowiem takie miały miejsce, a ich treść jest częściowo utajniona, wobec

czego nie można wykluczyć, że Konsorcjum Comp próbowało w nich swoje zastrzeżenie dodatkowo uargumentować. Co do wykazu należy również zaznaczyć, że Zamawiający w jego wzorze żądał podania nazwy przedmiotu zamówienia (umowy), nazwy systemu - Konsorcjum Comp nie podnosiło, aby stanowiły one tajemnicę przedsiębiorstwa. Co do terminów realizacji, Konsorcjum Comp nie przedstawiło argumentacji w kierunku wykazania, że one również stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pozycja 1 wykazu

Informacje zawarte w tej pozycji zostały częściowo odtajnione.

W zakresie pozycji 1 wykazu Konsorcjum Comp wskazało: „Ochronie przed ujawnieniem jako tajemnica przedsiębiorstwa w złożonej przez Konsorcjum Comp odpowiedzi na wezwanie podlegają charakter i niektóre istotne elementy relacji wiążącej członka Konsorcjum Comp z podmiotem prywatnym, na rzecz którego zostało zrealizowane zamówienie. Nie wiadomo co Konsorcjum Comp rozumie przez „charakter” i „istotne elementy relacji”, bowiem są to ogólne sformułowania, które nie niosą żadnej istotnej treści. Co więcej, nie próbowano wykazywać, że są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą - w przeciwieństwie do poz. 2 i 3 wykazu, gdzie takie tezy postawiono (pkt 5, str. 4). Zatem nie odniesiono się do jednej z przesłanek uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, co samo w sobie dyskwalifikuje to zastrzeżenie.

Należy także zauważyć, że katalog informacji żądanych w przedmiotowym wykazie jest standardowy i Zamawiający nie wymagał żadnych szczególnych informacji. Dlatego też „charakter” i „istotne elementy relacji”, cokolwiek by nie oznaczały w rozumieniu Konsorcjum Comp, to sprowadzają się do standardowego, podstawowego katalogu informacji oczekiwanych przez Zamawiającego. Co więcej, informacje te korelują z treścią warunku udziału w postępowaniu, więc jeśli chodzi o przedmiot zamówienia/umowy to musi być on zbieżny z warunkiem udziału w postępowaniu.

Konsorcjum Comp nie próbowało w jakikolwiek sposób wyjaśnić dlaczego informacje na temat przedmiotu, wartości czy terminu realizacji tego zamówienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazano jedynie: „Zastrzeżenie informacji dotyczącej tego zamówienia ma na celu ochronę interesów członka Konsorcjum Comp i podmiotu, dla którego członek Konsorcjum Comp wykonywał zamówienie poprzez uniemożliwienie podmiotom konkurencyjnym poznanie obszarów działania Członka Konsorcjum Comp i wskazanego podmiotu”. Tutaj należy zastrzec, że w ogóle nie wykazano, że podmiot dla którego wykonano zamówienie w ogóle oczekuje takiej „ochrony”. Ponadto nie jest wiadome w jaki sposób owa „ochrona” miałaby być zapewniona poprzez uniemożliwienie poznania obszarów działania. Ponadto obszar działania podmiotu, który pozyskał zamówienie publicznie jest ze względów oczywistych znany, a wynika on z treści warunku udziału w postępowaniu i profilu działalności każdego z konsorcjantów, który jest powszechnie znany, zaś wiadomym jest również, że Konsorcjum Comp nie polega na potencjale podmiotów trzecich i bazuje na własnym doświadczeniu. W szczególności obszar działania Comp S.A. jest powszechnie znany.

Pozycja 2 wykazu.

W tym przypadku nie wykazano, że są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą - postawiono jedynie tezę, że są to takie informacje. Uzasadnienie koncentruje się na argumentie, że kontrahent jest podmiotem prywatnym i zawarto umowę o zachowaniu poufności. Jednakże nie przytoczono żadnych postanowień tejże umowy dotyczących zachowania poufności, nie wspominając o przedstawieniu wyciągu z tejże umowy.

Nie wyjaśniono także na czym miała by polegać wartość gospodarcza tych informacji, bowiem enigmatyczne stwierdzenie o przewadze konkurencyjnej nie może być uznane za wykazanie tej wartości.

Dla pozycji 2 i 3 wykazu w pkt 5 na str. 4 zastrzeżenia wskazano, że: „Informacje te ujawniają bowiem zakres zrealizowanych projektów (m.in. zakres systemu, zrealizowane moduły, zasoby które są obsługiwane przez system), termin jego realizacji oraz wartość zrealizowanego projektu”. W tym przypadku nie wykazano, że są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą - postawiono jedynie tezę, że są to takie informacje. Informacje te muszą przecież korelować z treścią warunku udziału w postępowaniu na potwierdzenie spełnienia którego są przekazywane. Zamawiający nie wymagał żadnych szczegółowych opisów całego systemu. Ponadto należy zauważyć, że zakres systemu, zrealizowane moduły, zasoby które są obsługiwane przez system są opisane we wzorze przez samego Zamawiającego.

Co więcej, w niektórych miejscach Zamawiający wymagał podania pewnych zmiennych

- w poz. 2 liczba pracowników i liczba aktywnych użytkowników, w poz. 3 liczba pojazdów szynowych. Na bazie odtajnionego wykazu w poz. 3 widać, że Konsorcjum Comp nie podawało konkretnych wartości a ograniczało się do wskazania, że wynoszą one ponad wartość minimalną - tak jak wymaga warunek, który trzeba spełnić. Tym samym informacja ta nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący zakłada, że podobna sytuacja zachodzi w przypadku wartości zamówienia.

W przypadku pozycji 3 niezależnie od tego wszystkie te informacje wynikają z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w wyniku, którego Comp S.A. pozyskał przedmiotowe zamówienie. Są to zatem informacje jawne, które można pozyskać w trybie dostępu do informacji publicznej.

Referencje

Konsorcjum Comp nie podniosło żadnej odrębnej i uzupełniającej argumentacji dotyczącej zastrzeżenia dowodów potwierdzających należyte wykonanie zamówień/umów wskazanych w wykazie. Wobec powyższego podlegają one odtajnieniu na tej samej zasadzie, co wykaz. Co więcej, dokumenty te często są bardzo ogólne, wobec czego tym bardziej powinny zostać odtajnione, choćby w części. Szczególnie ważne jest ta ich część, które odnosi się do potwierdzenia należytego wykonania.

Podsumowanie

Zastrzeżenie powyższych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Comp jest bezpodstawne. Samo Konsorcjum Comp uzupełniając wykaz zamówień dla pozycji 3 w piśmie z dn. 2.09.2020r. powołało się na inną referencję, podając szereg informacji i nie zastrzegło jej jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co dodatkowo wskazuje na bezpodstawność dokonanego zastrzeżenia.

W konsekwencji odtajnienia wykonanych zamówień/umów wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień/umów wskazanych w wykazie powinny zostać odtajnione wezwania Zamawiającego do uzupełnień i wyjaśnień w zakresie tych dokumentów oraz odpowiedzi Konsorcjum Comp na te wezwania.

VI.4 Częściowe odtajnienie

Korzystanie przez wykonawcę z prawa ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i mieć jedynie na celu ograniczenie konkurencyjnym wykonawcom możliwości weryfikacji poprawności czynności podmiotu zamawiającego. Zastrzeżenie winno odnosić się tylko do tych elementów oferty, które rzeczywiście posiadają walor tajemnicy, ale nie oznacza to możliwości zastrzeżenia całego dokumentu, w którym takie informacje się znajdują. Odwołujący w pełni podziela pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2014 roku, sygn. akt KIO 2932/13, że „zastrzeżeniu, jako tajemnica przedsiębiorstwa, może podlegać cały dokument lub tylko niezbędne

fragmenty tych wyjaśnień, czy nawet określone postanowienie w nim zawarte, chyba, że ujawnienie takiego fragmentu (element) informacji stanowiłoby podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, jednakże ten fakt to wykonawca, powinien wykazać. Ocenie zatem powinien podlegać każdy zastrzeżony dokument, w tym przypadku pismo oraz jego załączniki. (...) Ochronie w myśl art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...) podlegają wyłącznie informacje, których ujawnienie godzi w obiektywne interesy przedsiębiorcy, przekraczające ramy danego postępowania. Tym samym skorzystanie z instytucji zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może stanowić metody na uniemożliwienie dostępu do treści oferty konkurującym wykonawcom, celem uniemożliwienia zapoznania się z treścią oferty i oceny jej zgodności z wymaganiami ogłoszenia oraz specyfikacji, albowiem takie korzystanie z uprawnień zmierzałoby do nieuzasadnionego ograniczenia jawności postępowania”.

Wobec powyższego Odwołujący, z ostrożności podnosi, że powinny zostać odtajnione te części dokumentów, które nie zawierają informacji stanowiącej tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum Comp. Utajnienie całych dokumentów i przebiegu prezentami pozbawione jest podstaw.

W związku z powyższym niniejsze odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

Do postępowania odwoławczego, dnia 12 października 2020 zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Comp Sp. z o.o.

#x200ez siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz BOOM Software AG z siedzibą w Leibnitz, (dalej jako Przystępujący) wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz pisemnej odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną

do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego, dowody złożone w sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba dopuściła i przeprowadziła także dowody z następujących dokumentów:

1) przedstawionych przez Odwołującego:

- oferta złożona przez konsorcjum firm Enigma SOI sp. z o.o. i S&T Services Polska Sp. z o.o. w postępowaniu na Modyfikację i Utrzymanie Portalu Informacyjnego Sądów Powszechnych „Wdrożenie protokołu elektronicznego w sądach powszechnych (sprawy cywilne i wykroczeniowe) – dowód nr 1,
- ogłoszenie o udzieleniu zamówienia 2018/S 049-108478 z dnia 10.03.2018 r. wskazującego wykonawcę, któremu udzielono zamówienia w postępowaniu na Modyfikację i Utrzymanie Portalu Informacyjnego Sądów Powszechnych „Wdrożenie protokołu elektronicznego w sądach powszechnych (sprawy cywilne i wykroczeniowe) – dowód nr 2,
- Umowa Nr 16/2018/A z 5 marca 2018 zawarta między Skarbem Państwa Sądem Apelacyjnym we Wrocławiu a Konsorcjum Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. i S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na realizację zamówienia publicznego Z-362-15/17, której Przystępujący był podwykonawcą – dowód nr 3,
- Umowa szczegółowa nr 1/ESOI/Comp/SAWr/2018 z 35 marca 2018 r zawarta między Enigma SOI Sp. z o.o. a Comp S.A. na realizację umowy 16/2018/A z dnia 5 marca 2018r. – dowód nr 4,
- dokumentacja postępowania Z-362-15/17 przekazana na nośniku elektronicznym – dowód 5,
- Umowa Konsorcjum z 18 sierpnia 2016 r. zawarta pomiędzy Enigma SOI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Comp S.A. z siedzibą w Warszawie, COIG S.A. z siedzibą w Katowicach oraz S&T Services Polska z siedzibą w Warszawie na realizację wspólnego przedsięwzięcia pn. „Budowa i wdrożenie centrów danych, ośrodków przetwarzania i archiwizacji danych – dowód nr 6,
- Umowa nr 9/Z/2017 z dnia 28 lutego 2017 r. zawarta pomiędzy Resortowym Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie a Konsorcjum, w skład którego wchodzi Enigma SOI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Comp S.A. z siedzibą w Warszawie, COIG S.A. z siedzibą w Katowicach oraz S&T Services Polska z siedzibą w Warszawie na realizację dostawy i wdrożenia Systemu Centralnego Backup'u – dowód nr 7,
- korespondencja z PKP, odpowiedź na pytania uzyskana w trybie dostępu do IP w zakresie umowy zawartej w postępowaniu nr 04/08/IT/2017 - dowód nr 8,
- Ogłoszenie o zamówieniu 2017/S 063-118796 z dnia 30.03.2017 oraz Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia 2017/S 134 275325 – dowód 9,
- Ogłoszenie o zamówieniu 2017/S 151-313402 z dnia 09.08.2017 oraz Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia 2017/S 238-494804 z dnia 12.12.2017 – dowód 10,
- zaświadczenie wystawione przez Prokuraturę Centralną Do Ścigania Przestępstw Gospodarczych i Korupcji, że zgodnie z elektronicznym zautomatyzowanym Rejestrem Procesowym Wymiaru Sprawiedliwości Justiz firma „X” nie była dotychczas skazana w Austrii przez jakikolwiek sąd karny i nie pojawia się jako oskarżona w trakcie wyszukiwania nazw w Zautomatyzowanym Systemie Wymiaru Sprawiedliwości Justiz - dowód 11,
- wyciąg z taksy notarialnej obowiązującej w Austrii wraz z tłumaczeniem par. 14 - dowód 12,

2) przedstawionych przez Zamawiającego:

- korespondencja mailowa z przedstawicielem Ambasady Austrii – dowód 13,
- opracowanie pt. „Austriacki model odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych” T. D. – dowód 14.

Izba ustaliła co następuje:

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej:

5.3. O udzieleniu zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. wykonawcy którzy:

5.3.1. wykażą że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy, to w tym okresie, wykonali:

5.3.1.1. co najmniej jedno zamówienie (umowę), którego przedmiotem była dostawa systemu informatycznego o wartości nie mniejszej niż 5 000 000, 00 LN brutto (słownie: pięć milionów złotych) obejmujące swym zakresem zaprojektowanie architektury, budowę i wdrożenie systemu informatycznego oraz dostawę licencji i instalację infrastruktury technicznej.

(...)

5.3.1.3. co najmniej jedno zamówienie (umowę) którego przedmiotem była dostawa i wdrożenie systemu informatycznego u operatora transportu szynowego, dedykowanego do planowania pracy pojazdów szynowych oraz utrzymania taboru, zawierającego m.in. funkcję planowania, realizacji i rozliczenia jego obsługi oraz przypisywanie pojazdów do zadań przewozowych, z wykorzystaniem algorytmów optymalizacyjnych dla co najmniej 200 pojazdów szynowych (pojazd szynowy rozumiany jako lokomotywa elektryczna, lokomotywa spalinowa, elektryczny zespół trakcyjny, tramwaj wieloczlony lub wagon).

Zamawiający kierował do Przystępującego następujące wezwania:

- Pismem z dnia 19.06.2020 r. Zamawiający wystąpił do Przystępującego z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Pismem z dnia 3 lipca 2020 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, które w pkt V i VI wraz z załącznikiem do pisma objął zastrzeżeniem „tajemnica przedsiębiorstwa”.
- Pismem z dnia 17.07.2020 r. Zamawiając wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust.1 Pzp do złożenia dokumentów.

Pismem z dnia 07.08.2020 r. Przystępujący złożył na wezwanie Zamawiającego:

- 1) Wykaz wykonanych zamówień/umów wraz z referencjami – objęty w całości zastrzeżeniem „tajemnica przedsiębiorstwa”,
- 2) Wykaz osób - objęty w całości zastrzeżeniem „tajemnica przedsiębiorstwa”,
- 3) Informacje z Krajowego Rejestru Karnego,
- 4) Oświadczenie Wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu oraz o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne,
- 5) Wyjaśnienia w zakresie Tajemnicy Przedsiębiorstwa.

- Pismem z dnia 21.08.2020 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentu, tj. informacji w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 Pzp dla Boom Software AG, oraz złożenia wyjaśnień dotyczących „Wykazu wykonanych zamówień/umów” w zakresie zamówienia wskazanego w pozycji 1 wykazu.

Pismem z dnia 02.09.2020 r. Przystępujący udzielił odpowiedzi na wezwanie z 21.08.2020 r. informując, że w Austrii nie wydaje się dokumentów potwierdzających brak skazania w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 Pzp i załączył oświadczenie członka Konsorcjum - Boom Software AG złożone przed notariuszem, potwierdzające brak podstaw do wykluczenia w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 Pzp. Wyjaśnienia dotyczące zamówienia wskazanego w pozycji 1 wykazu zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Jednocześnie w treści nieobjętej tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępujący wskazał inną umowę, realizowaną na rzecz Centrum Zasobów Informatycznych – jednostek organizacyjnych resortu obrony narodowej, dostawę i wdrożenie Systemu Centralnego Backup'u, którą wykonał jako członek konsorcjum. Usługa realizowana była w okresie od 28.02.2017 r. do 31.12.2017 r. i w jej ramach Comp S.A. zrealizował zakres obejmujący zaprojektowanie architektury, budowę i wdrożenie systemu informatycznego oraz dostawę licencji i instalację infrastruktury technicznej o wartości 10 mln. zł. brutto, bez wartości dostarczonego sprzętu. Przystępujący załączył również poświadczenie z dnia 27.03.2018 r. potwierdzające należyte wykonanie usługi.

Zamawiający, działając na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp wezwał Przystępującego pismem

z dnia 15.09.2020 r. do złożenia dalszych wyjaśnień dotyczących wskazanej w wykazie zamówień/umów pozycji 1. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący pismem z dnia 18.09.2020 r. złożył wyjaśnienia, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

- Pismem z dnia 28.08.2020 r. Zamawiający poinformował Przystępującego o odtajnieniu pozycji 3 wykazu umów/zamówień.

Przystępujący pismem z dnia 04.09.2020 r. wniósł o niezwłoczne unieważnienie przez Zamawiającego czynności odtajnienia informacji zastrzeżonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa” zamówienia wskazanego w poz. 3 Wykazu zamówień/umów z dnia 28.08.2020 r.

Zamawiający pismem z dnia 15.09.2020 r. wezwał Przystępującego do przedstawienia dowodów na potwierdzenie zapisów zobowiązujących do zapewnienia poufności, w szczególności do przedstawienia wyciągu z zawartej umowy.

Pismem z dnia 18.09.2020 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia wobec wezwania z 15.09.2020 r., które objął zastrzeżeniem „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Pismem z dnia 28.09.2020 r. Zamawiający podtrzymał decyzję z dnia 28.08.2020 r. o odtajnieniu pozycji 3 wykazu zamówień/umów.

W odpowiedzi, Przystępujący pismem z dnia 29.09.2020 r. wniósł ponownie

o unieważnienie czynności odtajnienia pozycji 3 wykazu zamówień/umów; oraz o nieudostępnianie tych wyjaśnień i treści wezwania z 28.08.2020 r. innym wykonawcom, zastrzegając uzasadnienie „tajemnicą przedsiębiorstwa”.

Dnia 30.09.2020 r. Zamawiający skierował do przedstawiciela PKP Intercity zapytanie wysłane pocztą elektroniczną z prośbą o informację, „czy w TED było publikowane ogłoszenie o udzieleniu zamówienia dotyczące Umowy nr UM-BFI-17-900-004 z dnia 27 marca 2017 r. zawartej pomiędzy Państwem a Comp S.A., bowiem odnaleźliśmy ogłoszenie dotyczące zamówienia o tożsamej nazwie jak objęte powyższą umową (Nazwa: Dostawa, wdrożenie i utrzymanie systemu do planowania, optymalizacji i rozliczenia pracy drużyn trakcyjnych i konduktorskich oraz obiegowania taboru), jednak data zawarcia umowy w ogłoszeniu jest inna, a mianowicie 24.11.2017 r. co wskazuje, że ogłoszenie nie dotyczy umowy nr UM-BFI-17-900-0004, a innej zawartej 24.11.2017 r.

Link do ogłoszenia: (...)

Informacje te potrzebne nam są do ustalenia faktu, czy informacje dotyczące Umowy

nr UM-bfi-17-900-004 z dnia 27 marca 2017 r. zostały w jakikolwiek sposób upublicznione, np. poprzez ogłoszenie w

TED”.

W odpowiedzi na pytanie, Zamawiający w dniu 5.10.2010 r. otrzymał następującą odpowiedź przesłaną pocztą elektroniczną: „Umowa nr UM-BFI-17-900-0004 z dnia 27 marca 2017 r. dotyczyła udzielenia licencji i utrzymania oprogramowania. Zawarta została z firmą Comp S.A. Umowa nie jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, ale załącznikiem do umowy jest podpisana przez obie strony umowa o zachowaniu poufności zarówno w trakcie realizacji umowy jak i po jej zakończeniu (bezterminowa)”.

Pismem z dnia 8.10.2020 r. Zamawiający poinformował Przystępującego, że podtrzymuje swoją decyzję zawartą w piśmie z dnia 28 sierpnia 2020 r. o odtajnieniu pozycji 3 wykazu zamówień/umów.

- W dniu 28.09.2020 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Przystępującego.

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, w ocenie Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie zarzutów podniesionych w pkt 1), 2) i 12) odwołania.

Odnosząc się do zarzutu 1, tj. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Comp z Postępowania pomimo, że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej

i zawodowej określonych w pkt 5.3.1.1 i 5.3.1.3 SIWZ, Izba wskazuje, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 lipca 2020 r. skierowane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp złożył pismem z dnia 7 sierpnia 2020 r. m.in. wykaz zamówień/umów wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień/umów wskazanych w wykazie. Wykaz wraz z dowodami został zastrzeżony jako „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Decyzją Zamawiającego z dnia 28 sierpnia 2020 r. została odtajniona informacja zawarta w poz. nr 3 wraz z pismem referencyjnym potwierdzającymi jej realizację.

Na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 5.3.1.1. SIWZ Przystępujący wskazał wykonanie zamówienia, podane w pkt. 1 wykazu zamówień/umów.

Odwołujący zarzuca, że ww. usługa nie potwierdza spełnienia wymaganego warunku z uwagi na to, zamówienie referencyjne polegało jedynie na modyfikacji a nie na budowie, zaś architektura mogła być jedynie przeprojektowana a w zakres zamówienia nie wchodziła instalacja infrastruktury technicznej. Odwołujący ponadto kwestionuje wartość wykonanej usługi podanej w wykazie zamówień/umów.

Umowa Nr 16/2018/A z 5 marca 2018 r., której Przystępujący był podwykonawcą, określa w par. 2 przedmiot umowy:

1.Przedmiotem Umowy jest modyfikacja, dostawa, wdrożenie i utrzymanie Portalu Informacyjnego Sądów Powszechnych, opisanego w Rozdziale 3 OPZ (dalej „PI” lub „System”, zwane całościowo „Projektem”;

2.Przedmiot Umowy obejmuje w szczególności:

1)modyfikacje Systemu;

2)dostawę, instalację, konfigurację, wdrożenie oraz uruchomienie Systemu,

w tym:

a)wdrożenie i produkcyjne uruchomienie Systemu,

b)wykonanie szkoleń e-learningowych,

c)wykonanie Dokumentacji Systemu;

3) zapewnienie serwisu gwarancyjnego, wsparcia i rozwoju od dnia 1 marca 2018 r.

Z powyższych postanowień umowy, ale też i z pozostałych, nie wynika, aby w ramach jej realizacji należało zaprojektować architekturę systemu informatycznego.

Zakres taki nie wynika również z umowy o podwykonawstwo (Umowa szczegółowa

nr 1/ESO/Comp/SAWr/2018 z 35 marca 2018) zawartej między Enigma SOI Sp. z o.o. a Comp S.A. na realizację umowy Nr 16/2018/A z 5 marca 2018 r.

Zgodnie z Załącznikiem do umowy 1/ESO/Comp/SAWr/2018 – szczegółowy zakres przedmiotu umowy wynika, że:

1.Przedmiotem Umowy jest modyfikacja, dostawa, wdrożenie i utrzymanie Portalu Informacyjnego Sądów Powszechnych, opisanego w Kontrakcie, który stanowi Załącznik nr 2 do Umowy.

2.Przedmiot Umowy obejmuje w szczególności:

1) modyfikacje Systemu,;

2)dostawę, instalację, konfigurację, wdrożenie oraz uruchomienie Systemu,

w tym:

a)wdrożenie i produkcyjne uruchomienie Systemu,

b)wykonanie szkoleń e-learningowych,

c)wykonanie Dokumentacji Systemu;

... 3) zapewnienie serwisu gwarancyjnego, wsparcia i rozwoju od dnia 5 marca 2018r.

Powyżej wskazany zakres nie potwierdza również, że Comp S.A. jako podwykonawca zobowiązany był do zaprojektowania architektury systemu informatycznego.

Zamawiający wzywał Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, w zakresie dotyczącym umowy wskazanej w pozycji 1. wykazu zamówień/umów, jednakże z uwagi na objęcie wyjaśnień „tajemnicą przedsiębiorstwa” Izba musi odnieść się

do ich treści z uwzględnieniem dokonanego zastrzeżenia. W związku z powyższym wskazuje, że zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na stwierdzenie, że Przystępujący w ramach poz. 1 wykazu, zrealizował zamówienie, które swym zakresem obejmowało zaprojektowanie architektury systemu.

Przystępujący nie przedstawił ponadto żadnego dowodu, który uwiarygodniłby udzielane wyjaśnienia, i który stanowiłyby odparcie dla potwierdzonych dowodami twierdzeń Odwołującego.

Odwołujący podnosi również, iż w zakres zamówienia nie wchodziła instalacja infrastruktury technicznej. Stanowisko to nie znajduje potwierdzenia w treści dokumentacji postępowania przekazanej na nośniku elektronicznym, złożonej przez

Odwołującego. Z opisu przedmiotu zamówienia pkt. VI pkt 4 str. 69 wynika, że zamówienie obejmowało dostawę, instalację i konfigurację środowiska sprzętowego i systemowego niezbędnego dla wdrożenia modyfikacji PI. Nie można zatem uznać, że w ramach ww. zamówienia nie została wykonana instalacja infrastruktury technicznej. Ponadto załączone do objętych tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień Przystępującego dokumenty, potwierdzają należyte wykonanie całego zamówienia.

Zarzut dotyczący braku instalacji infrastruktury technicznej nie został zatem potwierdzony.

Odwołujący kwestionuje również wartość usługi podaną w wykazie zamówień/umów w poz. 1. wykonanej przez Comp S.A. Wskazuje, iż wartość z wykazu jest większa niż wartość całej umowy podwykonawczej, której zakres był szerszy, niż ten objęty warunkiem udziału w postępowaniu, określonym w pkt 5.3.1.1. SIWZ.

Z dowodu nr 4 wynika, że wartość która odpowiada zakresowi wskazanemu przez Przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wynosi

1 518 113, 97 zł netto (poz. 1-4 załącznika nr 3 – szczegółowy harmonogram płatności). Wartość ta jest znacznie niższa, od wartości podanej w wykazie wykonanych zamówień/usług, co więcej wartość całej umowy podwykonawczej wynosząca 5 610 000,00 zł netto jest niższa od wartości podanej w wykazie zamówień/umów (łącznie ze wsparciem i serwisem, do którego nie odnosił się warunek z pkt 5.3.1.1. SIWZ). Dodać należy, iż podczas rozprawy Przystępujący nie zakwestionował zakresu z poz. 1-4, jako nieodpowiadającego warunkowi udziału w postępowaniu.

Zamawiający pismem z dnia 21 sierpnia 2020 r. (na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp)

oraz dodatkowo pismem z dnia 15 września 2020 r. (na podstawie art. 26 pkt 4 Pzp) wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących informacji podanych w pkt 1 wykazu.

Odpowiedzi Przystępującego zostały zastrzeżone jako „tajemnica przedsiębiorstwa”.

W ocenie Izby, udzielone wyjaśnienia nie stanowią odpowiedzi na konkretnie sprecyzowane wezwanie Zamawiającego. Nie można zatem zgodzić się z Przystępującym, który w piśmie procesowym, na str. 2 pkt III. 2, twierdzi, że zostały przedstawione wyjaśnienia dotyczące wartości i zakresu zrealizowanych usług w ramach ww. projektu przez COMP.

Nie sposób uznać, że informacje podane w piśmie z 2 września 2020 r. stanowią wyjaśnienie rozbieżności dotyczącej wartości umowy z pozycji 1 wykazu. Wyjaśnienia są bardzo ogólne i nie zawierają żadnych kalkulacji.

Przystępujący, również w piśmie z dnia 18 września 2020 r. stanowiącym odpowiedź

na wezwanie z dnia 15 września 2020 r. nie przedstawił żadnych dodatkowych informacji w zakresie wyliczenia wartości podanej w wykazie zamówień/umów. Wyjaśnienia te również zostały objęte „tajemnicą przedsiębiorstwa”.

W piśmie z dnia 2 września 2020 r. Przystępujący na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 5.3.1.1. wskazał dodatkowo nową usługę zrealizowaną jako członek konsorcjum, w skład którego wchodziły Comp S.A. z siedzibą w Warszawie, Enigma SOI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, COIG S.A. z siedzibą w Katowicach oraz S&T Services Polska z siedzibą w Warszawie wykonaną na rzecz Centrum Zasobów Informatycznych (do dnia 31 grudnia 2017 r. RCZSiUT) jednostek organizacyjnych resortu obrony narodowej na dostawę i wdrożenie Systemu Centralnego Backup'u (SCB RON). Umowa realizowana była w okresie od 28 lutego 2017 r. do 31 grudnia 2017 r. Przystępujący oświadczył, że w ramach ww. umowy Comp S.A. zrealizował zakres obejmujący zaprojektowanie architektury, budowę i wdrożenie systemu informatycznego oraz dostawę licencji i instalację infrastruktury technicznej o wartości ponad 10 mln. zł brutto, bez wartości dostarczonego sprzętu. Przystępujący załączył również poświadczenie z dnia 27 marca 2018r, potwierdzające zrealizowanie usług objętych projektem bez zastrzeżeń, terminowo z dochowaniem należytej staranności.

Odwołujący zarzuca, iż:

1) powyższe zamówienie nie zostało w całości zrealizowane przez COMP S.A. Spośród ponad dwudziestu pozycji asortymentowych uczestniczył w dwóch i to w każdej z nich niesamodzielnie, co wskazuje, że samodzielnie nie wykonał żadnego elementu systemu,

2) w ramach przedmiotowego systemu nie występował element zaprojektowania architektury, ponieważ realizacja odbyła się zgodnie z projektem technicznym Zamawiającego.

Izba wskazuje, że w treści SIWZ Zamawiający nie ustanowił żadnych wymagań odnoszących się do doświadczenia nabytego przy realizacji usługi wykazywanej

na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a realizowanej w ramach konsorcjum z innymi uczestnikami.

Natomiast z samego faktu, że zamówienie było realizowane przez grupę podmiotów działających wspólnie nie wynika, że uczestnik tego konsorcjum nie nabył doświadczenia

w realizacji tego zamówienia. Wykonawca może posłużyć się nabytym doświadczeniem wyłącznie w takim zakresie, jaki faktycznie i realnie wykonywał.

Powyższe wynika wprost z orzeczenia TSUE w sprawie C-387/14 Esaprojekt, gdzie wskazano, iż gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego (pkt 62). Trybunał w sposób jednoznaczny wskazał zatem, że nabyte doświadczenie jest zależne od konkretnego zakresu udziału danego konsorcjanta, jego faktycznego wkładu.

Bezspornym jest, że Comp S.A. uczestniczył w realizacji części składającej się na całość wskazanej usługi na dostawę i wdrożenie Systemu Centralnego Backup'u i nabył w ramach jej realizacji doświadczenie. Istota sporu polega na tym, iż według Odwołującego to nabyte doświadczenie jest niewystarczające do tego, aby wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt. 5.3.1.1. SIWZ. Zatem, stawiając powyższy zarzut Odwołujący winien wskazać jakie doświadczenie będzie właściwe, aby zostało uznane za odpowiadające warunkowi ustanowionemu przez Zamawiającego. Odwołujący jednakże nie wskazał i nie uzasadnił, jaka minimalna część zamówienia i o jakim zakresie, jest niezbędna aby można było posłużyć się doświadczeniem nabytym przy realizacji ww. umowy dla wykazania warunku z pkt 5.3.1.1. SIWZ. Nie wskazał również dlaczego doświadczenie nabyte przez Comp S.A. jako członek konsorcjum przy realizacji przedmiotowego zamówienia nie jest wystarczające do wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu.

Wobec braku zapisów w SIWZ dotyczących sposobu wykazania się doświadczeniem nabytym przy realizacji umowy w ramach konsorcjum, zarzut dotyczący konieczności samodzielnej realizacji zamówienia należy uznać za chybiony.

Odnosząc się do zakresu zrealizowanego zamówienia na dostawę i wdrożenie Systemu Centralnego Backup'u, które wg Odwołującego nie obejmowało zaprojektowania architektury systemu, Izba dała wiarę stanowisku Odwołującego. Z Umowy nr 9/Z/2017 z dnia 28 lutego 2017 r. zawartej pomiędzy Resortowym Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami

Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie a Konsorcjum, w skład którego wchodzi Enigma SOI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Comp S.A. z siedzibą w Warszawie, COIG S.A. z siedzibą w Katowicach oraz S&T Services Polska z siedzibą w Warszawie na realizację dostawy i wdrożenia Systemu Centralnego Backup'u nie wynika, aby w ramach umowy należało wykonać projekt architektury systemu. Ponadto, zgodnie z par. 1 ust. 2 - szczegółowy opis przedmiotu umowy oraz warunki jej realizacji zawarte są m.in. w załączniku nr 2 (Projekt Techniczny Systemu Centralnego Backup'u RON).

Powyższe wskazuje, iż umowę należało wykonać zgodnie z projektem technicznym, stanowiącym załącznik do umowy, tzn. projektem istniejącym w chwili zawierania umowy.

Przystępujący w piśmie procesowym powołuje się na zapisy dokumentacji postępowania na dostawę i wdrożenia Systemu Centralnego Backup'u Zgodnie z sekcją D Specyfikacja usług wdrożenia, szkolenia i adaptacji budowlanej, pkt 22.1.2 Załącznik nr 1 do Umowy 9/Z/2017 - OPZ, w ramach usługi wdrożenia wykonawca zobowiązany jest do: „dostarczenia harmonogramu realizacji zadań oraz projektu instalacji i konfiguracji sprzętowej i programowej dostarczanych komponentów przed rozpoczęciem szkoleń i prac instalacyjnych do akceptacji osób wskazanych przez Zamawiającego”. Dalej Przystępujący wskazuje, że projekt instalacji i konfiguracji sprzętowej i programowej został wykonany przez pracownika Comp. Projekt jest opatrzony klauzulą „POUFNE” i znajduje się w Kancelarii niejawnie zamawiającego, dlatego nie można podać bardziej szczegółowych informacji na ten temat.

Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie zostały poparte żadnym dowodem na potwierdzenie ww. stanowiska, ani na odparcie zarzutu Odwołującego. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.*

W ocenie Izby, z zapisu z pkt 22.1.2 Załącznik nr 1 do Umowy 9/Z/2017 – OPZ

nie wynika, że dostarczenie projektu instalacji i konfiguracji sprzętowej i programowej dostarczanych komponentów jest równoznaczne z wykonaniem projektu architektury systemu informatycznego. Literalne brzmienie zapisu wskazuje, że dotyczy on projektu instalacji i konfiguracji sprzętowej i programowej, co nie jest równoznaczne z projektem architektury całego systemu. Ponadto, Przystępujący w żaden sposób nie wykazał, że nawet gdyby projekt architektury systemu został wykonany (co nie zostało udowodnione) to, że Comp S.A. uczestniczył w wykonaniu takiego projektu.

Powyższe nie pozwala na uznanie twierdzeń Przystępującego za wiarygodne.

Podsumowując, wskazać należy że Przystępujący nie wykazał, że w ramach realizacji umów wskazanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.3.1.1. SIWZ nabył doświadczenie, pozwalające na wykazanie spełnienia ww. warunku. Z żadnej z ww. umów nie wynika, że Przystępujący wykonał projekt architektury systemu informatycznego. Na tą okoliczność nie przedłożył również żadnego dowodu.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zakresie określonym w pkt 5.3.1.1. SIWZ należy uznać za zasadny.

Odnosząc się do usługi wskazanej w pozycji 3 wykazu zamówień/umów,

na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 5.3.1.3 SIWZ, realizowanej dla PKP Intercity S.A. stwierdzić należy, że Przystępujący wskazał realizację, która swym zakresem nie obejmowała zakresu wymaganego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, przy ocenie doświadczenia wskazanego w powyższej pozycji wykazu zamówień/umów, nie można pominąć korespondencji mailowej Zamawiającego z przedstawicielem PKP IC, z której wynika jednoznacznie, że umowa z 27.03.2017 UM-BFI-17-900-0004 (wskazana w wykazie) dotyczyła udzielenia licencji i oprogramowania. W tym kontekście bez znaczenia dla sprawy jest to, że Zamawiający prowadził wymianę mailową z przedstawicielem PKP Intercity w celu ustalenia poprawności zastrzeżenia tej realizacji jako „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Przystępujący twierdzi, że argumentacja Odwołującego oparta jest na błędnym założeniu, co do umowy, która została wskazana na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 5.3.1.3. SIWZ. Umowa wskazana w pozycji 3 wykazu zamówień/umów, do której odnoszą się załączone referencje to umowa UM-BFI-17-900-0004, natomiast Odwołujący błędnie odnosi się do umowy nr UM-BF-17-900-0034.

Podkreślenia wymaga, że Przystępujący wskazuje jedynie na fakt odniesienia się przez Odwołującego do innej umowy, ale nie przedłożył żadnego dowodu, z którego wynikałoby jaki zakres został wykonany w ramach umowy UM-BFI-17-900-0004. W piśmie procesowym,

ani podczas rozprawy nie przyznał wprost, że w ramach umowy wskazanej w poz. 3 wykazu została wykonana dostawa i wdrożenie systemu informatycznego u operatora transportu szynowego, dedykowanego do planowania pracy pojazdów szynowych oraz utrzymania taboru, zawierającego m.in. funkcję planowania, realizacji i rozliczania jego obsługi oraz przypisywania pojazdów do zadań przewozowych, z wykorzystaniem algorytmów optymalizacyjnych dla ponad 200 pojazdów szynowych. Wskazał jedynie, że umowa

ta potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu z pkt 5.3.1.3. SIWZ.

Bezspornym jest, iż PKP Intercity S.A. zawarło z COMP S.A. dwie różne umowy:

1. „System informatyczny do planowania, optymalizacji, rozliczenia pracy drużyn trakcyjnych i konduktorskich oraz obiegowania taboru” z 27.03.2017 nr UM-BFI-17-900-0004 – która została wskazana w wykazie i referencjach oraz

2. „Dostawa, wdrożenie i utrzymanie systemu do planowania, optymalizacji i rozliczenia pracy drużyn trakcyjnych i konduktorskich oraz obiegowania taboru” z 24.11.2017r.

nr UM-BF-17-900-0034, udzielona w postępowaniu 04/08/IT/2017 – do której odwołuje się Odwołujący.

Odwołujący wskazuje, że zakres wymagany warunkiem udziału w postępowaniu określony

w pkt. 5.3.1.3. SIWZ jest realizowany w ramach umowy z 24.11.2017 r. nr UM-BF-17-900-0034, udzielonej w postępowaniu 04/08/IT/2017. Umowa obecnie jest na etapie wykonywania i nie została jeszcze zakończona, co potwierdza odpowiedź na pytania Odwołującego, uzyskana w trybie dostępu do informacji publicznej w zakresie umowy zawartej w postępowaniu nr 04/08/IT/2017. Z jej treści wynika, że

- zamówienie nie zostało zrealizowane w pełnym zakresie,

- wobec niezakończenia realizacji nie można wskazać daty tego zdarzenia,

- umowa została zawarta w wyniku udzielenia zamówienia ma numer: UM-BF-17-900-0034.

- w związku z realizacją zamówienia PKP nie wystawiło firmie COMP S.A. referencji ani innych dokumentów poświadczających należyte wykonanie,

- odebrano I etap prac w ramach ww. umowy – poparty protokołem odbioru.

Z uwagi na to, że umowa nr UM-BF-17-900-0034 nie została jeszcze zakończona

i Zamawiający nie wystawił dokumentu potwierdzającego należyłą realizację, Przystępujący nie mógł postawić się na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 5.3.1.3. SIWZ. Wskazał zatem inną realizację, która w tytule była zbieżna z zakresem objętym warunkiem udziału, lecz obejmowała inny zakres, tj. dotyczący udzielenia licencji i oprogramowania.

Pomimo tego, Przystępującego w wykazie wykonanych zamówień/umów wskazał,

że zakres objęty umową to: dostawa i wdrożenie systemu informatycznego u operatora transportu szynowego, dedykowanego do planowania pracy pojazdów szynowych oraz utrzymania taboru, zawierającego m.in. funkcję planowania, realizacji i rozliczania jego obsługi oraz przypisywania pojazdów do zadań przewozowych, z wykorzystaniem algorytmów optymalizacyjnych dla ponad 200 pojazdów szynowych (pojazd szynowy rozumiany jako lokomotywa elektryczna, lokomotywa spalinowa, elektryczny zespół trakcyjny, tramwaj wieloczlony lub wagon), co nie jest zgodne ze stanem faktycznym.

Analizując powyższy stan faktyczny, należy uznać, że Przystępujący podając informacje w pozycji 3 wykazu zamówień/umów wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Informacje te zostały podane w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa, choć należałoby się przychylić do stanowiska, że było to zamierzone działanie Przystępującego.

Zamawiający, w wyniku tych informacji, nabrał mylnego wyobrażenia, co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.3.1.3. SIWZ. Jednocześnie treść podanych informacji jest taka, że ich odbiorca może dojść do wniosku (tak jak Zamawiający), że warunek udziału w postępowaniu został spełniony. Podane przez Przystępującego informacje odpowiadają bowiem co do zakresu i wartości sformułowanym przez Zamawiającego wymaganiom. Wobec powyższego, należy stwierdzić, że są to informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd. Do informacji, które wprowadzają Zamawiającego

w błąd, należy zaliczyć takie informacje, które nie są zgodne z rzeczywistością, z istniejącym stanem faktycznym. Są to więc informacje nieprawdziwe, oddające fałszywy stan faktyczny, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający pozostaje w błędzie, czyli mam mylnie wyobrażenie o niej (taką definicję błędu podaje Z. Radwański [w:] *System Prawa Prywatnego*, red. Z. Radwański, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2008, s. 397). Do przyjęcia zatem, że Zamawiający został wprowadzony w błąd, wystarczające jest, że treść przedstawionych informacji, bez ich szczególnego badania i weryfikacji, prowadzi do wniosku, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony.

Nie można pominąć faktu, że i w tym przypadku Przystępujący nie przedstawił żadnego dowodu, który mógłby potwierdzić, że doświadczenie nabyte w ramach wykonania umowy z 27.03.2017 nr UM-BFI-17-900-0004 odpowiada warunkowi udziału określonemu w pkt 5.3.1.3. SIWZ. Takim dowodem mogła być np. umowa, której fragmenty (bez przedmiotu objętego zakresem realizacji) przekazał Przystępujący Zamawiającemu w ramach wniosku o unieważnienie czynności odtajnienia treści pozycji 3 wykazu zamówień/umów.

Powyższe, jednoznacznie wskazuje, że została wypełniona obligatoryjna przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania, określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Zgodnie

z jej treścią: *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, 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 niedyskryminujące kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.*

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Comp, mimo że wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje przez niego podejmowane w Postępowaniu, w ocenie lżby zarzut nie został potwierdzony.

Zgodnie z treścią ww. art.: *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd zamawiającego, mogącą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.*

Z treści powyższego jednoznacznie wynika, że wykluczenie wykonawcy z postępowania jest możliwe, jeśli łącznie spełnione zostały trzy przesłanki: wykonawca przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, informacje te mogą mieć istotny wpływ

na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu oraz informacje te zostały przedstawione w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

Bezsporną jest okoliczność, że Zamawiający został wprowadzony w błąd poprzez podanie informacji w poz. 3 wykazu zamówień/umów oraz że informacje te miały istotny wpływ

na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, bowiem na ich podstawie Zamawiający uznał, że Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu z pkt. 5.3.1.3. SIWZ.

Nie można jednak uznać, że przedstawienie tych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie.

Wykazując wykonawcy niedbalstwo czyli niedołożenie należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji należy mieć na uwadze art. 355 § 1 kc, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Podkreślić należy, że pojęcie należytej staranności implikuje element działania, podejmowania pewnych czynności, jakich można się spodziewać od uczestnika obrotu profesjonalnego.

Wobec powyższego nie można przyjąć, że działanie Przystępującego polegające

na podaniu w pozycji 3 wykazu zamówień/usług umowy, w ramach której faktycznie został wykonany inny zakres niż podany w opisie usługi w wykazie w poz. 3, może zostać uznane

za działanie lekkomyślne lub niedbałe. Działaniu Przystępującego można przypisać cechy działania świadomego i celowego. Potwierdza to również stanowisko wyrażone w piśmie procesowym, w którym Przystępujący wskazuje na niewłaściwe odniesienie się przez Odwołującego do umowy, wskazując, że umowa nr UM-BFI-17-900-0004 zawarta 27.03.2017 r. stanowi potwierdzenie spełnienia przez Konsorcjum Comp warunku udziału

w postępowaniu określonego w pkt 5.3.1.3. SIWZ. Przystępujący całkowicie pomija fakt, że umowa ta, obejmowała inny zakres tj. dotyczyła udzielenia licencji i utrzymania oprogramowania, a więc nie dawała możliwości nabycia doświadczenia zgodnie z warunkiem udziału. Jak wynika z dowodów złożonych przez Odwołującego (dowód 10) wymagane w pkt 5.3.1.3. SIWZ doświadczenie, Przystępujący mógłby wykazać poprzez należyte wykonanie umowy z 24.11.2017 r. nr UM-BF-17-900-0034, (która jeszcze nie została zakończona).

W zaistniałych okolicznościach, w ocenie Izby potwierdzony został zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, natomiast zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp Izba uznała za chybiony. Działania przystępującego nie można uznać za lekkomyślne lub niedbałe, lecz jako celowe, zmierzające do przekonania Zamawiającego, co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, Izba pominęła argumentację Odwołującego podniesioną na rozprawie, dotyczącą pozycji 1 wykazu zamówień/umów. W treści odwołania zarzut naruszenia ww. przepisów odnosił się jedynie do umowy wskazanej w pozycji 3 wykazu zamówień/umów. Argumentacja Odwołującego przywołana podczas rozprawy stanowiła nowy zarzut, w odniesieniu do okoliczności, których nie obejmowała treść odwołania. Zgodnie z treścią art.192 ust. 7 Pzp *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.*

Wobec powyższego argumentacja dotycząca naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, wobec informacji podanych w pozycji 1 wykazu zamówień/umów została przez Izbę pominięta.

W odniesieniu do pozycji 3 wykazu zamówień/umów, biorąc pod uwagę wyżej przywołane okoliczności, Izba stwierdziła, że potwierdził się również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Nie można mówić o wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, powołując się na informację niezgodną z prawdą, nieodpowiadającą rzeczywistości. Sam fakt, że Przystępujący w wykazie zamówień/umów w poz. 3 podał informacje, które w swym brzmieniu, literalnym zapisie i treści odpowiadają warunkowi ustanowionemu przez Zamawiającego, nie oznacza, że wykazał spełnienie tego warunku. Aby wykonawca wykazał spełnienie warunku dotyczącego doświadczenia, musi potwierdzić, że faktycznie takie doświadczenie nabył, realnie uczestniczył w wykonaniu zadania, pozwalającego na zdobycie takiego doświadczenia. Powołanie się na informację niezgodną ze stanem faktycznym, na umowę która nie obejmowała zakresu wymaganego warunkiem udziału, co więcej, nie dawała możliwości nabycia takiego doświadczenia, nie może stanowić wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykazanie doświadczenia, którego się nie nabyło, potwierdza zaistnienie przesłanki uzasadniającej wykluczenie wykonawcy z postępowania, określonej w art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp.

Zarzut należy zatem uznać za zasadny.

Powyższe okoliczności faktyczne potwierdzają również stawiany przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wyrażony działaniem Zamawiającego, polegającym na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 i 21 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, pomimo że nie wykazał, że wobec Boom Software AG sąd nie orzekł zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 21 Pzp: *Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę będącego podmiotem zbiorowym, wobec którego sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne na podstawie ustawy z dnia 28 października 2002 r.*

o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. (Dz.U. z 2019 r. poz. 628 i 1214);

Zgodnie z §7 ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. „*Jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy lub miejsce zamieszkania tej osoby. Przepis ust. 2 stosuje się.*

Odwołujący zarzuca, iż oświadczenie własne członka Konsorcjum Comp– Boom Software AG, nie mogło zostać uznane przez Zamawiającego za prawidłowe, ponieważ:

1)w Austrii wydaje się dokumenty potwierdzające brak skazania w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 Pzp,

2) dokument ten nie stanowił oświadczenia złożonego przed notariuszem a ponadto budzi szereg wątpliwości.

Odwołujący podkreśla również, że oświadczenie przed notariuszem można złożyć dopiero wówczas, gdy nie wydaje się takiego dokumentu w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, ponadto wskazuje, że w Austrii dokument taki się wydaje, potwierdzając

to zaświadczeniem wystawionym przez Prokuraturę Centralną Do Ścigania Przestępstw Gospodarczych I Korupcji, że zgodnie z elektronicznym zautomatyzowanym Rejestrem Procesowym Wymiaru Sprawiedliwości Justiz firma „(...)” nie była dotychczas skazana

w Austrii przez jakikolwiek sąd karny i nie pojawia się jako oskarżona w trakcie wyszukiwania nazw w Zautomatyzowanym Systemie Wymiaru Sprawiedliwości Justiz.

Izba podkreśla, że ustawodawca polski, w ramach przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania określił w art. 24 ust. 1 pkt 21 Pzp, że wykluczeniu podlega wykonawca będący podmiotem zbiorowym, wobec którego sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne na podstawie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. z 2019 r. poz. 628 i 1214). Przepis ten odnosi się do orzecanego przez sąd zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne, o którym mowa w art. 9 ust. 1 pkt 4 o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (dalej: UOPZ). Ustawodawca wskazał konkretną ustawę, konkretny akt prawny, na podstawie którego zakaz taki może być orzekany i stanowić podstawę wykluczenia z postępowania. Nie została dopuszczona możliwość wydania takiego zakazu na podstawie innych ustaw ani nie nastąpiło odniesienie do odpowiedniego stosowania ustawodawstwa innych państw. W Rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia Rozporządzenie w § 7 ust. 3 ustawodawca dopuścił możliwość złożenia odpowiedniego oświadczenia przed właściwym organem w przypadku wykonawcy mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania osoby, której dokument dotyczy, jeżeli w danym kraju nie wydaje się dokumentu w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 Pzp.

W ocenie Izby nie można uznać, że wykonawca zagraniczny, będący podmiotem zbiorowym, na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z art. 24 ust.1 pkt 21 Pzp, winien przedkładać dokument potwierdzający, że nie orzeczono wobec

niego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne, wydanego na podstawie innych aktów prawnych (obowiązujących w jego kraju), niż Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, do której odwołuje się Ustawa Prawo zamówień publicznych. Taka interpretacja mogłaby doprowadzić do wykluczenia z postępowania wykonawcy zbiorowego na podstawie przesłanek, których nie dopuszcza polski ustawodawca, co prowadziłoby wprost do rozszerzenia przesłanek wykluczenia w stosunku do określonych w ustawie Pzp. Ponadto, gdyby uznać, że wykonawca zbiorowy podlega wykluczeniu na podstawie innych przepisów niż Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 Pzp, należałoby każdorazowo badać ustawodawstwo innego kraju oraz to, czy przewidziany w danym kraju zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne odpowiada obowiązującemu na podstawie UOPZ. Jednakże, aby przesłanka wykluczenia z postępowania zawarta w przepisach obowiązujących w innych krajach, mogła stanowić podstawę wykluczenia z postępowania prowadzonego na podstawie ustawy Pzp, musiałaby zostać zawarta w katalogu podstaw wykluczenia.

W obecnym stanie prawnym, przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 21 Pzp odwołuje się jedynie do Ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

Wobec powyższego, zdaniem Izby, Przystępujący był uprawniony do złożenia oświadczenia przed notariuszem, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 Pzp,

a Zamawiający do uznania dokumentu jako prawidłowy. Dodać należy, że Zamawiający dysponował korespondencją mailową z przedstawicielem Ambasady Austrii, który na zapytanie Zamawiającego „czy w Austrii istnieje organ, który wydaje zaświadczenia

lub oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 21 Prawa zamówień publicznych dotyczącego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne podmiotów zbiorowych” uzyskał odpowiedź: „informujemy, że w Austrii nie ma rejestru porównywalnego z Krajowym Rejestrem Karnym.

W związku z tym przedłożone zostały Państwu informacje z rejestru karnego wszystkich osób decyzyjnych firmy Boom Software AG”.

Podkreślenia wymaga również, że zaświadczenie wystawione przez Prokuraturę Centralną Do Ścigania Przestępstw Gospodarczych I Korupcji, nie stanowi potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 21 Pzp, bowiem odnosił się do braku skazania w Austrii, a nie braku wydania przez sąd zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne na podstawie UOPZ.

Co do zarzutu, że oświadczenie złożone przez Boom Software AG nie stanowi oświadczenia złożonego przed notariuszem a ponadto budzi szereg wątpliwości dotyczących: użycia różnych czcionek, różnych nazw miejscowości w których dokumenty zostały sporządzone, nieprawidłowego podpisu notariusza czy niepełnego tłumaczenia tekstu z języka niemieckiego, Izba przychyliła się do stanowiska wyrażonego w wyroku KIOz 3 października 2017 roku, zgodnie z którym „Analiza treści § 7 ust. 3 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) nie wskazuje żadnej szczególnej formy oświadczenia, w szczególności, że ma ono przybrać postać formę aktu notarialnego w rozumieniu krajowych przepisów ustawy o notariacie lub jakąkolwiek inną szczególną postać. Pojęcie „oświadczenie złożone przed notariuszem” należy rozumieć w ten sposób, iż notariusz winien poświadczyć tożsamość osoby składającej oświadczenie - bez konieczności badania prawdziwości tego oświadczenia, jak również konieczności nadawania mu jakiegokolwiek szczególnej formy. Istotą tego rodzaju oświadczenia jest bowiem złożenie jego przez osobę uprawnioną, w tym wypadku do reprezentowania podmiotu zbiorowego, zaś odpowiedzialność za jego treść oraz prawdziwość obciąża osobę, która składa to oświadczenie. Ratio legis tego przepisu zmierza bowiem do tego aby własnym oświadczeniem doszło do zastąpienia dokumentu krajowego w postaci zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie podmiotów zbiorowych dla podmiotów, które mają siedzibę poza granicami RP i w których nie wystawia się tego typu dokumentów. Co istotne w krajach tych przepisy prawa mogą w ogóle nie przewidywać odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych, które to rozwiązanie jest właściwe dla systemu prawnego UE. Nadto w państwach tych mogą istnieć znaczne odrębności w zakresie przepisów regulujących czynności notarialne. W takich sytuacjach trudno zakładać, aby wymóg „złożenia oświadczenia przed notariuszem” odczytywać inaczej jak tylko jako potwierdzenie tożsamości osoby je składającej wraz z ustaleniem jej prawa do reprezentacji, z tym że wskazaniem w treści tego oświadczenia, że jest ono składane w imieniu podmiotu zbiorowego - nie zaś jako oświadczenie własne osoby fizycznej.”

W kontekście tego orzeczenia, oświadczenie przedłożone przez Przystępującego

jest w pełni prawidłowe. Ponadto brak jest podstaw do wysuwania zarzutów w oparciu

o miejsce sporządzenia dokumentu i miejsce złożenia podpisu pod nim, a także w oparciu

o rodzaj zastosowanej czcionki dokumentu i niewłaściwy podpis. Odnośnie podpisania dokumentu podpisem elektronicznym przez kandydata notarialnego, to wskazać należy że na terenie Austrii obowiązują przepisy o notariacie regulujące tzw. elektroniczną formę notarialną, pozwalające również na sporządzenie notarialnego poświadczenia podpisu przy wykorzystaniu elektronicznych środków komunikacji, np. wideokonferencji. Ponadto elektroniczny podpis notarialny opatrzony jest kodem weryfikacyjnym, umożliwiającym potwierdzenie jego poprawności. Zarzuty dotyczące różnych czcionek, braku tłumaczenia informacji o zastosowanej taksie notarialnej nie mają wpływu na merytoryczną wartość złożonego oświadczenia.

Ponadto Odwołujący nie kwestionował treści złożonego oświadczenia, wskazując

na możliwość podlegania wykluczeniu z uwagi na zaistnienie przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 21 Pzp, a jedynie na formę dokumentu złożonego na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 21 Pzp.

Wobec powyższego zarzut należy uznać za chybiony.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Comp, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zarzut należy uznać za niezasadny.

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 3 Pzp:

„Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp:

„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”

W zakresie możliwości uznania ceny oferty za rażąco niską wskazać należy

za ugruntowaną linią orzecniczą KIO i sądów, że rażąco niską ceną nie jest zwykła cena, która w sposób znaczny odbiega poziomem od cen zaoferowanych przez innych wykonawców, a wykazanie jedynie samej różnicy nie spełnia wymogu możliwości uznania danej ceny za rażąco niską. Za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Ocena tej okoliczności powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne Zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez

wzwanego wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaofertowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaofertowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaofertowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przystępujący, pismem z dnia 19 czerwca 2020 został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w tym do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, z uwagi na to, że cena jego oferty była niższa o 37,72% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Pismem z dnia 3 lipca 2020 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, które zastrzegł jako „tajemnicą przedsiębiorstwa”, zatem ich analiza musi się odbyć z poszanowaniem ustanowionego zastrzeżenia, bez możliwości ujawnienia szczegółowych kalkulacji i informacji w niej zawartych.

Oceniając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, zdaniem Izby nie doszło do zarzucanego Zamawiającemu naruszenia art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający nie miał podstaw aby uznać zaofertowaną przez Przystępującego cenę za rażąco niską. Przystępujący przedstawił szczegółową kalkulację kosztów, w odniesieniu

do poszczególnych składników cenotwórczych, wraz z uwzględnieniem marży i zysku, złożył także dowody na potwierdzenie okoliczności podniesionych w wyjaśnieniach. Ponadto, dokonana przez Zamawiającego weryfikacja kalkulacji kosztów zatrudnienia pracowników pozwoliła na ustalenie, że stawki zaproponowane przez Konsorcjum COMP miały charakter rynkowy, a tym samym nie zostały zaniżone.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie narzucił wykonawcom sposobu kalkulacji ceny ani, struktury i wysokości ponoszonych kosztów. Kwestie te są ściśle związane ze specyfiką i okolicznościami właściwymi dla danego wykonawcy. Nie można twierdzić, iż istnieje tylko jeden model kalkulacji kosztów, do którego stosowania zobligowany byłby wykonawca, chyba, że taki model zostałby wskazany przez Zamawiającego w SIWZ.

Reasumując, Zamawiający nie miał podstaw, aby uznać, że cena zaofertowana przez Przystępującego nie jest ceną realną, rynkową, za którą nie jest możliwa realizacja zamówienia. Nie potwierdził się zatem zarzut podnoszony przez Odwołującego.

W odniesieniu do zarzutu przywołanego jedynie w petitum odwołania dotyczącego naruszenia art. 96 ust. 2 i 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia części informacji zastrzeżonych w ofercie Konsorcjum Comp, wskutek czego Zamawiający bezpodstawnie nie udostępnił Odwołującemu tych informacji i dokumentów je zawierających: d) wyjaśnienia w zakresie ceny Konsorcjum Comp z 3 lipca 2020 r. wskazać należy, że zarzut nie znajduje uzasadnienia w treści odwołania.

Izba w pełni podziela stanowisko zawarte m.in. w wyrokach KIO 1187/17 z dnia 26 czerwca 2017 r., KIO 2165/17 z 6 listopada 2017 r. zgodnie z którymi „Izba wskazuje,

że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności

z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowaną w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy *odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania*. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu”.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący”.

Wskazać należy, iż postawiony zarzut nie może mieć charakteru ogólnego, winien zostać skonkretyzowany, nakierowany na uwzględnienie odpowiadających mu żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny jego zasadności.

Przenosząc powyższe na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że w części odwołania która powinna zawierać uzasadnienie faktyczne oraz argumentację Odwołującego brak jest jakiegokolwiek argumentacji, stanowiska faktycznego uzasadniającego podnoszone przez Odwołującego naruszenia art. 96 ust. 2 i 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy. Uzasadnienie zawarte w pkt VI.1. - Część wspólna dla wszystkich informacji/dokumentów nie jest w ocenie Izby wystarczająca, aby stwierdzić na czym miałyby polegać naruszenie wymienionych wyżej przepisów ustawy, jakich czynności z którymi się nie zgadza Odwołujący dokonał Zamawiający jak również nie wskazuje ewentualnych zaniechań Zamawiającego.

Wobec powyższego, zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Za niezasadne Izba uznała również zarzuty polegające na naruszeniu:

-art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum Comp pomimo, że nie jest

to oferta najkorzystniejsza w tych zadaniach na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

-art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Comp do uzupełnienia dokumentów;

-art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Comp do złożenia wyjaśnień.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

W analizowanym stanie faktycznym, Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

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, natomiast zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy – Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Izba podkreśla, że z dokumentacji sprawy wynika, iż Zamawiający kierował do Przystępującego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, zatem w tym zakresie zarzut zaniechania nie znajduje potwierdzenia w okolicznościach sprawy. Zarzut jest całkowicie nieuzasadniony i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie:

1. zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 4 ust. 1 i 5 rozporządzenia Ministra rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia części załączników do protokołu, tj. zamówienie wskazane

w poz. 3 „Wykazu zamówień/umów” Konsorcjum Comp zrealizowane dla PKP Intercity spółka akcyjna, pomimo że nastąpił wybór oferty najkorzystniejszej,

2. naruszenia art. 96 ust. 2 i 3 w związku z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odtajnienia części informacji zastrzeżonych w ofercie Konsorcjum Comp, wskutek czego Zamawiający bezpodstawnie nie udostępnił Odwołującemu tych informacji i dokumentów je zawierających:

a) prezentację systemu, nagranie przebiegu prezentacji systemu,

b) wykaz wykonanych zamówień/umów wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień/umów wskazanych w wykazie,

c) wezwania Zamawiającego do uzupełnień i wyjaśnień w zakresie dokumentów wskazanych pod lit. a) i b) oraz odpowiedzi Konsorcjum Comp na te wezwania.

Zamawiający w powyższym zakresie uwzględnił zarzuty odwołania, natomiast uczestnik postępowania odwoławczego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania - dlatego też Izba umorzyła postępowanie w zakresie wyżej wymienionych zarzutów odwołania.

W powyższych okolicznościach należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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).

.....
.....
.....