

Sygn. akt:KIO 1129/20

KIO 1145/20 KIO 1149/20

WYROK

z dnia 6 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Ryszard Tetzlaff

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie w dniach: 25 i 30 czerwca 2020 r. odwołań, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2020 r. przez wykonawców:

A. Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy al. Olchowej 14 (sygn. akt KIO 1129/20);

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm:

1. Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. F. Klimczaka 1, 2. MAKEITRIGHT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołoskiej 5 (sygn. akt KIO 1145/20);

C. Billennium S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Mangalii 2A (sygn. akt KIO 1149/20); w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Chmielnej 85/87, których łączne rozpoznanie zostało zarządzone przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarządzeniem z dnia 1 czerwca 2020 r. przy udziale:

A. wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14,

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1145/20 i KIO 1149/20 po stronie zamawiającego;

B. wykonawcy Sii Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy Al. Niepodległości 69,

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1145/20 i KIO 1149/20 po stronie zamawiającego oraz KIO 1129/20 po stronie odwołującego;

C. wykonawcy Billennium S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Mangalii 2A zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1129/20 po stronie odwołującego oraz KIO 1145/20 po stronie zamawiającego;

D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Euvic Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach przy Przewozowej 32, 2. Team Connect Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołodjowskiego 58, 3. Edge One Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 14B zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1129/20, KIO 1145/20 i KIO 1149/20 po stronie zamawiającego;

E. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. F. Klimczaka 1, 2. MAKEITRIGHT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołoskiej 5, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1129/20 i KIO

1149/20 po stronie zamawiającego:

F.wykonawcy 7N Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Puławskiej 182,

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1145/20 i KIO 1149/20 po stronie zamawiającego:

G.wykonawcy Britenet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Karolkowej 30,

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1145/20 i KIO 1149/20 po stronie zamawiającego:

H.wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 179

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1145/20 i KIO 1149/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.

A

I.Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1129/20 i nakazuje

zamawiającemu Aplikacjom Krytycznym Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Chmielnej 85/87:

1.unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

2.wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Euvic Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach przy ul. Przewozowej 32, 2. Team Connect Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołodjowskiego 58, 3. Edge One Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 14B na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp,

3.odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie jako Konsorcjum firm: 1. Euvic Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach przy ul. Przewozowej 32, 2. Team Connect Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołodjowskiego 58, 3. Edge One Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 14B na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp,

4.dokonanie ponownej oceny ofert.

II.W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

B.

I.Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1145/20 w zakresie zarzutu (w pkt 2 str. 2 odwołania) dotyczącego zaniechania udostępnienia wykonawcom wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Sygnity S.A z siedzibą w Warszawie przy ul. F. Klimczaka 1,

1.MAKEITRIGHT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołoskiej 5 informacji zawartych w:

1.„Wykazach wiedzy i doświadczenia” z wyłączeniem informacji zawartych w tabeli w kolumnie „Nazwa i adres podmiotów, na rzecz których Wykonawca realizuje/realizował umowy”, jak również złożonych przez wykonawców dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług dotyczących:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie jako Konsorcjum firm: 1. Euvic Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach przy ul. Przewozowej 32,

2.Team Connect Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołodjowskiego 58, 3. Edge One Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 14B,

-wykonawcy Britenet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Karolkowej 30,

-wykonawcy 7N Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Puławskiej 182,

-wykonawcy Sii Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy Al. Niepodległości 69,

-wykonawcy Billennium S.A z siedzibą w Warszawie przy ul. Mangalii 2A;

2.piśmie wykonawcy Britenet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy

ul. Karolkowej 30 z dnia 17.04.2020 pt. "ODPOWIEDŹ NA WEZWANIE DO ZŁOŻENIA WYJAŚNIEŃ W ZAKRESIE RAŻĄCO NISKIEJ CENY OFERTY" w zakresie: str. 1 - w całości, str. 2 do słów: "cena podana w ofercie Wykonawcy zawiera wszystkie koszty oraz zysk i uwzględnia wszystkie uwarunkowania zawarte w SIWZ", str. 3 od słów: "Ponadto wyjaśniamy, że w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, str. 4 - w całości.

II. Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1145/20 i nakazuje zamawiającemu Aplikacjom Krytycznym Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Chmielnej 85/87:

1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. ujawnienie „Wykazów wiedzy i doświadczenia” w zakresie informacji zawartych w tabeli w kolumnie „Nazwa i adres podmiotów, na rzecz których Wykonawca realizuje/realizował umowy”, jak również złożonych przez wykonawców dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług dotyczących:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie jako Konsorcjum firm: 1. Euvic Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach przy ul. Przewozowej 32,

2. Team Connect Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołodjowskiego 58, 3. Edge One Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 14B,

- wykonawcy 7N Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Puławskiej 182,

- wykonawcy Sii Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy Al. Niepodległości 69,

- wykonawcy Billennium S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Mangalii 2A;

3. ujawnienie pisma wykonawcy Britenet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Karolkowej 30 z dnia 17.04.2020 pt. "ODPOWIEDŹ NA WEZWANIE DO ZŁOŻENIA WYJAŚNIEŃ W ZAKRESIE RAŻĄCO NISKIEJ CENY OFERTY" w całości, z tym zastrzeżeniem, że niejawną pozostaje treść pisma wraz

z załącznikami, zawarta na stronie 2 pisma od słów: „Możliwość kalkulowania ceny przez Wykonawcę na zaoferowanym Zamawiającemu poziomie wynika (...)" do słów na stronie 3 „W związku z faktem, że Wykonawca współpracuje z konsultantami (...)"

4. ujawnienie w całości pisma wykonawcy Billennium S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Mangalii 2A z dnia 22 kwietnia 2020 r. „Część poufna uzasadnienia”, zawierającego wyjaśnienie wykonawcy objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonego katalogu informacji w postaci wykazów usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

5. wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie jako Konsorcjum firm: 1. Euvic Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach przy ul. Przewozowej 32, 2. Team Connect Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołodjowskiego 58, 3. Edge One Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 14B na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp,

6. wykluczenie z postępowania wykonawcy Transition Technologies S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Pawiej 55 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp,

7. dokonanie ponownej oceny ofert.

III. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

A. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1149/20.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Aplikacje Krytyczne Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Chmielnej 85/87 oraz odwołującego: Billennium S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Mangalii 2A i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną odpowiednio przez wykonawców: 1. Asseco Poland S.A. z siedzibą

w Rzeszowie przy al. Olchowej 14 (sygn. akt KIO 1129/20) w kwocie 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), 2. wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. F. Klimczaka 1, 2. MAKEITRIGHT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołoskiej 5 (sygn. akt KIO 1145/20) w kwocie 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), 3. Billennium S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Mangalii 2A (sygn. akt KIO 1149/20) w kwocie 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), tytułem wpisów od odwołań;

2.2zasądza od zamawiającego Aplikacji Krytycznych Sp. z o. o. .. z siedzibą w Warszawie przy ul. Chmielnej 85/87 na rzecz odwołującego Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 (sygn. akt KIO 1129/20) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania;

2.3zasądza od zamawiającego Aplikacji Krytycznych Sp. z o. o. .. z siedzibą w Warszawie przy ul. Chmielnej 85/87 na rzecz odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. F. Klimczaka 1, 2. MAKEITRIGHT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołoskiej 5 (sygn. akt KIO 1145/20) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania;

2.4zasądza od wykonawcy Billennium S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Mangalii 2A (sygn. akt KIO 1149/20) na rzecz zamawiającego: Aplikacji Krytycznych Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Chmielnej 85/87 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) 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:

Sygn. akt: KIO 1129/20 KIO 1145/20 KIO
1149/20

UZASADNIENIE

Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Chmielnej 85/87 Gmina (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) - zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zawarcie umowy ramowej na świadczenie kompleksowych usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich z branży IT dla spółki Aplikacje Krytyczne sp. z o.o.” (nr postępowania: AKM F/DZA/PZP/06/2019).

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 lutego 2020 r. pod numerem 2020/S 030-070044.

W dniu 14 maja 2020 r. Zamawiający przesłał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia informacje o wyborze ofert najkorzystniejszych za które zostały uznane oferty następujących wykonawców:

1. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Sygnity S.A. z siedzibą w

- Warszawie przy ul. F. Klimczaka 1, 2. MAKEITRIGHT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołoskiej 5 - 49,66 pkt.
2.7N Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Puławskiej 182 - 47,93 pkt.
3. Britenet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Karolkowej 30 - 60,51 pkt.
4. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Euvic Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach przy Przewozowej 32, 2. Team Connect Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołodźjowskiego 58, 3. Edge One Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 14B - 88,58 pkt.
5. Sii sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy Al. Niepodległości 69 - 45,65 pkt.
KIO 1129/20

W dniu 25 maja 2020 r. wykonawca ASSECO Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 (dalej: „Asseco” lub „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. niezgodnej z przepisami ustawy oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”) czynności oceny i badania ofert;
2. niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Euvic Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach przy Przewozowej 32, 2. Team Connect Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołodźjowskiego 58, 3. Edge One Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 14B (dalej „Konsorcjum Euvic” lub „Przystępujący”), pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu, a wykonawca Konsorcjum Euvic podlega wykluczeniu;
3. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Euvic, pomimo iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
4. zaniechania wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Euvic z postępowania, pomimo iż wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego oraz wprowadził w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji dotyczących obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriów.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 91 ust. 1 ustawy, przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Euvic;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Euvic, pomimo iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
3. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Euvic z postępowania, pomimo iż wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego oraz wprowadził w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji dotyczących obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriów („kryteria selekcji”).

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

- unieważnienia czynności oceny ofert,
- odrzucenie oferty Konsorcjum Euvic,
- wykluczenie Konsorcjum Euvic,
- dokonanie ponownej oceny ofert.

W treści uzasadnienia Odwołujący wyjaśniał m. in., że Zamawiający nie dopuszczał, aby w ofercie wskazywać „martwe dusze” i możliwe jest jedynie uwzględnienie tych konsultantów, którzy mają aktywne umowy, którzy będą świadczyć usługi na rzecz Zamawiającego, co do których wykonawca jest w stanie zapewnić świadczenie tych usług na rzecz Zamawiającego. Nie jest zaś możliwe podanie w ofercie jedynie osób wpisanych do jakiś baz danych, które nie mają zawartych umów o współpracy. Wykonawca Asseco wskazywał, że Zamawiający w dniu 12 marca 2020 r. dokonał też modyfikacji SIWZ, uszczegóławiając definicję konsultanta aktywnego - Zamawiający wskazał na rodzaje umów, które powinny łączyć konsultanta aktywnego i wykonawcę.

Odwołujący podnosił, że przyjęta polityka wykonawcy Konsorcjum Euvic zakłada, że umowy o współpracy posiada on wyłącznie z konsultantami, którzy realizują rzeczywiście prace lub określone zlecenia. Oznacza to, że baza, którą dysponuje wykonawca jest jednocześnie baza osób w większości zatrudnionych przez wykonawcę przy

konkretnych aktualnie realizowanych projektach, a udostępnienie takiej, chronionej do tej pory informacji, wskazuje nie tylko na potencjał wykonawcy, dotyczący pozyskiwania konsultantów o określonych szczególnych kompetencjach, ale również ich wykorzystania.

Odwołujący stwierdził, że z powyższego wynika, iż Konsorcjum Euvic złożyło w ofercie jasne i konkretne oświadczenie, że wszyscy konsultanci wskazani w ofercie aktualnie realizują projekty. A skoro realizują projekt to Konsorcjum Euvic wypłaca tym 40.000 konsultantów wynagrodzenie co miesiąc. Odwołujący wyjaśniał, że musiał oprzeć się na danych finansowych z lat 2016 - 2018, gdyż sprawozdania finansowe za 2019 r. nie są jeszcze publikowane - termin złożenia sprawozdań Zarządów i sprawozdań finansowych dla spółek kapitałowych został przesunięty ze względu na COVID.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Euvic, pomimo iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji Odwołujący podnosił, że w zakresie rozpoznawanego postępowania mamy do czynienia z takim przypadkiem działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. Konsorcjum

Euvic zawyżyło liczbę konsultantów w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium pozacenowym oraz doprowadzenia do sytuacji, w której de facto tylko ten wykonawca uzyskał taką liczbę punktów w kryterium pozacenowym, która ma jakikolwiek wpływ na ranking ofert. Tym samym doszło do całkowitego zniekształcenia wyników postępowania. Zdaniem Odwołującego było to działanie celowe Konsorcjum Euvic, mające na celu utrudnianie dostępu do rynku innym wykonawcom. Jest to też działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, gdyż Konsorcjum Euvic podało dane nie mające oparcia w rzeczywistości, a podało je jedynie w celu uzyskania maksymalnej ilości punktów w kryterium pozacenowym.

Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum Euvic otrzymało w kryterium pozacenowym 40 punktów, zaś kolejni wykonawcy od 0 do 2,58 punktów, przy czym tym tylko Odwołujący i wykonawca Sii otrzymali więcej niż 1 punkt, pozostali wykonawcy otrzymali wszyscy mniej niż 1 punkt. Gdyby Konsorcjum Euvic podało rzeczywistą liczbę aktywnych konsultantów, z którymi ma zawarte aktywne umowy i którzy realizują na rzecz Konsorcjum Euvic rzeczywiste prace i zlecenia i są zatrudnieni przy konkretnych aktualnie realizowanych projektach jak wskazało samo Konsorcjum Euvic w swojej ofercie, to ranking wyglądałby zupełnie inaczej. Wykonawca Asseco przedstawił propozycję ranking (bez wykonawcy Billenium, który został wykluczony), przy założeniu, że Konsorcjum Euvic i tak dysponuje największą liczbą aktywnych konsultantów, na poziomie 2 600 konsultantów. Zdaniem Odwołującego największą prawdziwą i uczciwą liczbę konsultantów wskazał w ofercie wykonawca Sii - 2.586, dla Konsorcjum Euvic przyjęto 2.600.

Zdaniem Odwołującego deklaracja przez Konsorcjum Euvic nierzeczywistej i nieprawdziwej liczby aktywnych konsultantów miała na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na zawyżoną wartość w kryterium pozacenowym Konsorcjum Euvic uzyskałoby maksymalną liczbę punktów, podczas gdy pozostali wykonawcy, którzy wskazali w ofertach rzeczywistą liczbę aktywnych konsultantów i tak otrzymają znacznie mniejszą liczbę punktów - Konsorcjum Euvic 40 punktów, zaś kolejni w tym kryterium Sii Sp. z o.o. i Asseco Poland SA odpowiednio 2,58 i 1,51 punktu. Gdyby Konsorcjum Euvic podało rzeczywistą i realną liczbę konsultantów aktywnych, to ranking wyglądałby inaczej i nie zachodzą rażące dysproporcje w zakresie kryterium pozacenowego.

Przyzwolenie przez Zamawiającego na dokonywanie takiej manipulacji poszczególnymi kryteriami oceny ofert i zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, prowadzi do sytuacji, w której opisane przez Zamawiającego w SIWZ kryteria oceny ofert zostają pozbawione jakiegokolwiek znaczenia. Na wadliwość tego typu zachowań wykonawców wskazywała wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza, przykładowo w orzeczeniach: wyroku z dnia 27 lutego 2017 r. o sygn. akt KIO 293/17, wyroku z dnia 29.03.2017 r. o sygn. akt KIO 543/17, wyroku z dnia 03.12.2015 r. o sygn. akt KIO 2553/15., wyroku z dnia 24.09.2014 r. o sygn. akt KIO 1844/14.

Odwołujący wskazywał, że do zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji wystarczająca jest sama możliwość zagrożenia interesu czy to zamawiającego, czy też innego wykonawcy - tak orzekła Izba w wyroku z dnia 9 kwietnia 2019 roku, sygn. akt: KIO 509/19: „Zaznaczyć w tym miejscu należy, że do wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji wystarcza samo stworzenie stanu zagrożenia dla interesu Zamawiającego, co miało miejsce w tym postępowaniu. Zamawiający miał zatem obowiązek odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Takie zagrożenie w niniejszym postępowaniu zaistniało - Konsorcjum Euvic udało się doprowadzić do sytuacji, w której samo

otrzymało maksymalną liczbę punktów w kryterium pozacenowym a pozostali wykonawcy (będący konkurentami) otrzymali pomijalne dla oceny ofert liczby punktów. Warto wskazać, jak zmienia się pozycja na liście rankingowej 2 wykonawców, którzy zaoferowali odpowiednio dużą liczbę konsultantów aktywnych (Asseco i wykonawca Sii) - gdyby Konsorcjum Euvic zaoferowało prawdziwą i rzeczywistą liczbę aktywnych konsultantów, to wykonawca Sii znajdowałby się na 2 miejscu (zamiast na 5), zaś Odwołujący na 4 (zamiast na 7).

Następnie Odwołujący przystąpił do argumentacji w zakresie zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Euvic z postępowania, pomimo iż wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego oraz wprowadził w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji dotyczących obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriów („kryteria selekcji”).

Przypominał, że Konsorcjum Euvic wskazało wyraźnie w ofercie, że uwzględniło w ofercie tylko tych konsultantów, którzy obecnie realizują rzeczywiście prace przy konkretnie aktualnie realizowanych projektach: „umowy o współpracy posiada on wyłącznie z Konsultantami, którzy realizują rzeczywiście prace lub określone zlecenia. Oznacza to, że baza, którą dysponuje Wykonawca jest jednocześnie baza osób w większości zatrudnionych przez Wykonawcę przy konkretnych aktualnie realizowanych projektach”. Bazując na rzeczywistych danych finansowych członków Konsorcjum Euvic wykonawca Asseco stwierdził, że jest to oświadczenie nieprawdziwe.

Gdyby te 40.000 konsultantów (realizując aktualnie projekty) zarabiali jedynie po 5.000 zł (co jest stawką znacznie poniżej rynkowej, co zresztą wynika wprost ze stawek dziennych zaoferowanych przez Konsorcjum Euvic), to same koszty wynagrodzenia miesięcznie wynosiłyby 200.000.000 złotych ($40.000 \times 5.000 = 200.000.000$). Tymczasem 3 członkowie Konsorcjum Euvic nie osiągają takich przychodów w skali roku (w 2018 r.: ok. 190 mln zł).

Nawet gdyby wskazani w ofercie konsultanci mieli otrzymywać wynagrodzenie w wysokości zaledwie 1.000 zł miesięcznie, to miesięczny koszt samych wynagrodzeń wynosi 40.000.000 zł. Tymczasem całkowity miesięczny przychód łączny członków Konsorcjum Euvic, z którego należy pokryć przecież także inne koszty, niż wynagrodzenie konsultantów (np. koszty zarządu czy biur) nie wynosi nawet 20.000.000 zł. Miesięczny przychód 3 członków konsorcjum (bazując na danych za 2018 r.) to rząd wielkości 15.850.000 zł, co w przeliczeniu na jednego konsultanta (z podanej w ofercie liczby 40.000) wynosi ok 395,00 zł miesięcznie. Nie jest możliwe, aby za 395 złotych miesięcznie wskazani konsultanci realizowali rzeczywiście prace i konkretne projekty, bo ta kwota wystarczy na wynagrodzenie za 2 czy 3 godziny konsultanta. Żadna firma informatyczna nie działa tak, że zatrudnia 40.000 osób po 2 godziny miesięcznie. Zastanawiające jest, czy Zamawiający chciałby, aby konsultanci pracowali dla niego w takim właśnie wymiarze miesięcznym, za to w liczbie np. 500 dla 1 projektu. A tak musiałoby to wyglądać w praktyce, gdyż - jak wynika z oświadczeń Konsorcjum Euvic (gdyby przyjąć je za prawdziwe, czemu Odwołujący przeczy) taki właśnie model ten wykonawca przyjął. Nawet gdyby przyjąć, że przychody członków Konsorcjum Euvic wzrosły o 50% rok do roku (gdyby zachował się trend wzrostowy 2017 do 2018), to i tak przychody roczne wyniosłyby mniej niż 300mln zł (wzrost o 50% ze 189 mln), zaś łączny przychód miesięczny jest mniejszy niż 25 mln zł. Dalej nie są to kwoty, które pozwalają twierdzić, że 40.000 konsultantów jest zatrudnionych przez wykonawcę przy konkretnych aktualnie realizowanych projektach, gdyż po prostu Konsorcjum Euvic nie dysponuje budżetem, aby te 40.000 konsultantów zatrudnić na więcej niż 2 - 3 godziny miesięcznie.

Odwołujący podkreślał, że w złożonych sprawozdaniach Zarządów firmy wchodzące w skład Konsorcjum Euvic podały informację o osobach zatrudnionych w tych firmach na podstawie umów o pracę i osób współpracujących (w szczególności takie sformułowanie zostało zawarte w sprawozdaniu Zarządu firmy EUVIC). Wartość rocznego przychodu za 2018r. całego Konsorcjum Euvic na 1 pracownika w 2018 r. zgodnie z powyższymi danymi wynosi około: $189.378.428 \text{ zł} / 532 \text{ pracowników} = 355.974 \text{ zł}$ rocznie na 1 pracownika. Przyjmując powyższy średni przychód na jednego pracownika otrzymujemy wartość planowanego przychodu w 2020 r. na poziomie $355.974 \text{ zł} \times 40.000 \text{ konsultantów} = 14.238.960.000 \text{ zł}$ (ponad 14 miliardów złotych rocznie, ponad 1 mld zł miesięcznie!) Dla porównania skonsolidowany przychód całej Grupy Kapitałowej Asseco w 2018 r. wyniósł 9,32 mld zł, przy wszystkich osobach zatrudnionych (umowy o pracę, umowy cywilnoprawne) w liczbie ok. 30.000 osób.

Odwołujący stwierdził, że proste porównanie treści oferty z rzeczywistymi danymi finansowymi Konsorcjum Euvic wskazuje, że Konsorcjum Euvic podało w ofercie informacje

nie mające nic wspólnego z rzeczywistością. Są to informacje, które wprowadziły w błąd

12

Zamawiającego, a które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, gdyż informacje te wprost przekładają się na ranking ofert. Konsorcjum Euvic złożyło oświadczenie, że te 40.000 konsultantów jest zatrudnionych przez wykonawcę przy konkretnych aktualnie realizowanych projektach. Jest to bezsporne, gdyż wynika z treści oferty. Jednocześnie dane finansowe potwierdzają, że nie jest to oświadczenie zgodne ze stanem rzeczywistym. Co więcej - w Polsce w ogóle nie istnieje firma, która zatrudnia przy aktualnie realizowanych projektach ponad 40.000 konsultantów - informatyków. Zatem Konsorcjum Euvic podało w ofercie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego. Podkreślić należy, że Zamawiający świadomie użył w SIWZ pojęcia „aktywny konsultant”, a nie „osoba figurująca w bazie danych”. Zatem ani Zamawiający, ani Konsorcjum Euvic nie mogą obecnie twierdzić, że dopuszczalne było powoływanie się na bliżej nieokreślone osoby, z którymi dany wykonawca nie ma aktywnych umów. Gdyby przyjąć taką wykładnię za dozwoloną na obecnym etapie, to oznaczałoby, że na etapie przygotowania ofert Zamawiający celowo wprowadził w błąd innych wykonawców. Przecież nic nie stało na przeszkodzie, aby także inni wykonawcy podali w ofercie równie abstrakcyjne liczby konsultantów istniejących na rynku, niezależnie, czy byłoby to konsultanci aktywni - tak jak chciał tego Zamawiający.

Dane o liczbie specjalistów IT są zbierane dla celów statystycznych przez Komisję Europejską. Według danych dla Komisji Europejskiej w Polsce liczba specjalistów IT w Polsce w 2018 roku wyniosła 486.300. Gdyby zatem przyjąć za prawdziwe dane podane przez Konsorcjum Euvic, oznaczałoby to, że te 3 firmy aktywnie zatrudniają do realizacji bieżących projektów około 8% wszystkich dostępnych na rynku specjalistów IT. Równocześnie w rankingu TOP200 Computerworld 2019 (dane za 2018 r.) - przychody firm ze świadczenia usług IT pozycjonują Asseco na pierwszym miejscu, wykonawcę Sii na drugim miejscu, a firmę Euvic na 80 miejscu (firm Edge One Solutions Sp. z o.o. oraz Team Connect Sp. z o.o. nie ma w rankingu TOP200) co w korelacji do podanych w ofercie liczby aktywnych konsultantów Asseco - 1.516, wykonawcę Sii - 2.586 a Konsorcjum Euvic ponad 40.000 budzi wątpliwości co do wiarygodności i realności danych przedstawionych przez Konsorcjum Euvic.

Odwołujący wskazywał, że przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp ziszczają się w każdej sytuacji, w której możliwe jest, że Zamawiający może zostać wprowadzony w błąd, w ogóle nie musi dojść do takiego wprowadzenia w błąd. Już samo podanie informacji, które mogłyby u Zamawiającego spowodować mylne wyobrażenie - niezależnie od tego, jaki skutek te informacje spowodują - jest wystarczające, aby uznać, że ziszcza się przesłanka wykluczenia z postępowania. Aby uznać daną informację za wprowadzającą w błąd nie jest też istotne ustalenie, jaka była przyczyna podania danej informacji w ofercie. Wystarczające jest bowiem stwierdzenie nawet najmniejszego stopnia winy - tj. lekkomyślności czy niedbalstwa. Z całą pewnością działanie Konsorcjum Euvic

13

wypełnia znamiona co najmniej lekkomyślności czy niedbalstwa w przedstawianiu Zamawiającemu informacji, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Obowiązkiem wykonawcy jest upewnienie się, czy informacje przekazane Zamawiającemu odpowiadają rzeczywistości, gdyż informacje składane w toku postępowania zmierzają do udzielenia zamówienia właśnie temu wykonawcy, który je składa i w związku z tym mają wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje. Zdaniem wykonawcy Asseco podkreślić też należy znaczenie oświadczeń własnych wykonawców, jakim jest zadeklarowanie w ofercie liczby konsultantów. Podanie w/w informacji niezgodnych ze stanem faktycznym w ocenie Odwołującego należy zakwalifikować co najmniej jako lekkomyślność lub niedbalstwo właśnie przy uwzględnieniu obiektywnego wzorca profesjonalisty, jaki to przymiot posiada Konsorcjum Euvic.

KIO 1145/20

W dniu 25 maja 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. F. Klimczaka 1, 2. MAKEITRIGHT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołoskiej 5 (dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum Sygnity”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie

wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1.nie zgodnej z przepisami Pzp ocenie ofert oraz wyborze najkorzystniejszych ofert;

2.bezpodstawnym zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa;

a)wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Euvic Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach przy Przewozowej 32, 2. Team Connect Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołodyjowskiego 58, 3. Edge One Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 14B (dalej: „Konsorcjum Euvic”) - w szczególności w postaci: pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a tym Konsorcjum, informacji w zakresie wykazu usług wraz dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie;

b)wykonawcy Britenet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Karolkowej 30 (dalej: „Britenet”) - w szczególności w postaci: pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, informacji w zakresie wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz samych wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

c)wykonawcy 7N Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Puławskiej 182 (dalej: „7N”) - w szczególności w postaci: pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, informacji w zakresie wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie;

d)wykonawcy Sii Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy Al. Niepodległości 69 (dalej: „Sii”) - w szczególności w postaci: pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, informacji w zakresie wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie;

e)wykonawcy Billennium S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Mangalii 2A (dalej: „Billennium”) - w szczególności w postaci: pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a tym wykonawcą, informacji w zakresie wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz uzasadnienie utajnienia.

3.zaniechaniu wykluczenia z postępowania: Konsorcjum Euvic, Britenet, 7N, Sii, Billennium, S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 21D (dalej: „S&T”), Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 (dalej: „Asseco”), Transition Technologies S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Pawie 55 (dalej: „Transition Technologies”), Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 179 (dalej: „Pentacomp”) - z uwagi na przedstawienie Zamawiającemu nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania w odniesieniu do jednego z kryteriów oceny ofert („Liczba Konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ”), względnie

4.zaniechaniu wezwania wykonawców wskazanych w pkt 3 powyżej do złożenia wyjaśnień dotyczących zadeklarowanych przez nich wartości w zakresie kryterium: „Liczba Konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ”.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszych ofert złożonych przez: Konsorcjum Euvic, Britenet, 7N, Sii, pomimo, że Zamawiający zaniechał dokonania wszystkich czynności do których był on zobowiązany na podstawie przepisów;

2.art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Zamawiającemu informacji zawartych w pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a:

a)Konsorcjum Euvic - w szczególności w postaci: pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum, informacji w zakresie wykazu usług wraz dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

b)Britenet - w szczególności w postaci: pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, informacji w zakresie wykazu usług wraz dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz samych wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

- c) 7N - w szczególności w postaci: pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, informacji w zakresie wykazu usług wraz dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,
- d) Sii - w szczególności w postaci: pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, informacji w zakresie wykazu usług wraz dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,
- e) Billennium - w szczególności w postaci: pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, informacji w zakresie wykazu usług wraz dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz uzasadnienie utajnienia

- z uwagi na to, że informacje oraz dostarczone dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwłaszcza ze względu na to, iż ww. wykonawcy nie udowodnili, iż podjęli wystarczające działania zmierzające do zachowania w poufności zastrzeżonych informacji;

3.art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania: Konsorcjum Euvic, Britenet, 7N, Sii, Billennium, S&T, Asseco, Transition Technologies, Pentacomp - z uwagi na to, iż ww. wykonawcy złożyli w ocenie Odwołującego nieprawdziwe oświadczenia w przedmiocie jednego z kryteriów oceny ofert: „Liczba Konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ”, gdyż wskazana przez tych wykonawców liczba aktywnych konsultantów jest niewiarygodnie duża, w szczególności w odniesieniu do ogólnej liczby osób zaangażowanych przez każdego z tych wykonawców;
względnie

4.art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawców wskazanych w pkt 3 powyżej do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie treści złożonej przez nich oferty w zakresie odnoszącym się do zadeklarowanej w ich ofertach „Liczby Konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ”, w tym poprzez złożenie stosownych dowodów potwierdzających istnienie okoliczności zadeklarowanych przez każdego z tych wykonawców.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności oceny ofert, w tym czynności wyboru jako ofert najkorzystniejszych w tym postępowaniu ofert złożonych przez: Konsorcjum Euvic, Britenet, 7N, Sii;
2. odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu informacji dotyczących:
 - a) Konsorcjum Euvic - w szczególności w zakresie pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającymi Konsorcjum, informacji w zakresie wykazu usług wraz dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,
 - b) Britenet - w szczególności w zakresie pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, informacji w zakresie wykazu usług wraz dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz samych wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy,
 - c) 7N - w szczególności w zakresie pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, informacji w zakresie wykazu usług wraz dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,
 - d) Sii - w szczególności w zakresie pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, informacji w zakresie wykazu usług wraz dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,
 - e) Billennium - w szczególności w zakresie pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, informacji w zakresie wykazu usług wraz dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz uzasadnienie utajnienia.

3. wykluczenie z postępowania wykonawców: Konsorcjum Euvic, Britenet, 7N, Sii, Billennium, S&T, Asseco, Transition Technologies, Pentacomp,

4. w przypadku, gdyby w ocenie Izby zarzut wskazany w pkt 3 powyżej okazał się zbyt daleko idący Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu wezwanie wykonawców wskazanych w pkt 3 powyżej do złożenia szczegółowych wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzającymi prawdziwość deklaracji tych wykonawców w zakresie deklarowanych przez nich wartości w ramach kryterium: „Liczby Konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ”,

5. dokonanie powtórnej oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert

niepodlegających odrzuceniu.

I. Zarzut zaniechania ujawnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu Odwołujący wyjaśniał, że poniższe uwagi co do zasady w równym stopniu odnoszą się do wszystkich wykonawców, którzy zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie prac, w szczególności zaś do wykonawców, których oferty w tym zakresie kwestionował, tj. Konsorcjum Euvic, Britenet, 7N, Sii oraz Billennium. Dodatkowo w odniesieniu do wykonawcy Britenet Odwołujący kwestionował brak udostępnienia uzasadnienia utajnienia oraz odpowiedzi złożonej przez tego wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny. Natomiast w zakresie wykonawcy Billennium Odwołujący kwestionował dodatkowo utajnienie części uzasadnienia zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący stwierdził, że każdy z wykonawców, których zastrzeżenia są utajnił w złożonej ofercie treść wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci wraz z dokumentami dotyczącymi tego podmiotu, dane podwykonawcy wraz z dokumentami dotyczącymi tego podmiotu, stąd też Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu tych dokumentów oraz ewentualnej korespondencji prowadzonej w odniesieniu do tych wykazów. W tej sytuacji Odwołujący wskazywał, że w związku z udostępnioną treścią uzasadnień zastrzeżenia ww. informacji tajemnicą przedsiębiorstwa każdego z tych wykonawców informacje o udzieleniu zamówień w tym zakresie jaki obejmuje wykaz usług, tj. określenie i opis usługi oraz jej wartość, data realizacji, nazwa wykonawcy oraz nazwa i adres odbiorcy usługi, powinny być dostępne publicznie. Po pierwsze wykonawca wskazywał, iż nie ma pewności, na rzecz jakich podmiotów utajnione usługi zostały zrealizowane (na rzecz podmiotów publicznych czy też prywatnych). W zakresie zatem, w jakim wskazane w wykazie usług zamówienia realizowane były na rzecz podmiotów publicznych (realizowane na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych), co do zasady informacje na temat ich realizacji są jawne. Następnie Odwołujący podnosił, że nawet jeśli przyjąć, iż wszyscy ww. wykonawcy w swoich wykazach zawarli informacje na temat usług zrealizowanych na rzecz podmiotów nie stosujących przepisów Pzp do udzielania zamówień to i tak ww. dokumenty nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na niezachowanie w stosunku do nich jednej z ustawowych przesłanek warunkujących prawidłowość dokonanego zastrzeżenia, a mianowicie kwestii udowodnienia podjęcia w stosunku do tych informacji, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności. Warunek ten bowiem w ocenie Odwołującego, podobnie zresztą jak w przypadku pozostałych utajnionych informacji, nie został spełniony. Co prawda treść wyjaśnień dołączonych do poszczególnych ofert (Konsorcjum Euvic oraz Sii), czy też do dokumentów składanych w trybie przepisu art. 26 ust.

1ustawy (pozostali wykonawcy) dość pobieżnie wskazuje, iż każdy z tych wykonawców podjął działania zmierzające do zachowania w poufności tych informacji, tym niemniej do wyjaśnień w przedmiotowym zakresie nie został przedłożony jakiegokolwiek dowód na to, aby w rzeczywistości u poszczególnych wykonawców obowiązywały stosowne regulacje w zakresie ochrony informacji, albo też aby podjęto jakiekolwiek konkretne działania zmierzające do ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący stwierdził, że dokładnie ten sam zarzut da się prawdopodobnie postawić w zakresie tak złożonych przez Britenet wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jak też w stosunku do zastrzeżonych jako tajemnica uzasadnienia samego utajnienia dokonana przez ten podmiot, jak też części uzasadnienia utajnienia dokonanego przez Billennium. Oczywiście w związku z nieudostępnieniem Odwołującemu pełnej treści uzasadnień nie da się z całą pewnością stwierdzić, czy ww. podmioty załączyły do swoich uzasadnień stosowne dowody. W ocenie Konsorcjum Sygnity jest to jednak nadzwyczaj mało prawdopodobne. Samo zastrzeżenie jako tajemnicy całości lub większej części uzasadnienia utajnienia, w którym wykonawca wskazuje potwierdzenie spełnienia przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust.

2ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji samo przez się wskazuje, iż praktyka ta ma na celu nie ochronę rzeczywistej tajemnicy przedsiębiorstwa danego wykonawcy, ale uniemożliwienie dostępu do treści zastrzeganych informacji pozostałym uczestnikom niniejszego postępowania w celu uniemożliwienia im ewentualnego zakwestionowania prawidłowości zastrzeganych przez wykonawcę dokumentów.

II. Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawców z uwagi na złożenie przez nich informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego i mających wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

W zakresie powołanego zarzutu Odwołujący wskazywał, iż zestawienie informacji wpisanych w ofertach z powszechnie dostępnymi źródłami wiedzy na temat poziomów zatrudnienia u poszczególnych wykonawców prowadzi do wniosku, iż w większości przypadków liczby aktywnych konsultantów wskazane w ofertach są najprawdopodobniej nieprawdziwe, a zostały one zawyżone wyłącznie w celu zwiększenia swoich szans w postępowaniu. Odnosząc się do konkretnych Odwołujący wskazywał, iż według jego analizy sytuacja wygląda w sposób następujący:

Lp.	Nazwa Wykonawcy	Liczba aktywnych konsultantów spełniających wymagania z OPZ wskazana w ofercie	Ogólna liczba pracowników i współpracowników wg. dostępnych źródeł	Procentowy stosunek aktywnych konsultantów z oferty do wszystkich zatrudnionych u danego Wykonawcy
1.	5&T Services Polska Sp. z o.o.	422	400	1,06
2.	Pentacomp Systemy Informatyczne S.A.	738	280	2,64 I V
3.	Śii Sp. z o.o.	2586	4700	0,55
4.	Asseco Poland S.A.	1516	2500	0,61 ;
5.	7N Sp. z o.o.	422	560	0,75
6.	Bilennium Sp. z o.o.	816	1000	0,81
7.	Transition Technologies S.A.	377	600	0,63
8.	Britenet Sp. z o.o.	*520	600	*0,86
9.	Euvic S.A. + Team Connect Sp. z o.o. + Edge One Solutions Sp. z o.o.	*40.800	1200 (700 + 200 + 300)	no *
10.	Sygnity S.A. + Makeitright Sp. z o.o.	204	1670 (1200 + 470)	0,12 *
11.	BlueSoft Sp. z o.o.	Nie poddany ocenie wszystkich	e z uwagi na deklarację nieposiadania osób dla ról i otrzymanie w tym kryterium 0 pkt.	

Powyższa analiza została sporządzona na podstawie materiałów dostępnych w internecie/ w szczególności informacji załączonych na końcu niniejszego pisma. Każdorazowo do analizy przyjęto dane najkorzystniejsze dla danego Wykonawcy; nawet jeśli dane pochodziły z jego strony internetowej.

Odwołujący zwracał uwagę w kontekście treści przedstawionego powyżej zestawienia, iż jego zdaniem co do zasady informacje w przedmiotowym zakresie podane przez wszystkich wykonawców z poz. 1-9 należy uznać za niewiarygodne i jako takie winny być uznane jako podstawa do wykluczenia tych wykonawców z postępowania. Odwołujący zwracał uwagę na to, iż nawet jeśli dane przyjęte w kolumnie „Ogólna liczba pracowników i współpracowników wg. dostępnych danych” wskazana na podstawie dołączonych do niniejszego odwołania materiałów źródłowych nie jest precyzyjna i nie odpowiada stanowi zatrudnienia na dzień składania ofert, to jednak pozwala niewątpliwie ocenić skalę działalności danego wykonawcy i - porównując ją z zadeklarowaną przez niego liczbą aktywnych konsultantów w bazie, wykonawcy - ocenić wiarygodność przedstawionej informacji. Zdaniem Odwołującego Zamawiający ma z pewnością świadomość jakie oczekiwania sprecyzował wobec poszczególnych kategorii konsultantów i wie, że oczekiwania te nie są w większości łatwe do

spełnienia. Nawet na przykładzie własnej kadry (Zamawiający jest przecież profesjonalistą

20

działającym jako wykonawca na rynku) ma możliwość oceny, jak może wyglądać procentowo stosunek liczby zatrudnionych osób do liczby osób spełniających te wymagania. W przypadku Konsorcjum Sygnity stosunek ten wynosi kilkanaście procent. Oczywiście Odwołujący dopuszczał możliwość, iż w przypadku niektórych wykonawców stosunek ten może być wyższy. Trudno jednak oczekiwać, iż różnice te są kilku-, kilkunasto- lub kilkudziesięciokrotne. Konsorcjum Sygnity stało na stanowisku, że wbrew zdrowemu rozsądkowi i doświadczeniu życiowemu byłoby przyjęcie, iż u większości wykonawców ubiegających się o to zamówienie liczba osób spełniających wymagania Zamawiającego jest niemal równa ogólnej liczbie wszystkich; pracowników, a w niektórych wypadkach nawet ją przekracza. Wobec tego

Odwołujący stwierdził, że należy dojść do przekonania, iż zadeklarowane w poszczególnych ofertach liczby konsultantów są nierealne, a co za tym idzie nieprawdziwe.

Niezależnie od tego co stało się powodem zadeklarowania nierzeczywistej liczby osób posiadanych w dyspozycji danego wykonawcy faktem jest, że w kontekście danych przedstawionych przez Konsorcjum Sygnity w odwołaniu sytuacja ta prowadzi do wniosku, iż ustalenie, że wskazana liczba konsultantów nie odpowiada stanowi rzeczywistości. Zamawiający zobowiązany będzie uznać, że dany wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Odwołujący mając na uwadze zatem, iż w kontekście przedstawionych w załączeniu do niniejszego odwołania powszechnie dostępnych źródeł dotyczących danych w zakresie poziomu zatrudnienia u poszczególnych wykonawców, wskazane przez nich w ofertach informacje dotyczące „liczby konsultantów aktywnych w bazie wykonawcy spełniający wymagania określone w OPZ” stwierdził, że ww. informacje są niewiarygodne i mogą Zamawiającego wprowadzić w błąd oraz mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania, stąd też obowiązkiem Zamawiającego jest podjęcie decyzji o wykluczeniu tych wykonawców z postępowania, bez prawa do sprostowania tych nieprawdziwych informacji.

III. Zaniechanie wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp na okoliczność prawdziwości informacji zawartych w ofertach odnośnie liczby aktywnych konsultantów w bazie wykonawcy.

Na wypadek, gdyby zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzut wskazany w pkt II powyżej (wykluczenie wykonawców z uwagi na podanie przez nich informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego) okazał się zbyt daleko idący, zaś kwestie wskazane powyżej wymagałyby zdaniem Izby dodatkowego wyjaśnienia, jako zarzut ewentualny Odwołujący zgłosił zarzut o wyjaśnienie przez Zamawiającego tej kwestii w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż analiza okoliczności wskazanych w niniejszym odwołaniu musi prowadzić do wniosku, iż niemal wszystkie deklaracje wykonawców twierdzących, iż ponad połowa ich personelu (a w niektórych przypadkach liczba osób większa niż zatrudniona u danego przedsiębiorcy liczba osób) jest na tyle niewiarygodna, iż powinna zostać przez poszczególnych wykonawców co najmniej uprawdopodobniona (choć zdaniem Odwołującego powinna zostać udowodniona). Odwołujący jednocześnie wskazywał, iż ewentualne zaniechanie weryfikacji przez Zamawiającego tej okoliczności musi być uznane za dopuszczenie do dyskryminacji wykonawców, którzy rzetelnie zweryfikowali swoje zasoby i wskazali prawdziwy swój potencjał względem tych, którzy postępując wbrew przepisom ustawy oraz treści SIWZ dopuścili się w tym przypadku podania nieprawdziwych informacji. Niewyjaśnienie do końca tej kwestii stwarza możliwość powstania sytuacji, w której umową ramową podpiszą z Zamawiającym podmioty podlegające wykluczeniu, co powodowałoby, iż zarówno sama umowa ramowa, jak i wszystkie udzielone w jej następstwie zamówienia wykonawcze mogą zostać uznane za podlegające unieważnieniu.

W toku posiedzenia Izby z udziałem stron oraz Przystępujących Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie w sprawach o sygn. akt KIO 1129/20 oraz KIO 1145/20. W treści Zamawiający podał, że:

I. Uwzględnia odwołanie wykonawcy Konsorcjum Sygnity w zakresie udostępnienia Odwołującemu informacji w zakresie: zarzutu zaniechania

1. „Wykazów wiedzy i doświadczenia”, złożonych przez Konsorcjum Euvic, Britenet, 7N, Sii, Billennium z wyłączeniem informacji ujętych w tabeli w kolumnie „Nazwa i adres podmiotów, na rzecz których Wykonawca realizuje/realizował umowy”. Zamawiający stwierdził, że uwzględnienie odwołania nie obejmuje informacji ujętych w „Wykazach wiedzy i doświadczenia”, w kolumnie „Nazwa i adres podmiotów, na rzecz których Wykonawca realizuje/realizował umowy”, jak również nie obejmuje złożonych przez wykonawców dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług.
2. Pisma Britenet z dnia 17.04.2020 pt. "ODPOWIEDŹ NA WEZWANIE DO ZŁOŻENIA WYJAŚNIEŃ W ZAKR RAŻĄCO NISKIEJ CENY OFERTY" w zakresie: str. 1 - w całości, str. 2 do słów: "cena podana w ofercie Wykonawca zawiera wszystkie koszty oraz zysk I uwzględnia wszystkie uwarunkowania zawarte w SIWZ", str. 3 od słów: "Ponadto wyjaśniamy, że w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, str. 4 - w całości. Zamawiający

wskazywał, że ww. pismo zawiera uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i uwzględnienie odwołania obejmuje odtajnienie tych wyjaśnień. Uwzględnienie odwołania nie obejmuje pisma Britenet Sp. z o.o. z dnia 17.04.2020 pt. "ODPOWIEDŹ NA WEZWANIE DO ZŁOŻENIA WYJAŚN W ZAKRESIE RAŻĄCO NISKIEJ CENY W OFERTY" w zakresie od słów: "Wykonawca pragnie wskazać, iż (...)” słów "kosztów wykonawcy." Ani załączników do tego pisma stanowiących dowody w zakresie braku zaoferowania rażąco niskiej ceny jak również dowody wskazujące na zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

II.W pozostałym zakresie Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania, z powołaniem się na argumentację wskazaną poniżej.

Zamawiający w złożonym piśmie przedstawione stanowisko uzasadniał w następujący sposób:

1.Ad. zarzutu bezpodstawnego zaniechania udostępnienia Konsorcjum Sygnity informacji, które w jego ocenie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do zarzutu braku udostępnienia pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a: Konsorcjum firm: Euvic, Britenet, 7N, Sii, Billennium. Zamawiający wskazał, że pismami z dnia 20, 25 oraz 28 maja 2020 r. udostępnił Odwołującemu całość korespondencji Zamawiającego z wykonawcami informując, że:

- wykonawca Britenet został wezwany do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp a jego wyjaśnienia oraz samo zastrzeżenie zostało skutecznie objęte tajemnicą i niniejsze dokumenty nie podlegają udostępnieniu. W odniesieniu do faktu nieodtajnienia powyższych dokumentów Odwołujący wniósł odrębny zarzut, który Zamawiający częściowo uwzględnił (vide: pkt I powyżej) a częściowo wnioskuje o oddalenie (zgodnie z uzasadnieniem ujętym w pkt II. 1.3) poniżej).
- wykonawca Pentacomp na wezwanie Zamawiającego z dnia 4.05.2020 złożył wyjaśnienia i uzupełnienia, jednak część informacji została skutecznie objęta tajemnicą i nie podlega udostępnieniu. Niniejszy zarzut nie odnosi się do braku ujawnienia dokumentów Pentacomp.

Poza powyższymi dokumentami oraz treścią "wykazów wiedzy i doświadczenia" wraz dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, brak jest jakiegokolwiek innej korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a: Konsorcjum Euvic, Britenet, 7N, Sii, Billennium, która nie została Odwołującemu Sygnity udostępniona. Wobec tego zdaniem Zamawiającego powyższy zarzut jest zatem nieskonkretyzowany, bezprzedmiotowy i podlega oddaleniu.

Ad. II. 1.2)

Następnie Zamawiający odniósł się do zarzutu braku udostępnienia informacji w zakresie kolumny „Nazwa i adres podmiotów, na rzecz których wykonawca realizuje/realizował umowy”, ujętej w „Wykazach wiedzy i doświadczenia” ww. wykonawców, jak również dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług złożonych przez ww. wykonawców.

Zdaniem Zamawiającego zarzut oraz żądanie Odwołującego dotyczące nakazania Zamawiającemu ujawnienia i udostępnienia ww. dokumentów zastrzeżonych przez ww. podmioty jako tajemnica przedsiębiorstwa jest chybiony i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wyjaśnił, że przeprowadził weryfikację złożonych przez ww. podmioty wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i uznał, że wykonawcy ci w sposób prawidłowy i zgodnie z wytycznymi Zamawiającego określonymi w SIWZ (Rozdział VI. SPOSÓB PRZYGOTOWANIA OFERTY WRAZ OŚWIADCZENIAMI LUB DOKUMENTAMI, pkt III. Tajemnica Przedsiębiorstwa) dokonali skutecznego zastrzeżenia poufności następujących informacji w zakresie kolumny „Nazwa i adres podmiotów, na rzecz których Wykonawca realizuje/realizował umowy”, ujętej w „Wykazach wiedzy i doświadczenia” ww. wykonawców, jak również dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług złożonych przez ww. wykonawców.

Zamawiający wskazał, że wykonawcy, których dotyczy zarzut, szczegółowo wyjaśnili dlaczego dokumenty te stanowią tajemnicę ich przedsiębiorstwa, wykazując wszystkie przesłanki tajemnicy tj. fakt, że są to informacje: nieujawnione do wiadomości publicznej, o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub inne posiadające wartość gospodarczą oraz podjęli w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W świetle przedstawionych uzasadnień bezspornie zdaniem Zamawiającego dowiedziono, że tajemnica przedsiębiorstwa objęto dokumenty zawierające informacje mające wartość gospodarczą. Informacje te nie były ujawniane wcześniej i nie są powszechnie dostępne. Poszczególni wykonawcy wykazali również, że podejmują działania i stale dbają o to, by informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie zostały ujawnione. W żadnym razie przedstawionych przez wykonawców uzasadnień nie można uznać za ogólnikowe.

W konsekwencji powyższego, Zamawiający, który przeprowadził stosowną weryfikację uznał dokonane zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skutecznie zastrzeżone (w zakresie w jakim nie zdecydował się na uwzględnienie odwołania). Ponadto Zamawiający wskazywał przy tym, że żaden z wykonawców, których dotyczy zarzut, nie powołał się w postępowaniu na potencjał podmiotów trzecich. W związku z tym w „Wykazach wiedzy i doświadczenia” ujęte zostały informacje o usługach zrealizowanych bezpośrednio przez wykonawców. Zamawiający wskazywał również, że w kolumnie „Nazwa i adres podmiotów, na rzecz których Wykonawca realizuje/realizował umowy”, ujętej w ww. „Wykazach” żaden z wykonawców, których dotyczy przedmiotowy zarzut, nie ujął usług realizowanych na rzecz podmiotów publicznych, zobowiązanych do udostępniania informacji publicznej na podstawie obowiązujących przepisów (ustawa z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz.U.2019.1429). Stąd argumentacja Odwołującego w tym zakresie nie znajduje zastosowania.

Zamawiający zaznaczał, że złożone przez wykonawców, których dotyczy zarzut, uzasadnienia objęcia tajemnicą wykazów usług (wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie) mają różną konstrukcję i objętość, jednak w kwestii wykazania charakteru zastrzeganych informacji jednolicie (choć rzecz jasna - przy użyciu różnych sformułowań) wskazywali, iż ujawnienie informacji o kontrahentach wykonawcy (tj. o tym, jakie podmioty są odbiorcami jego usług) może być wykorzystane przez konkurencję w celu uzyskania przewagi na rynku i doprowadzić do utraty tych klientów:

Zmawiający stał na stanowisku, że informacje, co do których nie podjął decyzji o odtajnieniu posiadają dla wykonawców wartość gospodarczą, rozumianą w tym aspekcie, iż ich rozpowszechnienie może zagrażać konkurencyjnej pozycji przedsiębiorstwa w danym segmencie rynku. W efekcie wykonawcom groziłaby szkoda majątkowa, polegająca np. na zmniejszeniu jego przychodu, utracie części klientów, konieczności poniesienia kosztów odbudowania pozycji rynkowej, itp. okoliczności powyższe, jak również fakt nieujawnienia przedmiotowych informacji do wiadomości publicznej (tj., że są one nieznane ogółowi czy też osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, oraz nie można się o nich dowiedzieć z powszechnie znanych i dostępnych źródeł) oraz fakt, że wykonawcy podjęli w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności bezspornie wynikają z przedłożonych przez wykonawców uzasadnień objęcia informacji klauzulą tajemnicy.

Zamawiający podkreślał, że w związku z informacją o uwzględnieniu części odwołania ujętą w pkt I ww. pisma, Zamawiający zdecydował się na utrzymanie w tajemnicy jedynie tej części wykazu, która zawiera informacje o kontrahencie. Z tego samego powodu Zamawiający nie zdecydował się na odtajnienie tzw. dokumentów referencyjnych.

Kolejno Zamawiający odnosił się do argumentacji wskazującej na brak załączenia do wyjaśnień tajemnicy dowodów. Zamawiający podnosi także, że art. 8 ust. 3 Pzp nie wyraża bezwzględnego obowiązku przedstawiania dowodów na każde twierdzenie wykonawcy w przedmiocie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Oświadczenia wykonawców są także dostatecznym dowodem, w szczególności gdy dotyczą one określonych faktów a nie wyrażają opinii lub ocen. Z taką sytuacją miał do czynienia Zamawiający w tym postępowaniu, bowiem większość wykonawców, których dotyczy zarzut, nie załączyła do wyjaśnień tajemnicy dowodów niemniej jednak wyjaśnienia odnoszą się do faktów, uwzględniają charakterystykę postępowania i zastrzeganych informacji a także odnoszą się do wszystkich elementów definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Następnie Zamawiający odnosił się do zarzutu braku udostępnienia informacji w zakresie: części wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy przez Britenet tj. części pisma pt. "ODPOWIEDŹ NA WEZWANIE DO ZŁOŻENIA WYJAŚNIEŃ W ZAKRESIE RAŻĄCO NISKIEJ CENY OFERTY" z dnia 17.04.2020 r. załącznika do tych wyjaśnień do wyjaśnień w zakresie objęcia pisma pt. "ODPOWIEDŹ NA WEZWANIE DO ZŁOŻENIA WYJAŚNIEŃ W ZAKRESIE RAŻĄCO NISKIEJ CENY OFERTY" z dnia 17.04.2020 tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający wskazywał, że zarzut oraz żądanie Odwołującego dotyczące nakazania Zamawiającemu ujawnienie i udostępnienie ww. dokumentów zastrzeżonych przez ww. podmioty jako tajemnica przedsiębiorstwa jest chybiony i nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający stwierdził, że niewątpliwie sposób kalkulacji ceny oferty, czynniki i przewagi wykonawcy umożliwiające mu zaoferowanie konkurencyjnej ceny wypełniają cytowaną na wstępie definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Na takie okoliczności wskazał wykonawca Britenet w części wyjaśnień, co do której Zamawiający nie zdecydował się na odtajnienie (podając m.in. uśredniony koszt pracodawcy, stosunek ilościowy pracowników merytorycznych do administracyjnych, zastosowaną marżę itp.) oraz załączniku do wyjaśnień, zawierającym dane nt. form i kosztów zatrudnienia przez Britenet specjalistów. Powyższe zostało wykazane przez Britenet w wyjaśnieniach, w których odniósł się on do trzech elementów definicji tajemnicy przedsiębiorstwa a także poparł swe wyjaśnienia dowodami tj. wyciągiem z „Regulaminu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa Britenet sp. z o.o.” oraz przykładową klauzulą poufności członka personelu Britenet. Również te dokumenty stanowią w ocenie Zamawiającego tajemnicę, bowiem mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa.

Zamawiający podkreślał, że w związku z informacją o uwzględnieniu części odwołania ujętą w pkt I niniejszej odpowiedzi, Zamawiający zdecydował się na utrzymanie w tajemnicy jedynie tej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny, która zawiera informacje merytoryczne dotyczące kalkulacji ceny, pomijając te fragmenty, które mają charakter ogólny, czy odnoszą się do treści obowiązujących przepisów i orzecznictwa.

II. 2.

Ad. zarzutów dotyczących niezgodnej z przepisami Pzp czynności badania i oceny oferty konsorcjum Euvic.

Zamawiający podnosił, że zarzuty zawarte w odwołaniu Assecor oraz Konsorcjum Sygnity odnoszą się do tej samej okoliczności faktycznej tj. liczby „Konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ” podanej w ofercie konsorcjum Euvic to Zamawiający przedstawił swoją argumentację zbiorczo w odniesieniu do ww. zarzutów.

II.2.1. Charakterystyka zastosowanego kryterium

Zamawiający wyjaśniał, że postępowanie jest prowadzone w celu zawarcia umowy ramowej. Zamawiający przewidział, że zawrze umowę ramową z Wykonawcami w liczbie nie większej niż 5 (Rozdział IV "Tryb udzielenia zamówienia pkt 1 i 4 SIWZ). W trakcie realizacji umowy ramowej Wykonawcy, z którymi umowa ramowa zostanie zawarta, zapraszani będą do składania ofert na „zamówienia wykonawcze” określające szczegółowo przedmiot usługi, jakiej wykonania oczekuje Zamawiający. Celem wyboru wykonawców, z którymi Zamawiający zawrze umowę ramową Zamawiający zdecydował się na wykorzystanie dwóch kryteriów, które w jego ocenie zapewnią racjonalny, ekonomicznie uzasadniony, a przede wszystkim znacznie zwiększający szansę na efektywną realizację przyszłych zamówień wykonawczych dobór 5 wykonawców (chyba, że oferty niepodlegające odrzuceniu złożą mniej niż 5 wykonawców). Wedle Rozdziału IX Podrozdział. II SIWZ w postępowaniu:

„Kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu realizowanym w celu zawarcia umowy ramowej. Przy ustaleniu rankingu ofert, Zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami:

1. Całkowita cena oferty brutto - 60%
2. Liczba Konsultantów aktywnych w bazie odpowiadających profilom wskazanym w OPZ Wykonawcy - 40%

1. Zgodnie z Rozdziałem IX. Podrozdział III SIWZ w postępowaniu:

„Zasady oceny ofert według ustalonych kryteriów w postępowaniu realizowanym w celu zawarcia umowy ramowej.

1. Ocena ofert w postępowaniu realizowanym w celu zawarcia umowy ramowej dokonywana będzie na podstawie

informacji zawartych w Formularzu oferty według następujących zasad: (...)

2) Liczba Konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ (I)

Zamawiający w powyższym Kryterium przyzna punkty na podstawie informacji podanych przez Wykonawcę w Formularzu oferty.

Pod pojęciem Konsultanta aktywnego w bazie Wykonawcy Zamawiający rozumie Konsultanta który na dzień składania ofert posiada zawartą umowę o współpracy z Wykonawcą składającym ofertę.

Zdaniem Zamawiającego z powyższego wynika, że oprócz kryterium cenowego, Zamawiający zdecydował się na wykorzystanie pozacenowego kryterium oceny ofert pn. „Liczba Konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ”, przypisując mu wagę 40%. Powyższa konstrukcja kryteriów została pomyślana przez Zamawiającego w ten sposób, by do etapu zamówień „wykonawczych” zakwalifikować i wybrać takich wykonawców, którzy gwarantować będą Zamawiającemu ekonomicznie uzasadnioną (element cenowy), ale i maksymalnie realną możliwość zaoferowania i wykonania usługi polegającej na dostarczeniu potrzebnych specjalistów o kwalifikacjach opisanych w OPZ. Zamawiający założył, że im większa jest baza aktywnych konsultantów wykonawcy, spośród których wykonawcy będą dobierać specjalistów odpowiadających profilom i weryfikować ich dostępność do świadczenia usług na rzecz Zamawiającego, tym większa szansa na złożenie oferty wykonawczej i realizację potrzeb Zamawiającego zdefiniowanych w zaproszeniu do składania ofert wykonawczych, zwłaszcza że „oferty wykonawcze” mają być składane zasadniczo w terminie 7 dni (par. 4 ust. 7 wzoru Umowy ramowej).

Zamawiający wyjaśniał, że wielkość bazy aktywnych konsultantów przekłada się bezpośrednio nie tylko na jakość świadczonych usług, ale możliwość ich zaoferowania w ramach „zamówień wykonawczych”. Priorytetem dla Zamawiającego był dobór podmiotów, które będą rzeczywiście oferować mu swoje usługi w ramach zamówień „wykonawczych”, a

28

nie wykonawców, którzy - z uwagi na fakt współpracy z ograniczoną liczbą konsultantów - będą składać „oferty wykonawcze” tylko w przypadku niektórych profili, rzadko lub w ogóle.

Co istotne, wedle SIWZ Zamawiający założył, że przy ocenie ofert w ramach ww. kryterium oprze się na oświadczeniach wykonawców. Zamawiający w odpowiedzi z dnia 12.03.2020r. na pytanie nr 12 do treści SIWZ wskazał: „Zamawiający wyjaśnia, że kryterium liczby konsultantów oceniał będzie na podstawie złożonych przez Oferentów (potencjalnych Wykonawców) oświadczeń”.

Zamawiający podkreślał, że praktyka opierania się na oświadczeniach wykonawców w ramach kryteriów oceny ofert jest zgodna z prawem i powszechnie stosowana. W tym przypadku było to również uzasadnione faktem, że brak jest dokumentu, nie będącego oświadczeniem wykonawcy, wskazującego na liczbę konsultantów, z którymi ma on zawarte umowy. Żądanie od wykonawców kopii umów o współpracę z konsultantami byłoby wątpliwe prawnie bowiem wykonawca musiałby uzyskać od każdego konsultanta zgodę na przetwarzanie jego danych osobowych na potrzeby postępowania, brak zgody wykluczałby możliwość przekazania kopii umowy Zamawiającemu choć jednocześnie nie stanowiłby o tym, że wykonawca nie dysponuje konsultantem. Żądanie od wykonawców kopii umów o współpracę z konsultantami przeczyłoby też regułom ekonomiki postępowania, gdyż oznaczałoby konieczność weryfikacji przez Zamawiającego kilkuset, kilku tysięcy, czy nawet więcej kopii umów złożonych przez każdego z wykonawców (w Postępowaniu wpłynęło 11 ofert).

Kolejno Zamawiający argumentował, że określone przez Zamawiającego kryterium oceny przed terminem składania ofert było przedmiotem odwołania EUVIC Sp. z o.o. wynikiem, którego było oddalenie odwołania.

II.2.2) Badanie i ocena oferty Euvic

Zamawiający wyjaśniał, że zobowiązany jest prowadzić postępowanie w oparciu o reguły, które sam ustanowił. Zamawiający jest związany postanowieniami SIWZ w równym stopniu jak wykonawcy i nie może, po terminie składania ofert, modyfikować reguł postępowania, w szczególności nie może żądać od wykonawców, na potrzebę oceny ofert, dokumentów, których obowiązek złożenia nie wynikał z SIWZ. Zamawiający podkreślał, że ma obowiązek dokładnego określenia sposobu oceny ofert w SIWZ, w tym wskazania na jakiej zasadzie przyznawane będą punkty w ramach poszczególnych kryteriów a następnie dokonania oceny na zasadach tam opisanych.

Następnie Zamawiający stwierdził, że na etapie oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień ale nie może

Pzp). Tym samym w ramach oceny ofert Zamawiający mógłby jedynie żądać wyjaśnień dotyczących ww. zadeklarowanej liczby konsultantów aktywnych w bazie, a nie dokumentów potwierdzających określone okoliczności, które nie były wymagane w SIWZ. Już z tego powodu zarzut Odwołującego Sygnity naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania m.in. Konsorcjum Euvic do złożenia stosownych wyjaśnień, w tym złożenie stosownych dowodów potwierdzających istnienie zadeklarowanych okoliczności jest niezasadny, gdyż odnosi się do wykonania czynności niezgodnej z Pzp.

Co więcej w wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający winien szczegółowo wskazać, na czym polegają jego wątpliwości dotyczące treści oferty. W stanie faktycznym sprawy Zamawiający doszedł do przekonania, że sformułowanie ogólnego wezwania do wyjaśnień podanej w ofercie Konsorcjum Euvic liczby konsultantów sprowadzi się do oczekiwania potwierdzenia przez Konsorcjum Euvic podanej liczby i jest bezcelowe. Mając na uwadze powyższe Zamawiający dokonał oceny złożonych ofert na podstawie informacji, jakie złożyli wykonawcy w formularzach ofertowych.

Zamawiający podał, że dokonując oceny ofert zakładał, że Konsorcjum Euvic, które zadeklarowało największą liczbę konsultantów aktywnych w bazie (40.170), właściwie rozumiało postanowienia SIWZ (wszelkie wątpliwości w tym zakresie, o ile istniały, zostały wyjaśnione w toku postępowania odwoławczego. Brał też pod uwagę, że oferta Konsorcjum Euvic - jako jedyna w postępowaniu - została złożona przez Konsorcjum trzech wykonawców, spośród których: Członek Konsorcjum Euvic Sp. z o.o. - współpracuje z klientami m.in. w modelu wynajmu pracowników. Natomiast członek Konsorcjum Edge One Solutions Sp. z o.o. prowadzi biznes oparty o outsourcing specjalistów IT (body leasing) lub całych zespołów developerskich (team leasing). Również członek Konsorcjum Team Connect Sp. z o.o. współpracuje z klientami m. in. w modelu wynajmu pracowników.

Już w tego powodu Zamawiający uznawał, że porównywanie liczb „aktywnych konsultantów w bazie” wskazanych w ofercie Konsorcjum Euvic oraz w ofertach Odwołujących jest porównywaniem danych nieporównywalnych. Zamawiający wyjaśnił, iż brał pod uwagę także okoliczność, że w świetle kryteriów „punktowania” w ramach kryterium podlegali konsultanci, z którymi wykonawcy mają zawarte umowy o współpracy, bez względu na rodzaj umowy (umowa o pracę, umowa cywilnoprawna, ramowa), a także bez względu na to, czy współpraca wykonawcy z konsultantem miała już miejsce, czy dopiero może mieć miejsce w przyszłości. Zatem porównywanie liczby „aktywnych konsultantów” podanych w ofercie ze stanem zatrudnienia wynikającym z „powszechnie dostępnych źródeł wiedzy na temat poziomów zatrudnienia” u wykonawcy, np. sprawozdań z działalności Wykonawców czy ich stron internetowych, profili w serwisach takich jak pracuj.pl czy LinkedIn, co czyni Odwołujący

Konsorcjum Sygnity jest błędne. Informacje te odnoszą się do wielkości zatrudnienia u wykonawcy, ewentualnie współpracy z konsultantami, która miała już miejsce, najczęściej współpracującymi z wykonawcą regularnie, a nie do wielkości „baz” konsultantów, obejmujących osoby, które wyraziły zgodę na potencjalną współpracę z wykonawcą przyszłości zawierając z wykonawcą stosowną umowę („umowę o współpracę”). Zdaniem Zamawiającego zaznaczyć należy, że w świetle kryterium ta sama osoba może być uwzględniona w bazach kilku wykonawców, bowiem jest możliwe, że ta sama osoba zawarła umowę o współpracy z więcej niż jedną firmą z branży IT, lub nawet jest zatrudniona w jednej firmie w ramach stosunku pracy a ponadto ma zawartą umowę dotyczącą potencjalnej współpracy z inną firmą / firmami. Dla Zamawiającego istotne było (i jest) by wykonawca, w odpowiedzi na zapytanie wykonawcze, miał możliwość skorzystania z jak najszerzej bazy osób, które mogłyby podjąć się realizacji usług objętych zamówieniem wykonawczym.

Zamawiający zaznaczał także, że liczba 40.170 konsultantów, choć duża, nie jest niewiarygodna. Zamawiający w ramach kryterium przyznawał punkty za specjalistów IT o różnych, opisanych w SIWZ kwalifikacjach (programiści, architekci, analitycy, testerzy, graficy, administratorzy). Porównanie powszechnie dostępnych liczb dotyczących liczby osób pracujących w Polsce w sektorze IT z liczbą konsultantów podaną przez Konsorcjum Euvic w żaden sposób nie dowodzi, iż Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd.

Zamawiający podkreślał, że ciężar dowodu, że Konsorcjum Euvic wprowadziło Zamawiającego w błąd leży po stronie Odwołujących a mając na uwadze powyższą argumentację Zamawiający uznaje, że taka okoliczność (jakoby 3

członków konsorcjum Euvic miało zawarte umowy o współpracy z mniejszą niż 40.170 liczbą konsultantów odpowiadających profilom określonym w SIWZ) nie została udowodniona. Co więcej, nie można nawet uznać jej za uprawdopodobnioną, gdyż argumentacja odnosząca się do: porównań z wynikającymi w dostępnych informacji z liczbami pracowników czy współpracowników członków konsorcjum w latach ubiegłych (Odwołujący Konsorcjum Sygnity, Odwołujący Asseco), porównań z planami dotyczącymi „zatrudnienia” w latach kolejnych (Odwołujący Sygnity, Odwołujący Asseco), jak również porównań liczby 40.170 konsultantów z danymi finansowymi członków konsorcjum poprzez wykazywanie, że przychody spółek wchodzących w skład Konsorcjum Euvic nie są wystarczające na pokrycie wynagrodzeń 40.170 konsultantów (jak wskazuje Odwołujący Asseco: „Miesięczny przychód 3 członków konsorcjum (...) to rząd wielkości 15.850.000 zł, co w przeliczeniu na jednego konsultanta (z podanej w ofercie liczby 40.000) wynosi ok 395,00 zł miesięcznie”) pomija konstrukcję kryterium, która definiowała „aktywnego konsultanta” jako osobę, z którym wykonawca ma zawartą umowę o współpracy i nie wymagała, aby ta współpraca miała rzeczywiście - przed złożeniem oferty - miejsce, tym bardziej by zachodziła ona regularnie.

Na podobnej zasadzie argumenty odnoszące się do danych o liczbie specjalistów IT zbieranych dla celów statystycznych sprowadzające się do tezy Odwołującego Asseco, że: „Według danych dla Komisji Europejskiej w Polsce liczba specjalistów IT w Polsce w 2018 roku wyniosła 486.300. Gdyby zatem przyjąć za prawdziwe dane podane przez Konsorcjum Euvic, oznaczałoby to że te 3 firmy aktywnie zatrudniają do realizacji bieżących projektów około 8% wszystkich dostępnych na rynku specjalistów IT” pomijają konstrukcję kryterium, która odnosiła się do liczby konsultantów, z którymi wykonawca ma zawartą umowę o współpracy (również o potencjalnej współpracy w przyszłości), a nie z którym już współpracuje.

Zamawiający przywoływał się na treść Rozdziału SIWZ (po zmianach z dnia 12.03.2020r.), gdzie wskazano: Pod pojęciem Konsultanta aktywnego w bazie Wykonawcy Zamawiający rozumie Konsultanta, który na dzień składania ofert posiada zawartą umowę o współpracy z wykonawcą składającym ofertę (w szczególności umowę o pracę, umowę cywilnoprawną). Wyrok KIO z dnia 10 marca 2020 r., sygn. akt KIO 380/20 jaki zapadł w postępowaniu, odnoszący się do treści tego kryterium, w którym Izba stwierdziła, m.in., że: „Racjonalne jest założenie zamawiającego, że "posiadanie umowy o współpracy z firmą rekruterską przesądza o aktywności danego konsultanta o tyle, że skoro dana osoba ma zawartą umowę z firmą rekruterską, to po pierwsze jest co najmniej potencjalnie zainteresowana współpracą z jej klientami, a firma rekruterską zawsze może mu złożyć propozycję angażu na wskazanych w zaproszeniu warunkach” (...).”

W ocenie Zamawiającego brak wykazania przez Odwołujących, że kwestionowana informacja podana przez Konsorcjum Euvic wprowadza w błąd, tj. nie odpowiada stanowi rzeczywistości powoduje uznanie, że nie doszło tu także do czynu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli informacja o liczbie konsultantów podana przez Konsorcjum Euvic odpowiada faktom tj. liczba ta nie została zawyżona (a okoliczność taka nie została przez Odwołujących udowodniona, ani nawet uprawdopodobniona) to nie może tu być mowy o działaniu sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, o czym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Brak więc tu znamion czynu nieuczciwej konkurencji.

Na marginesie Odwołujący wskazywał, że w sprawie nie mogło dojść do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp (zarzut naruszenia tego przepisu stawia Odwołujący Asseco) bowiem odnosi się wprost do wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że: nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji". Zatem nie odnosi się do kryteriów oceny ofert a kryteriów selekcji. Ustawa Pzp wyraźnie odróżnia ww. kategorie wskazując np. w art. 25a ustawy Pzp, że kryteria selekcji to te, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten nie dotyczy więc kryteriów oceny ofert, które ustawa reguluje w art. 91.

Ponadto, Zamawiający podkreślał, iż istnieją znaczące różnice w modelu funkcjonowania między Konsorcjum Euvic a Odwołującymi, co zostało również potwierdzone w treści pisma procesowego przystępującego Konsorcjum Euvic otrzymanego w dniu

24.06.2020r.

Ad. zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców: Britenet, 7N, Sii, Billennium, S&T, Asseco, Transition Technologies, Pentacomp.

Na wstępie Zamawiający wskazywał, że informacje ujęte w pkt. 2.1 części Ad. 2 niniejszej odpowiedzi na odwołanie (2.1. Charakterystyka zastosowanego kryterium), jak i informacje ujęte w pkt. 2.3 części Ad. 2 (2.3. Liczba personelu IT w Polsce) w pełnym zakresie mają zastosowanie do zarzutów, o których mowa w niniejszej części odpowiedzi na odwołanie (tj. części Ad. 3). Tym samym poniżej Zamawiający odniósł się tylko do elementów charakterystycznych dla zarzutów sformułowanych wobec oceny ofert Britenet, 7N, Sii, Billennium, S&T, Asseco, Transition Technologies, Pentacomp.

Zamawiający stwierdził, że liczby konsultantów wskazane w ofertach wykonawców, o których mowa w pkt Ad. 3 nie budziły jego wątpliwości. Dokonując porównania tych liczb z powszechnie dostępnymi danymi nt. liczby specjalistów IT w Polsce (vide argumentacja ujęta w Ad. 2, pkt 2.3) niniejszej odpowiedzi na odwołanie), jak i dokonując porównania liczb konsultantów w bazie pomiędzy poszczególnymi wykonawcami, którzy złożyli oferty w postępowaniu Zamawiający nie dostrzegł podstaw do żądania wyjaśnień. Zamawiający wyjaśniał także, iż po otrzymaniu kopii odwołań na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, na etapie analizy odwołań, otrzymał od wykonawców dodatkowe informacje, dodatkowo potwierdzające iż nie doszło tu do wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Pismo Asseco z dnia 18.06.2020 roku:

Jak wskazuje w piśmie z dnia 18.06.2020 roku Asseco: „Asseco Poland S.A. w swojej ofercie wskazało liczbę konsultantów znacznie mniejszą niż liczba zatrudnionych na umowy o pracę oraz na podstawie umów cywilnoprawnych. Zaprezentowane dane są prawdziwe i wiarygodne a wyliczenia są wynikiem rzetelnie przeprowadzonych analiz i odpowiadają potencjałowi firmy Asseco Poland S.A. (...) otóż według wyliczeń podanych przez odwołującego „Procentowy stosunek aktywnych konsultantów z oferty do wszystkich zatrudnionych u danego Wykonawcy” w przypadku Asseco Poland S.A. wynosi 0,61 (i jest

33

drugim najniższym po Sii Sp. z o.o.. Zatem nie jest on „niemal równy ogólnej liczbie wszystkich pracowników”.

Pismo Britenet z dnia 19 czerwca 2020 roku:

Jak wskazuje Britenet w piśmie z dnia 19.06.2020 roku: „W zakresie istnienia dysproporcji pomiędzy „Liczba konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ” podaną w ofercie a poziomem zatrudnienia a (na umowy o pracę) u Wykonawcy wynikającym z informacji powszechnie dostępnych wyjaśniamy, że w sprawozdaniu finansowym Britenet Sp. z o.o. jest informacja jedynie o osobach zatrudnionych na umowę o pracę, podczas gdy w ofercie Spółka wskazała, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, osoby (Konsultantów) współpracujących z Britenet Sp. z o.o. w różnym modelu, mieszczącym się w zakresie umów cywilnoprawnych. Nadmieniamy również, że Sprawozdanie finansowe, w którym jest informacja o zatrudnionym personelu jest za 2018 r. Obecnie Spółka ma współpracuje z ponad 700 konsultantami. Informacja taka znajduje się na oficjalnej stronie Spółki.”

Pismo Sii z dnia 19 czerwca 2020 roku

Jak wskazuje Sii w piśmie z dnia 19.06.2020 roku: „Niniejszym wyjaśniam, że wskazana liczba 2586 konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy, odpowiadających profilom wskazanym w OPZ, została przygotowana przez Sii na podstawie szczegółowej analizy kompetencji zatrudnionych przez Sii konsultantów i porównaniu ich do wymagań Zamawiającego. Do tego zadania została wykorzystana baza danych zawierająca informacje (w tym aktualne CV) wszystkich zatrudnionych przez Sii konsultantów, pozwalająca na grupowanie osób na podstawie profilu, poziomu doświadczenia, certyfikatów i innych atrybutów ułatwiających wyszukiwanie i sumowanie.”

Pismo 7n sp. z o.o. z dnia 19 czerwca 2020 roku

Jak wskazuje 7N w piśmie z dnia 19.06.2020 roku: „Odnosząc się do informacji ujawnionych w odwołaniu dotyczących istniejącego zatrudnienia w 7N Sp. z o.o. oraz przywołanych w treści odwołania dowodów źródłowych należy podnieść, że te dane na dzień składania oferty w przedmiotowym postępowaniu nie były aktualne. Na dzień składania oferty stan zatrudnienia na podstawie umowy o pracę oraz umów cywilnoprawnych był wyższy niż 560 osób i wynosiła 580 osób. Uwzględniając aktualne dane (580 osób) oraz liczbę Konsultantów aktywnych, która została wskazana w ofercie (422 osoby) nie można mówić, że w przypadku wykonawcy 7N Sp. z o.o. liczba osób spełniających wymagania Zamawiającego „jest niemal równa ogólnej liczbie wszystkich pracowników”. Taki argument znalazł się w treści odwołania. W konsekwencji nie można mówić o istnieniu takiej dysproporcji pomiędzy liczbą Konsultantów

aktywnych w bazie wykonawcy 7N Sp. z o.o. odpowiadających profilom wskazanym w OPZ podaną w ofercie a poziomem zatrudnienia (na umowy o pracę oraz na podstawie umów cywilnoprawnych), która mogłaby budzić jakiegokolwiek wątpliwości co do prawdziwości zadeklarowanych w ofercie danych."

Pismo Pentacomp z dnia 19 czerwca 2020 roku

Dodatkowe wyjaśnienia i dowody na poparcie tezy rzetelności podanej w ofercie Liczby konsultantów podał także Pentacomp w piśmie z dnia 19 czerwca 2020 r. wraz z załącznikami - dowodami, obejmującymi m.in. zanonimizowane wydruki z baz wykonawcy. Wyjaśnienia te oraz dokumenty zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W dniu 24 czerwca wykonawca dostał Wyciąg ze Sprawozdanie Zarządu za rok obrotowy 2019 (dokument jawny).

W odniesieniu do wykonawców S&T oraz Transition Technologies Zamawiający wskazywał, iż z uwagi na podlegające ocenie parametry tych ofert (cena oraz liczba konsultantów) okoliczność wykluczenia albo braku wykluczenia tych wykonawców z postępowania nie będzie miała wpływu na wynik postępowania.

KIO 1149/20

W dniu 25 maja 2020 r. wykonawca Billennium S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Mangalii 2A (dalej: „Odwołujący” lub „Billennium”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- 2.czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i traktowaniu jego oferty za odrzuconą, dokonanej z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż Odwołujący nie powinien podlegać wykluczeniu z postępowania, a tym samym jego oferta nie powinna być traktowana jako odrzucona;
- 3.zaniechania Zamawiającego polegającego na tym, iż Odwołujący nie został wezwany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z wyznaczeniem nowego terminu, z uwagi na sygnalizowane przez Odwołującego problemy techniczne z korzystaniem z platformy, która była dedykowana przez Zamawiającego do kontaktów w ramach postępowania, które to problemy wystąpiły w wyznaczonym pierwotnie przez Zamawiającego terminie na uzupełnienie dokumentów;
4. naruszenia przez Zamawiającego art. 7 Pzp w związku z art. 10b Pzp przez przeprowadzenie wadliwej procedury badania i oceny ofert oraz naruszenie zasady równego traktowania wykonawców a także zasady proporcjonalności;
- 5.naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, co prowadzi do sytuacji, w której zamówienie nie zostanie udzielone Odwołującemu, mimo, że powinien on zostać wybrany zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu;
- 6.naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców: 1) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 179 (dalej: „Pentacomp”), 2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Euvic Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach przy Przewozowej 32, 2. Team Connect Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołodyjowskiego 58, 3. Edge One Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 14B (dalej: „Konsorcjum Euvic”), 3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. F. Klimczaka 1, 2. MAKEITRIGHT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołoskiej 5 (dalej: „Konsorcjum Sygnity”) - mimo, iż wykonawcy Ci nie uzupełnili dokumentów na wezwanie Zamawiającego we wskazanej przez niego formie i we wskazany przez niego sposób, a tym samym należało uznać, iż w terminie wskazanym przez Zamawiającego nie doszło w ich wypadku do uzupełniania dokumentów i potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego dodatkowo powyższe zaniechanie Zamawiającego doprowadziło do dalszych naruszeń Pzp w postępowaniu, gdyż Zamawiający w jego efekcie jako najkorzystniejsze wybrał oferty podlegających wykluczeniu wykonawców: Konsorcjum Euvic Sp. z o.o i Konsorcjum Sygnity S.A. czym dodatkowo naruszył art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 3 Pzp;
- 7.czynności Zamawiającego w zakresie wyboru jako najkorzystniejszych w postępowaniu ofert złożonych przez wykonawców: Konsorcjum Sygnity, 7N, Britenet, Konsorcjum Euvic, Sii - z uwagi na to, że oferty te zostały wybrane z

naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 3 Pzp, co prowadzi do sytuacji, w której zamówienie udzielone zostanie wykonawcom wybranym niezgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu;

alternatywnie

8. jeśli Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzi, iż brak jest przesłanek do nowego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z wyznaczeniem jemu nowego terminu, wówczas Odwołujący wskazywał na naruszenie przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 146 ust. 6 Pzp, z uwagi na to, że doszło w postępowaniu do naruszenia o charakterze nieusuwalnym, które jednocześnie wpływało na wynik postępowania, a tym samym w postępowaniu wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny ofert dokonanej w postępowaniu;

- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp;

- unieważnienia czynności wyboru ofert złożonych przez poniższych wykonawców jako ofert najkorzystniejszych w postępowaniu: Konsorcjum Sygnity, 7N, Britenet, Konsorcjum Euvic, Sii.

- unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów z dnia 4 maja 2020 r.;

- wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów objętych wezwaniem z dnia 4 maja 2020 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z wyznaczeniem nowego terminu;

- powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty Odwołującego;

- wykluczenia z postępowania wykonawców: Pentacomp, Konsorcjum Euvic, Konsorcjum Sygnity.

- uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą, a tym samym wyboru oferty Odwołującego.

alternatywnie:

- jeśli Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzi, iż brak jest przesłanek do nowego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z wyznaczeniem mu nowego terminu, wówczas Odwołujący wnosił o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 146 ust. 6 Pzp, gdyż w takim wypadku naruszenia Zamawiającego wskazane w odwołaniu będą miały charakter nieusuwalnych i jednocześnie wpływały będą na wynik postępowania, a tym samym w postępowaniu wystąpi niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca Billennium wyjaśniał, że w dniu 14 maja 2020 r.

Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wynikach postępowania określającą, iż Odwołujący został wykluczony z postępowania. W tej samej informacji Zamawiający wskazał 5 ofert wybranych przez siebie jako najkorzystniejsze w postępowaniu. Jako przesłankę wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał, iż Odwołujący w dniu 4 maja 2020 r. został wezwany do uzupełnienia dokumentów w Postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w terminie do dnia 11 maja do godziny 12.00. Zamawiający wskazał, że w powyższym terminie otrzymał jedynie część żądanych dokumentów (dokumenty z KRK), pozostała zaś część żądanych dokumentów (część sprawozdania finansowego za 2016 rok oraz opinie biegłych rewidentów) została w ocenie Zamawiającego przekazana o godzinie 12:01:54.

W postępowaniu sposób komunikacji z Zamawiającym określony został w specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) w rozdziale I podrozdziale III „INFORMACJE O SPOSOBIE POROZUMIEWANIA SIĘ C PRZEKAZYWANIA OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW, A TAKŻE WSKAZANIE OSÓB UPRAWNIONYCH POROZUMIEWANIA SIĘ Z WYKONAWCAMI (NIE DOTYCZY SKŁADANIA OFERT)”. Zgodnie z punktem 1 podrozdziału Zamawiający dopuścił przekazywanie informacji przy użyciu formularza do komunikacji dostępnego na ePuap oraz udostępnionego przez miniPortal. Dodatkowo powyższy punkt SIWZ wskazywał:

„UWAGA! Wskazane jest, aby strony komunikowały się ze sobą za pomocą jednego, wybranego środka komunikacji (tj. za pomocą poczty elektronicznej lub formularzy na ePUAP), w celu uniknięcia powielania tych samych dokumentów”

Dodatkowo w punkcie 2 i 3 w podrozdziale III SIWZ Zamawiający określił, iż dopuszczalny łączny rozmiar przesyłanych plików w przypadku formularza do komunikacji dostępnego na e-Puap wynosi 150 MB, zaś załączniki, których łączny rozmiar będzie większy niż wskazany powyżej, należy przestać w kilku odrębnych wiadomościach za pośrednictwem e-PUAP.

W punkcie 11 w podrozdziale III SIWZ Zamawiający wskazał także, iż wymagania techniczne i organizacyjne wysyłania i odbierania dokumentów elektronicznych, elektronicznych kopii dokumentów i oświadczeń oraz informacji przekazywanych przy ich użyciu opisane zostały w Regulaminie ePUAP

Następnie w rozdziale V SIWZ „WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW POTWIERDZAJĄCYCH SPEŁNIANIE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ BRAK PODSTAW WYKLUCZENIA” w punkcie 11 Zamawiający określił dodatkowo, że Wykonawca zobowiązany jest składać powyższe dokumenty w sposób określony w rozdziale VI SIWZ.

W rozdziale VI SIWZ „SPOSÓB PRZYGOTOWANIA OFERTY WRAZ Z OŚWIADCZENIAMI I DOKUMENTAMI” w podrozdziale II punkt 3 określone zostało, iż zarówno oferta jak i inne dokumenty i oświadczenia zapis nie ogranicza się tylko do dokumentów wymienionych w Rozdziale V SIWZ pkt 1-3 o czym świadczy określenie „w tym wymienione”, należy skompresować do jednego pliku archiwum (.zip) oraz że zaleca się stosować narzędzie na licencji open-source 7-Zip. Zamawiający wskazał także, iż w przypadku konieczności złożenia w ofercie kilku dokumentów wykonawca powinien dokumenty zapisać jako zip i dopiero zaszyfrować aplikacją do szyfrowania także jako zip.

Następnie w punkcie 4 tegoż podrozdziału Zamawiający wskazał, iż w kolejnym kroku Wykonawca jest zobowiązany do zaszyfrowania pliku, o którym mowa w punkcie 3 powyżej. Szyfrowanie musi być dokonane przy użyciu aplikacji znajdującej się na miniPortalu pod adresem: .

W punkcie 8 i 9 w podrozdziale II w rozdziale VI SIWZ Zamawiający wskazał także, iż: „Maksymalny rozmiar zaszyfrowanego pliku przesyłanego za pośrednictwem ePuap wynosi 150 MB.” oraz

„ W sytuacji, gdy rozmiar zaszyfrowanego pliku przekracza 150 MB, przed przystąpieniem do szyfrowania należy dokumenty, wskazane w pkt 3 podzielić i skompresować do odpowiedniej ilości plików archiwum (.zip). Następnie, każdy z plików należy osobno zaszyfrować zgodnie z pkt 4-6. Podczas szyfrowania pliki należy nazwać w następujący sposób: OfertaPART1_[numer referencyjny postępowania]_[skrótowa nazwa wykonawcy] oraz OfertaPART2_[numer referencyjny postępowania]_[skrótowa nazwa wykonawcy] - itd. Każdy z zaszyfrowanych plików należy przesiać oddzielnie korzystając z formularza wskazanego w pkt 10.”

Następnie w punkcie 10 w podrozdziale II w rozdziale VI SIWZ Zamawiający wskazał, iż:
„ Wykonawca składa zaszyfrowany plik za pośrednictwem Formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku dostępnego na ePuap pod adresem: <https://obywatel.gov.pl/nform/s/ezamowienia>.

Odwolujący stwierdził, że spełnił po swojej stronie wszystkie wymagania techniczne i organizacyjne wysyłania i odbierania dokumentów elektronicznych, elektronicznych kopii dokumentów i oświadczeń oraz informacji przekazywanych przy ich użyciu, opisane w Regulaminie ePUAP.

Wykonawca Billennium podnosił, że w czasie, gdy przygotowywał do przekazania dokumenty objęte wezwaniem z dnia 4 maja 2020 r., postępując zgodnie z przytoczonymi

39

powyżej wymaganiami, napotkał na problemy techniczne związane z szyfrowaniem dokumentów przy użyciu wskazanego przez Zamawiającego narzędzia. Narzędzie to ulegało czasowemu zawieszaniu co potwierdzają załączone do niniejszego odwołania zrzuty w ekranu urządzenia, na którym prowadzony był ten proces. Z uwagi na architekturę narzędzia do szyfrowania nie jest możliwe uzyskanie przez Odwołującego bardziej szczegółowych informacji potwierdzających wskazaną powyżej przyczynę błędu, gdyż aplikacja ta nie umożliwia przechowywania szczegółowych informacji o błędach po stronie użytkownika. Z weryfikacji przeprowadzonej przez Odwołującego potwierdzonej także z producentem tego narzędzia wynika, że narzędzie szyfrujące nie pozwala zachowywać jakichkolwiek informacji w celach diagnostycznych. Jednocześnie producent narzędzia szyfrującego odmówił Odwołującemu udostępnienia szczegółowych informacji potwierdzających naturę błędów zaistniałych w procesie szyfrowania dokumentów przez Odwołującego.

W wyniku powyższych problemów Odwołujący podjął próbę podziału paczki zip, w której skompresowane były

dokumenty podlegające uzupełnieniu, mimo że rozmiar tej paczki nie przekraczał wymaganych rozmiarów wskazanych w SIWZ, na dwie mniejsze paczki o rozmiarach 636KB i 19,3MB. Dopiero w wyniku tego nieplanowanego wcześniej i niewymaganego zapisami SIWZ działania udało się zaszyfrować pliki z uzupełnianymi dokumentami.

Następnie Odwołujący przystąpił do wysyłki przygotowanych plików za pomocą wskazanego przez Zamawiającego narzędzia - formularza do komunikacji dostępnego na ePuap oraz udostępnionego przez miniPortal. Podczas załączania skompresowanych i zaszyfrowanych plików okazało się, iż wskazane narzędzie nie umożliwia załączenia kilku załączników nawet jeśli nie przekraczają łącznego rozmiaru wskazanego przez Zamawiającego w SIWZ. W wyniku powyższego Odwołujący zmuszony został do wysłania przygotowanych plików w ramach dwóch odrębnych formularzy, czego pierwotnie nie zakładał i co nie wynikało z wymagań SIWZ. Pierwszy z formularzy udało się wysłać bez problemów technicznych o godzinie 11.48. W przypadku wysyłki drugiego z formularzy wystąpiły kolejne problemy techniczne, tym razem z narzędziem e-Puap. Na etapie podpisywania dokumentu w narzędziu nie pokazała się opcja logowania profilem zaufanym. Powyższy błąd wystąpił kilkakrotnie co spowodowało dalsze wydłużenie czasu związanego z przekazaniem dokumentów Zamawiającemu w związku z potrzebą każdorazowego ponownego wypełniania całości formularza. Dopiero przy jednej z kolejnych prób narzędzie udostępniło opcję podpisania profilem zaufanym i w efekcie udało się Odwołującemu dokonać wysyłki dokumentów, przy czym dokumenty objęte drugim formularzem dotarły do Zamawiającego zgodnie z udostępnioną przez niego informacją dopiero po godzinie 12.00 w dniu 11 maja 2020 r.

Odwołujący w tym miejscu podkreślał, iż wskazane powyżej błędy techniczne nie wynikały z przyczyn leżących po jego stronie, lecz leżały po stronie narzędzi Zamawiającego i miały kluczowy wpływ na przekroczenie terminu uzupełnienia dokumentów w dniu 11 maja 2020 r. W przypadku, gdyby powyższe problemy nie wystąpiły Odwołujący złożyłby dokumenty w przewidzianym terminie. Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż Zamawiający nie dopełnił obowiązków ciążących na nim na podstawie art. 10b Pzp.

Zgodnie z art. 10b Pzp zamawiający jest zobowiązany do zapewnienia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący wskazywał, że powyższy przepis ma kluczowe znaczenie zwłaszcza w postępowaniach prowadzonych w całości z użyciem elektronicznych środków komunikacji, bowiem w takich postępowaniach jakiegokolwiek trudności techniczne związane z korzystaniem ze wskazanych przez Zamawiającego środków komunikacji elektronicznej przekładają się bezpośrednio na możliwość udziału w postępowaniu. Wskazana powyżej regulacja oznacza, iż to po stronie Zamawiającego leży zapewnienie wykonawcom biorącym udział w postępowaniu możliwości podjęcia działań w postępowaniu przy użyciu wskazanych środków komunikacji, a tym samym, że problemy związane z działaniem tych środków nie mogą swoimi negatywnymi konsekwencjami obciążać wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z powyższych obowiązków Zamawiający się nie wywiązał, gdyż wskazane przez niego narzędzia poprzez swoje wadliwe funkcjonowanie uniemożliwiły Odwołującemu terminowe dokonanie czynności do której był wezwany.

Na wskazaną powyżej kwestię problemów technicznych Odwołujący zwracał uwagę

Zamawiającemu jeszcze przed otrzymaniem od Zamawiającego informacji o wykluczeniu z postępowania. W ocenie Odwołującego Zamawiający w przypadku takiej informacji powinien gruntownie wyjaśnić powstałą sytuację, a także umożliwić Odwołującemu praktyczną możliwość uzupełnienia żądanych dokumentów unieważniając poprzednie wezwanie do uzupełnienia dokumentów i kierując do Odwołującego nowe wezwanie z nowym terminem. Tym samym zdaniem Odwołującego przez zaniechania powyższych czynności Zamawiający naruszył nie tylko art. 26 ust. 3 Pzp ale także art. 7 Pzp, gdyż Odwołujący na skutek problemów technicznych jakie wystąpiły w procesie przygotowania i przekazywania dokumentów został w praktyce pozbawiony możliwości uzupełnienia tych dokumentów na wezwanie w wyznaczonym terminie, a tym samym został pozbawiony możliwości jaką mieli inni uczestnicy postępowania. W efekcie powyższych naruszeń Zamawiający bezzasadnie

wykluczył Odwołującego z postępowania, doprowadzając w dalszej kolejności do tego, że jedna z ofert wskazanych przez niego jako oferty najkorzystniejsze nie jest taką ofertą i nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza zgodnie z kryteriami oceny określonymi w SIWZ. Dokonanie wyboru takiej oferty narusza art. 91 ust. 1 Pzp. Efektem powyższych działań i zaniedbań Zamawiającego będzie również sytuacja udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp, a w wyniku tego naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp. Wszystkie powyższe naruszenia w dalszej kolejności mogą stanowić przesłankę do unieważnienia tak zawartej umowy na podstawie art. 146 ust. 6 Pzp.

Odwołujący wskazywał także, iż dochował po swojej stronie należytej staranności i termin przystąpienia do przekazywania dokumentów Zamawiającemu przypadający na dzień 11 maja 2020 r. wynikał z ograniczeń związanych z ogłoszonym w Polsce w dniu 20 marca 2020 r. stanem epidemii wirusa SARS-CoV-2. Odwołujący stwierdził także, iż działanie Zamawiającego w zakresie wykluczenia Odwołującego z postępowania i traktowania jego oferty jako oferty odrzuconej w świetle wskazanych powyżej przyczyn technicznych nie leżących po stronie Odwołującego, a które doprowadziły do przekazania dokumentów zgodnie z informacją Zamawiającego o godzinie 12:01:54, należy uznać także jako naruszenie wynikającej z art. 7 ust. 1 Pzp zasady proporcjonalności, zobowiązującą Zamawiającego do podejmowania takich działań, które są niezbędne do osiągnięcia celów postępowania. Biorąc pod uwagę okoliczności, z powodu których nie doszło do uzupełnienia dokumentów w terminie, należy stwierdzić, że wykluczenie Odwołującego z postępowania nie było zgodne z zasadą proporcjonalności.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wykluczenia wykonawcy Pentacomp Odwołujący wskazywał, iż w dniu 10 maja 2020 r. (nr pisma AKMF/DZA/JN/20200408/02) powyższy wykonawca wezwany został do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z przedmiotowym wezwaniem wykonawca ten zobowiązany był dokonać uzupełnienia w sposób i w formie wskazanej w Rozdziale I SIWZ. W punkcie 1 w podrozdziale III w rozdziale I do SIWZ postawione zostało wymaganie by komunikacja pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz przekazywanie informacji odbywało się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej: za pośrednictwem poczty elektronicznej na wskazany adres e-mailowy lub za pomocą formularza do komunikacji dostępnego na ePuap oraz udostępnionego przez miniPortal. Wskazany zapis określał jednocześnie, że powyższe zasady komunikacji podlegają ograniczeniu w odniesieniu do postanowień rozdziału VI podrozdział II SIWZ odnoszącego się do składania ofert. W przedmiotowym rozdziale VI podrozdział II SIWZ w punkcie 3 Zamawiający wskazywał, iż nie tylko ofertę ale i inne dokumenty lub oświadczenia, w tym wymienione w Rozdziale V pkt 1-3 SIWZ (czyli także uzupełniany przez wykonawcę

JEDZ) należy skompresować do jednego pliku archiwum (.zip), a następnie zgodnie z punktem 4 tego podrozdziału wykonawca jest zobowiązany do zaszyfrowania powyższego pliku. W tym celu wykonawca zobowiązany jest do instalacji aplikacji do szyfrowania znajdującej się na miniPortalu pod adresem:

Następnie zgodnie z punktem 10 tego podrozdziału wykonawca zobowiązany był przesłać zaszyfrowany plik za pośrednictwem Formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku dostępnego na ePuap pod adresem: . W 11 punkcie podrozdziału II Zamawiający wskazał wyraźnie, że za termin złożenia dokumentu uważany jest termin przekazania na ePuap. Zdaniem wykonawcy Billennium tych wymagań wykonawca Pentacomp nie dotrzymał. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca przekazał uzupełnione dokumenty jedynie w drodze komunikacji e-mail, która nie była przewidziana w Rozdziale VI SIWZ, w odniesieniu do przekazanych dokumentów nie dopełnione zostały także pozostałe wymagania przewidziane przedmiotowym rozdziałem SIWZ m.in. wymaganie dotyczące szyfrowania dokumentów. W świetle powyższego w ocenie wykonawcy Billennium należy stwierdzić, iż wykonawca ten nie uzupełnił skutecznie żądanych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów skutkiem czego powinien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Zaniechanie przez Zamawiającego powyższego wykluczenia narusza nie tylko przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp ale także prowadzi do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu, gdyż Zamawiający uznał za wystarczające przekazanie przez wykonawcę Pentacomp dokumentów w sposób niezgodny ze swoim żądaniem a jednocześnie wykluczył z postępowania Odwołującego, który też dokonał uzupełnienia dokumentów z

naruszeniem skierowanego do niego wezwania w zakresie wyznaczonego mu terminu.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wykluczenia Konsorcjum Sygnity Odwołujący wskazywał, iż w dniu 4 maja 2020 r. (nr pisma AKMF/DZA/JN/20200430/05) powyższy wykonawca wezwany zostali do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zdaniem Odwołującego zgodnie z przedmiotowym wezwaniem wykonawca zobowiązany był dokonać uzupełnienia w sposób i w formie wskazanej w Rozdziale VI SIWZ. W odpowiedzi na powyższe wezwany wykonawca przekazał uzupełnione dokumenty jedynie w drodze komunikacji e-mail, która nie była przewidziana w Rozdziale VI SIWZ, w odniesieniu do przekazanych dokumentów nie dopełnione zostały także pozostałe wymagania przewidziane przedmiotowym rozdziałem SIWZ m.in. wymaganie dotyczące szyfrowania dokumentów. W świetle powyższego wykonawca Billennium stwierdził, iż Konsorcjum Sygnity nie uzupełnił skutecznie żądanych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów skutkiem czego powinien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Zaniechanie przez Zamawiającego powyższego wykluczenia narusza nie tylko przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp ale także prowadzi do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu, gdyż Zamawiający uznał za wystarczające przekazanie dokumentów w sposób niezgodny ze swoim żądaniem a jednocześnie wykluczył z postępowania Odwołującego, który też dokonał uzupełnienia dokumentów z naruszeniem skierowanego do niego wezwania w zakresie wyznaczonego mu terminu.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wykluczenia Konsorcjum Euvic Odwołujący wskazywał, iż w dniu 4 maja 2020 r. (nr pisma AKMF/DZA/JN/20200430/03) wykonawca wezwany został do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z przedmiotowym wezwaniem Konsorcjum zobowiązane było dokonać uzupełnienia w sposób i w formie wskazanej w Rozdziale I SIWZ. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Konsorcjum przekazało uzupełnione dokumenty jedynie w drodze komunikacji e-mail, która nie była przewidziana w Rozdziale VI SIWZ, w odniesieniu do przekazanych dokumentów nie dopełnione zostały także pozostałe wymagania przewidziane przedmiotowym rozdziałem SIWZ m.in. wymaganie dotyczące szyfrowania dokumentów. W świetle powyższego w opinii wykonawcy Billennium należało stwierdzić, iż Konsorcjum Euvic nie uzupełniło skutecznie żądanych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów skutkiem czego powinno podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Zaniechanie przez Zamawiającego powyższego wykluczenia narusza nie tylko przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp ale także prowadzi do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu, gdyż Zamawiający uznał za wystarczające przekazanie przez powyższe spółki dokumentów w sposób niezgodny ze swoim żądaniem a jednocześnie wykluczył z postępowania Odwołującego, który też dokonał uzupełnienia dokumentów z naruszeniem skierowanego do niego wezwania w zakresie wyznaczonego mu terminu.

W toku posiedzenia niejawnego Izby z udziałem stron i przystępujących Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której wnosił o:

A. odrzucenie odwołania na zasadzie art. 187 ust. 2 pkt 7 Pzp z uwagi na brak przesłania Zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp, ze względu na nieprzekazanie Zamawiającemu stanowiącego integralną część odwołania załącznika nr 6 do odwołania opisanego na ujętej w odwołaniu liście załączników jako „potwierdzone za zgodność kopie zrzutów z ekranu potwierdzających problemy techniczne w procesie szyfrowania plików”.

Zamawiający wyjaśniał, że w odwołaniu Odwołujący wskazywał na brak możliwości uzupełnienia dokumentów w terminie określonym przez Zamawiającego, z uwagi na problem techniczne, a zatem dokument ten stanowi integralną część odwołania. Tymczasem Odwołujący przekazał Zamawiającemu 6 plików, z których - w odniesieniu do Załącznika 6 - przekazano wyłącznie plik zawierający podpis zewnętrzny XAdES, a więc plik nie zawierający treści w postaci "potwierdzonych za zgodność kopii zrzutów z ekranu zrzutów z ekranu", na jakie powołuje się Odwołujący.

Zamawiający wskazywał, że wedle orzecznictwa KIO „takie dokumenty, jak wykresy, opinie oraz raporty z badań stanowią integralną część odwołania i ich nieprzesłanie nie wypełnia dyspozycji art. 180 ust. 5 p.z.p. (mając na uwadze tylko te załączniki, które zostały powołane w treści odwołania i pozostają w bezpośrednim, istotnym związku, co do jego meritum). Prawidłowe wykonanie tego obowiązku informacyjnego wobec zamawiającego ma ważne znaczenie, z uwagi na uprawnienie zamawiającego (art. 180 ust. 5 w zw. z art. 186 ust 2 p.z.p.) do uwzględnienia odwołania” (wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2013 r., KIO 1923/13).

Zamawiający podnosił, że przepis art. 180 ust. 5 Pzp nie precyzuje co należy rozumieć przez pojęcie "kopia odwołania", lecz ze sformułowania wynika, że chodzi tu o zgodność merytoryczną obu dokumentów, a więc przekazanie Zamawiającemu i Izbie informacji o tej samej treści. Określenie zarzutów, żądania co do sposobu rozstrzygnięcia, wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania, w tym konstruowanych w oparciu o przywołane w treści odwołania dowody, "tworzy" treść odwołania. Zgodnie zaś z brzmieniem art. 180 ust. 5 Pzp, obowiązkiem Odwołującego jest przekazanie Zamawiającemu kopii odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią.

Zatem, kopia pełnego i kompletnego odwołania powinna zostać przekazana Zamawiającemu jednocześnie, tj. najpóźniej w terminie na wniesienie odwołania. Tym samym, zaniechanie przekazania Zamawiającemu części odwołania stanowiącej jego integralną, merytoryczną część, w terminie wniesienia odwołania uniemożliwiło Zamawiającemu przeanalizowanie pełnej treści odwołania, również w kontekście możliwości uwzględnienia odwołania, co czyni przedmiotowy wniosek o odrzucenie odwołania w pełni uzasadnionym.

B. Na wypadek nieuwzględnienia wniosku wskazanego w pkt. 1 powyżej, Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Zamawiający wyjaśniał, że nie jest sporne pomiędzy stronami, że Zamawiający wezwał Odwołującego w dniu 4 maja 2020 r. (Nr pisma: AKMF/DZA/JN/20200430/02), na podstawie

45

art. 26 ust. 3 ustawy w związku z Rozdziałem V.A pkt 2) i 3) oraz Rozdziałem V.B pkt 1) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”), do uzupełnienia dokumentów w zakresie:

- 1.części sprawozdania finansowego (Rachunek Zysków i Strat) za 2019 rok, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, z opinią o badanym sprawozdaniu (jego części) - o ile za rok 2019 wykonawca posiada sprawozdanie finansowe (z opinią biegłego rewidenta o badanym sprawozdaniu).
- 2.części sprawozdania finansowego (Rachunek Zysków i Strat) za 2016 rok, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, z opinią o badanym sprawozdaniu (jego części) - jeżeli wykonawca nie posiada sprawozdania finansowego (z opinią biegłego rewidenta o badanym sprawozdaniu) za rok 2019.

Dodatkowo Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia:

- 3.opinii biegłego rewidenta o badanych sprawozdaniach (częściach) za lata 2017 i 2018. Wykonawca złożył uprzednio na wezwanie Zamawiającego wymagane części sprawozdań finansowych (Rachunki Zysków i Strat) za lata 2017 i 2018 jednakże bez ww. opinii, pouczając Odwołującego, że w przypadku gdy poszczególne sprawozdania zgodnie z przepisami o rachunkowości nie podlegały badaniu przez biegłego rewidenta wówczas Zamawiający wzywa, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do przedstawienia wyjaśnień w tym zakresie.

Ponadto, mając na uwadze brak przedłożenia ich uprzednio przez Odwołującego, Zamawiający wezwał do uzupełnienia:

- 4.informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 Pzp, wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert dotyczących urzędujących członków organu nadzorczego spółki oraz Prokurentów: Pana W. K., członek Rady Nadzorczej, Pana R. Ł., członek Rady Nadzorczej, Pana G. G., członek Rady Nadzorczej, Pani M. L., prokurent, Pani P. N., prokurent.

Zamawiający wyznaczył Odwołującemu nieprzekraczalny termin na uzupełnienie ww. dokumentów, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do 11.05.2020 r. do godz. 12:00. Odwołujący otrzymał więc 7 dni na uzupełnienie dokumentów i przed upływem tego terminu jego długości nie kwestionował ani nie wnioskował o jego przedłużenie.

Odwołujący w dniu 11.05.2020 r. za pośrednictwem ePUAP przekazał Zamawiającemu żądane dokumenty, w dwóch wiadomościach.

W pierwszej wiadomości Odwołujący przekazał Zamawiającemu następujący katalog dokumentów:

1. Informacje z Krajowego Rejestru Karnego dla osób: Pana W. K., członka Rady Nadzorczej; Pana R. Ł., członek Rady Nadzorczej, Pana G. G., członek Rady Nadzorczej, Pani M. L., prokurent, Pani P. N., prokurent każdy z ww. dokumentów opatrzone zostały w jego treści klauzulą: „Data wydania informacji: 202005-07”. Dokumenty te wpłynęły do Zamawiającego przed upływem wyznaczonego przez Zamawiającego terminu tj. w dniu 11.05.2020 r. o godzinie - 11:55:38.

W drugiej wiadomości Odwołujący przekazał Zamawiającemu następujący katalog dokumentów:

2. Kopię sprawozdania finansowego, w tym Rachunku Zysków i Strat, spółki Billennium Sp. z o.o. za rok 2016 r. - data sporządzenia widniejąca na końcu przekazanego dokumentu 25 lipca 2017 r.:

3. Kopię opinii i raportu biegłego rewidenta, dotyczących sprawozdania finansowego spółki Billennium Sp. z o.o. za rok 2016 r. - data sporządzenia widniejąca na końcu przekazanego dokumentu 25 lipca 2017 r.:

4. Kopię sprawozdania i opinii .. biegłego rewidenta, dotyczących sprawozdania finansowego spółki Billennium Sp. z o.o. za rok 2017 r. - data sporządzenia widniejąca na końcu przekazanego dokumentu 12.06.2018 r.:

5. Kopię sprawozdania i opinii .. biegłego rewidenta, dotyczących sprawozdania finansowego spółki Billennium S.A. za rok 2018 r. - data złożenia przez biegłego rewidenta podpisu kwalifikowanego widniejąca na końcu przekazanego dokumentu 28.06.2019 r.

Na ww. dokumentach podpis elektroniczny złożył także pełnomocnik Odwołującego, Pan J. M., na poszczególnych dokumentach w dniu 11.05.2020 r. kolejno o godzinach 8.58, 8.59, 9.01, 9.03. Wreszcie samo pismo przewodnie do Zamawiającego zostało podpisane przy użyciu podpisu kwalifikowanego przez Pana J. M. o godzinie 10:08 (w dniu 11.05.2020 r.).

Odwołujący w dniu 11.05.2020 r. za pośrednictwem ePUAP przekazał Zamawiającemu żądane dokumenty, w wiadomości podpisanej na ePUAP po upływie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu tj. o godzinie 12:01:53, która wpłynęła do Zamawiającego o godzinie - 12:01:54. Okoliczności tej Odwołujący nie kwestionował we wniesionym Odwołaniu w związku z tym nie stanowi ona przedmiotu sporu.

W opinii Zamawiającego należy z całą stanowczością stwierdzić, że Odwołujący na wiele dni przed upływem wyznaczonego przez Zamawiającego terminu (co zostało wykazane powyżej) dysponował kompletem wymaganych od niego dokumentów, a jedynie z powodów leżących po jego stronie zdecydował się zwlekać z ich przekazaniem do Zamawiającego. Odwołujący nie miał żadnych problemów z pozyskaniem wymaganych w wezwaniu dokumentów w wyznaczonym terminie. Dokumenty, w stosunku do których Odwołujący nie dochował terminu uzupełnienia pozostawały w dyspozycji Odwołującego od 28.06.2019 r., zatem mogły być uzupełnione już w dniu, w którym Odwołujący otrzymał wezwanie, a więc 4.05.2020 roku, a także w dniach kolejnych 5, 6, 7, 8, 9, 10 i wreszcie 11 maja - do godz. 12.00. Zwleknięcie przez Odwołującego 7 dni ze złożeniem żądanych od niego dokumentów, należy uznać za niedochowanie należytej staranności, skutkujące koniecznością wykluczenia go z postępowania.

Zamawiający stwierdził, że posiadając ww. dokumenty już w dniu wezwania wykonawca podpisał je elektronicznie w dniu, w którym upływał termin na uzupełnienie (kolejno o godzinach 8.58, 8.59, 9.01, 9.03.) a następnie - godzinę później tj. o godzinie 10:08 pismo przewodnie do Zamawiającego. Samej czynności uzupełnienia dokonał zaś o godzinie 12:01:53 (nie wykazując zresztą, jakoby uchybienie terminu było skutkiem braku należytego działania ePUAP).

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający stwierdził, że w dniu 14 maja 2020 r. zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze ofert najkorzystniejszych oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania w trybie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp podając uzasadnienie prawne oraz opis stanu faktycznego, gdzie Zamawiający wskazał:

„Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w dniu 11.05.2020 r. złożył dokumenty w dwóch wiadomościach na skrzynkę elektroniczną Zamawiającego e-puap. Pierwsza z wiadomości wpłynęła we wskazanym terminie i zawierała dokumenty z informacją z Krajowego Rejestru Karnego. Natomiast dokumenty z wezwania w zakresie pkt 1)-3) wezwania do uzupełnienia (jak powyżej), uzupełnienie nastąpiło po terminie wyznaczonym w wezwaniu z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający wyznaczył termin uzupełnienia datą i godziną (11.05. g. 12.00). Wykonawca dokonał uzupełnienia dokumentów w dwóch „turach”. Druga „tura” stanowiła odpowiedź na wezwanie w zakresie dot. pkt 1)-3) wezwania i została przestana: „DATA ZŁOŻENIA PODPISU: 2020-05-11T12:01:53.598+02:00” (w pliku/dokumentie na e-puap

"złożenie oferty / wniosku" i doręczona zamawiającemu: "Data doręczenia: 2020-05- 11T12:01:54.777" co zostało poświadczane dokumentem z e-puap tj. Urzędowe Poświadczenie Odbioru".

Zamawiający zwracał uwagę, że w treści Części III Rozdziału I SIWZ wskazał na następujące zasady prowadzenia komunikacji z wykonawcami: „III.INFORMACJE O SPOSOBIE POROZUMIEWANIA SIĘ O PRZEKAZYWANIA OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW, A TAKŻE WSKAZANIE OSÓB UPRAWNIONYCH POROZUMIEWANIA SIĘ Z WYKONAWCAMI (NIE DOTYCZY SKŁADANIA OFERT)

- 1.W postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami, w szczególności składanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz przekazywanie informacji z zastrzeżeniem Rozdz. VI Podrozdział II SIWZ odnoszącego się do składania ofert, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej: za pośrednictwem Poczty elektronicznej na adres e-mailowy sekretarz komisji przetargowej: Pani J. N., e-mail: j.n.@akmf.pl, nr telefonu: (+48 22) 102 21 71 lub za pomocą Formularza do komunikacji dostępnego na ePuap oraz udostępnionego przez miniPortal. Zamawiający informuje, że faks nie jest środkiem komunikacji elektronicznej. UWAGA! Wskazane jest, aby strony komunikowały się ze sobą za pomocą jednego, wybranego środka komunikacji (tj. za pomocą poczty elektronicznej lub formularzy na ePUAP), w celu uniknięcia powielania tych samych dokumentów.
2. Zamawiający wymaga przesłania plików w formatach danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, przy czym zaleca przysyłanie plików w formacie .pdf. Dopuszczalny łączny rozmiar przysyłanych plików w jednej wiadomości wysyłanej do Zamawiającego za pośrednictwem Poczty elektronicznej wynosi 25 MB, z kolei w przypadku Formularza do komunikacji dostępnego na e-Puap - maksymalny rozmiar przysyłanego jako załącznik pliku wynosi 150 MB.
- 3.Załączniki, których łączny rozmiar będzie większy niż wskazane w pkt 2 wartości, należy przesiać w kilku odrębnych wiadomościach e-mail/za pośrednictwem e-Puap (w zależności od wybranego sposobu).
4. Zamawiający zaleca, aby korespondencja kierowana do Zamawiającego za pośrednictwem Poczty elektronicznej zawierała w tytule wiadomości numer referencyjny Postępowania, którego dotyczy.
- 5.W przypadku, gdy Wykonawca przekazuje Zamawiającemu dokumenty, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, zaleca się, aby Wykonawca odpowiednio w nazwie pliku i tytule wiadomości e-mail umieścić adnotację: „Tajemnica przedsiębiorstwa".
- 6.Oświadczenia wnioski, zawiadomienia oraz informacje uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem wyznaczonego terminu.
- 7.W przypadku korzystania z Formularza komunikacji dostępnego na ePuap za datę przekazania wniosków, zawiadomień, dokumentów elektronicznych, oświadczeń lub elektronicznych kopii dokumentów lub oświadczeń oraz innych informacji przyjmuje się datę ich przekazania na ePUAP.

Zaś sposób złożenia oferty wraz z załącznikami został opisany w Rozdziale VI SIWZ „Sposób przygotowania oferty wraz z oświadczeniami lub dokumentami".

Zamawiający wskazywał, że Odwołujący w zaistniałym stanie faktycznym zdecydował się wykorzystać miniportal oraz formularze ePUAP celem przekazania wymaganych od niego dokumentów do Zamawiającego. Odwołujący z przyczyn sobie tylko znanych zwlekał z przekazaniem tych dokumentów do Zamawiającego aż do upływu wyznaczonego mu terminu. Po pierwsze zwlekał z ich przygotowaniem do przekazania Zamawiającemu - raz jeszcze wskazujemy, że dokumenty pozostawały w dyspozycji Odwołującego od 28.06.2019 r. (I). Po drugie zwlekał z ich przekazaniem (Pan J. M. podpisał dokumenty około godziny 9.00., a pismo przewodnie do Zamawiającego o godzinie 10:08, a dokumenty zostały przekazane na ePUAP dopiero po godzinie 12.00.).

Zamawiający podnosił, że składanie ofert lub dokumentów na tzw. "ostatnią chwilę" jest częstą praktyką wykonawców biorących udział w postępowaniach. Odwołujący podjął czynności związane ze złożeniem dokumentów tuż przed wyznaczonym terminem. Podjęcie próby przesłania dokumentów w tak krótkim czasie przed upływem terminu, jest prawem wykonawcy, ale wówczas wykonawca musi brać pod uwagę ryzyko związane z technicznym funkcjonowaniem narzędzi służących do elektronicznej komunikacji w postępowaniu. Odwołujący winien był zachować należytą staranność jaka jest wymagana od podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. Zaistniały problem jest

bliźniaczo podobny do problemów jakie zgłaszali w przeszłości wykonawcy przy składaniu ofert lub dokumentów w formie pisemnej. Tam też podnoszono szereg zarzutów wskazując na różnorakie zdarzenia które utrudniły złożenie oferty lub dokumentów w wymaganym czasie. W tych wszystkich sytuacjach KIO jednoznacznie wskazywała, że wykonawca winien założyć odpowiedni długi okres czasu dla złożenia oferty i przewidzieć możliwość wystąpienia różnorodnych przyczyn i okoliczności które mogły spowodować niedoręczenie oferty na czas. Ta argumentacja KIO jest zdaniem Zamawiającego ze wszech miar zasadna i aktualna w obecnym stanie prawnym. Każda zmiana stanu prawnego generuje nowe okoliczności mogące generować nowy typ przeszkód dla złożenia oferty lub wymaganych dokumentów w zakładanym przez wykonawcę terminie, czego w przedmiotowej sprawie Odwołujący nie przewidział.

Dodatkowo Zamawiający wyrażał zdziwienie opisem czynności wykonanych przez Odwołującego celem złożenia żądanych od niego dokumentów a znajdujących w jego ocenie uzasadnienie w zapisach SIWZ. Odwołujący opisał szereg czynności jakie podjął m.in. związanych z koniecznością zaszyfrowania wysyłanych do Zamawiającego plików. Odwołujący zdawał się podnosić, że Zamawiający w treści SIWZ takie wymogi wyartykułował powołując się na postanowienia Części II Rozdziału VI SIWZ. Zamawiający zaprotestował przeciwko stawianym przez Odwołującego tezom podkreślając, że przywoływane przez Odwołującego zapisy dokumentacji postępowania mieszczą się we wspomnianej Części II Rozdziału VI SIWZ „II. ZŁOŻENIE OFERTY” i wskazują na obowiązki wykonawców odnoszące się do samego etapu złożenia oferty, a nie do przyjętych przez Zamawiającego zasad komunikacji z wykonawcami na późniejszym etapie. Żadne postanowienie SIWZ nie nakazywało szyfrowania przekazywanych Zamawiającemu dokumentów lub oświadczeń po dokonaniu otwarcia ofert. Brak również takiego obowiązku w postanowieniach Regulaminu korzystania z systemu miniPortal czy też w samej Instrukcji użytkownika tego systemu. W ocenie Zamawiającego Odwołujący w wyniku braku rzetelnego zapoznania się z treścią SIWZ, w szczególności zapisami Części III Rozdziału I SIWZ, oraz ww. instrukcjami korzystania z systemu miniportal-ePUAP postanowił skorzystać z „Formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku” zamiast z „Formularza do komunikacji”. Co więcej w ocenie Zamawiającego Odwołujący zignorował nie tylko postanowienia SIWZ oraz ww. regulaminów, ale również opisy towarzyszące etapowi wyboru formularza z jakiego Odwołujący postanowił skorzystać.

Zamawiający zauważał, że Odwołujący nie pokusił się o poinformowanie go o zaistniałych problemach technicznych przed upływem wyznaczonego terminu do uzupełnienia dokumentów, a uczynił to dopiero w dniu 14 maja 2020 roku. W ocenie Zamawiającego nie sposób uznać słuszności argumentów Odwołującego. Po pierwsze, jak podnoszono wcześniej, Odwołujący pomimo posiadania kompletu dokumentów zdecydował się czekać do ostatniej chwili z ich wystaniem do Zamawiającego. Po drugie, zdecydował się na skorzystanie z systemu miniportal-ePUAP, na dodatek wybierając nieprawidłowe formularze, pomimo zapisów w SIWZ oraz regulaminu korzystania z systemu miniportal-ePUAP. Zamawiający stwierdził, że nie może wykluczyć, że kolejne użycie w danym postępowaniu formularzy do złożenia/zmiany/wycofania oferty już po upływie terminu składania ofert mogło skutkować błędami w działaniu systemu. Po trzecie Odwołujący napotykając problemy techniczne w działaniu systemu miniportal ePUAP nie powiadomił o tym Zamawiającego ani nie skorzystał z możliwości przestania tych dokumentów za pomocą poczty e-mail na zasadach określonych w Części III Rozdziału I SIWZ. Po czwarte, Zamawiający ustalił, że w dniu 11.05.2020 ePUAP działał prawidłowo tj. nie informowano tego o awariach ani o planowanych wyłączeniach).

Reasumując, powyższe okoliczności Zamawiający stwierdził, że ww. okoliczności wskazują że Odwołujący nie dochowując należytej staranności oczekiwanej od profesjonalisty, jest winny niedotrzymania terminu na złożenie wymaganych przez niego dokumentów.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp

Zamawiający stał na stanowisku, że brak jest podstaw do ponownego wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Pierwotne wezwanie do uzupełnienia zostało wystosowane w sposób prawidłowy, a termin na złożenie dokumentów był wystarczający. Również ewentualne problemy techniczne, na wystąpienie których powołuje się Zamawiający (których to wystąpienia nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił, co uzasadnia wątpliwości co do tego, czy miały one w ogóle miejsce) spowodowane były nieprawidłowymi czynnościami Odwołującego jak również niedochowaniem należytej staranności. Odwołujący miał możliwość przed upływem wyznaczonego terminu powiadomić

Zamawiającego o zaistniałych przeszkodach, dając Zamawiającemu możliwość rozważenia, czy nie należy go przedłużyć.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 7 w związku z art. 10b Pzp

Zamawiający stał na stanowisku, że podniesione przez niego argumenty odnoszące się do wcześniej komentowanych zarzutów pozwalają również na uzasadnienie nietrafności podniesionego zarzutu naruszenia art. 10b Pzp. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący obarcza winą za swoją niestaranność, i popełnione w jej wyniku błędy Zamawiającego podczas gdy to Odwołujący winien był zachować należytą staranność jaka jest wymagana od podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. Późne przystąpienie do czynności wystania dokumentów oraz podjęcie działań niezgodnie z zapisami regulaminu systemu miniportal-ePUAP, który na mocy ust. 11 Części III Rozdziału I SIWZ był dla niego wiążący, wyczerpuje znamiona co najmniej lekkomyślności Odwołującego. Nie może jednak budzić żadnych wątpliwości, że za lekkomyślność Odwołującego odpowiedzialności nie może ponosić Zamawiający, który nie dopuścił się żadnych nieprawidłowości w tym zakresie.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający nie uznawał zasadności powyższego zarzutu wskazując, iż w treści Części III Rozdziału I SIWZ określone zostały zasady prowadzenia komunikacji z

wykonawcami. Po raz kolejny Zamawiający podkreślał, że SIWZ przewidywała dla dokumentów lub oświadczeń stanowiących przedmiot wezwań możliwość korzystania zarówno w miniportalu jak i z poczty elektronicznej. Dodatkowo należy wskazać, że sam Zamawiający kierując wezwania do wykonawców (w tym i do Odwołującego) korzystał z poczty elektronicznej, równocześnie zwracając się z prośbą o niezwłoczne potwierdzenie faktu otrzymania wezwania, właśnie przy użyciu poczty elektronicznej mailem na adres: j.n.@akmf.pl.

Zamawiający oświadczał że w żaden sposób nie wymagał aby komunikacja jaka odbywała się już po otwarciu ofert musiała być szyfrowana przez wykonawców - wymóg taki stałby wprost w sprzeczności z przepisami Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych, który obowiązek szyfrowania określa jedynie dla zamkniętego katalogu dokumentów w postaci oferty, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wniosków, o których mowa w art. 134c Pzp, oraz prac konkursowych. Zamawiający stwierdził, że zasady komunikacji były dla wszystkich wykonawców były jasne, z wyjątkiem jak stara się to w treści odwołania wykazać, Odwołującego. Mając to na uwadze Zamawiający nie znajduje podstaw do wykluczenia wskazanych w odwołaniu wykonawców.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 Pzp

Zamawiający stwierdził, że nie widzi podstaw do uwzględnienia postawionego zarzutu. Wymaga zauważenia, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO pomiędzy wadą postępowania (dokonaniem przez Zamawiającego czynności lub zaniechania czynności z naruszeniem przepisu ustawy) a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć normalny związek przyczynowy. Innymi słowy wadą postępowania w rozumieniu art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp jest nieusuwalna wada postępowania o udzielenie zamówienia, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną lub względną nieważność. Analiza treści odwołania wskazuje, że Odwołujący nie wskazał w żaden sposób wady postępowania ani nie wykazał jej nieusuwalnego charakteru.

Zamawiający podniósł, że w jego ocenie żądanie unieważnienia postępowania z tego powodu, iż nie udało się Odwołującemu złożyć dokumentów w wyznaczonym terminie, kiedy inni wykonawcy w oparciu o te same informacje Zamawiającego zawarte w SIWZ, takie dokumenty złożyli należy uznać za niezasadne.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępujących wyrażone w pismach procesowych i złożone na rozprawie, Izba

ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że wszyscy Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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.

KIO 1129/20

Odnosząc się szczegółowo do poszczególnych zarzutów Izba wskazuje, że nie było okolicznością sporną, iż zamawiający w treści SIWZ, z uwzględnieniem kolejnych modyfikacji, w Rozdziale IX Podrozdziale II „KRYTERIA WYBORU NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY W POSTĘPOWANIU REALIZOWANYM W CELU ZAWARCIA I RAMOWEJ określił dwa kryteria oceny ofert. Zamawiający wskazał, że przy ustaleniu rankingu ofert, Zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami:

1. Całkowita cena oferty brutto - 60%
2. Liczba Konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ- 40%

Zamawiający w SIWZ wskazał, jak należy rozumieć pojęcie „konsultant aktywny”. I tak, „Pod pojęciem Konsultanta aktywnego w bazie Wykonawcy Zamawiający rozumie Konsultanta, który na dzień składania ofert posiada zawartą umowę o współpracy z Wykonawcą składającym ofertę (w szczególności umowę o pracę, umowę cywilnoprawną)”.

W dniu 12 marca 2020 r. w odpowiedzi na pytanie 12 Zamawiający podał, że kryterium liczby Konsultantów będzie oceniał na podstawie złożonych przez Oferentów (potencjalnych Wykonawców) oświadczeń.

Izba ustaliła, że w złożonych ofertach poszczególni wykonawcy (10 na 11 ubiegających się o zamówienie) zaoferowali liczbę konsultantów na poziomie od 204 aż do 40 170.

1. Konsorcjum Sygnity - 204 konsultantów

Izba ustaliła, że aż 7 wykonawców z 10 (S&T, Pentacomp, 7N, Billennium, Transytion Technologies., Britenet, Konsorcjum Sygnity) podała liczbę konsultantów mieszczącą się w przedziale od 204 do 900 konsultantów, natomiast dwóch wykonawców podało liczbę w przedziale od 900 do 2600 (Asseco, Sii). Zaś tylko jeden z wykonawców, tj. Konsorcjum Euvic podał liczbę konsultantów która pozostawała w znacznej dysproporcji z pozostałymi wykonawcami bowiem liczba ta wyniosła 40 170 konsultantów.

W toku rozprawy przystępujący Konsorcjum Euvic złożył dowody w postaci:

1. Dowód nr 1 - przykładowa karta konsultanta z bazy Team Connect,
2. Dowód nr 2 - formularz dla kandydatów do pracy,
3. Dowód nr 3 - informacja związana z aktualizacją danych w bazie z 2018,
4. Dowód nr 4 - mający potwierdzać zgodę w procesie aktualizacji danych.

Po dokonaniu badania całokształtu okoliczności oraz materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp konsekwencją czego było również naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Pzp.

I.

Jako pierwszy Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i stwierdziła, że zgłoszony zarzut należy uznać za zasadny.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wobec treści powyższego przepisu dla skutecznego wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp niezbędne jest wykazanie, że łącznie zostały spełnione trzy przesłanki:

- przedstawione przez wykonawcę informacje wprowadzają zamawiającego w błąd,
- informacje wprowadzające w błąd mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego,
- przedstawienie informacji wprowadzających w błąd nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

Izba zwraca uwagę, że Zamawiający, oceniając, czy informacje podane przez wykonawcę wprowadzają go w błąd, powinien się ograniczyć wyłącznie do jednoznacznego ustalenia, czy dana informacja jest prawdziwa, czy nieprawdziwa. Do uznania informacji za wprowadzającą w błąd nie jest istotne ustalenie, jaka przyczyna spowodowała, że wykonawca taką informację przedstawił.

Po przeprowadzeniu analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że wskazane powyżej przesłanki kumulatywnie ziszczyły się.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy Izba stwierdziła, że w rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca Konsorcjum Euvic w zakresie kryterium liczby konsultantów aktywnych w bazie, odpowiadających profilom wskazanym w OPZ, przekazując zamawiającemu informacje o dysponowaniu 40 170 konsultantami z którymi ma zawarte umowy o współpracy przekazał informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego.

Nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że Przystępujący w złożonej ofercie przekazał Zamawiającemu informacje iż dysponuje liczbą 40 170 konsultantów, którzy są aktywni w bazie wykonawcy i odpowiadają profilom wskazanym w OPZ. Zgodnie z definicją aktywnego konsultanta zawartą w SIWZ wykonawca z każdym z konsultantów musiał mieć na dzień składania ofert zawartą umowę, w szczególności umowę o pracę lub umowę cywilnoprawną. Izba dostrzega, iż z treść postanowień SIWZ nie określa szczegółów w zakresie umowy współpracy zawieranej z konsultantem, precyzując jedynie, że „w szczególności” może to być umowa o pracę lub inna umowa cywilnoprawna. Nie mniej jednak w tym aspekcie za kluczowe należy uznać postanowienie SIWZ, które jednoznacznie wskazuje, że na dzień składania ofert wykonawca powinien mieć zawartą z konsultantem umowę o współpracy.

W złożonym piśmie procesowym i w toku rozprawy Konsorcjum Euvic, koncentrując się na złożonych dowodach podnosił, że przesłanie przez konsultanta zgody na przetwarzanie danych osobowych, wynikające z wprowadzenia RODO jest wystarczające do potwierdzenia, że mamy do czynienia ujawnieniem aktywnej umowy o współpracy z konsultantem, który występuje w bazie wykonawcy.

W omawianym przypadku Izba stwierdziła, że z całokształtu okoliczności i materiału dowodowego nie wynika, że Przystępujący na dzień składania ofert miał zawarte umowy o współpracy w jakiegokolwiek formie z konsultantami, którzy zostali wykazani w złożonej przez niego ofercie w ilości 40 170 konsultantów. Izba za chybioną uznała argumentację Konsorcjum Euvic który wskazywał, że obowiązek ten może być spełniony przez wypełnienie Formularza dla kandydatów do pracy. Izba zwraca uwagę, że w treści tego formularza podano, że formularz służy do zgłaszania kandydatur do pracy w Euvic i umożliwia przekazanie danych osobowych ankiety kompetencji technicznych oraz CV. Izba stoi na stanowisku, że takiego obowiązku nie wypełnia również zgoda na przetwarzanie danych osobowych, która nie może być równoznaczna z zawarciem umowy o współpracy. Poza tym w toku rozprawy Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach podał, że aktualizacja bazy odbywa się jedynie „na bieżąco” poprzez telefoniczne czy też e-mailowe kontakty z konsultantami a jedyna kompleksowa aktualizacja bazy odbyła się 2 lata temu w aspekcie wypełniania obowiązków wynikających z RODO.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na wyjaśnienia Konsorcjum Euvic, złożone w wyjaśnieniach dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, w których wykonawca wprost wskazał, że przyjęta polityka wykonawcy zakłada, że umowy o współpracy posiada on wyłącznie z konsultantami, którzy realizują rzeczywiście prace lub określone zlecenia. Oznacza to, że baza, którą dysponuje wykonawca jest jednocześnie bazą osób w większości zatrudnionych przez wykonawcę przy konkretnych aktualnie realizowanych projektach. Powyższe wyjaśnienia stoją w sprzeczności z twierdzeniami wykonawcy zawartymi w piśmie procesowym oraz zaprezentowanymi na rozprawie. Przy ich ocenie Izba uznała za nietrafną argumentację Zamawiającego, który podnosił, że ich treść jest ściśle osadzona w charakterze składanego dokumentu i nie można jej przenosić na treść złożonej oferty. Izba stwierdziła, że wręcz przeciwnie. Złożony przez wykonawcę dokument odnosi się wprost i stanowi wyjaśnienie powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa konkretnej treści oferty dlatego też musi być z nią spójny.

Odnosząc się zaś do ostatniej z przesłanek powołanego przepisu, tj. do kwestii tego, czy przedstawienie informacji wprowadzających w błąd nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy to Izba stanęła na stanowisku, że realiach niniejszej sprawy mamy do czynienia z sytuacją, w której przy przedstawianiu informacji na temat liczby konsultantów aktywnych w bazie, odpowiadających profilom wskazanym w OPZ, wykonawcę Konsorcjum Euvic cechowało co najmniej daleko posunięte niedbalstwo, polegające na tym, że wykonawca ten przewidywał możliwość wystąpienia bezprawnych następstw swego zachowania, lecz bezzasadnie przypuszczał, że ich uniknie. W tym miejscu zasadnym jest jedynie przypomnienie, że szczegółowa analiza treści przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp prowadzi do jednoznacznego wniosku, że działanie wykonawcy ma mieć charakter zawiniony, który cechuje lekkomyślność lub niedbalstwo. Pojęcie winy było wielokrotnie przedmiotem opracowań judykatury i doktryny prawa cywilnego, toteż powielanie teoretycznej analizy w tym miejscu jest zbędne. Jedynie dla przypomnienia Izba wskazuje, że wina może być kwalifikowana jako umyślna (sprawca chce wywołać określone skutki lub godzi się na ich wystąpienie) lub jako nieumyślna (niedbalstwo, lekkomyślność) - sprawca przewidywał możliwość wystąpienia bezprawnych następstw swego zachowania, lecz bezzasadnie przypuszczał, że ich uniknie lub nawet nie przewidywał możliwości wystąpienia takich skutków, ale powinien i mógł je przewidzieć.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że w świetle powyższego w rozpoznawanym stanie faktycznym mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca Konsorcjum Euvic w zakresie kryterium liczby konsultantów aktywnych w bazie, odpowiadających profilom wskazanym w OPZ, w wyniku przekazując zamawiającemu informacje o dysponowaniu 40 170 konsultantami przekazał w wyniku niedbalstwa informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie przyznany temu wykonawcy punktów, bowiem wykonawca Konsorcjum Euvic otrzymał maksymalną liczbę punktów w tym kryterium, tj. 40 pkt zaś pozostałym wykonawcom konkurującym w tym kryterium przyznano punkty w przedziale od 0,2 do 2,58 pkt.

Podsumowując Izba stwierdziła, że zostały wypełnione wszystkie przesłanki przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, co skutkowało stwierdzeniem przez Izbę naruszenia przez zamawiającego ww. przepisu.

Kolejny zarzut podlegający rozpoznaniu Izby to zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Izba uznała zgłoszony zarzut za uzasadniony.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przepis art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (j.t. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010) - dalej : „u.z.n.k.” stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W świetle zacytowanej powyżej treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy nie budzi żadnych wątpliwości, że Zamawiający dokonując oceny ofert każdorazowo ma obowiązek zbadać, czy złożenie każdej z ofert nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów u.z.n.k.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., do której odsyłają przepisy Pzp, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji

wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyrażnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17 e ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia wykonawców od przestrzegania ww. reguł. Wręcz przeciwnie, obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Spełniona została także druga przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie Odwołującego naruszało interes innych przedsiębiorców. Przywołany przepis stanowi, iż przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszych interesów konsumentów. Zgodnie z wyrokiem SN z 09.01.2008 r., sygn. akt: II CK 4/07 - pojęcie dobrych

obyczajów jest wystarczającą przesłanką do zakwalifikowania działania przedsiębiorcy jako

59

czynu nieuczciwej konkurencji niezależnie od tego, czy czyn stanowi działanie sprzeczne z prawem. Żaden z wykonawców, w konsekwencji działania Odwołującego, nie mógł realnie z nim konkurować. Jest to działanie, która narusza interes innych Wykonawców.

Wart przywołania jest także wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 28.06.2007 r., o sygn. akt: V ACa 371/07 podający, iż "Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafalszowane współzawodnictwo".

W ocenie składu orzekającego Izby, jak również w świetle dotychczasowego orzecznictwa Izby, manipulowanie danym zawartymi w ofercie, aby otrzymać najwyższą punktację w danym kryterium czego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego narusza dobre obyczaje kupieckie. Izba stwierdziła, że z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie bowiem działanie Konsorcjum Euvic powoduje ograniczenie i zakłócenie rynkowych reguły uczciwego konkurowania.

Nie było sporne między stronami, że Konsorcjum Euvic złożyło ofertę w której w kryterium „Liczba Konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ” otrzymało maksymalną ilość punktów, tj. 40 pkt. Zaś pozostali wykonawcy konkurujący w tym kryterium otrzymywali punkty w przedziale od 0,2 do 2,58 pkt.

W zakresie omawianego zarzutu Izba za aktualną uznaje argumentację zawartą przy omawianiu zarzutu opisanego w pkt I. W związku jej powtarzanie uważa za niecelowe. Jedynie w celu przypomnienia Izba wskazuje, że przy rozpoznawaniu tego zarzutu przesadziła, że Konsorcjum Euvic w zakresie kryterium „Liczba Konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ” przekazał Zamawiającemu informacje prowadzące w błąd co miało wpływ na działania Zamawiającego polegające na przyznawaniu punktów wykonawcy w tym kryterium.

Analiza zgłoszonego zarzutu wykazała, że Konsorcjum Euvic zawyżyło liczbę konsultantów w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium pozacenowym oraz doprowadzenia do sytuacji, w której de facto tylko ten wykonawca uzyskał taką liczbę punktów w kryterium pozacenowym, która ma jakikolwiek wpływ na ranking ofert. Wobec tego Izba stanęła na stanowisku, że doszło do znacznego zniekształcenia wyników postępowania. Dostrzec należy, że Konsorcjum Euvic w kryterium dotyczącym liczby konsultantów podało dane na poziomie 40 170 konsultantów w celu uzyskania maksymalnej ilości punktów w tym

kryterium pozacenowym. Izba prezentuje pogląd, że tego rodzaju deklaracja w zakresie liczby aktywnych konsultantów bez wątpienia miała na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na zawyżoną wartość w kryterium pozacenowym Konsorcjum Euvic uzyskało maksymalną liczbę punktów, podczas gdy pozostali wykonawcy, którzy wskazali w ofertach dużo niższą liczbę aktywnych konsultantów otrzymają znacznie mniejszą liczbę punktów.

Izba podzieliła argumentację Odwołującego i stwierdziła, że dokonywanie takiej manipulacji kryterium oceny ofert oraz następny brak zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Euvic, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, prowadzi do sytuacji, w której opisane przez Zamawiającego w SIWZ kryteria oceny ofert zostają pozbawione jakiegokolwiek znaczenia. Na wadliwość tego typu zachowań wykonawców wskazywała wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza m. in. w wyroku z dnia 19 lutego 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 216/14.

W konsekwencji stwierdzenia przez Izbę powyższych naruszeń potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp, polegający na dokonaniu wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Jeśli zaś chodzi o zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp to Izba nie dopatryła się naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisu. W tym zakresie Izba w pełni podzieliła stanowisko zawartej w odpowiedzi na odwołanie, w którym Zamawiający stwierdził, że powołany przepis odnosi się wprost do wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że: nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji". Zatem zgodzić się należy, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp nie odnosi się do kryteriów oceny ofert a kryteriów selekcji a przepisy Pzp wyraźnie odróżniają ww. kategorie wskazując np. w art. 25a ustawy Pzp, że kryteria selekcji to te, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3 ustawy Pzp. Wobec tego w rozpoznawanej sprawie nie może być mowy o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

Konkludując, Izba uznała, że powyższe naruszenia mają wpływ na wynik postępowania co skutkowało uwzględnieniem odwołania oraz nakazaniem przez Izbę unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum Euvic na

61

podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

KIO 1145/20

Na wstępie wyjaśnienia wymaga, że Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uznanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Odnosząc się zaś szczegółowo do kolejnych zarzutów Izba po przeprowadzeniu analizy zgłoszonych zarzutów w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego stwierdziła, że zarzuty jedynie w części potwierdziły się

I. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp. Izba uznała zgłoszony zarzut w części za uzasadniony.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż przepis art. 7 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Natomiast według art. 11 ust. 2 u.z.n.k. 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.

Wobec treści powołanego powyżej przepisu stwierdzić należy, że katalog rodzajów informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa nie ma charakteru katalogu zamkniętego bowiem ustawodawca wskazał w powołanym przepisie wskazał na trzy przykładowe kategorie informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, to jednak w dalszej części przepisu uregulował, że tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić inne jeszcze rodzaje informacji, o ile posiadają wartość gospodarczą.

Wydaje się jednak, że istotnym elementem definiującym rodzaje informacji mogące podlegać ochronie na podstawie art. 11 ust. 2 u.z.n.k. jest ich wartość gospodarcza. Analiza wzmiankowanego przepisu prowadzi do wniosku, że każda informacja, nie wyłączając omówionych powyżej kategorii, powinna odznaczać się pewną wartością gospodarczą. W powyższym zakresie Izba, w uchwale z 2 sierpnia 2018 r., KIO/KU 30/18, stwierdziła wprost, że „W przepisie art. 11 ust. 4 Znk [...] ustawodawca przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Przesłanka posiadający wartość gospodarczą odnosi się przy tym nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna”.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że na gruncie art. 11 ust. 2 u.z.n.k. mamy de facto do czynienia z otwartym katalogiem informacji posiadających wartość gospodarczą, które stanowić mogą tajemnicę przedsiębiorstwa.

W zakresie konieczności wykazania, że zastrzeżone informacje stowią tajemnicę przedsiębiorstwa Izba w pełni popiera stanowisko Izby, uznając je za własne, wyrażone w wyroku z dnia 10 października 2017 r. zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 2087/17, w którym stwierdzono m. in.: „Na wstępie zaznaczyć należy, że przywołana powyżej regulacja, jakkolwiek umożliwia przedsiębiorcy ochronę informacji wrażliwych, stanowiąc wyłom od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym niemniej warunkuje skorzystanie z tego przywileju wykazaniem (podkreślenie Izby), że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do projektu nowelizacji, która weszła w życie 19 października 2014 r. (ustawa z 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, Dz.U.2014.1232) stwierdzono wręcz, że zmiana przepisu art. 8 ust. 3 Pzp ma przeciwdziałać patologicznemu nadużywaniu przez wykonawców instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa, „którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. ” (uzasadnienie do projektu ustawy z 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, druk nr 1653, Sejm RP VII Kadencji).

W konsekwencji stwierdzić należy, że aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 Pzp nie pozostawia, w opinii składu orzekającego, wątpliwości, że inicjatywa w zakresie wykazania zasadności zastrzeżenia 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 wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Innymi słowy to nie jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia. Zaznaczyć na marginesie należy, że rolą zamawiającego nie jest już aktualnie prowadzenie jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego w zakresie zasadności skorzystania z tajemnicy przedsiębiorstwa, co było charakterystyczne dla postępowań o udzielanie zamówień publicznych w poprzednio obowiązującym stanie prawnym. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania i dopuszczenie możliwości złożenia przez wykonawcę wyjaśnień na wezwanie stanowiłoby zaprzeczenie wspomnianemu ratio legis komentowanego przepisu. Poszukując znaczenia użytego w art. 8 ust. 3 Pzp pojęcia „wykazania”

Izba za zasadne uznała odniesienie się do instytucji wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ przepisy regulujące tą kwestię również posługują się pojęciem „wykazania” (zob. przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp).

Podkreślenia wymaga, że na taki zabieg interpretacyjny pozwala § 10 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U.2016.283 j.t.), zgodnie z którym do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami. Z przepisów dotyczących wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu wynika, że następuje ono przez złożenie oświadczenia o ich spełnianiu w określonej formie (por. art. 25a ust. 1 i 2 Pzp), a nadto - jeżeli Zamawiający żądał dokumentów potwierdzających informacje zawarte w oświadczeniu (art. 26 ust. 1 i 2 Pzp) - również w drodze złożenia dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.1126).

Zdaniem Izby z powyższej analizy, wbrew twierdzeniom Przystępującego, wynika, że pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również, w określonych okolicznościach, przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku potwierdzania dowodami zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 Znk. Trudno bowiem wyobrazić sobie, przykładowo, wykazanie w powyższy sposób technologicznego charakteru zastrzeżonych informacji, wobec czego w tym zakresie zasadniczo wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia (z zastrzeżeniem, że może ono podlegać weryfikacji zamawiającego). Także poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej oceniać należy jednak chociażby kwestię wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, etc.).”

Izba podnosi za wyrokiem KIO z 10.03.2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16 dla prawidłowego wykazania, o którym mowa w tym przepisie, nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd. Na konieczność wykazania jednoznacznie wskazywano w toku prac nad znowelizowaniem tego przepisu m.in. podczas prac podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia: poselskich projektów ustaw o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (■■■■)”

W zakresie wzajemnej korelacji pojęć wykazania i udowodnienia Izby wskazuje, że prezentuje stanowisko tożsame z tym wyrażony w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 14 listopada 2017 r. o sygn. akt KIO 2267/17, KIO 2290/17, w którym stwierdzono m. in.: „(...) Bez wątpienia sformułowanie „wykazał” ma silniejszy walor informacyjny co do zgodności przedstawianej informacji z rzeczywistością niż wskazanie prawdopodobieństwa wystąpienia określonej okoliczności. Jakkolwiek pojęcie „wykazał” nie jest tożsame z pojęciem „udowodnił”, to jednak jest bliższe temu ostatniemu niż pojęcie „uprawdopodobnił””. Izba za zasadne uznaje również powołanie wyroku Izby zapadłego w dniu 30 marca 2017 r. o sygn. akt KIO 464/17, w którym stwierdzono m. in.: „I choć ustawodawca nałożył na wykonawcę obowiązek „jedynie” wykazania (nie zaś obowiązek udowodnienia), że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to obowiązek ten nie może sprowadzać się do złożenia przez wykonawcę oświadczeń, czy zapewnień, a to ze względu na rozumienia wyrazu „wykazać” w języku polskim, tj. jako przedstawienia czegoś w sposób przekonujący. Wykonawcy wolno więc zrobić więcej, tj. udowodnić, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji, jednak nie wolno mu - o ile informacje mają pozostać niedostępne dla innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - zrobić mniej niż wykazać, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

W tym miejscu wyjaśnienia wymaga, że przedmiotem rozpoznania Izby były informacje zastrzeżone w wykazach wiedzy i doświadczenia w kolumnie „nazwa i adres podmiotów, na rzecz których Wykonawca realizuje/realizował

umowy" (dalej: : „Nazwa i adres podmiotów”) wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie w odniesieniu do wykonawców: Konsorcjum Euvic, Britenet, 7N, Sii, Billennium. Przedmiotem badania Izby były również wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę Britenet oraz wyjaśnienia wykonawcy Billennium w zakresie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie utajnienia wykazu wiedzy i doświadczenia wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

W tak określonym kształcie rozpoznawanych zarzutów Izba doszła do przekonania, że za uzasadnione należy uznać zarzuty odnoszące się zastrzeżenia poufności następujących dokumentów :

- 1.wykazów wiedzy i doświadczenia w kolumnie „nazwa i adres podmiotów” wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie w odniesieniu do wykonawców: Konsorcjum Euvic, 7N, Sii, Billennium.
- 2.wyjaśnień wykonawcy Billennium w zakresie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie utajnienia wykazu wiedzy i doświadczenia wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.
- 3.wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Britenet, jedynie z wycinkowym zastrzeżeniem określonego katalogu informacji (wraz z załącznikami) zawartym w sentencji wyroku.

Na wstępie wskazać należy, że ocenie Izby w ramach postępowania odwoławczego, podlegała prawidłowość czynności zamawiającego, polegająca na ocenie tego, czy przystępujący w toku postępowania o udzielenie zamówienia wykazali Zamawiającemu, czego wymaga art. 8 ust. 3 Pzp, że zastrzeżone informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym zasługują na ochronę.

W rozpoznawanej sprawie rozstrzygnięcia wymagała kwestia związana z tym, czy Przystępujący zastrzegając określony katalog informacji w sposób wystarczający wykazali, że zastrzeżone przez nich informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy uznk a w konsekwencji, czy zamawiający był uprawniony do pozostawienia ich w poufności. W tym miejscu zaznaczenia wymaga, że samo zastrzeżenie udostępnienia informacji nie jest wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić - i to w sposób kwalifikowany, gdyż wręcz „wykazać” - iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W rozpoznawanej sprawie Izba uznała, że wykonawcy: Konsorcjum Euvic, 7N, Sii i Billennium w zakresie kolumny „nazwa i adres podmiotów” wykazów wiedzy i doświadczenia wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie - nie sprostali temu zadaniu. Analogicznie wykonawca Billennium w odniesieniu do uzasadnienia w zakresie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie utajnienia wykazu wiedzy i doświadczenia wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Izba potwierdziła, że jedynie wykonawca Britenet w sposób prawidłowy wykazał w stosunku do owych dokumentów (wykaz + referencje) spełnienie przesłanek powołanego przepisu co skutkowało oddaleniem zarzutu względem zastrzeżonych przez niego informacji.

W ocenie Izby Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach nie wykazali w sposób wystarczający, że informacje zawarte w dokumentach w części zastrzeżonych spełniają wszystkie przesłanki konieczne do skutecznego zastrzeżenia w nich, określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba stoi na stanowisku, że o ile przesłanka dotyczące wartości gospodarczej jest przesłanką trudną do wykazania, o tyle nie powinno stanowić problemu, aby wykonawca wykazał jakie działania podjął, przy zachowaniu należytej staranności, w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności. Izba w omawianym zakresie wskazuje, że wykonawcy: Konsorcjum Euvic, 7N, Sii i Billennium nie sprostali temu wymaganiu, bowiem oparli się jedynie na ogólnych twierdzeniach nie przedstawiając w tym zakresie żadnych dowodów. Wykonawcy powoływali się złożonych wyjaśnieniach na wprowadzenie szeregu zabezpieczeń w celu zachowania informacji w poufności takich jak np. ograniczenie liczby osób mających dostęp do poufnych informacji (pracowników), którzy zawarli dodatkowo umowy o zachowaniu poufności oraz zakazie konkurencji, procedury wewnętrznego obiegu informacji - powinni przedstawić stosowne dowody w tym zakresie. Za dowody takie mogłyby być uznane chociażby wskazywane umowy o zachowaniu poufności oraz zakazie konkurencji zawierane z określonymi pracownikami a także procedury wewnętrznego obiegu informacji. Przystępujący dowodów takich Zamawiającemu nie przedstawili a ograniczyli się jedynie do ogólnych stwierdzeń. Ponadto w treści uzasadnienia o zachowaniu informacji w poufności jako tajemnicy przedsiębiorstwa niektórzy z wykonawców (np. Billennium) powoływali się na funkcjonowanie w ich przedsiębiorstwie konkretnych dokumentów tj. Polityka bezpieczeństwa informacji, Polityka ochrony danych osobowych, Polityka akceptowalnego

użytkownika. Ponadto wykonawca twierdził, że jest związany z określonymi podmiotami umowami o zachowaniu poufności. Na tą okoliczność nie zostały przedstawione zamawiającemu jakiegokolwiek dowody.

Jedynie wykonawca Britenet od pisma zawierającego uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa załączył komplet dowodów potwierdzających zasadność zachowania określonego katalogu informacji w poufności.

Ad 3)

Jeśli zaś chodzi o pismo wykonawcy Britenet dotyczące wyjaśnień w zakresie występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej, w którym wykonawca zawarł uzasadnienie zastrzeżenia określonego katalogu informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa to Izba jedynie w części uznała to zastrzeżenie za uzasadnione. Izba stwierdziła, że w przeważającej części informacje te nie spełniają przesłanek skutkujących uznaniem ich za tajemnicę przedsiębiorstwa bowiem mają charakter stwierdzeń ogólnych. Izba zdecydowała jedynie o pozostawieniu w poufności konkretnych informacji (również załączników), w tym w przewadze takich które zostały wyrażone konkretnymi wymiernymi liczbami. Podkreślenia wymaga, że podobnie jak przy wykazach wiedzy i doświadczenia wykonawca wraz z wyjaśnieniami złożył konkretne dowody na poparcie własnych twierdzeń, w których wyjaśniał jakie kroki podjął celem zachowania ww. informacji w poufności.

Reasumując, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że wykonawcy: Konsorcjum Euvic, 7N, Sii oraz Billenium nie wypełnili przesłanki wynikającej z art. 8 ust. 3 Pzp i nie wykazali w sposób wystarczający, że zastrzeżone w wykazach wiedzy i doświadczenia wraz z dokumentami referencyjnych, określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Analogicznie Izba uznała w odniesieniu do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez wykonawcy Billenium oraz w części w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wykonawcy Britenet. Tym samym Izba za niewłaściwą uznała czynność Zamawiającego, który nie ujawnił tych informacji na żądanie Odwołującego. Wobec tego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu ujawnienie uznanych za nieskuteczne zastrzeżone informacji wskazanych przez Przystępujących w zakresie podanym powyżej.

II. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Izba uznała zgłoszony zarzut za uzasadniony jedynie w części odnoszącej się do Konsorcjum Euvic jak również wykonawcy Transition Technologies.

Po dokonaniu badania i oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że zgłoszony zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp potwierdził się w części odnoszącej się do wykonawcy Konsorcjum Euvic oraz Transition Technologies.

Jeśli chodzi o argumentację Izby w zakresie odnoszącym się do wykonawcy Konsorcjum Euvic to jest ona analogiczna do tej zaprezentowanej przy postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1129/20 wywołanym odwołaniem wykonawcy Asseco. Tym samym Izba uznaje jej powielanie za niecelowe.

Jedynie dodatkowo Izba odniosła się do dowodu złożonego przez Konsorcjum Euvic w postaci wydruków z bazy firmy Team Connect, jednego z współkonsorcjantów, z podziałem na poszczególne role opisane w załączniku nr 1 do specyfikacji. Izba zwraca uwagę, iż w toku rozprawy wykonawca Konsorcjum Euvic oświadczył, że wydruk z bazy nie jest tą bazą która zawiera konsultantów wskazanych w złożonej ofercie a jedynie bazą jednego z partnerów konsorcjum. Izba stwierdziła, że wskazany dowód nie może stanowić potwierdzenia okoliczności, iż wykonawca Konsorcjum Euvic na dzień składania ofert miał zawarte z konsultantami o profilach wyszczególnionych w załączniku nr 1 SIWZ jakiegokolwiek umowy o współpracy.

Odnosząc się zaś kolejnych dowodów przedłożonych przez Konsorcjum Euvic w przykładowych 4 wydruki z bazy (po 2 strony każdy) obrazujących aktywność poszczególnych konsultantów w bazie to Izba wskazuje, że tego rodzaju dowody co prawda potwierdzają podejmowanie aktywność rekruterów w kontaktach z konsultantami jednak nie stanowią potwierdzenia, że wykonawca Konsorcjum Euvic na dzień składania ofert miał zawarte z tymi konsultantami jakiegokolwiek umowy o współpracy. Z treści tych dokumentów wynika także, iż konsultanci wcale nie są zobligowani do

wyrażenia automatycznej zgody, ale mogą odmówić rekrutowi.

Jeśli zaś chodzi o wykonawcę Transition Technologies to w tym miejscu Izba zwraca uwagę, że nie było sporne między stronami, iż posługiwanie się potencjałem podwykonawców w celu uzyskania punktów w kryterium pt. „Liczba Konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ” było niedopuszczalne.

Izba stwierdziła, że wykonawca Transiton Technologies w złożonej ofercie przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd w zakresie liczby konsultantów aktywnych w bazie wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ co skutkowało nieuprawnionym przyznaniem temu wykonawcy punktów w kryterium pt. „Liczba Konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ”.

Wobec tego Izba stwierdziła, że wykonawca Transiton Technologies powinien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Zaś w przypadku pozostałych wykonawców: Britenet, 7N, Sii, Asseco, S&T, Billennium, Pentacomp Systemy Informatyczne Izba, po dokonaniu pełnej i wszechstronnej analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, nie stwierdziła przesłanek do wykluczenia tych wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z uwagi na przedstawienie zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba uznała za nietrafną argumentację Odwołującego, który kwestionował zaoficerowaną liczbę aktywnych konsultantów w zasadzie w odniesieniu do wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia, z wyjątkiem wykonawcy Bluesoft Sp. z o.o. który nie poddał się ocenie w tym kryterium. Dostrzeżenia wymaga, że postawione zarzuty zostały oparte o informację o ogólnej liczbie pracowników i współpracowników, którą Konsorcjum Sygnity ustaliło samodzielnie na podstawie dostępnych sobie źródeł, co powoduje, że informacja ta może być obarczona pewnym błędem, bowiem wykonawcy nie wszystkie wymagane źródła potencjalnej wiedzy mogły być dostępne. Izba zwraca uwagę, że przedstawionej przez Odwołującego w treści odwołania tabeli wynika, że przypadku 2 wykonawców (tj. S&T i Pentacomp) liczba konsultantów przekracza podaną przez Odwołującego liczbę pracowników i współpracowników. O ile w przypadku wykonawcy S&T to przekroczenie jest nieznaczne o tyle w przypadku wykonawcy Pentacomp jest znacznie wyższym poziomem. Po pierwsze Izba stwierdziła, że wyjaśnienia wykonawcy Pentacomp wraz ze dowodami złożone w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 5 czerwca 2020 r. rozwiewają wszelkie wątpliwości w tym zakresie i potwierdzają realność liczny konsultantów wskazanych w treści oferty.

W omawianym zakresie Izba uznała za przekonujące wyjaśnienia wykonawcy 7N, który w toku rozprawy objaśniał procedurę przygotowania oferty w ten sposób, że: dokonał weryfikacji posiadanej bazy danych i wskazał 422 konsultantów w ofercie, podczas gdy w jego bazie tych konsultantów jest znacznie więcej (580 osób) - umowa o pracę lub umowy cywilnoprawne. Podnosi, że jest spółką typowo body leasingową, a proces weryfikacji

70

następował dwuetapowo: w oparciu o system CRN oraz CV system, w oparciu o umowy i aneksy aktywnych konsultantów następuje ich wyszukiwanie poprzez wpisanie konkretnej pracy w wyszukiwarce, a następnie jest dokonywana weryfikacja manualna przez zespół projektowy 15 osób, które sprawują opiekę nad konsultantami w zakresie poszczególnych projektów. Z powyższego wywodzi, że w przypadku tych wartości mamy do czynienia z 28 CV na jedną osobę, co zdaniem Przystępującego wymaga jedynie 2 dni roboczych, nie można uznać, że jest niewykonalne”.

Izba wskazuje również na złożony w toku rozprawy przez wykonawcę Asseco dowód w postaci Informacji o zatrudnieniu na dzień 31.12.2019 r. w postaci zestawienia tabelarycznego ilości pracowników w którego jednoznacznie wynika, że liczba zatrudnionych pracowników jest znacznie wyższa od liczby konsultantów wskazanej w treści oferty co dowodzi tego, że w tym przypadku również nie można mówić o przekazaniu przez wykonawcę Asseco informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego co do liczby aktywnych konsultantów.

Zaznaczenia wymaga, że materiał dowodowy przydatny do badania zgłoszonego zarzutu został zgromadzony przez Zamawiającego i przekazany Izbie w wyniku wyjaśnień składanych przez wykonawców w związku z pismem Zamawiającego z dnia 5 czerwca 2020 r. Izba wyjaśnia, że część wykonawców wraz z wyjaśnieniami złożyli również określone dowody na poparcie słuszności własnych twierdzeń. Izba sto na stanowisku, że nie ma znaczenia dla

rozpoznania sprawy okoliczność, iż część materiał dowodowy stanowiący podstawę rozstrzygnięcia został złożony Zamawiającemu po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej bowiem zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Tym samym Izba przeanalizował złożone wyjaśnienia wraz ze złożonymi dowodami i stwierdziła, że poza Konsorcjum Euvic, z powodów opisanych powyżej powinien być wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jedynie wykonawca Transiton Technologies.

Tym samym Izba stwierdziła, że zgłoszony zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jedynie w części potwierdził się.

III. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp Izba uznała w części za uzasadniony.

Z treści przedstawionej dokumentacji postępowania wprost wynika, że Zamawiający po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej pismem z dnia 5 czerwca 2020 r. zwrócił się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień wraz z przedstawieniem dowodów w zakresie treści złożonej oferty dotyczącej zaoferowanej liczby konsultantów aktywnych w bazie wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ.

Co prawda Zamawiający w przesłanym piśmie zastrzegł, że kieruje je do wykonawców bowiem rozważa przygotowanie odpowiedzi na odwołanie nie mniej jednak Izba stanęła na stanowisku, że po zapoznaniu się z treścią ofert wykonawców u Zamawiającego powinny zrodzić się wątpliwości co do prawidłowości liczby konsultantów podanej przez Konsorcjum Euvic, bowiem w tym zakresie (co zresztą zauważa sam zamawiający w piśmie z dnia 5 czerwca 2020 r), pomiędzy ofertą wykonawcy Euvic a pozostałymi ofertami występuje wyraźna, widoczna już na pierwszy rzut oka dysproporcja. Izba dostrzega okoliczność związaną z tym, iż zamawiający wskazał, iż będzie dokonywał badania w tym zakresie na podstawie oświadczenia wykonawcy. Jednak Izba prezentuje pogląd, iż zamawiający nie może przechodzić bezkrytycznie do treści oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu. W tym przypadku liczba konsultantów podana przez Przystępującego pozostawała w tak znaczącej dysproporcji względem pozostałych, iż wręcz nie sposób było pozostawić oświadczenie wykonawcy bez stosownego wyjaśnienia, czego zamawiający zaniechał w tym postępowaniu, czym w ocenie Izby naruszył art. 87 ust. 1 Pzp. Izba doszła do przekonania, że potwierdzeniem wątpliwości zamawiającego, które co prawda zmaterializowały się dopiero na późniejszy etapie było wystosowanie wezwania z dnia 5 czerwca 2020 r., w którym Zamawiający wskazał, że oczekuje od wykonawców złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej liczby konsultantów w złożonej ofercie. Zaznaczenia wymaga, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawcy stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami złożyli. Wobec tego Izba uznała, że ponowna czynność wezwania wykonawców jest niecelowa co skutkowało brakiem nakazania zamawiającemu czynności wzywania wykonawców do udzielenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej w ofercie liczby konsultantów aktywnych w bazie odpowiadających profilom wskazanym w OPZ.

Podsumowując Izba wskazuje, że konsekwencją powyższych naruszeń przepisów jest stwierdzenie przez Izbę również naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 Pzp, polegającego na dokonaniu wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej. Skutkiem powyższego był nakazanie przez Izbę ponowienia czynności oceny ofert.

KIO 2149/20

Po rozpoznaniu zarzutów odwołania Izba uznała je za nieuzasadnione co skutkowało koniecznością oddalenia odwołania.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowanej powyżej) jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny, co zostało potwierdzone w odpowiedzi na odwołanie. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Na wstępie omawiania zgłoszonych zarzutów Izba wskazuje, że nie było sporne między stronami, iż pismem z dnia 4 maja 2020 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia określonego katalogu dokumentów jednocześnie wyznaczając wykonawcy nieprzekraczalny termin ich uzupełnienia na dzień 11 maja 2020 r. godz. 12.00.

Odwołujący w dniu 11.05.2020 r. za pośrednictwem ePUAP przekazał Zamawiającemu żądane dokumenty, w dwóch wiadomościach. Pierwsza wiadomość wpłynęła do Zamawiającego przed upływem wyznaczonego przez Zamawiającego terminu tj. w dniu 11.05.2020 r. o godzinie 11:55:38. Zaś druga wiadomość wpłynęła do Zamawiającego w tym samym dniu - jednak o godzinie 12:01:54.

Izba ustaliła, że na ww. dokumentach podpis elektroniczny złożył także pełnomocnik Odwołującego, Pan J. M. w dniu 11.05.2020 r. kolejno o godzinach 8.58, 8.59, 9.01, 9.03. Wreszcie samo pismo przewodnie do Zamawiającego zostało podpisane przy użyciu podpisu kwalifikowanego przez Pana J. M. o godzinie 10:08 (w dniu 11.05.2020 r.).

Odwołujący powołując się na treść specyfikacji, tj. rozdziału VI twierdził, że konieczne było przesłanie oferty w ściśle określonym reżimie. Z powyższego wywodził, że uzupełnione dokumenty należało również poddać szyfrowaniu tak jak miało to miejsce przy składaniu oferty.

Izba nie podzieliła powyższego stanowiska wskazując, że przywoływane przez Odwołującego postanowienia dokumentacji postępowania mieszczą się we wspomnianej Części II Rozdziału VI SIWZ „II. ZŁOŻENIE OFERTY” wskazują na obowiązki wykonawców odnoszące się do samego etapu złożenia oferty, a nie do przyjętych przez Zamawiającego zasad komunikacji z wykonawcami na późniejszym etapie. W ocenie Izby postanowienia SIWZ nie nakazywały szyfrowania przekazywanych Zamawiającemu dokumentów lub oświadczeń po dokonaniu otwarcia ofert a dopuszczalne było przekazanie dokumentów za pomocą skrzynki ePUAP oraz za pomocą poczty elektronicznej (rozdział I Dział III SIWZ). W konsekwencji Izba uznała że przekazanie dokumentów za pomocą skrzynki ePUAP oraz za pomocą poczty elektronicznej było wystarczające w ramach przedmiotowej korespondencji.

Istotnym również jest, że Odwołujący nie wykazał w toku postępowania dowodowego, iż w tym przypadku napotkał na problemy z uzyskaniem żądanych dokumentów w związku z sytuacją epidemiologiczną występującą w kraju. Wobec tego Izba stwierdziła, że Odwołujący był w dyspozycji dokumentów z uwzględnieniem czasu, który pozwalał na swobodne przesłanie ich zamawiającemu.

W kontekście powyższego Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący jako profesjonalista działający na rynku powinien był dochować należytej staranności przy przesyłaniu dokumentów i przede wszystkim ustalić na podstawie treści SIWZ odpowiednią formę i sposób ich przesłania a także zagwarantować odpowiednią ilość czasu, pozwalającą na przesłanie żądanych dokumentów, uwzględniając przy tym, iż mogą wystąpić okoliczności (np. kłopoty natury technicznej), które mogą spowodować wydłużenie czasu przesyłu dokumentów. Błędne zastosowanie postanowień siwz połączone z tym, że wykonawca czekał praktycznie „do ostatniej chwili” z przesłaniem dokumentów spowodowało, że zostały one przesłane po terminie wskazanym przez zamawiającego w wezwaniu. Izba zauważyła, że przekroczenie jest niewielkie nie mniej jednak istnieje i w tym przypadku nie jest możliwe uznanie przez Izbę, że wykonawca Billennium uzupełnił żądane przez Zamawiającego dokumenty w określonym terminie.

Izba zwraca również uwagę, że Odwołujący nie udowodnił, że „problemy techniczne”, które napotkał miały charakter takich, które trwają przez odpowiednio długi czas, tj. taki, który nie pozwolił Odwołującemu na przesłanie dokumentów w odpowiednim czasie. Izba stwierdził, że przedłożone dowody w postaci zrzutów z ekranu z których wynika, że błąd pojawił się dwukrotnie o godz. 10:56 i 10:57 i dotyczył szyfrowania. Izba uznała, że na ich podstawie nie sposób przesądzić, że owe problemy dotyczące szyfrowania uniemożliwiły Odwołującemu terminowe uzupełnienie dokumentów. Co istotne, w tym dniu wykonawca 7N, za pomocą skrzynki e-PUAP z sukcesem dokonał przesyłu dokumentów do zamawiającego o godz. 10:57 i 11:56. Co przeczy tezie odwołującego o błędnym działaniu narzędzi zamawiającego. W kontekście powyższego Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił również naruszenia art. 7 w zw. z art. 10b Pzp oraz naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w odniesieniu do wykonawców: Pentacomp Systemy Informatyczne, Konsorcjum Euvic, Konsorcjum Sygnity.

Jako zarzuty wynikowe w Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

W konsekwencji Izba uznała również, że brak było podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 146 ust. 6 Pzp, z uwagi na to, że doszło w postępowaniu do naruszenia o charakterze nieusuwalnym, które

jednocześnie wpływało na wynik postępowania, a tym samym w postępowaniu wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Konkludując Izba stwierdziła naruszenie przepisów ustawy, które skutkowało koniecznością uwzględnienia odwołania. Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 i 2 lit. b), § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).