

WYROK

z dnia 22 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadziś  
Magdalena Rams  
Ewa Sikorska

Członkowie:  
Protokolant:

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 25 lutego i 18 marca 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2022 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 3 (uzasadnienie odwołania

strona 40) tj. naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp2004 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp2004 oraz zarzutu 8 (uzasadnienie odwołania strona 62) tj. naruszenia art. 24 ust 1 pkt. 16 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 7 ust. 1 i § 15 Rozporządzenia ws. dokumentów - przez błędne przyjęcie rażącej postaci niedbalstwa Wykonawcy [brak spełnienia przesłanki rażącego niedbalstwa] - z uwagi na ich cofnięcie przez Odwołującego.

2. Oddala odwołanie w pozostałej części.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie na rzecz Zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600, 00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 416/22

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie prowadzi

na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi

pn. Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS) (nr postępowania TZ/271/65/19).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 21 lutego 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S\_037 pod poz. 087769. Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

W dniu 14 lutego 2022 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie wnieśli odwołanie na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa Pzp” lub „Pzp”), od czynności:

- 1) wykluczenia Konsorcjum Comarch z postępowania;
- 2) wyboru w postępowaniu oferty Asseco Poland S.A. (dalej jako „Asseco”), jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu podjęcie wskazanych powyżej czynności z naruszeniem następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp2004”):

- art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp2004 w zw. z art. 22d ust. 1

Pzp2004 - przez nieprawidłową ocenę doświadczenia osoby dedykowanej do pełnienia funkcji Technologa przetwarzania portalowego, uzyskanego w ramach Projektu 1 podanego w poz. 5 Wykazu osób, czego konsekwencją było błędne

przyjęcie, że Projekt 1 nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, w efekcie czego doszło do bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania;

- art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp2004 - przez wykluczenie

Odwołującego z postępowania w związku z informacjami przedstawionymi w poz. 5

Wykazu osób, w zakresie Projektu 2, w sytuacji gdy informacje te były prawdziwe, nie były informacjami wprowadzającymi Zamawiającego w błąd, a ich przedstawienie nie było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa oraz poprzez zastosowanie sankcji wykluczenia z naruszeniem zasady proporcjonalności,

- art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp2004 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp2004 - przez niejednoznaczne i niewyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne wykluczenia Odwołującego w zakresie punktu Ad 1 w przedmiocie Projektu 1 oraz punktów Ad 2 i 3 uzasadnienia decyzji o wykluczeniu, w konsekwencji czego utrudnione zostało poddanie decyzji o wykluczeniu kontroli w drodze środków ochrony prawnej,

- art. 26 ust. 3 i 4 Pzp2004 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp2004 - przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień odnośnie Referencji nr 1 i zwrócenie się o wyjaśnienie do ekspertów zewnętrznych, z pominięciem Odwołującego,

- § 2 ust. 6 Rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej jako „Rozporządzenie ws. dokumentów”) - przez zaniechanie jego zastosowania oraz naruszenia tego przepisu, jak i art. 26 ust. 3 i 4 Pzp2004 - przez brak uwzględnienia złożonych z własnej inicjatywy Odwołującego wyjaśnień objętych Dowodem nr 33 i nieuwzględnienie złożonego listu referencyjnego z dnia 25.01.2021 (Dowód nr 34),

- § 15 Rozporządzenia ws. dokumentów - poprzez jego błędną wykładnię,

- art. 24 ust 1 pkt. 16 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp2004 i w zw. z § 15 Rozporządzenia ws. dokumentów i art. 7 ust. 1 Pzp2004 - przez uznanie, że oryginał o którym mowa w § 15 Rozporządzenia ws. dokumentów jest „dokumentem wymaganym” w rozumieniu art. 24 ust 1 pkt. 16 ustawy Pzp [brak spełniania przesłanki nieprzedłożenia dokumentu wymaganego],

- art. 24 ust 1 pkt. 16 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 7 ust. 1 i § 15 Rozporządzenia ws. dokumentów - przez błędne przyjęcie rażącej postaci niedbalstwa Wykonawcy [brak spełnienia przesłanki rażącego niedbalstwa],

- art. 24 ust 1 pkt. 16 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp2004 i § 15 Rozporządzenia ws. dokumentów - przez błędne przyjęcie o wprowadzeniu w błąd [brak spełnienia przesłanki wprowadzenia w błąd],

- art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp2004 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp2004, § 15 Rozporządzenia ws. dokumentów i art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp2004 - przez wykluczenie Odwołującego za niespełnienie warunków, pomimo braku podstaw do takiego twierdzenia,

- [zarzut ewentualny] Na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego

wskazanego w Wykazie osób dla pozycji Technologa przetwarzania portalowego

Projektu 1 dla ZUS i uwzględnienia zarzutu dotyczącego projektu 2 dla Domex - naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp2004 - przez zaniechanie wezwania do uzupełniania Wykazu osób.

Odwołujący wniosł o nakazanie:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

5) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący podał, że ma legitymację do wniesienia odwołania, bowiem Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto Odwołujący jest podmiotem świadczącym usługi informatyczne, w tym z zakresu wsparcia eksploatacji i utrzymania systemów informatycznych, tak więc ma interes w uzyskaniu zamówienia, tj. w zawarciu umowy na usługę, której dotyczy zamówienie. Natomiast na skutek niezgodnych z przepisami Pzp2004 czynności dokonanych przez Zamawiającego w postępowaniu, Odwołujący został bezpodstawnie wykluczony z postępowania, w efekcie jego oferta została bezpodstawnie uznana za odrzuconą i bezpodstawnie została pominięta przy ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Gdyby Zamawiający nie dopuścił się naruszeń Pzp2004 wskazanych w niniejszym odwołaniu, oferta Odwołującego uzyskałaby najwyższą ocenę w świetle kryteriów oceny ofert ustalonych w SIWZ i zostałaby wybrana, jako najkorzystniejsza. Tymczasem zamówienie zostanie udzielone wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, który złożył ofertę wyraźnie mniej korzystną dla Zamawiającego, niż oferta Konsorcjum Comarch. Na skutek naruszenia przepisów Pzp2004 przez Zamawiającego, Odwołujący poniósł szkodę, która przejawia się w utracie szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, z czym wiąże się utrata zysku z tytułu jego realizacji i utrata możliwości uzyskania doświadczenia związanego z jego realizacją - zarówno przez Odwołującego, jak i zespół osób przewidzianych do wykonania usługi. W tym stanie rzeczy, Odwołujący dysponuje legitymacją do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp.

Odwołujący podał, że stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa wprowadzająca ustawę Pzp”), do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w Pzp2004, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r.

stosuje się przepisy dotychczasowe. Tak więc mając na uwadze powyższą regulację oraz fakt, że postępowanie zostało wszczęte przekazaniem w dniu 17 lutego 2020 r. ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej i nie zakończyło się przed dniem 1 stycznia 2021 r., Odwołujący dokonał oceny czynności Zamawiającego z uwzględnieniem przepisów ustawy Pzp2004, która znajduje zastosowanie do przedmiotowego postępowania i przepisy tej właśnie ustawy stanowią podstawę prawną zarzutów sformułowanych w niniejszym odwołaniu.

Stosownie natomiast do art. 92 ust. 2 ustawy wprowadzającej ustawę Pzp, do postępowań odwoławczych, o których mowa w Pzp2004, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy Pzp. Mając na uwadze powołaną regulację oraz fakt, że odwołanie inicjujące postępowanie odwoławcze wnoszone jest po dniu 31 grudnia 2020 r. oraz fakt, że dotyczy postępowania wszczętego przed dniem 1 stycznia 2021 r. (data wszczęcia postępowania przypada na dzień 17 lutego 2020 r., jako dzień przekazania ogłoszenia), Odwołujący zrehabilitował i wniósł niniejsze odwołanie z zachowaniem wymogów formalnych przewidzianych w Dziale IX Rozdziale 1 i 2 Pzp.

W zakresie zarzutów odwołania:

Wnioski dowodowe zgłoszone w odwołaniu przez Odwołującego:

Odwołujący wnosi o:

- 1) dopuszczenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania,
- 2) dopuszczenie dowodu z zeznań świadka - pana B. D. (na adres Odwołującego) - na fakt sposobu wytworzenia Referencji nr 1 z dnia 12.12.2020, w tym własnoręcznego dopisania oryginału, jego zeskanowania i wysłania na adres mailowy pana P. S.,
- 3) dopuszczenie dowodu z opinii biegłego - dziedzina informatyka, specjalność badanie dokumentów elektronicznych na fakt czy:
  - a) Plik „1 Referencja CAE tajemnica przedsiębiorstwa-sig.pdf” - znajdujący się w ofercie Odwołującego Comarch jest kopią pliku PDF stanowiącego załącznik do wiadomości e-mail wysłanej o godz. 03.02 PM czasu ZEA z poczty elektronicznej przez B. D. do P. S. w dniu 16.12.2020,

b) Podpis widoczny na dokumencie „1 Referencja CAE tajemnica przedsiębiorstwa-sig.pdf” oraz widoczny na dokumencie PDF stanowiącym załącznik do wiadomości e-mail wysłanej o godz. 03:02 PM z poczty elektronicznej przez B. D. do P. S. w dniu 16.12.2020 został wklejony, czy też istniał w dokumencie,

Przy czym, jak podał Odwołujący, opinia powinna zostać poprzedzona autentykacją B. D. i P. S. jako korzystających z odnośnych programów Outlook poczty elektronicznej i zostać wykonana na podstawie Pliku: (1) „1 Referencja

CAE tajemnica przedsiębiorstwa-sig.pdf”, (2) pliku PDF stanowiącego załącznik do wiadomości e-mail wysłanej o godz. 03:02 PM z poczty elektronicznej przez B. D. do P. S. w dniu 16.12.2020 (3) pliku PDF stanowiący załącznik do wiadomości e-mail odebranej o godz. 12:14 P. S. od B. D. do w dniu 16.12.2020.

#### Stan faktyczny przedstawiony w odwołaniu:

Konsorcjum Comarch ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS)” oraz złożyło ofertę w prowadzonym przez ZUS w trybie przetargu nieograniczonego postępowaniu, mającym na celu udzielenie wymienionego zamówienia.

W dniu 4 lutego 2021 r. Zamawiający po raz pierwszy poinformował o wyborze oferty Konsorcjum Comarch, jako najkorzystniejszej.

W dniu 15 lutego 2021 r. Asseco wniosło do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarejestrowane pod sygn. akt 500/21, w którym sformułowało sześć zarzutów ukierunkowanych na podważenie wyniku przetargu. Konsorcjum Comarch skutecznie przystąpiło do postępowania odwoławczego zainicjowanego wymienionym odwołaniem, po stronie Zamawiającego.

Izba po rozpoznaniu powyższego odwołania, wyrokiem z dnia 1 kwietnia 2021 r. sygn. akt KIO 500/21 orzekła o:

- 1) odrzuceniu zarzutu nr 1, dotyczącego rzekomego bezprawnego pozyskania przez Konsorcjum Comarch informacji poufnych, jako wniesionego po upływie terminu;
- 2) oddaleniu zarzutów nr 2 i nr 3, dotyczących rzekomych nieprawidłowości w zakresie przeprowadzenia Testu kompetencji technicznych, stanowiącego jedno z kryteriów oceny ofert;
- 3) uwzględnieniu zarzutu nr 4, dotyczącego zarzucanego zaniechania odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa Konsorcjum Comarch i nakazaniu odtajnienia całości Wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej, jak również całości Wykazu usług, Wykazu osób i Wezwania do uzupełnienia oraz do złożenia wyjaśnień i Odpowiedzi na wymienione wezwanie, jak również przedłożonych uzasadnień objęcia wymienionych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa;
- 4) nierozpoznanie zarzutu nr 5, dotyczącego zarzucanego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch pomimo, iż w ocenie Odwołującego oferta ta zawierała rażąco niską cenę, z uwagi na jego ewentualny charakter;
- 5) umorzeniu postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu nr 6, dotyczącego rzekomego udziału Konsorcjum Comarch w przygotowaniu postępowania przetargowego, z uwagi na wycofanie tego zarzutu przez Odwołującego Asseco Poland S.A.

Odwołujący od powyższego wyroku złożył skargę do Sądu Okręgowego w Warszawie - sąd zamówień publicznych w zakresie zarzutu nr 4 i zarzutu nr 5 odwołania. Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 1 października 2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 53/21 oddalił skargę Konsorcjum Comarch na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 500/21.

W związku z powyższym rozstrzygnięciem Sądu Okręgowego, Zakład Ubezpieczeń Społecznych w dniu 7 października 2021 r. dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 8 października 2021 r. Zamawiający poinformował o ponownym wyborze oferty Konsorcjum Comarch, jako oferty najkorzystniejszej. W tym samym dniu Zamawiający również poinformował, iż zgodnie z treścią wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie uznał za bezskuteczne zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się

w dokumentach wymienionych w piśmie Zamawiającego, w tym w Wyjaśnieniach ceny, Wykazie usług i Wykazie osób.

W dniu 18 października 2021 r. Asseco wniosło odwołanie zarejestrowane pod sygn. akt KIO 3094/21, w którym zaskarżyło ponowny wybór oferty Konsorcjum Comarch i w którym sformułowało szereg bezpodstawnych zarzutów ukierunkowanych na podważenie dokonanego wyboru.

Zakład wniósł w powyższej sprawie odpowiedź na odwołanie z dnia 4 listopada 2021 r., w której poinformował, o tym że z uwagi na szereg informacji zawartych w treści odwołania Asseco zdecydował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 8 października 2021 r. i powrocie do etapu badania i oceny ofert. ZUS poinformował również o tym, że w dniu 29 października 2021 r. zawiadomił o powyższej decyzji wykonawców oraz załączył do pisma procesowego wymienione zawiadomienie. Jednocześnie Zamawiający w swej odpowiedzi na odwołanie wyraźnie podkreślił, że nie dokonał czynności chociażby częściowego uwzględnienia odwołania Asseco oraz, że fakt planowanej dodatkowej weryfikacji kwestii poruszonych w odwołaniu nie oznacza, że Zamawiający zgodził się z twierdzeniami odwołania Asseco.

W konsekwencji informacji przedstawionych przez ZUS, Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 4 listopada 2021 r. - na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp - umorzyła postępowanie odwoławcze zainicjowane odwołaniem Asseco z dnia 18 października 2021 r. W dniu 3 listopada 2021 r. Zamawiający wystosował do Konsorcjum Comarch Wezwanie do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień, w którym:

1) na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp2004 wezwał do:

- a) wyjaśnienia, jakie podmioty były użytkownikami końcowymi systemów, których dotyczyły usługi przedstawione w Wykazie usług,
- b) wyjaśnienia informacji związanych z opisem przedstawionych usług, w tym kwestii związanych ze sposobem ich świadczenia, liczbą użytkowników systemów których dotyczyły usługi, wykorzystywanymi technologiami oraz gwarantowanymi poziomami świadczenia usług,
- c) wyjaśnienia kwestii związanych z doświadczeniem zawodowym 10 osób wskazanych w Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w tym związanych z doświadczeniem pana Ł. M.;

2) na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp2004 wezwał do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi z pkt 6 Wykazu usług;

3) na podstawie § 15 Rozporządzenia ws. Dokumentów (Zamawiający w pkt 5 (str. 5) Wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień z dnia 3 listopada 2021 r., jako podstawę prawną wezwania podał nieistniejącą jednostkę redakcyjną - § 15 ust. 4 Rozporządzenia ws. dokumentów) wezwał do przedłożenia oryginału listu referencyjnego wystawionego przez Comarch Middle East FZ-LLC z siedzibą w Dubaju w Zjednoczonych Emiratach Arabskich. Wezwanie to zgodnie z jego treścią było motywowane odwołaniem Asseco. Na wstępie wezwania Zamawiający wskazał: „W związku z informacjami podjętymi na podstawie odwołania Asseco Poland S.A. z dnia 18 października 2021 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) - dalej ustawa Pzp, wzywa Państwa do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień w poniższym zakresie”.

Z kolei w pkt 5 wezwania w trybie § 15 Rozporządzenia ws. dokumentów do przedłożenia oryginału Referencji Comarch Middle East wskazano: „Niniejsze wezwanie uzasadnione jest w świetle wątpliwości dot. prawdziwości złożonego dokumentu, które Zamawiający powziął po analizie odwołania Asseco Poland S.A. z dnia 18 października 2021 r”.

Zamawiający wskazał również, że „Wezwania do wyjaśnień wskazane w pkt 1-3 niniejszego pisma zmierzają do rozwiania wszelkich wątpliwości powstałych w związku z treścią odwołania Asseco Poland S.A z dnia 18 października 2021 r.”.

W dniu 19 listopada 2021 r. Konsorcjum Comarch złożyło odpowiedź na powyższe Wezwanie do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień, w której odniosło się do wszystkich wątpliwości Zamawiającego objętych treścią wezwania.

W dniu 2 lutego 2022 r. Zamawiający przesłał Konsorcjum Comarch informację o wykluczeniu Konsorcjum Comarch z postępowania oraz informację o wyborze oferty Asseco, jako oferty najkorzystniejszej.

Treść Wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień, odpowiedzi Comarch na Wezwanie

oraz Informacji o wykluczeniu Comarch, zostanie przedstawiona w sposób szczegółowy, w zakresie kwestii mających znaczenie dla sprawy, w dalszej części niniejszego odwołania, w ramach uzasadnienia poszczególnych zarzutów.

Zamawiający dokonał czynności wykluczenia Konsorcjum Comarch z postępowania oraz wyboru oferty Asseco jako najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów Pzp2004 i Rozporządzenia ws. dokumentów, które miało istotny wpływ na wynik przetargu, bowiem doprowadziło do wyboru oferty, która nigdy nie powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. W tym stanie rzeczy konieczne stało się wniesienie niniejszego odwołania.

#### Zarzut 1.

- nieprawidłowa ocena doświadczenia nabytego przez pracownika Comarch skierowanego do realizacji zamówienia - pana Ł. M., w toku wykonywania przez pracownika prac realizowanych w Okresie Przejściowym umowy na wsparcie eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS (KSI ZUS)

W części uzasadnienia Informacji o wykluczeniu Konsorcjum Comarch z postępowania opatrzonej nagłówkiem „Ad 1) Uzasadnienie faktyczne, Wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp” (str. 2 - 5 Informacji o wykluczeniu), Zamawiający poinformował, że nie zaliczył doświadczenia zdobytego przez pracownika Comarch - pana Ł. M. w toku realizacji Projektu 1 - Usługa wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego KSI ZUS.

1.1) Wady uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o wykluczeniu - naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp2004

Z uzasadnienia Informacji przekazanej przez ZUS wynika, że niezaliczenie doświadczenia nabytego przez pracownika skierowanego do realizacji zamówienia w ramach Projektu 1 było jedną z podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania. Co jednak bardzo istotne Zakład wyjaśniając przyczyny, z powodu których nie uznał doświadczenia nabytego przez pana Ł. M. w toku prac wykonywanych przez niego w związku z realizacją umowy na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS, a ściśle - w toku prac wykonywanych na etapie tzw. Okresu Przejściowego w ramach tej umowy, nigdzie nie poinformował, że został wprowadzony w błąd, co do informacji przedstawionych w związku z Projektem 1, w tym informacji związanych z udziałem pana Ł. M. w tym projekcie. Fragment uzasadnienia decyzji o wykluczeniu objaśniający przyczyny niezaliczenia Projektu 1 - realizowanego dla ZUS wyraźnie kontrastuje w tym względzie z fragmentem uzasadnienia decyzji poświęconym Projektowi 2 - który był realizowany dla Domex. W tym ostatnim przypadku w treści uzasadnienia Informacji o wykluczeniu wprost bowiem wskazano, że „Zamawiający stoi na stanowisku, że został wprowadzony w błąd” (Str. 4 Informacji o wykluczeniu wykonawcy, ostatni akapit).

Analiza treści uzasadnienia daje zatem podstawy do przyjęcia, że niezaliczenie doświadczenia uzyskanego przez pracownika Comarch uzyskanego w ramach Projektu 1 zostało ocenione, jako niespełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, o którym mowa w podstawie wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp2004. Założenie takie wydaje się być uzasadnione w kontekście faktu, że przekazywane przez Odwołującego w toku przetargu informacje dotyczące Projektu 1, w którym uczestniczył pan Ł. M., dotyczyły - o czym już wielokrotnie była mowa - usługi realizowanej dla Zamawiającego. Usługa ta jest aktualnie świadczona w związku z realizacją Umowy zawartej w dniu 2 marca 2018 r. o numerze 1064535, która zakłada ściśle współdziałanie stron w celu jej wykonania, w tym przewiduje rozbudowaną strukturę organizacyjną umowy - składającą się z ciał w skład których wchodzi przedstawiciele ZUS i Konsorcjum Comarch, jak również przewiduje szczegółowe procedury współdziałania dla realizacji umowy. W tym stanie faktycznym - skoro ZUS ma wiedzę o Projekcie 1 z uwagi na to, że jest stroną umowy, aktywnie współdziałającą w jej wykonaniu - raczej trudno przyjąć, aby informacje przekazane na temat Projektu 1 dla ZUS, mogły wprowadzić ZUS w błąd. Założenie o tym, że informacje związane z Projektem 1 dla ZUS nie zostały zakwalifikowane jako wprowadzające w błąd wydaje się znajdować również potwierdzenie w poglądach orzecznictwa, o ile Zamawiający w ogóle brał je pod uwagę (np. Wyrok KIO z 11.07.2019 r., KIO 1135/19, Wyrok KIO z 17.11.2020 r., KIO 2725/20). Informacja o niezaliczeniu Projektu 1 wraz z wyjaśnieniem przyczyn takiej decyzji została przedstawiona w sekcji zatytułowanej „Wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp”. Tytuł sekcji poprzedzony jest również odwołaniem do pkt 1 sekcji „Uzasadnienie prawne”, w której także wskazano przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W części uzasadnienia decyzji o wykluczeniu, w której ZUS odnosi się do Projektu 1, próżno szukać odwołania do „zwykłej” podstawy wykluczenia z powodu braku wykazania spełniania warunków, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp2004.

Mając powyższe na uwadze, na gruncie Informacji o wykluczeniu wykonawcy zakomunikowanej Odwołującemu, nie jest jasne, jaka jest ocena prawna informacji o Projekcie 1 przedstawionych przez Comarch. Z treści uzasadnienia decyzji o wykluczeniu nie można jednoznacznie wywnioskować, czy ZUS w oparciu o informacje przedstawione przez Comarch „tylko” nie zaliczył doświadczenia pracownika Comarch w ramach Projektu 1, czy też nie tylko uznał, że Projekt 1 nie potwierdza spełnienia warunku udziału, ale również informacje z nim związane wprowadziły Zamawiającego w błąd.

Odwołujący stoi na stanowisku, że:

- 1) pan Ł. M. w toku przypisanego do niego w Wykazie osób Projektu 1 nabył doświadczenie wymagane w SIWZ do pełnienia funkcji Technologa przetwarzania portalowego;
- 2) informacje przekazane na temat Projektu 1 nie mogą być w żadnym razie zakwalifikowane, jako informacje nieprawdziwe, wprowadzające w błąd.

Odwołujący podał, że jedynie domyśla się, iż Zamawiający uznał, że informacje przedstawione w zakresie Projektu 1 - w ocenie Zamawiającego - nie potwierdziły spełniania warunku udziału, a przy tym nie były informacjami wprowadzającymi w błąd. Nie zmiana to jednak faktu, że uzasadnienie niezwykle doniosłej dla wyniku przetargu czynności, jaką jest wykluczenie wykonawcy z postępowania, nie powinno być przedmiotem zabiegów interpretacyjnych i rozważań na temat rzeczywistych intencji Zamawiającego. Sposób sporządzenia uzasadnienia decyzji o wykluczeniu utrudnia Odwołującemu sformułowanie zarzutu i polemikę z przyczynami niezasadnej decyzji o wykluczeniu z postępowania. W ocenie Odwołującego, takie działanie Zamawiającego stanowi naruszenie przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp2004, znajdującego się w Rozdziale 4 Pzp2004 - Wybór najkorzystniejszej oferty, zgodnie z którym zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Należy przy tym dodać, że nie czyni zadość dyspozycji powołanego przepisu podanie „jakiegokolwiek” uzasadnienia faktycznego i prawnego, lecz konieczne jest podanie uzasadnienia precyzyjnego, umożliwiającego zapoznanie się Odwołującego z przyczynami wykluczenia oraz umożliwiającego poddanie tych przyczyn kontroli w drodze środków ochrony prawnej.

W ocenie Odwołującego sposób sformułowania uzasadnienia Informacji o wykluczeniu jest również sprzeczny z wytycznymi judykatury w tym zakresie np.: Wyrok KIO z 13.07.2021 r., KIO 1848/21, Wyrok KIO z 29.03.2021 r., KIO 354/21, Wyrok KIO z 2.11.2020 r., KIO 2388/20.

Odwołujący podał, że w oparciu o niejednoznaczną treść decyzji o wykluczeniu poczynił założenie, że nieprawidłowa ocena doświadczenia nabytego przez pana Ł. M., w toku wykonywania przez niego prac związanych z aktualnie świadczoną przez Comarch usługą wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS była konsekwencją naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp2004 w zw. z art. 22d ust. 1 Pzp2004. Natomiast gdyby Zamawiający w toku postępowania odwoławczego podniósł nowe okoliczności, niezakomunikowane w sposób jasny w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu, przyjąć należy że powinno to otworzyć nowy termin na wniesienia odwołania w tym zakresie (por. Wyrok TS z 28.01.2010 r., C-406/08).

#### 1.2) Nieprawidłowa ocena doświadczenia nabytego w Okresie Przejściowym umowy na wsparcie eksploatacji i utrzymania KSI ZUS

W odniesieniu do kwestii oceny doświadczenia jakim legitymuje się pan Ł. M. - pracownik Comarch przypisany w Wykazie osób do roli „Technologa przetwarzania portalowego”, w kontekście wymagań SIWZ dla osoby dedykowanej do takiej roli, warto w pierwszej kolejności przytoczyć pełną treść warunku udziału określonego w pkt 4.1.2.4.2 ppkt 5 (str. 20 - 21) SIWZ:

5) minimum 1 osoba dedykowana do pełnienia funkcji Technologa przetwarzania portalowego, która powinna:

- 1) posiadać minimum 3-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;
- 2) przez okres minimum 2 lat, w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert, realizować prace związane z utrzymaniem instalacji portalowych z wykorzystaniem wszystkich następujących technologii: MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ, dla minimum 100 000 klientów;
- 3) posiadać umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatów:
  - minimum Microsoft® Certified IT Professional (MCITP): Server Administrator on Windows

ServerR 2008 lub nowszy,

- VMware Certified Professional - Datacenter Virtualization on vSphere 5.X, lub nowszy, potwierdzone tymi dokumentami lub innymi równoważnymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty (wykluczone oświadczenia własne Wykonawcy lub podmiotu powiązanego w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy);

Aby wykazać spełnianie przez pana Ł. M. wymagań określonych w lit. b cytowanego warunku udziału w postępowaniu, Odwołujący podał w pkt 5 dokumentu - „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia - wskazanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu” m.in. poniższy projekt:

Projekt 1

Nazwa projektu:

Usługa wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego KSI ZUS

Nazwa podmiotu, na rzecz którego projekt był realizowany:

Zakład Ubezpieczeń Społecznych

Okres realizacji prac liczony w pełnych miesiącach kalendarzowych w wymaganym zakresie [od 2018-04-01 do obecnie]

(czas doświadczenia nie będzie powiększany o czas pełnienia innych funkcji w projekcie lub pełnienia funkcji w innych projektach w tym samym okresie): 32 miesiące  
Zakres projektu wraz z podaniem wykorzystywanych technologii: prace związane z utrzymaniem instalacji portalowych z wykorzystaniem wszystkich następujących technologii: MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ.

Liczba klientów:

Ponad 100 000 klientów

W Wezwaniu do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień z dnia 3 listopada 2021 r. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie kwestii związanych z pracami realizowanymi w ramach powyższego projektu:

4) Pozycja 5 wykazu osób w zakresie projektu nr 1 - czy osoba wskazana w pozycji 5 wykazu osób (Ł. M.) w całym okresie wskazanym w wykazie wykonywała prace związane z utrzymaniem instalacji portalowych z wykorzystaniem technologii MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ dla minimum 100 000 klientów? (prosimy podać liczbę klientów).

W szczególności prosimy o wyjaśnienie czy dana osoba wykonywała czynności składające się na ww. prace w Okresie Przejściowym .

W przypadku zróżnicowanego rodzaju czynności wykonywanych w ramach ww. prac lub zróżnicowania wykorzystania technologii na przestrzeni wskazanego czasu należy wskazać rodzaj czynności związanych z pracami wskazanymi w warunku oraz poszczególne technologie wykorzystane w danym czasie.

Odwołujący ustosunkował się do powyższego wezwania na str. 58 - 61 swych Wyjaśnień z dnia 19 listopada 2021 r. W ramach podsumowania stanowiska w zakresie wyjaśnianej kwestii Odwołujący wskazał:

Odnosząc się bezpośrednio do pytań zawartych w Wezwaniu można dokonać następującego podsumowania:

1. Powyższe zestawienie działań Ł. M., zarówno w zakresie p. A. (Okres Przygotowawczy)

jak i p. B. (świadczenie usług utrzymania) odnosi się do prac związanych z utrzymaniem instalacji portalowych z wykorzystaniem technologii MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ dla minimum 100 000 potencjalnych klientów (szacowane obciążenie jest

nie mniejsze niż 350 000 klientów).

2. Okres brany pod uwagę w p. 1., od dnia 01.04.2018 r. do dnia terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu (27.10.2020 r.) obejmował łącznie 30 pełnych miesięcy,

32 miesiące - aktualny stan na dzień złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 f ustawy Pzp - dla projektu ZUS.

3. Instalacje portalowe objęte ww. zestawieniem realizowane były w architekturze trójwarstwowej z wykorzystaniem wszystkich technologii wymienionych w wykazie, tj. MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ.

4. Wszystkie prace wymienione w powyższym zestawieniu wykonywane były zarówno w Okresie Przejściowym (tj. od dnia 01.04.2018 r., czyli przez 30 miesięcy, 32 miesiące - aktualny stan na dzień złożenia art. dokumentów w trybie 26 ust. 2 f ustawy Pzp - dla projektu ZUS) oraz w okresie świadczenia utrzymania (tj. od dnia 01.12.2018 r.).

W Informacji o wykluczeniu wykonawcy Zamawiający wskazał, że po dokonaniu analizy przedłożonych wyjaśnień stwierdził, że w zakresie doświadczenia pana Ł. M. w Projekcie 1, wykazany Okres Przejściowy „nie może być uznany jako okres świadczenia usługi związanej z utrzymaniem instalacji portalowych z wykorzystaniem wszystkich następujących technologii: MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ, dla minimum 100 000 klientów”. W dalszej części Informacji o wykluczeniu Zamawiający oznajmił:

„W praktyce, w Okresie Przejściowym usługa utrzymania nie była świadczona dla wymaganej liczby klientów. Wykazane w Okresie Przejściowym prace w zakresie utworzenia i utrzymywania środowiska wewnętrznego Wykonawcy zorientowane były na wykonywanie instalacji, konfiguracji, aktualizacji oraz testów. Pozostałe zadania realizowane w Okresie

Przejściowym to typowe działania przygotowawcze do utrzymania produkcyjnego systemu. Wykonywania takich czynności nie należy utożsamiać z rzeczywistym utrzymaniem systemu z którego korzysta co najmniej 100 000 klientów. System funkcjonujący w środowisku wewnętrznym Wykonawcy o ile mógł mieć taki potencjał to faktycznie nie był wykorzystywany przez wymagany wolumen klientów. Zamawiający uznał, że w świetle postawionego warunku nie można uznać, że Pan Ł. M. zdobył doświadczenie w utrzymaniu systemu obsługującego określony wolumen klientów jedynie poprzez realizację prac na środowisku wewnętrznym Wykonawcy (nie produkcyjnym), który nigdy faktycznie nie obsługiwał liczby 100 000 klientów. Wykonawca projektem nr 1 (bez Okresu Przejściowego) wykazał więc 22 miesięczne doświadczenie, tj. od 01.12.2018 r. do terminu składania ofert, czyli do 06.10.2020 r. (zamiast 24 miesięcznego).” (ZUS błędnie podał datę terminu składania ofert, który w rzeczywistości upływał w dniu 27.10.2020 r. - uwaga Comarch). Zestawiając przedstawioną przez Zakład argumentację przemawiającą za nieuznaniem doświadczenia pracownika nabytego w Okresie Przejściowym (Przygotowawczym) w ramach Projektu 1 - Usługi wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS, rzutującą na negatywną ocenę spełniania warunku udziału w zakresie dysponowania osobą Technologa przetwarzania portalowego, z zacytowanym już wcześniej warunkiem udziału w postępowaniu oraz treścią wyjaśnień Odwołującego ze str. 58 - 61, stwierdzić należy, że dokonana przez ZUS ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu obarczona jest istotnymi błędami.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że w warunku udziału w postępowaniu jest mowa o tym, że osoba dedykowana do pełnienia funkcji Technologa przetwarzania portalowego powinna w podanym okresie „realizować prace związane z utrzymaniem instalacji portalowych”. Tymczasem z uzasadnienia decyzji o wykluczeniu wynika, że ZUS na etapie oceny spełniania warunku udziału, odstąpił od literalnej wykładni powyższego zwrotu i dokonał interpretacji zawężającej, zmieniając tym samym treść warunku udziału. Z motywów wykluczenia wynika bowiem, że ZUS utożsamia „realizację prac związanych z utrzymaniem instalacji portalowych” ze „świadczeniem usługi utrzymania” - wynika to przykładowo z następujących stwierdzeń uzasadnienia wykluczenia:

1) „Okres Przejściowy w doświadczeniu ww. osoby nie może być uznany jako okres świadczenia usługi związanej z utrzymaniem instalacji portalowych.”

2) „W praktyce, w Okresie Przejściowym usługa utrzymania nie była świadczona dla wymaganej liczby klientów. ”

Swoiste rozumienie warunku udziału przez Zamawiającego, ujawnione niestety już po złożeniu ofert, w sposób istotny zawęża zakres realizowanych prac, jakie mogą zostać przedstawione przez wykonawców w celu wykazania spełniania warunku. Pojęcie „realizowania prac związanych z utrzymaniem” jest bowiem pojęciem o wiele szerszym od pojęcia „świadczenia usług utrzymania”, w szczególności poza samym świadczeniem usług obejmuje prace przygotowawcze do etapu bezpośredniego świadczenia usługi, w tym analizę biznesowych (merytorycznych) aspektów przedmiotu utrzymania, analizę i przygotowanie formalnych aspektów procesu utrzymania, analizę, projektowanie oraz instalację środowiska techniczno-systemowego (w tym środowiska testowego), instalację komponentów i aplikacji, testy funkcjonalne, integracyjne, obciążeniowe, symulacje sytuacji

awaryjnych, tworzenie procedur i instrukcji postępowania w ramach utrzymania i wiele innych działań. Warto przy tym nadmienić, iż nierzadko prace przygotowawcze do świadczenia usług utrzymania charakteryzują się o wiele większą intensywnością, niż samo świadczenie takiej usługi.

Należy też zauważyć, iż Zamawiający w SIWZ posługuje się definicją „usługi utrzymania systemu informatycznego” SIWZ, strona 12 SIWZ), z której wynika, iż „usługi

utrzymania systemu informatycznego” to „działania składające się na usługę utrzymania systemu informatycznego powinny być realizowane przez Wykonawcę w okresie eksploatacji produkcyjnej systemu informatycznego”. Dla niektórych wymagań dotyczących personelu osobowego Zamawiający faktycznie wymagał, aby doświadczenie było nabyte w ramach „usługi utrzymania systemu informatycznego” (np. dla funkcji Ekspert przetwarzania na platformie HP-UX, Ekspert optymalizacji przetwarzania), ale nie użył zdefiniowanego sformułowania w wymaganiu dotyczącym Technologa przetwarzania portalowego. Dlatego też nie można zgodzić się z interpretacją warunku, która została dokonana przez Zamawiającego w informacji o wykluczeniu, z której wynika, że „Okres Przejściowy w doświadczeniu ww. osoby nie może być uznany jako okres świadczenia usługi związanej z utrzymaniem instalacji portalowych”, „Zamawiający uznał, że w świetle postawionego warunku nie można uznać, że Pan Ł. M. zdobył doświadczenie w utrzymaniu systemu obsługującego określony wolumen klientów jedynie poprzez realizację prac na środowisku wewnętrznym Wykonawcy (nie produkcyjnym), który nigdy faktycznie nie obsługiwał liczby 100 000 klientów”. Odwołujący w odpowiedzi z dnia 19.11.2021 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 3.11.2021 r. udzielił odpowiedzi, że Ł. M. brał udział w utrzymaniu środowiska wewnętrznego Comarch w zakresie wymaganych technologii Microsoft wymienionych w warunku i odpowiada to wymaganiu SIWZ. W tym wypadku nie ma zastosowania definicja „usługi utrzymania systemu informatycznego”, mówiąca o tym, że usługi powinny być prowadzone w okresie eksploatacji produkcyjnej systemu informatycznego, ponieważ Zamawiający tego nie wymagał.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 03.11.2021 r. do złożenia wyjaśnień i uzupełnień, w piśmie z dnia 19.11.2021 r. Comarch przekazał Zamawiającemu szczegółowe informacje o zaangażowaniu pana Ł. M. m.in. w prace przygotowawcze do świadczenia usług utrzymania Systemu Elektronicznej Wymiany Dokumentów (EWD) - stanowiącego część Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS. W tej kwestii wyjaśniono m.in. że pracownik ten, jako członek zespołu, którego zadaniem było utworzenie i utrzymanie środowiska systemowego i bazodanowego dla systemu EWD oraz przejęcie i utrzymanie metryk w tym zakresie realizował następujące prace w ramach Okresu Przygotowawczego Umowy z dnia 02.03.2018 r. na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego KSI ZUS:

- a. instalacja i konfiguracja serwera Windows,
  - b. instalacja i konfiguracja serwera aplikacyjnego IIS,
  - c. instalacja i konfiguracja serwera bazodanowego,
  - d. utworzenie i konfiguracja bazy danych,
  - e. konfiguracja uprawnień i dostępów do serwera,
  - f. konfiguracja uprawnień i dostępów do danych,
  - g. konfiguracja mechanizmów tworzenia kopii zapasowych,
  - h. konfiguracja synchronizacji danych pomiędzy bazami - procesy replikacji,
  - i. aktualizacja serwerów Windows - instalacja poprawek,
  - j. aktualizacja serwerów MSSQL - instalacja poprawek,
  - k. testy poprawności działania środowiska,
  - l. rozwiązywanie problemów zgłaszanych przez system monitorowania,
2. Przygotowanie do przejęcia i rozpoczęcia utrzymania metryk zgodnie z harmonogramem:
- a. przygotowanie, testowanie i wykonywanie procedur backupowych,
  - b. przygotowanie, testowanie i wykonywanie procedur zarządzania bazą danych (uprawnienia),

- c. przygotowanie, testowanie i wykonywanie procedur zabezpieczenia struktur,
- d. przygotowanie, testowanie i wykonywanie procedur weryfikacji poprawności synchronizacji danych,
- e. przygotowanie, testowanie i wykonywanie procedur weryfikacji poprawności danych w bazie,
- f. przygotowanie, testowanie i wykonywanie procedur archiwizacji danych.

Wymienione w zacytowanym powyżej fragmencie wyjaśnień prace były wykonywane właśnie w ramach Okresu Przygotowawczego i miały na celu m.in. stworzenie technicznych możliwości do późniejszego świadczenia usług utrzymania. W zakres tych działań wchodziły również prace, których celem było przetestowanie i potwierdzenie odpowiedniej przepustowości środowiska przygotowanego w Comarch na potrzeby utrzymania systemu EWD. System Elektronicznej Wymiany Dokumentów (EWD) odpowiada za przyjmowanie, przetwarzanie, weryfikację oraz zasilanie Komputera Centralnego elektronicznymi dokumentami ubezpieczeniowymi, zgłoszeniowymi, rozliczeniowymi płatników składek oraz zapewnia komunikację z podmiotami zewnętrznymi (między innymi w zakresie PFRON,

REGON, PESEL, KRS). Po stronie klienta, czyli użytkownika systemu EWD, może być wykorzystywany program Płatnik, oprogramowanie interfejsowe kompatybilne ze specyfikacją interfejsu systemu EWD oraz funkcje systemu Platforma Usług Elektronicznych ZUS (PUE) dostępne poprzez przeglądarkę internetową. Węzły systemu EWD przetwarzają każdego dnia średnio od kilku tysięcy do kilkudziesięciu tysięcy kolekcji dokumentów (Kolekcja dokumentów - KEDU to Kolekcja Elektronicznych Dokumentów Ubezpieczeniowych, w jednej kolekcji można przesłać pojedynczy dokument lub wiele dokumentów np. dokumenty ZUS RCA i ZUS DRA), a w pojedynczych dniach liczba przetwarzanych kolekcji dokumentów przekracza 100 000. Jednocześnie należy zauważyć, iż kolekcja dokumentów będąca przedmiotem przetwarzania powinna być interpretowana jako pojedynczy klient, gdyż z punktu widzenia systemu EWD nie ma znaczenia, czy ten sam fizyczny terminal (np. program Płatnik) przekazuje do EWD tysiące kolekcji dokumentów, czy tysiące terminali przekazują po jednej kolekcji. Mechanizmy kolejowania zawarte w EWD powodują, że obie te sytuacje w równy sposób wpływają na obciążenie systemu EWD (Każda przesłana przesyłka (pojedyncza kolekcja KEDU), to osobne wywołanie usługi EWD. Z punktu widzenia usługi nie ma znaczenia czy ten sam klient wywołuje ją wiele razy, czy wielu klientów pojedynczo. Obciążenie zależy od liczby i częstotliwości wywołań usługi. Poszczególne wywołania nie są powiązane ze sobą, czyli każde jest odrębne, nawet jeśli przychodzi od jednego klienta.). Przedstawiono aktualne przykładowe dane statystyczne prezentujące liczby kolekcji dokumentów przetworzonych przez system EWD w poszczególnych dniach stycznia 2022 r. (zob. Tabela 1).

W tym miejscu w odwołaniu tabela

Środowisko systemu EWD utworzone w Comarch w ramach Okresu Przygotowawczego Umowy na wsparcie eksploatacji i utrzymania KSI ZUS, odwzorowuje specyfikę środowiska produkcyjnego w ZUS (rzeczywistego). W tym kontekście oczywistym jest, że oprogramowanie systemu EWD zainstalowane na infrastrukturze Konsorcjum Comarch jest identyczne z tym zainstalowanym w ZUS. Instalacja systemu EWD w Comarch posiada zatem wszelkie funkcjonalności wersji produkcyjnej systemu EWD pracującej w ZUS, w tym jest w stanie zapewnić obsługę co najmniej 100 000 klientów. Instalacja ta była już w pełni dostępna i wykorzystywana podczas prac przygotowawczych i testowych związanych z przejęciem KSI ZUS w utrzymanie. To właśnie w Okresie Przygotowawczym, a więc w okresie od kwietnia do listopada 2018 r. zostały przeprowadzone testy (w tym testy obciążeniowe) systemu EWD, zainstalowanego w środowisku Comarch, a istotną część prac w ramach tych testów wykonywał pan Ł. M., wskazany w Wykazie osób złożonym w postępowaniu, jako osoba dedykowana do pełnienia funkcji Technologa przetwarzania portalowego. Testy obciążeniowe systemu EWD polegały na wygenerowaniu kolekcji dokumentów w liczbie przekraczającej 100 000 i przekazaniu ich do systemu EWD.

Generatorem była tu specjalnie napisana do tego celu aplikacja zawierająca m.in. oprogramowanie interfejsowe kompatybilne ze specyfikacją interfejsu systemu EWD. Pierwsze testy obciążenia instalacji EWD w Comarch były prowadzone od dnia 23 października 2018 r., kiedy to została fizycznie uruchomiona instalacja EWD pozwalająca na wykonywanie pełnych testów obciążeniowych. Instalacja ta od samego początku jej funkcjonowania była dostosowana do prowadzenia na niej testów obciążeniowych, gdyż po to m.in. została zbudowana. Ponieważ prace testowe wykonane w tamtym czasie miały jedynie potwierdzić skuteczność instalacji EWD w Comarch, rzeczą naturalną jest, że nie były one finalizowane szczegółowymi raportami liczbowymi, a co za tym idzie Odwołujący nie jest w stanie przedstawić takich dowodów. Dlatego też na potrzeby niniejszego odwołania, w celu udowodnienia zdolności instalacji EWD w Comarch do obsługi „minimum

100 000 klientów" prace testowe zostały powtórzone i udokumentowane w dniach od 10 do 11 lutego 2022 r. Powyższy test polegał na masowym wysyłaniu przesyłek z dokumentami ubezpieczeniowymi do systemu Elektronicznej Wymiany Dokumentów (EWD), stanowiącego trzon systemu zasilania KSI ZUS. Do testu obciążenia wykorzystano dedykowaną aplikację testową, która symuluje działanie programu Płatnik (oraz innego oprogramowania interfejsowego dopuszczonego przez ZUS, kompatybilnego ze specyfikacją interfejsu systemu EWD) w zakresie wysyłki przesyłek z dokumentami ubezpieczeniowymi (KEDU) do usług sieciowych przyjmujących dane na serwerze dostępowym EWD. W trakcie testu symulator obciążenia był uruchamiany wielokrotnie ze zmieniającymi następującymi parametrami:

- liczba instancji procesów wysyłających przesyłki
- liczba iteracji wysyłki w ramach pojedynczego procesu

Dzięki zmianom ww. parametrów uzyskano zrównoleglenie dostarczania przesyłek do systemu zasilania, co symuluje aktywność wielu użytkowników - jak ma to miejsce w naturalnym środowisku funkcjonowania. W sumie wykonano kilkadziesiąt uruchomień symulatora ze zmieniającymi parametrami, w odstępach czasowych, w przeciągu 2 dni. W ramach całego testu łącznie wygenerowano ponad 220 000 przesyłek (z czego w dniu 11.02.2022 ponad 120 000), co symuluje i jest równoważne ruchowi wygenerowanemu przez ponad 220 000 klientów. Częstotliwość i zmienne liczby wysyłanych przesyłek, jakie uwzględniono podczas testu oddają naturalne, niejednakowe w poszczególnych godzinach obciążenie systemu EWD.

Dowód 1:

Raport z dnia 11 lutego 2022 r. z testów obciążeniowych oprogramowania EWD, zainstalowanego na środowisku Konsorcjum Comarch, jako obecnego wykonawcy umowy na wsparcie eksploatacji i utrzymania KSI ZUS, wraz z opisem środowiska EWD jakim Konsorcjum Comarch aktualnie dysponuje i datami instalacji jego poszczególnych

komponentów - tajemnica przedsiębiorstwa

- dowód na okoliczność dysponowania przez Konsorcjum Comarch infrastrukturą techniczno-systemową stanowiącą odwzorowanie wersji produkcyjnej systemu EWD funkcjonującej w ZUS, w tym również w zakresie parametru dotyczącego liczby obsługiwanych klientów.

Zdanie Odwołującego z powyższego dowodu wynika, że instalacja EWD funkcjonująca na środowisku nieprodukcyjnym Odwołującego - zgodnie z aktualnymi testami - cechuje się wydajnością umożliwiającą obsługę ponad 100 000 klientów. Natomiast w celu zapewnienia spójności logicznej wyводу, należy również wykazać, że instalacja EWD cechowała się takimi samymi parametrami wydajnościowymi również w Okresie Przejściowym, czyli w okresie realizacji prac związanych z jej utrzymaniem przez pana Ł. M. (w tym również testów obciążeniowych dla co najmniej 100 000 klientów), które zostały zakwestionowane przez Zamawiającego. Odwołujący wobec braku możliwości wykazania parametrów wydajnościowych instalacji EWD raportami z Okresu Przejściowego, dąży do przeprowadzenia domniemania faktycznego, zgodnie z którym z faktu, że aktualna infrastruktura techniczno-systemowa oprogramowania EWD Comarch spełnia wymagania wydajnościowe z warunku udziału, należy wywnioskować, że infrastruktura techniczno-systemowa z Okresu Przejściowego również takie wymagania spełniała. Warunkiem poprawności powyższego wnioskowania jest udowodnienie twierdzenia, że instalacja EWD (i jej poszczególne wersje) z Okresu Przejściowego jest w pełni równoważna aktualnej instalacji EWD w Comarch, na której zostały przeprowadzone testy obciążeniowe w dniach 10-11.02.2022 r. - takie stanowisko bowiem konsekwentnie prezentuje w przetargu Comarch. Otóż serwery systemu EWD, które wykorzystano w testach 10-11.02.2022 r. zostały zainstalowane w okresie od 24.08.2018 r. do 23.10.2018 r. - oznacza to, że testy te zostały wykonane na tych samych serwerach, które były dostępne w ramach środowiska Comarch w Okresie Przejściowym. Na potwierdzenie tego stanowiska dowody:

Dowód 2 - zrzuty ekranów potwierdzające instalację elementów środowiska EWD w Comarch w okresie od 24.08.2018r. do 23.10.2018 - dowód zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podał, że mając na uwadze przedstawione powyżej fakty, warto raz jeszcze przyrzeć się uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu, zwracając szczególną uwagę na wybrane argumenty ZUS, które - w ocenie Zakładu - skutkowały brakiem możliwości uznania doświadczenia pana Ł. M., jakie nabył on w czasie Okresu Przygotowawczego (Przejściowego). Uzasadniając nieuznanie prac pana Ł. M. wykonywanych dla systemu

EWD w Comarch jako wystarczających do spełnienia warunku zawartego w SIWZ  
Zamawiający wskazał, iż :

„Wykazane w Okresie Przejściowym prace w zakresie utworzenia i utrzymywania środowiska wewnętrznego Wykonawcy zorientowane były na wykonywanie instalacji, konfiguracji, aktualizacji oraz testów. Pozostałe zadania realizowane w Okresie Przejściowym to typowe działania przygotowawcze do utrzymania produkcyjnego systemu. Wykonywanie takich czynności nie należy utożsamiać z rzeczywistym utrzymaniem systemu z którego korzysta co najmniej 100 000 klientów. System funkcjonujący w środowisku wewnętrznym Wykonawcy o ile mógł mieć taki potencjał to faktycznie nie był wykorzystywany przez wymagany wolumen klientów. Zamawiający uznał, że w świetle postawionego warunku nie można uznać, że Pan Ł. M. zdobył doświadczenie w utrzymaniu systemu obsługującego określony wolumen klientów jedynie poprzez realizację prac na środowisku wewnętrznym Wykonawcy (nie produkcyjnym), który nigdy faktycznie nie obsługiwał liczby 100 000 klientów.”

Odwolujący podał, że Zamawiający dokonał oceny doświadczenia pracownika Comarch uzyskanego w okresie przejściowym w oparciu o wymagania niewyartykułowane w treści warunku udziału w postępowaniu, dotyczącym funkcji Technologa przetwarzania portalowego. Na co już wskazano w uzasadnieniu zarzutu, warunek opisany w SIWZ nie zawierał wymogu, aby doświadczenie jakim musi legitymować się pracownik zostało zdobyte wyłącznie w drodze wykorzystywania instalacji portalowych w warunkach rzeczywistego świadczenia usług utrzymania, gdyż sformułowanie „realizował prace związane z utrzymaniem” obejmuje znacznie szerszy zakres działań i sytuacji, niż tylko samo „świadczenie usług utrzymania”. Co więcej, użyte w SIWZ sformułowanie „realizować prace związane z utrzymaniem instalacji portalowych (...) dla minimum 100 000 klientów” wskazuje, że zwrot „minimum 100 000 klientów” odnosi się do „instalacji portalowych”, a nie do „prac związanych z utrzymaniem”, a więc charakteryzuje nie tyle faktyczne warunki pracy systemu, co jego potencjał, zdolność do obsługi 100 000 klientów (w innym przypadku wymaganie byłoby sformułowane inaczej, np. z którego korzysta 100 000 klientów). Potencjał instalacji systemu w ZUS potwierdzają obiektywnie aktualne dane statystyczne (vide Tabela 1), a potencjał instalacji systemu EWD w Comarch został potwierdzony odpowiednimi testami. Dodać również należy, że Zamawiający nie zdefiniował nigdzie w SIWZ, jakie desygnaty wchodziły w zakres pojęcia „klientów”, jaki posłużono się w warunku udziału. Prowadzone w środowisku wewnętrznym Comarch testy obciążenia i przepustowości systemu EWD dotyczyły właśnie wolumenu klientów wymaganego postanowieniami SIWZ. Pan Ł. M. w Okresie Przejściowym realizował prace związane z utrzymaniem instalacji portalowych w środowisku wewnętrznym Comarch, a w ramach tych prac uczestniczył m.in. w testach obciążeniowych instalacji EWD, w toku których system EWD zasilany był co najmniej stoma tysiącami wywołań następujących po sobie w jednej serii lub docierających do systemu równolegle z wielu miejsc.

Odwolujący podsumowując fakty sprawy podał:

- 1) Konsorcjum Comarch, jako aktualny wykonawca umowy na wsparcie i utrzymanie systemu KSI ZUS, dysponuje środowiskiem wewnętrznym, niezbędnym do realizacji powyższej umowy, które stanowi wierne odzwierciedlenie środowiska produkcyjnego, jakim dysponuje Zamawiający;
- 2) Elementem środowiska wewnętrznego Comarch, jest oprogramowanie systemu EWD - stanowiące makietę systemu EWD pracującego w ZUS, który obejmuje instalacje portalowe, wykorzystuje technologie wymienione w pkt 4.1.2.4.2 ppkt 5 lit. b SIWZ (warunek dotyczący Technologa przetwarzania portalowego) oraz jest systemem dla ponad 100 000 klientów;
- 3) Oprogramowanie EWD zainstalowane w Comarch już na etapie Okresu Przygotowawczego spełniało wszystkie wymagania w zakresie instalacji portalowych, technologii i wydajności (100 000 klientów), o których mowa w pkt 2, powyżej; co więcej instalacja portalowa Comarch w Okresie Przygotowawczym podczas testów obciążeniowych rzeczywiście przetworzyła ponad 100 000 klientów;
- 4) Pan Ł. M. w Okresie Przygotowawczym (Przejściowym) realizował prace związane z instalacją, konfiguracją i utrzymaniem Oprogramowania EWD zainstalowane w środowisku wewnętrznym Comarch (nieprodukcyjnym); nawet jeżeli Zamawiający uznałby (czemu Comarch się zdecydowanie sprzeciwia), że okres, który można zaliczyć panu Ł. M. należy liczyć od pełnego uruchomienia takiego środowiska systemu EWD, na którym po raz pierwszy wykonano testy obciążające EWD 100 000 zgłoszeń, to nawet przyjęcie daty 23.10.2018 r. (jako potwierdzonej daty takiej instalacji i początku testów obciążających) powoduje, iż do dnia składania ofert w przedmiotowym postępowaniu (27.10.2020 r.) upłynęły ponad 24 miesiące;
- 5) W komentowanym warunku udziału w postępowaniu nie zdefiniowano wymogów aby:

a) prace związane z utrzymaniem instalacji portalowych dotyczyły wyłącznie wersji produkcyjnej systemu;

b) instalacje portalowe faktycznie obsługiwały 100 000 klientów - za wystarczające należy uznać, aby instalacje portalowe miały konfigurację i wydajność umożliwiającą obsługę podanego wolumenu klientów.

Odwolujący stoi na stanowisku, że zakwestionowane przez ZUS doświadczenie pana Ł. M. z Okresu Przygotowawczego Umowy na wsparcie eksploatacji i utrzymania systemu KSI ZUS, spełnia wszystkie wymagania, jakie zostały określone w pkt 4.1.2.4.2 ppkt 5 lit. b SIWZ. Natomiast okoliczność, iż powyższy okres doświadczenia nie spełnia dodatkowych oczekiwań ZUS, niemożliwych do zrekonstruowania w oparciu o reguły wykładni językowej (gramatycznej) warunku udziału, nie może rodzić negatywnych konsekwencji dla Wykonawcy, w szczególności nie może skutkować zastosowaniem najbardziej dotkliwej sankcji, jaką jest wykluczenie z postępowania. Zgodnie z zasadą in dubio contra proferentem wątpliwości interpretacyjne dotyczące postanowień SIWZ powinny być interpretowane na niekorzyść Zamawiającego, który jest autorem tekstu SIWZ i ponosi ryzyko jego niejasnej redakcji.

Dokonana przez Zamawiającego swoista wykładnia komentowanego warunku udziału została ujawniona po raz pierwszy w Informacji o wykluczeniu wykonawcy z dnia 2 lutego 2022 r. Każdy wykonawca dokładający należytej staranności w zakresie wykładni warunku udziału, działając w zaufaniu do literalnego brzmienia SIWZ, mógł ustalić jego sens w sposób w jaki uczynił to Odwołujący. Comarch przygotowując i składając Wykaz osób przeznaczonych do realizacji zamówienia, był uprawniony do interpretacji warunku w sposób przedstawiony w niniejszym odwołaniu nie tylko w oparciu o reguły wykładni gramatycznej, lecz również w oparciu reguły wykładni historycznej. W sytuacji gdy system KSI ZUS był przez wiele lat utrzymywany w warunkach faktycznego monopolu - najpierw przez Prokom Software S.A. pana R. K., a później przez bezpośredniego sukcesora tej firmy - wykonawcę Asseco oraz w sytuacji gdy największe przetargi prowadzone przez ZUS cechują się wyjątkowo niskim współczynnikiem ofert składanych w postępowaniach - każdy racjonalnie działający uczestnik obrotu, w tym Odwołujący, mógł zakładać, że Zamawiający celowo opisał warunek udziału w sposób pojemny, bez nadmiernego rygoryzmu, bacząc aby nie ograniczyć nadmiernie konkurencji w postępowaniu. Stanowisko zaprezentowane w uzasadnieniu niniejszego zarzutu znajduje m.in. potwierdzenie w poniższych judykatach, np. Wyrok KIO z 29.03.2021 r., KIO 354/21, Wyrok KIO z 23.01.2020 r., KIO 42/20, Wyrok KIO z 16.07.2019 r., KIO 1155/19, Wyrok KIO z 22.10.2019 r., KIO 1988/19.

Odwolujący zwrócił uwagę na fakt, że błąd Zamawiającego polegający na nieprawidłowej ocenie doświadczenia nabytego przez pracownika Comarch - pana Ł. M., w toku prac realizowanych w Okresie Przygotowawczym aktualnej umowy na wsparcie eksploatacji i utrzymania KSI ZUS, miał ponadstandardowe i wyjątkowo negatywne implikacje z punktu widzenia oceny oferty Odwołującego. Zakład uznał bowiem, że Odwołujący przedstawił, w zakresie Projektu 2 realizowanego przez pana Ł. M. dla Domex, informacje wprowadzające Zakład w błąd, w związku z czym wykluczył Odwołującego z postępowania w oparciu o podstawę z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp2004. Odwołujący w dalszej części niniejszego odwołania wykaże, że nie zmaterializowała się przesłanka do wykluczenia z powyższego przepisu. Odkładając jednak na moment na bok szczegóły stanu faktycznego związane z Projektem 2 dla Domex, stwierdzić należy, że w przypadku prawidłowej, tzn. pozytywnej oceny doświadczenia pana Ł. M. uzyskanego na całej przestrzeni realizacji Projektu 1 dla ZUS, nawet hipotetyczne wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do informacji związanych z Projektem dla Domex nie miałoby istotnego wpływu na wynik postępowania. Zgodnie bowiem z ugruntowanym orzecznictwem, w sytuacji nawet gdy wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego dotyczące jednego z projektów, to w przypadku gdy inny z przedstawionych jednocześnie projektów potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu - to nie zachodzi podstawa wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp2004 z uwagi na brak elementu „istotności” wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Zdanie Odwołującego, gdyby ZUS, tak jak powinien, uznał że Projekt 1 w pełnym zakresie czasu potwierdza spełnianie warunku dysponowania Technologiem przetwarzania portalowego, to nie miałby już podstawy do wykluczenia Comarch z powodu przekazania informacji dotyczących Projektu 2, bez względu na to jak bardzo nieprawdziwe były to informacje i jak duży stopień lekkomyślności lub niedbalstwa towarzyszył ich przekazaniu. Stanowisko prawne zaprezentowane w niniejszym akapicie znajduje potwierdzenie w ugruntowanej linii orzeczniczej KIO i sądów np. Wyrok KIO z 28.05.2021 r., KIO 1123/21, Wyrok KIO z 24.02.2021 r., KIO 302/21, LEX nr 3160769, Wyrok SO w Warszawie z 5.08.2021 r., XXIII Zs 48/21, Wyrok SO w Katowicach z 13.09.2019 r., XIX Ga 953/19. Podobne stanowisko w tej kwestii zajął również wcześniej Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 4 maja 2017 r., C-387/14 (na niwie sprawy z odwołania jednej ze spółek z Grupy Comarch - Esaprojekt). Wyrok ten co prawda został wydany na gruncie art. 45 ust. 2

lit. g nieobowiązującej już Dyrektywy 2004/18/WE, jednak z uwagi na okoliczność, iż regulacja ta koresponduje z brzmieniem art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy 2014/24/UE stanowisko to uznać na leży za wciąż aktualne - Wyrok TS z 4.05.2017 r., C-387/14.

## Zarzut 2

- wykluczenie Konsorcjum Comarch z postępowania w związku z przedstawieniem informacji dotyczących doświadczenia nabytego przez pracownika Comarch skierowanego do realizacji zamówienia - pana Ł. M., w toku wykonywania przez pracownika prac w ramach Projektu 2 dla Domex - pomimo braku materializacji przesłanek podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp2004.

W celu wykazania spełniania przez pana Ł. M. wymagań określonych w pkt 4.1.2.4.2 ppkt 5 lit b SIWZ, dotyczących funkcji Technologa przetwarzania portalowego, Odwołujący podał w pkt 5 dokumentu - „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia - wskazanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu” oprócz Projektu 1 dla ZUS również Projekt 2 - Utrzymanie instalacji portalowych, realizowany dla Domex (właściciela elektromarketów Avans):

### Projekt 2

Nazwa projektu:

Utrzymanie instalacji portalowych

Nazwa podmiotu, na rzecz którego projekt był realizowany:

Domex (właściciel elektro marketów Avans)

Okres realizacji prac liczony w pełnych miesiącach kalendarzowych w wymaganym zakresie [od 2009-04-01 do 2018-03-31]

(czas doświadczenia nie będzie powiększany o czas pełnienia innych funkcji w projekcie lub pełnienia funkcji w innych projektach w tym samym okresie): 96 miesięcy

Zakres projektu wraz z podaniem wykorzystywanych technologii, m.in.:

prace związane z utrzymaniem instalacji portalowych z wykorzystaniem wszystkich następujących technologii: MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ.

Liczba klientów:

Ponad 100 000 klientów

W Wezwaniu do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień z dnia 3 listopada 2021 r. Zamawiający zwrócił się m.in. o wyjaśnienie kwestii związanych z pracami realizowanymi w ramach Projektu 2:

11) Czy w zakresie Projektu nr 2 realizowanego na rzecz „DOMEX” wskazanego w doświadczeniu osoby wymienionej w pozycji 5 wykazu osób (Ł. M.) usługa na rzecz wskazanego podmiotu była realizowana w całym okresie wskazanym w wykazie osób, tj. od 2009-04-01 do 2018-03-31, szczególnie w kontekście informacji o upadłości firmy „Domex”?

Odwołujący na str. 67 swych Wyjaśnień z dnia 19 listopada 2021 r. ustosunkował się do powyższego wezwania w sposób następujący:

„Wykonawca oświadcza, iż w przypadku doświadczenia Pana Ł. M. (poz. 5 Wykazu osób, funkcja: Technolog przetwarzania portalowego) w zakresie projektu nr 2 doszło do omyłkowego wpisania okresu doświadczenia w projekcie realizowanym dla Domex od [od 2009-04-01 do 2018-03-31]. W czasie przygotowywania dokumentów ofertowych osoba biorąca udział w weryfikowaniu informacji błędnie założyła, iż wskazany w wykazie okres dla projektu nr 2 trwał przez cały okres poprzedniego zatrudnienia Pana Ł. M., przed zatrudnieniem u Wykonawcy. Sam projekt realizowany dla Domex spełniał wymagania w zakresie utrzymania instalacji portalowych z wykorzystaniem wszystkich następujących technologii: MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ, dla minimum 100 000 klientów, ale z uwagi na upadłość podmiotu nie był realizowany w okresie 5 lat przed złożeniem oferty. Omyłka

powstała niecelowo, Wykonawca nie chciał wprowadzić Zamawiającego w błąd, od początku działał w dobrej wierze. Niezależnie od tego osoba Pana Ł. M. była zaangażowana w zakresie funkcji, do której została wskazana. Pan Ł. M. posiada wystarczające doświadczenie i kompetencje do spełnienia wymagań SIWZ poprzez udział w realizacji obecnie świadczonej przez Wykonawcę umowy utrzymaniowej dla ZUS. ”

W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu wykonawcy, Zamawiający w odniesieniu do informacji, jakie zostały przedstawione przez Odwołującego w zakresie Projektu 2 dla Domex, stwierdził:

„Z kolei odnosząc się do doświadczenia Pana Ł. M. w projekcie 2 - Zamawiający stoi na stanowisku, że został wprowadzony w błąd, co Wykonawca sam przyznał w przesłanych wyjaśnieniach z 19.11.2021 r. odnośnie wskazania okresu. Wykonawca pierwotnie wykazał doświadczenie ww. osoby w innym okresie niż w okresie zgodnym ze stanem faktycznym, a m.in. informacja ta miała istotny wpływ na decyzję Zamawiającego. Zamawiający na tej podstawie ocenił bowiem, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, co miało wpływ na ocenę i wybór oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Comarch w dniu 4.02.2021 r.” Odwołujący podał, że mając na uwadze, że z powyższego fragmentu wynika, że Zamawiający czuł się wprowadzony w błąd oraz, że fragment ten został umieszczony w sekcji zatytułowanej „Wykluczenie na podstawie art. 24

ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp”, jasnym jest, że podstawą wykluczenia w związku z Projektem 2 jest właśnie przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp2004, którego pełne brzmienie przedstawia się następująco:

Art. 24.

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

(...)

17) 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;

Z zacytowanego powyżej przepisu wynika, że aby wypełniona została jego hipoteza, wszystkie przesłanki zawarte w tym przepisie muszą wystąpić łącznie, zaś brak zaistnienia choćby jednej z nich wystarczający jest do stwierdzenia, że nie zachodzi podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania (por. przykładowo Wyrok KIO z 12.07.2021 r., KIO 1046/21). Zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp2004 wymaga łącznego zaistnienia następujących przesłanek:

- 1) przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnych z rzeczywistością, które wprowadziły zamawiającego w błąd;
- 2) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa;
- 3) informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący podał, że wykaże, że w przypadku Konsorcjum Comarch nawet nie tyle nie zmaterializowały się wszystkie wymienione przesłanki wykluczenia, co nie zmaterializowała się żadna z tych przesłanek.

Brak przedstawienia przez Comarch informacji niezgodnych z rzeczywistością, które wprowadziły Zamawiającego w błąd

Zamawiający ustalił, że Comarch wprowadził Zamawiającego w błąd podając, że realizacja prac przez pana Ł. M. w ramach Projektu 2, wykonywanego na rzecz Domex, miała miejsce do 31 marca 2018 r., a więc już po ogłoszeniu upadłości przez spółkę Domex, co nastąpiło jeszcze w 2014 r. Powyższe ustalenia Zamawiającego są błędne, gdyż informacje pierwotnie przedstawione Zamawiającemu w Wykazie osób w odniesieniu do pana Ł. M. są informacjami prawdziwymi.

Pan Ł. M. nabył doświadczenie w projekcie utrzymania instalacji portalowych, realizowanym na rzecz Domex, wykonując prace w tym obszarze w imieniu swego poprzedniego pracodawcy - firmy informatycznej Complex Computers z siedzibą w Kielcach. Realizacja projektu dla Domex rozpoczęła się w listopadzie 2011 r. Pierwszą fazą projektu było wdrożenie nowego systemu ERP. Następnie opracowana została koncepcja rozbudowy infrastruktury IT oraz oprogramowania wykorzystywanego w firmie. Było to związane z dynamiczną ekspansją firmy Domex sp z o.o., która przejęła sieć kilkudziesięciu kolejnych

sklepów stacjonarnych z branży AGD oraz inne firmy wraz z ich sklepami. Rozwiązania informatyczne wdrożone przez Complex Computers integrowały sklepy internetowe, sklepy stacjonarne, centra logistyczne oraz systemy ERP. Zaimplementowane mechanizmy i aplikacje zapewniały automatyzację współpracy i przetwarzania danych pomiędzy poszczególnymi elementami systemu zapewniającego Domex sp. z o.o. obsługę procesów zamówień, sprzedaży, logistyki i rozliczeń w trybie on-line. W szczytowym okresie z systemu korzystało ponad 200 000 klientów miesięcznie oraz ponad 500 użytkowników pracujących w trybie on-line w centrali i w ponad 200 sklepach stacjonarnych realizujących oprócz sprzedaży stacjonarnej również odbiory zamówień internetowych.

Opisany powyżej system funkcjonował w ramach firmy Domex sp. z o.o. do maja 2014 r., w którym to miesiącu została ogłoszona upadłość firmy Domex sp. z o.o. Dalsze prace dotyczące systemu były realizowane przez Complex Computers już na rzecz firmy Domex sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej. W okresie upadłości, w porozumieniu z syndykiem system informatyczny i baza danych Domex zostały przeniesione na infrastrukturę serwerową Complex Computers, gdzie na podstawie zawartych umów są do dziś nadzorowane i utrzymywane przez pracowników Complex Computers. Obecnie system działa w ograniczonej funkcjonalności, niemniej jego bazę nadal stanowi ponad 1,5 mln klientów.

Pan Ł. M. był pracownikiem Complex Computers od listopada 2009 do końca marca 2018 r. zatrudnionym na stanowisku Specjalisty Serwisu Technicznego. Od listopada 2011 do marca 2018 był jedną z osób zaangażowanych w realizację prac dla Domex sp. z o.o. a następnie Domex sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej. W całym wymienionym okresie zajmował się pracami z zakresu instalacji, konfiguracji i utrzymania serwerów, systemów operacyjnych, baz danych, urządzeń sieciowych oraz instalacji portalowych wykorzystujących między innymi technologie Microsoft: MS Windows, MS SQL, MS IIS i MSMQ.

Dowód 3:

Informacja od Prezesa Zarządu Complex Computers sp. z o.o. - pana D. W. (W.)

- dowód na okoliczność przebiegu realizacji Projektu 2 - Utrzymanie instalacji portalowych Domex, w tym jego realizacji po ogłoszeniu upadłości przez Domex sp. z o.o. oraz na okoliczność zaangażowania pana Ł. M. w prace przy Projekcie

Odwolujący podał, że przedstawione ustalenia faktyczne w pełni korespondują z przepisami regulującymi skutki ogłoszenia upadłości, znajdującymi zastosowanie do sprawy, czyli przepisami według stanu prawnego na dzień ogłoszenia upadłości Domex sp. z o.o. - 12 maja 2014 r. Warto zwrócić uwagę na następujące kwestie:

- Ogłoszenie upadłości nie skutkuje automatycznie wykreśleniem przedsiębiorcy z KRS - ma to miejsce dopiero po zakończeniu postępowania (co w przypadku Domex jeszcze nie nastąpiło).
- Syndyk może kontynuować działalność przez 3 miesiące od ogłoszenia upadłości bez zgody sędziego komisarza, a w dalszym okresie za zgodą sędziego (w przypadku Domex takie zgody zostały wydane przez sędziego i działalność była kontynuowana) (por. art. 312 Pr. Upadł. i Napr.).
- Ogłoszenie upadłości powoduje wygaśnięcie z mocy prawa jedynie umów zlecenia, komisu i umowy agencyjnej; natomiast inne umowy wzajemne obowiązują, z tym że syndyk może według własnego wyboru od nich odstąpić bądź je wykonać (por. art. 98 Pr. Up. i Napr., a także art. 91 - 118 Pr. Upadł. i Napr.).

Odwolujący podał, że Projekt 2 - Utrzymanie instalacji portalowych był realizowany przez pana Łukasza również w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert (zgodnie z wymogiem określonym w pkt 4.1.2.4.2 ppkt 5 SIWZ), czyli w okresie od 27 października 2015 r. (data odpowiadająca terminowi składania ofert, odliczając kolejno 5 lat wstecz) do 31.03.2018 r. (ostatni dzień świadczenia pracy przez pana Ł. M. na rzecz Complex Computers). Z przedstawionych ustaleń wynika również, że prace projektowe realizowane przez pana Ł. M. dotyczyły utrzymania instalacji portalowych, które zostały zaprojektowane dla wolumenu klientów znacznie przekraczających minimum określone w warunku dotyczącym Technologa przetwarzania portalowego oraz były realizowane z wykorzystaniem wszystkich technologii Microsoft wymienionych w tym warunku.

Przez „przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego”, jakim posłużył się ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp2004, należy rozumieć przedstawienie informacji nieprawdziwych, czyli informacji niezgodnych z rzeczywistością, np. Wyrok SO w Warszawie z 5.08.2021 r., XXIII Zs 48/21, LEX nr 3285811, Wyrok KIO z 2.02.2021 r., KIO 12/21. Dokonując oceny informacji przedstawionych w Wykazie osób w zakresie Projektu 2

dla Domex, wskazanego przy osobie Ł. M., z uwzględnieniem ustaleń faktycznych związanych z tym projektem, wynikających z informacji od Prezesa Zarządu firmy Complex Computers, czyli wykonawcy Projektu 2 oraz z uwzględnieniem wskazań orzecznictwa - nie sposób przyjąć aby w Wykazie osób Odwołujący przedstawił informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością. Prace w ramach projektu dla Domex sp z o.o., a precyzyjnie rzecz ujmując od maja 2014 r. dla Domex sp. z o.o w upadłości likwidacyjnej, były realizowane przez pana Ł. M. w odniesieniu do instalacji portalowych spełniających wymagania opisane w SIWZ, do końca jego pracy w Complex Computers, czyli do marca 2018 r. włącznie.

Odwołujący podał, że uprzedzając ewentualne pytanie o to, czemu Odwołujący nie przedstawił szczegółowych ustaleń dotyczących historii projektu opisanych w odwołaniu już na etapie odpowiedzi na Wezwanie do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień, Odwołujący wskazuje, że:

1. Treść pisma Zamawiającego z dnia 3 listopada 2021 r z Wezwaniem do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień nie pozwalała w żadnym razie przyjąć, że Zamawiający uważa się za wprowadzonego w błąd oraz, że błąd ten uważa za istotny.

2. Comarch pozostawał w usprawiedliwionym przekonaniu, że obszerne i szczegółowe wyjaśnienia w zakresie pkt 3 ppkt 4 wezwania, dotyczące realizacji przez pana Ł. M. Projektu 1 dla ZUS, pozwolą na pozytywną ocenę doświadczenia uzyskanego na pełnej przestrzeni trwania Projektu 1, a co za tym idzie na uznanie warunku udziału w zakresie dysponowania osobą Technologa przetwarzania portalowego za spełniony Projektem 1; w tym stanie rzeczy Comarch mógł uznać, że wyjaśnienie okoliczności związanych z projektem dla Domex nie przesądza o „być albo nie być” w postępowaniu, lecz jest kwestią drugorzędną, implikującą zwykły brak potwierdzenia udziału w postępowaniu przez Projekt 2 dla Domex.

3. Zamawiający dwukrotnie wybierał już ofertę Konsorcjum Comarch, jako ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu i nigdy wcześniej nie ujawnił, że nie zalicza lub co najmniej ma wątpliwości co do doświadczenia pana Ł. M. nabytego w Okresie Przejściowym umowy na wsparcie eksploatacji i utrzymania KSI ZUS. W szczególności nie ma żadnego śladu na temat negatywnej oceny doświadczenia w Okresie Przygotowawczym w protokole z postępowania i w załącznikach do protokołu - Odwołujący podał, że szczególnie dużym zaskoczeniem przyjął następujący fragment uzasadnienia Informacji o wykluczeniu: „Wykonawca pierwotnie wykazał doświadczenie ww. osoby w innym okresie niż w okresie zgodnym ze stanem faktycznym, a m.in. informacja ta miała istotny wpływ na decyzję Zamawiającego. Zamawiający na tej podstawie ocenił bowiem, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, co miało wpływ na ocenę i wybór oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Comarch w dniu 4.02.2021 r.”. W ocenie Odwołującego Zamawiający analizując spełnianie wymagań dotyczących Technologa przetwarzania portalowego w lutym 2021 r. nie uznał ich za spełnione wyłącznie w oparciu o Projekt 2, lecz również w oparciu o Projekt 1 - jeżeli bowiem Zakład już w lutym 2021 r.

byłby pewny, że Projekt 1 nie spełnia wymagań, to w jaki celu wzywałby Odwołującego w listopadzie 2021 r. do wyjaśnienia kwestii związanych z Projektem 1. W ocenie Odwołującego powyższy fragment uzasadnienia wykluczenia jest próbą dorobienia „na siłę” i ex post argumentacji mającej wywołać wrażenie, jak bardzo Zamawiający został wprowadzony w błąd i jak doniosłe to miało skutki dla przebiegu postępowania - co dodatkowo zdawało się umniejszać wpływ informacji związanych z Projektem 2 na decyzje Zamawiającego w postępowaniu.

4. Zagadnienie z pkt 3 ppkt 11 pisma Zamawiającego z dnia 3 listopada 2021 r., dotyczące realizowanego przez pana Ł. M. projektu dla Domex było jednym z 22 zagadnień poruszonych przez Zamawiającego w treści pisma i - jak mogło się wydawać Comarch - wcale nie najbardziej istotnym (w szczególności nieskutkującym kwalifikacją informacji przedstawionych w ramach Projektu 2, jako wprowadzających w błąd) oraz prowadzącym - w najmniej korzystnym dla Comarch scenariuszu - do uzupełnienia Wykazu osób w trybie art. 26 ust. 3 Pzp2004, bowiem wcześniej Comarch nie wykorzystał tego mechanizmu. Odwołujący podał, że kwestia prawdziwości przekazywanych informacji, w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, powinna być rozpatrywana w szerszym ujęciu. O wprowadzeniu w błąd można mówić, gdy wykonawca przedstawił informacje z których wynika, że dana osoba posiada doświadczenie wymagane w przetargu, podczas gdy obiektywnie takiego doświadczenia nie posiada.

Przy czym obiektywny brak doświadczenia nie powinien być rozpatrywany wąsko, tj. wyłącznie w odniesieniu do braku doświadczenia w zakresie projektu/projektów podanych w wykazie osób lecz szeroko, tj. w odniesieniu do ogółu projektów zrealizowanych przez pracownika, spełniających wymagania SIWZ, składających się na tzw. kapitał ludzki.

In concreto - jeżeli nawet przyjąć, że w toku przetargu podano niezgodne z rzeczywistością informacje dotyczące pewnego projektu składającego się na doświadczenie pracownika, to nie można przyjąć, że doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd, gdy w rzeczywistości pracownik ten posiada wymagane doświadczenie zdobyte w toku realizacji innych projektów, nie przedstawionych w przetargu. W ostatecznym rozrachunku liczy się bowiem to, czy dany pracownik dysponuje zestawem kompetencji i umiejętności nabytych w toku realizowanych prac, dającym rękojmię, że jego wkład w realizację zamówienia przyczyni się do jego należytego wykonania, czy też takim zestawem cech nie dysponuje. Odnosząc powyższe rozważania do osoby pana Ł. M., Odwołujący podał, że jest on jednym z najbardziej doświadczonych ekspertów Comarch w swojej dziedzinie, o czym świadczy choćby delegowanie tego pracownika do elitarnego zespołu osób reprezentujących Comarch w Teście kompetencji technicznych, stanowiącym najistotniejsze kryterium pozacenowe w przedmiotowym postępowaniu. Warto też wspomnieć, iż zespół, w którego skład wchodził Ł. M. uzyskał maksymalną ilość punktów za realizację jednostek zadaniowych. W tym kontekście można powiedzieć, że zakrawa na paradoks fakt, że Konsorcjum Comarch zostało wykluczone z przetargu w związku z pozornym brakiem doświadczenia jednego ze swych najbardziej doświadczonych fachowców w obszarze utrzymania zaawansowanych instalacji portalowych. Pan Ł. M., oprócz realizacji prac w ramach projektu wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS, został również od dnia zatrudnienia w Comarch w kwietniu 2018 r. przydzielony do zespołu obsługi systemów informatycznych utrzymywanych w Comarch Data Center (CDC). Zajmuje się tam między innymi projektem utrzymania platformy Comarch EDI (ang. Electronic Data Interchange - Elektroniczna Wymiana Danych). Platforma EDI, należąca do platform typu B2B, oparta została na technologii cloud i umożliwia dynamiczną wymianę danych między klientami handlowymi. Platforma została zaprojektowana tak, aby pomóc firmom znacznie poprawić ich efektywność biznesową. Platforma umożliwia bowiem wysyłanie i odbieranie dziesiątek rodzajów dokumentów elektronicznych przekonwertowanych na wiele różnych formatów (m.in. dokumenty handlowe i finansowe, zamówienia, potwierdzenia zamówień, awiza wysyłki, faktury, faktury korygujące, itp.). Z systemu Comarch EDI korzysta ponad 130 000 podmiotów z 50 różnych krajów, które każdego roku wymieniają ponad 650 milionów dokumentów ze swoimi partnerami biznesowymi. W ramach projektu Comarch EDI do zadań pana Ł. M. należy utrzymywanie środowisk produktów z rodziny Comarch EDI polegające między innymi na instalowaniu, konfigurowaniu, uruchamianiu, testowaniu, aktualizowaniu, kontroli działania, obsłudze problemów, utrzymywaniu i wykonywaniu audytów infrastruktury sprzętowej, systemowej, bazodanowej, technologicznej oraz portalowej. Czynności te wykonywane są w ramach stosu technologicznego Comarch EDI, którego elementami są między innymi MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ i Vmware. Prace wykonywane przez Pana Ł. M. w ramach utrzymywania systemów w CDC realizowane są nieprzerwanie do dnia dzisiejszego.

Dowód 4: Zrzut z ekranu ze strony Comarch

Dowód 5: katalog Produktu Comarch EDI (Portfolio produktu - strona 7)

- dowody na okoliczność liczby klientów korzystających z systemu Comarch EDI oraz jego wydajności

Dowód 6:

Oświadczenie P. P. Wiceprezesa Comarch S.A. i Comarch Polska S.A. z dnia 14.02.2022

- dowód na okoliczność udziału pana Ł. M. w pracach związanych z projektem utrzymania systemu Comarch EDI

Z przedstawionego powyżej opisu i dowodów wynika, że pan Ł. M. obiektywnie spełnia wymagania sformułowane w pkt 4.1.2.4.2 ppkt 5 SIWZ także doświadczeniem wynikającym z udziału w projekcie, który nie został podany w Wykazie osób. Odwołujący z uwagi na poczynione w SIWZ zastrzeżenie, zgodnie z którym, czas doświadczenia nie będzie powiększany o czas pełnienia innych funkcji w projekcie lub pełnienia funkcji w innych projektach w tym samym okresie - nie spodziewając się zakwestionowania doświadczenia w ramach nakładającego co do ram czasowych Projektu 1 dla ZUS - nie przedstawił informacji związanych pracami realizowanymi przez pracownika w ramach utrzymania instalacji portalowych systemu Comarch EDI. Brak przedstawienia tych informacji w Wykazie osób nie zmienia jednak faktu, że obiektywnie pan Ł. M. obiektywnie dysponuje doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego do realizacji zamówienia.

Nie można w ocenie Odwołującego tracić z pola widzenia okoliczności, że zgodnie z art. 22d ust. 1 pkt 1 Pzp2004, minimalne warunki dotyczące osób skierowanych do realizacji zamówienia służą ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W tym kontekście o przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego powinno się mówić, gdy

na dzień składania ofert wykonawca niedysponujący kapitałem ludzkim wymaganym z punktu widzenia ustalonych warunków udziału w postępowaniu, wywołał (lub mógł wywołać) u Zamawiającego wrażenie, że dysponuje wymaganym kapitałem. W sytuacji, gdy wykonawca w rzeczywistości dysponuje osobami o umiejętnościach i doświadczeniu wymaganych dla danej roli przy realizacji zamówienia, lecz pomylił się przy prezentacji umiejętności i doświadczenia tych osób, ciężko jest w tym przypadku mówić o przedstawieniu informacji nierzeczywistych i zrównywać pozycję takiego wykonawcy z wykonawcą, który w rzeczywistości wymaganymi osobami nie dysponuje.

W kontekście powyższych rozważań, dla rozstrzygnięcia zasadności wykluczenia Comarch z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp2004, nie bez znaczenia powinna być także kwestia, że oprócz pana Ł. M. Comarch w toku przetargu dysponował i dysponuje jeszcze innymi ekspertami spełniającymi wszystkie wymagania przewidziane dla funkcji Technologa przetwarzania portalowego.

#### Brak lekkomyślności lub niedbalstwa przy przedstawieniu informacji

Informacje jakie zostały przedstawione przez Odwołującego w Wykazie osób nie były wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony Odwołującego. Wszystkie czynności składające się na proces przygotowania tego dokumentu cechowała należyta staranność na poziomie, jakiego można oczekiwać od profesjonalnego uczestnika systemu zamówień publicznych. W pierwszej kolejności wskazać należy, że do przygotowania dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań podmiotowych skierowana została jedna z najbardziej doświadczonych osób spośród osób zajmujących się ofertowaniem w Sektorze Comarch Administracja Publiczna - pani E. B., która dysponuje ponad dziesięcioletnim doświadczeniem w realizacji tego procesu. Powierzenie przygotowania dokumentu w tak istotnym dla Comarch postępowaniu przetargowym zostało powierzone pani E. B., gdyż w

toku swojej pracy dla Comarch osoba ta zawsze spełniała najwyższe oczekiwania co do umiejętności i wiedzy z zakresu ofertowania, w tym regulacji prawnych rządzących tym procesem, rzetelności, skrupulatności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. W toku realizacji czynności związanych z przygotowaniem Wykazu osób zastosowana została obowiązująca w Comarch wieloetapowa procedura weryfikacji informacji na temat doświadczenia pracowników, uzyskanego w toku świadczenia pracy dla byłych pracodawców. Pani E. B. ustaliła treść Wykazu osób w zakresie pozycji 5, dotyczącej funkcji Technologa przetwarzania portalowego w oparciu o ustrukturyzowany wywiad z panem Ł. M., realizowany na przestrzeni wielu dni - ze względu na obecność wymienionych pracowników w różnych lokalizacjach - drogą mailową i telefoniczną. Punktem wyjścia do przeprowadzonego wywiadu było postanowienie SIWZ z pkt 4.1.2.4.2 ppkt 5, definiujące wymagania dla roli, do której pan Ł. M. był przymierzany w ramach realizacji zamówienia. Pan Ł. M. w sposób szczegółowy zrelacjonował swoje doświadczenie z okresu pracy dla Complex Computers, w tym doświadczenie nabyte w ramach utrzymywania instalacji portalowych Domex, ze szczególnym uwzględnieniem strony technologicznej tego projektu. Te ostatnie informacje zostały następnie zweryfikowane przez dział konsultingu informatycznego Business Unit Comarch ZUS, który dał pozytywną rekomendację odnośnie ujęcia projektu w Wykazie osób. Pan Ł. M. nie przedstawił informacji o ogłoszeniu upadłości Domex sp z o.o., gdyż informacja ta dotyczyła kontekstu biznesowego działalności tego podmiotu i nie rzutowała na dalszą realizację projektu informatycznego od strony ściśle technicznej. Potwierdzeniem staranności w zakresie weryfikacji informacji przedstawianych Zamawiającemu w Wykazie osób jest fakt, iż przedstawione informacje są zgodne z rzeczywistością - co dodatkowo znajduje potwierdzenie w dowodzie z dokumentu prywatnego - Informacji Prezesa Zarządu firmy Complex Computers na temat przebiegu projektu realizowanego na rzecz Domex.

Dowód 7: oświadczenie p. E. B.

- na okoliczność należytej staranności w procesie przygotowania oferty w zakresie informacji o doświadczeniu Ł. M., w tym na okoliczność istnienia i stosowania procedur weryfikacji doświadczenia osób oraz przebiegu procesu przygotowania Wykazu osób dla Ł. M.

#### Brak wykazania przez Zamawiającego zaistnienia przesłanek podstawy wykluczenia z art.

#### 24 ust. 1 pkt 17 Pzp2004

W ocenie Odwołującego dla oceny zasadności niniejszego zarzutu kluczowe znaczenie mają kwestie związane z rozkładem ciężaru dowodu w tego typu sprawach. O ile w toku postępowania przetargowego na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, czyli to wykonawca musi wykazać, że spełnia warunek a nie Zamawiający, że wykonawca go nie spełnia - to w przypadku podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 obowiązuje już klasyczny rozkład ciężaru dowodu. Zamawiający jest zobowiązany udowodnić zaistnienie wszystkich przesłanek podstawy wykluczenia,

określonej w powyższym przepisie. Zamawiający nie poczynił praktycznie żadnych ustaleń w sprawie, warunkujących zastosowanie przepisu mającego szczególnie sankcyjny charakter. Nie ustalono w szczególności czy rzeczywiście doszło do przedstawienia nieprawdziwych informacji co do spełniania przez pana Ł. M. wymagań postawionych w SIWZ. Zamawiający zadowolili się w tym zakresie odpowiedzią na wąsko ujęte i nieprecyzyjne pytanie, niesygnalizujące późniejszych intencji Zamawiającego, czym nie dał Odwołującemu szansy na szczegółowe wyjaśnienie sprawy. Zamawiający nie udowodnił również, że przekazanie informacji w zakresie projektu było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. W Informacji o wykluczeniu ograniczył się do przytoczenia brzmienia przepisu, nie wskazując nawet, która postać winy nieumyślnej jego zdaniem cechowało zachowanie Odwołującego. Zamawiający nie udowodnił również wpływu rzekomego wprowadzenia w błąd na wynik postępowania, przedstawiając niewiarygodne uzasadnienie o dokonaniu wyboru oferty Odwołującego w lutym 2021 r. w oparciu wyłącznie o Projekt 2 dla Domex (por. przypis 8). Co bardzo znamienne - Zamawiający w decyzji o wykluczeniu zarzucił Comarch brak staranności polegający na braku weryfikacji informacji przedstawionych w Wykazie osób, podczas gdy sam nie dołożył jakiejkolwiek staranności w ustaleniu podstawowych faktów związanych z zastosowaniem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp2004. Jeżeli nawet ZUS nie chciał zaliczyć doświadczenia pana Ł. M. uzyskanego w przedstawionych Projektach 1 i 2, to powinien poprzestać na stwierdzeniu tego faktu i w kolejnym kroku powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia Wykazu osób na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp2004. Bez ustalenia wszystkich faktów w sprawie, Zamawiający nie był uprawniony do podjęcia nieproporcjonalnego działania jakim była całkowita eliminacja Comarch z możliwości ubiegania się o zamówienie. Na skutek popełnionych błędów Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp2004 przez jego błędne zastosowanie, gdy nie było ku temu podstaw. Naruszył również wytyczne Krajowej Izby Odwoławczej płynące z poniższych orzeczeń Wyrok KIO z 8.02.2021 KIO 83/21, Wyrok KIO z 16.12.2020 r., KIO 3131/20, Wyrok KIO z 26.10.2020 r., KIO 2170/20, LEX nr 3082690, Wyrok KIO z 19.12.2019 r., KIO 2510/19, LEX nr 2809363.

Błędy popełnione przez ZUS przy ocenie doświadczenia zawodowego pana Ł. M. doprowadziły do wykluczenia Konsorcjum Comarch z postępowania, czyli do wyeliminowania z przetargu wykonawcy, który daje rękojmię należytej realizacji zamówienia i w toku realizacji zadań związanych z aktualnie wykonywaną umową na wsparcie eksploatacji i utrzymania KSI ZUS, codziennie dowodzi swych kompetencji i umiejętności na oczekiwanym przez ZUS poziomie. Paradoks sytuacji polega na tym, że doszło do eliminacji z możliwości ubiegania się o zamówienie na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS wykonawcy, który aktualnie taką usługę z powodzeniem świadczy. Zamawiający na skutek popełnionych błędów doprowadził do sytuacji, w której zamówienie zostanie udzielone wykonawcy, który złożył ofertę droższą o około 80 000 000 zł (słownie: osiemdziesiąt milionów złotych). Czynności dokonane przez Zamawiającego dokonane zostały nie tylko z naruszeniem wskazanych w niniejszym odwołaniu przepisów ustawy Pzp2004, lecz całkowicie zaprzeczyły nadrzędnemu celowi jaki legł u podstaw uchwaleniu dyrektyw unijnych dotyczących zamówień oraz uchwaleniu Pzp2004, którym jest efektywne wydatkowanie środków publicznych.

## Zarzuty

- dotyczące wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp i 24 ust. 1 pkt 12 Pzp2004. związane z referencją wystawioną przez Comarch Middle East FZ-LLC z dnia 12 grudnia 2020 r. (dalej „Referencja nr 1”).

Odwołujący przedstawił analizę podstawy prawnej i faktycznej wykluczenia Odwołującego z Postępowania dotycząca dokumentu Referencji 1 i podał, że prowadzi ona do wniosku, że Zamawiający podjął tę czynność z pominięciem dowodów pozostających w jego dyspozycji oraz bez szczegółowej analizy okoliczności sprawy.

Przed podjęciem szczegółowej analizy uzasadnienia faktycznego dotyczącego podstaw prawnych i faktycznych wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz szczegółowego uzasadniania poszczególnych zarzutów Odwołujący wskazał na kilka w jego ocenie istotnych faktów:

- 1) Asseco 18 października 2021 roku wniosło odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, w którym poddało w wątpliwość szereg dokumentów złożonych przez Odwołującego, które jak wynika z dokumentacji postępowania nie budziły wcześniej wątpliwości Zamawiającego, co do ich prawdziwości;
- 2) odwołanie Asseco nie zostało podane ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, ponieważ Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty Odwołującego;

3) pismem z 3 listopada 2021 roku, Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia oryginału dokumentu Referencji 1 - powołując się wprost na wątpliwości wywołane odwołaniem Asseco z 18.10.2021 r.

4) Odwołujący 19 listopada 2021 złożył obszernie wyjaśnienia dotyczące złożonych w Postępowaniu dokumentów i załączył dowody potwierdzające twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach.

Jako dowody do wyjaśnień Odwołujący załączył referencje potwierdzające okoliczności wskazane w wykazie usług oraz stanowiące potwierdzenie referencji z 12 grudnia 2020 roku, potwierdzenie wystawcy Referencji 1 Pana B. D., że usługa wskazana w Referencji 1 została wykonana należycie oraz że Referencja 1 potwierdza te okoliczności - co więcej dokument Referencji 1 został objęty oświadczeniem, co do autentyczności kopii złożonej w ofercie - potwierdza miejsce złożonego przez Pana B. D. podpisu i jego własnoręcznego złożenia (Dowody: w aktach postępowania - Dowód nr 17)

Dowód 8: oświadczenie B. D. z dnia 2.11.2021 (Dowód 33 przy Wyjaśnieniach z dnia 19.11.2021)

Dowód 9: referencja z dnia 25.01.2021 (Dowód 34 przy Wyjaśnieniach z dnia 19.11.2021)  
Przedstawiony powyżej przebieg zdarzeń związanych z Referencją 1 prowadzi do wniosku, że wystawca Referencji 1 - Pan P. D. - potwierdził, że dokument założony w postępowaniu jest zgodny ze stanem faktycznym i wystawiony przez niego. Zamawiający dysponuje tym oświadczeniem od 19 listopada 2021 roku.

W konsekwencji dokonując analizy uzasadnienia informacji o wykluczeniu wykonawcy - nie sposób wywieść zdaniem Odwołującego, w jakim zakresie działanie Odwołującego miałoby wyczerpać przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, gdyż:

- 1) Odwołujący nie podjął żadnych zamierzonych działań lub działań wyczerpujących znamiona rażącego niedbalstwa, które miałyby odnieść skutek w postaci wprowadzenia w błąd Zamawiającego co do spełniania warunków udziału w Postępowaniu;
- 2) Odwołujący nie zataił przed Zamawiającym żadnych informacji co do spełniania warunków udziału;
- 3) Odwołujący przedstawił Zamawiającemu szereg dokumentów, które potwierdzają, że usługa wskazana w poz. 1 wykazu usług spełnia wymogi określone w SIWZ.

Konkludując brak jest podstaw faktycznych i prawnych do wykluczenia Odwołującego w oparciu o przesłankę z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Ponadto wymaga podkreślenia, zdaniem Odwołującego, istotna okoliczność wpływająca na ocenę prawidłowości działań Zamawiającego. Jest nią otoczenie i uwarunkowania biznesowe Zamawiającego, który prowadzi niniejsze postępowanie od ponad dwóch lat i działa w warunkach z jednej strony presji celu (Zamawiający jest zainteresowany przecież zapewnieniem bieżącego utrzymania KSI ZUS i udzieleniem wreszcie zamówienia, a nie prowadzeniem wieloletnich postępowań przetargowych), a z drugiej - nadzwyczaj ostrej konkurencji pomiędzy wykonawcami, którzy złożyli oferty. Niemal każda czynność Zamawiającego jest oprotestowywana, wliczając w to odwołania do KIO i skargi od każdego orzeczenia Izby, przy czym niekwestionowanym liderem jest tu Asseco.

Szczególnie w tym kontekście, zdaniem Odwołującego, istotne jest odwołanie Asseco z 18.10.2020r. Odwołanie to stało się bowiem bezpośrednią przyczyną unieważnienia poprzedniego wyboru Comarch i zainicjowało żądanie przez Zamawiającego wyjaśnień z 3.11.2021r. Odwołanie to zawierało nadzwyczaj skumulowaną liczbę wątków i zarzutów - nie posiadających podstawy faktycznej, ani w żaden sposób nie dowodzonych, a jedynie stawianych na zasadzie pytania/sugestii, czy luźnych dywagacji, często mających chyba na celu jedynie potęgowanie wrażenia nieprawidłowości po stronie Comarch i postawienia go w złym świetle w oczach Zamawiającego. Przykładem są tu choćby zarzuty/tezy Asseco takie jak:

- Zamawiający nie zbadał, czy podpis B. D. został złożony na oryginale Listu referencyjnego nr 1, czy też może został „wklejony” jak w pozostałych przypadkach (pomimo tego, że obraz dokumentu nie dawał podstaw takich wątpliwości, na dokumencie widniał podpis odręczny, niekopiowalny, i różnił się sposobem podpisania od pozostałych 3 referencji, dla których fakt wklejenia w nich obrazów podpisów był widoczny, został przyznany przez Comarch, wyjaśniony i poprawiony i nie miał nic wspólnego z Referencją nr 1), która była wystawiona przez inną osobę,
- Można przypuszczać, że osoby, których podpisy w formie obrazów zostały wklejone do tych listów referencyjnych, nie podpisałyby się na tych Listach i nie potwierdziłyby informacji w nich zawartych. A to wobec faktu, że informacje zawarte w tych listach są

niezgodne ze stanem faktycznym),

- Zamawiający wyraźnie wskazał, że oczekuje przedstawienia oryginałów dokumentów, które zostały już dołączone do Wykazu usług. A co uczyniło Konsorcjum Comarch? a) W zakresie Listu referencyjnego nr 1 - nie złożyło oryginału (Tymczasem obowiązek taki nie wynikał z wezwania, wezwanie było precyzyjne i nie dotyczyło tego dokumentu),
- Konsorcjum Comarch postanowiło z pełną świadomością i tym samym w sposób zamierzony wprowadzić w błąd Zamawiającego, przedkładając podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym Pana P. S. dokumenty wytworzone elektronicznie ze skopiowanymi z innych dokumentów podpisami osób, które nie wystawiły tych referencji.
- Itd.

Biorąc pod uwagę, iż Asseco podniosło zarzuty oraz wątpliwości wobec każdej odtajnionej referencji złożonej w ofercie (odtajniono wszystkie, było ich łącznie 8), a zarzuty te były wielopłaszczyznowe i wielowątkowe oraz podniosło zarzuty wobec każdej osoby (bez jednej) wskazanej w Wykazie (16 osób), a wątpliwości te również były wielowątkowe - można powiedzieć że zasianych wątpliwości i zarzutów do rozstrzygnięcia było łącznie kilkadziesiąt. Nie może umknąć z pola widzenia, że spośród tych kilkadziesiąt podniesionych zarzutów i wątpliwości w odwołaniu Asseco z perspektywy Zamawiającego zostały się tylko dwa - przyjęte jako podstawa skarzonego wykluczenia: odnośnie doświadczenia jednej osoby (Ł. M.) i odnośnie jednej z ośmiu referencji - Referencji nr 1.

Odwołujący argumentował, że Zamawiający zadziałał w jego opinii wysoce profesjonalnie i staranie. Postanowił wyjaśnić każdą z podniesionych wątpliwości, w celu - jak Odwołujący rozumie - nie pozostawienia żadnych, nawet najmniejszych i nawet najmniej uzasadnionych wątpliwości bez wyjaśnienia. W tym również Zamawiający zdecydował się o wyjaśnieniu wątpliwości, których sam wcześniej nie powziął, ani nie formułował wobec Odwołującego.

Dotyczy to m.in. właśnie przypadku Referencji nr 1 - w stosunku do której Zamawiający pierwotnie nie dostrzegał wątpliwości związanych z „wklejeniem” podpisu (dostrzegał takie wątpliwości odnośnie Referencji nr 2, 3 i 4), a które zostały narzucone bez podstawy odwołaniem Asseco.

Odwołujący wyjaśnił, że stoi na stanowisku, że Zamawiający na gruncie Pzp ma prawo wzywać wykonawców do dowolnych wyjaśnień dowolnych wątpliwości ( Wyrok KIO 3066/20 - Izba uznała dalej, że Zamawiający miał prawo skierować do Odwołującego wezwanie do złożenia oryginału lub potwierdzonej notarialnie kopii opinii bankowej w trybie § 15 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów jakich zamawiający może żądać od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1282). Zgodnie z ww. przepisem, Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w rozporządzeniu, wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości. Zatem, aby skierować wezwanie wystarczającym jest ustalenie, że określona kopia jedynie "budzi wątpliwości" co do prawdziwości.), a liczba wezwań do wyjaśnień nie jest limitowana (o ile wezwania nie dotyczą tego samego zakresu). Na marginesie - podkreślił Odwołujący, że Zamawiający nigdy nie zadał Odwołującemu pytania odnośnie choćby tego, czy podpis B. D. został „wklejony”. Powyższe uzasadnia zasygnalizowaną w Uzasadnieniu wykluczenia okoliczność, jaką wytknął Zamawiający Odwołującemu, iż ten nie zaskarżył skutecznie wezwania do przedłożenia oryginału Referencji nr 1 w trybie § 15 Rozporządzenia, a co spowodowało - zdaniem Zamawiającego - że dokument ten stał się „wymaganym”, co prowadzi do wykluczenia Odwołującego.

Odwołujący stoi na stanowisku, że o ile etap badania oferty i żądania wyjaśnień zainicjowanych choćby najmniejszymi wątpliwościami jest uprawnieniem Zamawiającego i służy zapewnieniu poprawności procedowania, to już na etapie decyzji o wykluczeniu uzyskane wyjaśnienia należy zderzyć z wątpliwościami, które je zainicjowały i poddać te ostatnie krytycznej analizie. Tego, podejmując decyzję o wykluczeniu, zdaniem Odwołującego Zamawiający zaniechał właśnie w przypadku Referencji nr 1. O ile Zamawiający był wysoce staranny, pilnując zasady racjonalnego rozumowania, logiki oraz legalizmu w zakresie wszystkich pozostałych zarzutów z odwołania Asseco, w tym w szczególności dotyczących pozostałych Referencji nr 2, 3 i 4 - to w przypadku Referencji nr 1 Zamawiający uznał, że Odwołujący zasługuje na wykluczenie.

Odwołujący podał jednocześnie, że to co różni te przypadki to fakt zagubienia oryginału pisemnego - przyznany przez Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego w tym leży clue sprawy, jak wyjaśniał dalej ascetyczne skądinąd uzasadnienie wykluczenia w tym zakresie wskazuje, że Zamawiający nie tyle podzielił

zarzuty odwołania Asseco dotyczące zamierzonego jakoby, „z pełną świadomością” wprowadzenia w błąd, ile Zamawiający zderzył się z problem zaginięcia oryginału pisemnego Referencji nr 1. Faktem, którego się nie spodziewał i którym mógł być zaskoczony, a nawet mógł być zbulwersowany - biorąc pod uwagę wysiłki i nakład pracy jakie angażuje w prowadzenie postępowania oraz w wyjaśnienie licznych, wywołanych przez Asseco „wątpliwości” podniesionych wobec oferty Comarch. Zdaniem Comarch takie odczucia Zamawiającego (jeżeli miały miejsce) należy uznać za usprawiedliwione. Zgubienie oryginału nie powinno się zdarzyć. Jest to okoliczność, która nie powinna wystąpić na tym poziomie profesjonalizmu. Jednak mimo to taki fakt w żadnym nie uzasadnia wykluczenia z postępowania Odwołującego z postępowania, ani nie uzasadnia zaniechania działań, do jakich Zamawiający był zobowiązany. Zaskoczenie i negatywna ocena zaginięcia oryginału zdaniem Odwołującego spowodowały sformułowanie przez Zamawiającego zagadnienia prawnego, którego nie potrafił poprawnie w zgodzie z Pzp rozwiązać i które zakwalifikował i rozwiązał błędnie. Wykluczenie Odwołującego nastąpiło w efekcie tych okoliczności z naruszeniem przepisów Pzp 2004 i Rozporządzenia ws. Dokumentów.

### Zarzut 3

- naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp2004 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp2004

Odwołujący wskazał na uzasadnienie wykluczenia, zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 02.02.2022r. - w zakresie Ad. 2 i 3.

Odwołujący zarzucił, że uzasadnienie to nie spełnia wymogów wynikających z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp2004. w zw. z a art. 7 ust. 1 Pzp2004. Uzasadnienie to jest wysoce lakoniczne i niejasne - przez swego rodzaju pomieszanie i połączenie różnych wątków, wśród których trudno ustalić co jest przyczyną, a co skutkiem danej oceny Zamawiającego. Odwołujący czytając (wielokrotnie) w/w uzasadnienie nie miał pewności z jakiego powodu został wykluczony.

Na gruncie podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp. Zamawiający miesza bowiem w uzasadnieniu jednocześnie wątki dotyczące: nieprzedłożenia wymaganego dokumentu, zagubienia oryginału i niepoinformowania o tym Zamawiającego oraz nieprzedłożenie „oryginału” w trybie § 15 Rozporządzenia ws. dokumentów z wątpliwościami co do kopii znajdującej się w ofercie, które nie zostały rozwiane za pomocą tegoż oryginału, przy czym Zamawiający:

- Nie określa w ogóle, które z wątpliwości pozostały nierozwiane (wszystkie? Czy tylko np. jedno z tych zgłoszonych przez Asseco w Odwołaniu z 18.10.2021 i podzielone przez Zamawiającego:

- Czy chodzi o wątpliwość co do „wklejenia” podpisu B. D. do Referencji nr 1?
- czy o wątpliwość co do tego, że B. D. - jak twierdzi Asseco w Odwołaniu - jako „osoba, której podpisy w formie obrazów zostały wklejone do tych listów referencyjnych, nie podpisałyby się na tych Listach i nie potwierdziłyby informacji w nich zawartych. A to wobec faktu, że informacje zawarte w tych listach są niezgodne ze stanem faktycznym”?
- Czy też może o wątpliwość, że „Listy referencyjne nr 1, 2, 3 i 4 nie spełniają wymagań Rozporządzenia ws. dokumentów i nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu ponieważ faktycznie nigdy nie istniały, tj. nie zostały wytworzone zgodnie z obowiązującymi przepisami w krajowym porządku prawnym przez właściwie umocowane do tego osoby.”? Itd.
- Milczy na temat przyczyn uznania przez Zamawiającego, że wątpliwości zgłoszone w Odwołaniu Asseco nie zostały rozwiane dowodami, złożonymi przez Odwołującego z własnej inicjatywy przy Wyjaśnieniach z 19.11.2019 (Dowód 33).

Uzasadnienie, w ocenie Odwołującego, pomija zresztą sam fakt złożenia przez Odwołującego przy Wyjaśnieniach z dnia 19.11.2019 tych Dowodu nr 33 (jak i 17 i 34) - co jest istotnym uchybieniem i jest znaczące.

Milczy też o Ekspertyzach zleconych przez Zamawiającego - a jest to fakt istotny w kontekście ustalenia tego, czy Zamawiający dopuszcza, czy nie dopuszcza na gruncie § 15 Rozporządzenia ws. dokumentów rozwianie „wątpliwości” co do prawdziwości kopii innym środkami niż tylko „oryginał”?

Ponadto Zamawiający stwierdza w uzasadnieniu wykluczenia, że „Także wyjaśnienia wówczas [w styczniu 2021 roku] złożone co do sposobu sporządzenia dokumentu budzą wątpliwości.” Jest to nowość dla Odwołującego. Nigdy nie został poinformowany o istnieniu takich wątpliwości i nie wie jakie wątpliwości Zamawiający ma na myśli. Nigdy wcześniej Zamawiający nie komunikował Odwołującemu tej kwestii.

W rezultacie Odwołując nie ma pewności czy został wykluczony za wprowadzenie w błąd przy przekazywaniu informacji, czy może przez ich zatajenie, czy też za nieprzedłożenie oryginału, czy za nierozwianie Wyjaśnieniami z 19.11.2021 wątpliwości (niejasne których nie rozwiano), czy też z powodu innych (?) wątpliwości co do złożonych przez Odwołującego wyjaśnień ze stycznia 2021 roku.

Również na gruncie podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu miesza różne wątki: brak rozwiania wątpliwości co do prawdziwości Referencji nr 1 wskutek nieprzedłożenia wymaganego dokumentu (oryginału) z brakiem możliwości „zastąpienia” dokumentu, niepotwierdzonego oryginałem - innym dokumentem. Pytania o zakres nierozwiązanych wątpliwości oraz o przyczyny dla których Zamawiający nie uwzględnił Dowodu 33 - który sformułowane wątpliwości rozwiewa - pozostają aktualne również dla tej podstawy wykluczenia. Zamawiający nie wyjaśnia w uzasadnieniu tych kwestii.

Zdaniem Odwołującego tak sformułowane uzasadnienie narusza art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp2004 i stwarza ryzyko błędnego rozpoznania przez wykonawcę przyczyn wykluczenia, a w konsekwencji - ryzyko błędnego zaskarżenia. Tymczasem - co potwierdza orzecznictwo - informacja o wykluczeniu wykonawcy musi zawierać, oprócz uzasadnienia prawnego, także jednoznaczne i wyczerpujące uzasadnienie faktyczne (Wyrok KIO 1104/19 ).

Odwołujący podał, że jest zmuszony zaskarżyć każdą z wymienionych podstaw, a w zasadzie wariantów wykluczenia.

#### Zarzut 4

- naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp2004 w zw. z art.7 ust. 1 Pzp2004 - zaniechanie wezwania do wyjaśnień odnośnie Referencji nr 1, zwrócenie się o wyjaśnienie do ekspertów zewnętrznych, eliminacja Odwołującego z procedury wyjaśnień

Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień odnośnie Referencji nr 1 tylko jeden raz: pismem z 22 stycznia 2021 roku. Zakres wezwania był wąski i precyzyjny: ukierunkowany wyłącznie na formę wytworzenia (pisemna czy elektroniczna) oraz technologię wytworzenia (nie sposób). W żadnym wypadku wezwanie to nie dotyczyło wątpliwości powstałych na gruncie Odwołania Asseco. W szczególności nie dotyczyło wątpliwości odnośnie rzekomego „wkłajenia” podpisu B. D..

Następnym wezwaniem dotyczącym Referencji nr 1 z dnia 03.11.2021r. nie było wezwaniem do wyjaśnień, lecz od razu żądaniem przedłożenia oryginału w trybie § 15 Rozporządzenia. Dalszych wezwań do wyjaśnienia Referencji nr 1 Zamawiający do Odwołującego nie wystosował.

Wobec wątpliwości namnożonych bez podstawy w odwołaniu Asseco, które spowodowały wystosowanie przez Zamawiającego wezwania z dnia 3.11.2021 odnośnie Referencji nr 1, a zwłaszcza zarzucanego (bez podstawy) „wkłajenia” podpisu B. D. - Zamawiający mógł i powinien takie wezwanie wystosować, także, a nawet przede wszystkim po otrzymaniu oświadczenia o zaginięciu oryginału, jeżeli nadal, pomimo złożonych Dowodów, w tym Dowodu 33 miał jakieś wątpliwości.

W okolicznościach sprawy Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- po pierwsze, przedwczesne wykluczenie Odwołującego z Postępowaniu ze względu na uznanie, że nieuzupełnienie Referencji 1 w oryginale było naruszeniem przepisów Pzp.

Z przedmiotowym twierdzeniem nie sposób się jednak zgodzić, ponieważ wykonawca zgodnie z treścią § 2 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia może potwierdzić należyte wykonanie przedmiotu zamówienia przy użyciu dowolnego dokumentu, z którego treści będzie wynikało, że usługa została wykonana należyście. Właściwym dokumentem mogą być, w szczególności referencje, poświadczenia, protokoły odbioru, a nawet oświadczenie własne wykonawcy. W konsekwencji wymaganie, aby Odwołujący wykazał należyte wykonanie zamówienia tylko

i wyłącznie przez przedstawienie Referencji 1 jest naruszeniem przepisów art. 26 ust. 3 i 4 Pzp oraz § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia.

Brak przedłożenia oryginału Referencji 1 w trybie § 15 Rozporządzenia nie przekreśla prawa, ani - w tej sytuacji - obowiązku wezwania do wyjaśnienia wątpliwości, których Zamawiający wcześniej w żaden sposób nie podnosił. Zamawiający przed zadaniem pytań zewnętrznym ekspertom, mógł wyjaśnić te okoliczności z Odwołującym, czy też pozyskać dokumenty niezbędne do przeprowadzenia rzetelnej opinii.

Decyzja o wykluczeniu powinna bowiem zostać poprzedzona dogłębnym wyjaśnieniem sprawy. Również w tym aspekcie - by w wyniku wezwania do wyjaśnienia - dać wykonawcy szansę na ewentualne zastosowanie środków, o jakich mowa w art. 24 ust. 8 Pzp2004 (self-cleaning). Takiej szansy Odwołujący nigdy nie otrzymał.

Odwołujący jest zaskoczony, że Zamawiający nie poprzedził decyzji o wykluczeniu z omawianego powodu wezwaniem do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 lub ust. 4 Pzp. Nie ma żadnych przeszkód prawnych, by nawet wobec nieprzekazania oryginału na żądanie w trybie § 15 Rozporządzenia - wezwania takiego nie wystosować.

Czym innym jest przecież wezwanie do wyjaśnień, a czym innym wezwanie do uzupełnienia dokumentu. Tylko odnośnie tego drugiego przypadku, tj. uzupełnienia dokumentu ma zastosowania zasada braku możliwości zastąpienia dokumentu nieprawdziwego innym dokumentem - w warunkach hipotezy art. 26 ust. 1 pkt 16 Pzp2004. Dla domagania się wyjaśnienia - Ustawodawca polski czy unijny nie sformułował właściwego zakazu w przepisach. Wszak wyjaśnienie nie jest zastąpieniem dokumentów. Wyjaśnienie jakie złożył Odwołujący w ramach Dowodu nr 33 było adekwatne do podniesionych przez Asseco wątpliwości z Odwołania dotyczących wklejenia podpisu, które Zamawiający przywołał wzywając do wyjaśnień. Odwołujący był też gotów do złożenia dalszych, dodatkowych wyjaśnień.

Odwołujący zarzuca, że prawidłowym i zgodnym z Pzp2004 działaniem Zamawiającego powinno być wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia lub uzupełnienia przed wykluczeniem, zwłaszcza po podjęciu informacji o zagubieniu oryginału z jednoczesnym potwierdzeniem autentyczności kopii i własnoręcznego podpisu, jak również wykonania skanu przez Wystawcę - B. D. - czego Zamawiający zaniechał.

Za szczególnie rażące Odwołujący uznaje fakt, że Zamawiający po uzyskaniu informacji o zaginięciu oryginału i po jednoczesnym uzyskaniu potwierdzenia autentyczności kopii przez Wystawcę (Dowód nr 33) rozpoczął - z pominięciem Odwołującego - niezwykle pogłębione i w istocie nadmiarowe badania Referencji nr 1, za pomocą ekspertów z zakresu informatyki śledczej. Dowodzi to wprost naruszenia Ustawy Pzp. To Odwołujący, będący w nośniku informacji co do przebiegu zdarzeń powinien otrzymać możliwość odpowiedzi na pozostające wątpliwości Zamawiającego. Jakże one są, zwłaszcza w kontekście Dowodu nr 33? Do dziś nie wiadomo. Zamawiający nie dysponował źródłowym skanem podpisanego dokumentu, a więc w żaden sposób nie był uprawniony do kwestionowania autentyczności podpisu osoby składającej oświadczenie w postaci listu referencyjnego.

Odwołujący o zaangażowaniu zewnętrznych ekspertów dowiedział się z prasy (artykuł w Pulsie Biznesu z dnia 19.01.2022 r.), w wyniku czego wystąpił do Zamawiającego o przekazanie tych Ekspertyz i otrzymał je w dniu 7.02.2022r.

Dowód 10: artykuł z Pulsu Biznesu z dnia 19.01.2022 r.

Dowód 11: pismo Zamawiającego z dnia 7.02.2022 r. - udostępnienie Ekspertyz Odwołującemu

Dowód 12: Ekspertyza PTI z dnia 11.01.2022 zamówiona przez Zamawiającego

Dowód 13: Ekspertyza nr 8127/21 wykonana przez „mediarecovery” z dnia 18.01.2022 zamówiona przez Zamawiającego

Zgromadzone przez Zamawiającego ekspertyzy nie dały żadnego rozstrzygnięcia co do zarzutu „wklejenia” podpisu. Nie dały, gdyż dać nie mogły - z uwagi na brak materiału porównawczego w postaci pliku źródłowego (o czym niżej). Wypada odnotować, że jedna z ekspertyz (Mediaecover) wskazuje, iż „przed wydrukowaniem dokument mógł być modyfikowany” [a nie że został zmodyfikowany - przyp. Odwołującego], przy czym eksperci

nie znajdują podstaw do stwierdzenia jakie zmiany i kiedy były dokonywane, ani przez kogo, choć zauważają fakt, iż „została usunięta z niego [dokumentu] jedynie ostatnia strona”. Z kolei druga ekspertyza (PTI) wskazuje, że „Dokument „1 Referencja CAE tajemnica przedsiębiorstwa-sig.pdf” z dużym prawdopodobieństwem stanowi skan dokumentu papierowego”.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nigdy nie zadał Odwołującemu pytania odnośnie tego, czy podpis B. D. został „wklejony” i przez kogo. Innymi słowy nie wezwał do wyjaśnienia zagadnień, choćby takich, jakie zlecił do wyjaśnienia Ekspertom zewnętrznym (PTI i Mediarecovery). Ponadto Zamawiający nigdy nie próbował nawet porównać treści dokumentu zeskanowanego, który został wysłany mailem przez osobę podpisującą, z treścią dokumentu złożonego do oferty. Próby tej nie podjął, gdyż zaniechał dostatecznego wyjaśnienia sprawy, w wyniku czego zignorował istnienie i wygląd skanu źródłowego.

- Po drugie - Zamawiający po raz pierwszy w uzasadnieniu wykluczenia, tj. dopiero

w dniu 02.02.2022r. ujawnił Odwołującemu, iż złożone przez niego wyjaśnienia w styczniu 2021 budzą jakiegokolwiek wątpliwości:

„Także wyjaśnienia wówczas [w styczniu 2021 roku] złożone co do sposobu sporządzenia dokumentu budzą wątpliwości. ”

Przedmiotowe wyjaśnienia Odwołujący złożył w dniu 27.01.2021 w wyniku wezwania Zamawiającego, skierowanego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp2004 - pismem z dnia 22.01.2021r. Informacja o tym, że udzielone wówczas wyjaśnienia budzą wątpliwości - stanowi novum dla Odwołującego.

Odwołujący wskazuje, że uzasadnienie zawarte w informacji o wykluczeniu wykonawcy nie jest dokumentem, z którego wykonawca powinien - zgodnie z Pzp2004 - dowiadywać się o takim fakcie. Tym bardziej, że jest on tylko wzmiankowany - i nawet z lektury uzasadnienia informacji o wykluczeniu, nie sposób dowiedzieć się jakie były podstawy wątpliwości Zamawiającego oraz jakie wątpliwości podjął co do złożonych w styczniu 2021 wyjaśnień. Odwołujący nigdy nie został poinformowany co do tych wątpliwości i prostu nie wie jakie Zamawiający ma na myśli.

Zwraca przy tym uwagę, że od czasu złożenia jedynych wyjaśnień, o jakie Odwołujący został wezwany w zakresie Referencji nr 1, do dnia wykluczenia minął ponad rok. Przez blisko rok nic w tej sprawie się nie działo. Następnie po niemal roku Zamawiający - bazując na Odwołaniu Asseco i wskazanych w nim zarzutach/wątpliwościach/sugestiach - zażądał „oryginału”, zaś w uzasadnieniu wykluczenia stwierdził, że styczniowe wyjaśnienia Odwołującego są również wątpliwe.

Odwołujący podniósł, że gdyby Zamawiający przed wykluczeniem w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp2004:

1) sprecyzował wątpliwości co do złożonych w styczniu 2021 roku wyjaśnień odnośnie sporządzenia Referencji nr 1 i wezwał Odwołującego do ich wyjaśnienia

2) wezwał do Odwołującego do wyjaśnienia kwestii, które go nadal nurtowały - o jakie zapytał choćby zewnętrznych Ekspertów

w łatwy sposób zostałyby one wyjaśnione.

W łatwy dlatego, że w istocie całość sprawy sprowadza się do „wymyślnego” (podanego jedynie na zasadzie spekulacji i sugestii) przez Asseco w Odwołaniu zarzutu wklejenia podpisu własnoręcznego B. D. do Referencji nr 1, w tym wklejonego poza wiedzą B. D. - wygenerowanego przez Asseco jako pochodna sytuacji dotyczącej referencji nr 2, 3 i 4. Asseco nigdy nie przedstawiło cienia dowodu dla którego podniosło tak ciężkie zarzuty! Pojawia się pytanie jakim prawem i na jakiej podstawie Asseco ów zarzut podniosło? Czy miało jakiś dowód? Z czym porównało skan złożony w ofercie? Czy porównało treść dokumentu wysłanego przez osobę podpisującą z treścią złożonego dokumentu w postępowaniu? Same spekulacje dowodem nie są, a wywodzenie wątpliwości w oparciu o domniemane analogie powinno na końcu zostać poddane przez Zamawiającego krytycznej analizie. Tym bardziej, że sytuacje na gruncie dwóch grup referencji, o jakie Zamawiający pytał w styczniu 2021 - w ogólnie nie pozwalały na ich analogiczne potraktowanie:

- referencja nr 1 była podpisana w oryginale własnoręcznie, nie obejmowało jej wezwanie do uzupełnienia ze stycznia 2021, podpis nie umożliwił jego kopiowania, nie był też wklejony,

- Referencje nr 2, 3 i 4: nie były wytworzone w oryginale w postaci pisemnej, miały postać elektroniczną z wklejonym obrazem podpisu - co było widoczne, wklejony obraz umożliwił kopiowanie podpisu.

Nawet w sytuacji zagubienia oryginału, tj. dokumentu w formie pisemnej - brak jest jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego prawdziwość zarzutu Asseco. Co więcej Zamawiający zignorował przedstawione przez Odwołującego potwierdzenie autentyczności kopii wystawione przez Wystawcę.

Błąd co przedmiotu badania zleconego Ekspertom zewnętrznym i błąd co do metody zleconej przez ZUS

Zamawiający zamiast zwrócić się o dodatkowe wyjaśnienie do Odwołującego lub do Wystawcy referencji - Comarch Middle East - zwrócił się do zewnętrznych ekspertów, przedstawiając im do badania znajdującą się w ofercie kopię skanu Referencji nr 1. Przedstawił tylko ten jeden dokument, gdyż tylko jednym dysponował, a fakt że tak się stało

- wynika z zarzucanego zaniechania. Zamawiający zapomniał lub pominął bowiem fakt, że istnieje plik źródłowy dokumentu złożonego w ofercie - a mianowicie skan (oryginału), wytworzony przez B. D. i przesłany pocztą elektroniczną przez niego do P. S. To ten skan źródłowy został następnie zapisany na dysku P. S. pod finalną nazwą „1 Referencja CAE tajemnica przedsiębiorstwa.pdf,, i złożony w ofercie (złożono zatem kopię skanu źródłowego).

Zamawiający był informowany przez Odwołującego o istnieniu tego skanu źródłowego dwukrotnie:

- raz w wyjaśnieniach z 27.01.2021 - „został wykorzystany skaner z funkcją rozpoznawania tekstu (OCR)”

- drugi raz w wyjaśnieniach z 19.11.2021 - Dowód 33 „(...) - podpisałem dokument własnoręcznie i go zeskanowałem, (-) mogę potwierdzić powyższe jako świadek”. Oświadczenie to złożył wystawca referencji B. D..

Dowód 14: wyjaśnienia Comarch z dnia 27.01.2021

Dowód 9: Dowód 33 - z wyjaśnień z dnia 19.11.2021

Skoro Zamawiający wiedział o tych okolicznościach - winien zażądać wyjaśnienia tej kwestii w oparciu o ten właśnie skan źródłowy - czego nie uczynił. Tym samym uczynił przedmiotem badania nie ten dokument co trzeba. Dlatego, że istnienie, czy też fakt „wklejenia” podpisu winno być stwierdzone przede wszystkim w oparciu o dokument elektroniczny PDF (skan) inicjalny dla całej operacji, tj. wysłany przez B. D. - Wystawcy referencji do P. S..

Jeżeli dokument ten zawiera podpis - nie może być mowy o jego „wklejeniu”, tym bardziej przez osobę nieupoważnioną, co zarzucało Asseco, poza wiedzą i zgodą wystawcy referencji.

Jak wyżej wskazano Zamawiający zamiast tego zastosował § 15 Rozporządzenia, a następnie - zaniechał dalszych wezwań do wyjaśnień wobec Odwołującego. Mógł się o nie zwrócić na każdym etapie. W efekcie Ekspersi badali nie ten dokument, co trzeba: badali bowiem kopię wytworzoną w celu złożenia oferty.

Ponadto brak wezwania o wyjaśnienie spowodował, iż Zamawiający pozbawił się materiału porównawczego. W rzeczywistości cyfrowej dokument w formie pisemnej nie jest jedynym źródłem potwierdzenia autentyczności podpisu złożonego w zwykłej formie pisemnej, która została następnie przekształcona w formę cyfrową - skan. Istnieje przecież skan pierwotny, który do dziś znajduje się w skrzynce nadawczej Outlook B. D. i w skrzynce odbiorczej - P. S. w postaci takiej, w jakiej został wytworzony przez wystawcę referencji i wysłany. Skan ten znajduje się w korespondencji mailowej w/w osób z dnia 16 grudnia 2020 roku.

Odnosząc się do błędu w metodzie zleconej przez ZUS Odwołujący wskazuje, że zlecenia

te i zadane przez ZUS pytania wymagały wydania opinii „w oparciu o metadane pliku za pomocą narzędzi informatyki śledczej”. Bez materiału porównawczego takie zlecenie do niczego nie prowadzi. Stąd analizy zlecone przez Zamawiającego w oparciu o jeden obraz jednego dokumentu (pdf) są nieprzydatne i przede wszystkim niewiarygodne. Wyciągnięcie wiarygodnych wniosków co do wklejenia podpisu w oparciu o badanie cech jednego pliku jest niemożliwe również jeszcze z jednego powodu. Plik ten nie mówi nic o swym źródle - ani cyfrowym (skan źródłowym), ani papierowym. Różnica w nazwach pdf nie ma znaczenia dla obrazu dokumentu, można go zapisywać pod różnymi nazwami setki razy - obraz będzie ten sam. Plik pdf złożony w ofercie, został utworzony specjalnie w celu złożenia oferty, z nadaną mu nazwą (w postaci numeru 1 oraz wskazaniem w nazwie pliku że zawiera tajemnice przedsiębiorstwa). Było to widoczne dla Zamawiającego - gdyż w taki sam sposób zapisano wszystkie pozostałe 7 referencji złożonych w ofercie, tj. opatrując je kolejnymi numerami, będącymi odpowiednikami pozycji Wykazu usług z dodaniem w nazwach plików informacji o tajemnicy przedsiębiorstwa. Brak materiału porównawczego - którym nie musiał być wyłącznie oryginał w formie pisemnej, a na potrzeby badania informatycznego wręcz nie mógł nim być - przesądził o braku możliwości wydania wiążących wniosków ekspertów i o ich nieprzydatności. W rezultacie wszystkie wnioski wyciągnięte przez Ekspertów zewnętrznych na podstawie jednego pliku znajdującego się w ofercie pn. „1 Referencja CAE tajemnica przedsiębiorstwa.pdf” - kopii utworzonej przez P. S., na której znajduje się jego podpis kwalifikowany i jego metadane jako autora zapisanej kopii - są po prostu bezwartościowe.

Tymczasem ustalenie czy podpis został wklejony, czy też nie - było i jest możliwe w oparciu o skan źródłowy PDF, załączony do wiadomości od osoby, która ów dokument zeskanowała (B. D.) i przesała do P. S. Nadto skan źródłowym dowodzi wprost istnienia oryginału (dokumentu pisemnego), który zaginął. Nie mnie jednak okoliczność zaginięcia oryginału pisemnego dla rozwiania wątpliwości co do wklejenia podpisu została przez Zamawiającego niewłaściwie zakwalifikowana oraz błędnie zinterpretowana (o czym w odrębnym zarzucie dot. § 15 Rozporządzenia).

Odwolujący wskazuje ponadto, że porównanie wyglądu dokumentów PDF załączonych do obydwu wiadomości z dnia 16.12.2020 (wysłanej przez B. D. do P. S. i odebranej przez P. S. od B. D.) dowodzi tego, że pomiędzy skanem z poczty wysłanej (B. D.), a skanem znajdującym się w elementach odebranych P. S. nie ma żadnej różnicy. Ani w wyglądzie, ani we właściwościach dokumentu (zał. 5 do aktów notarialnych). Podpis wraz z unikatową (po arabsku) pieczęcią widnieje w obydwu załącznikach obydwu wiadomości. Ponadto jest to ten sam, co potwierdzają metadane obydwu załączników PDF, które są identyczne.

Natomiast pliki te (PDF) różnią się w zakresie „właściwości dokumentu” PDF od pliku PDF złożonego w ofercie. Jest to naturalna i oczywista różnica - wynikająca z faktu, że pliki znajdujące się w poczcie elektronicznej to ten sam dokument, zaś plik PDF złożony w ofercie jest jego kolejnym zapisem. Należy podnieść w tym miejscu, iż „metadane” pliku - zaprezentowane w odwołaniu Asseco jako rzekomy dowód na jakąś manipulację - dotyczyły naturalnie pliku PDF będącego w ofercie, do którego Asseco miało dostęp, czyli pliku PDF autorstwa P. S. - zapisanej pod nową nazwą kopii skanu źródłowego. Tymczasem w Odwołaniu Asseco zestawilo bezpodstawnie metadane tego dokumentu z oświadczeniem Comarch (o skanerze z funkcją OCR) z wyjaśnień ze stycznia 2021r.

Powyższe zestawienie, bez pogłębionej analizy, mogło wprowadzić Zamawiającego w błąd. Podniesienie zarzutu odnośnie pliku PDF złożonego w ofercie (kopii skanu źródłowego) i zestawienie go z wyjaśnieniem Comarch ze stycznia 2021 - które traktowało przede wszystkim o dokumencie wytworzonym cyfrowo, a zatem o skanie źródłowym - mogło być mylące. Technologia wytworzenia (wykorzystanie skanu z funkcją OCR) dotyczyła bowiem innego dokumentu pdf. Nadto Asseco nadinterpretowało to wyjaśnienie zarzucając brak śladów wykorzystania funkcji OCR (zob: „funkcja OCR nie została w ogóle użyta (co nie oznacza, że pierwotny skaner nie posiadał funkcji OCR - mógł ją posiadać OCR, ale nie zastosowano jej wobec tego pliku”). To również wprowadzić mogło w błąd Zamawiającego. Należy podkreślić, że Odwołujący nigdy nie twierdził, że używał funkcji OCR. Funkcja OCR nigdy nie została wykorzystana dla wytworzenia skanu referencji. Odwołujący wyjaśnił tylko że urządzenie - skaner ma taką funkcję.

Dla uniknięcia wszelkich wątpliwości, Odwołujący podał, że Informacja o użyciu skanu OCR złożona przy wyjaśnieniach z 27 stycznia 2021 roku odnosiła się do skanu (technologii) wytworzenia dokumentu w postaci pisemnej - gdyż o technologię wytworzenia w takim przypadku pytał Zamawiający (zob:

„przy użyciu jakiej technologii umożliwiającej zaznaczenie i kopiowanie fragmentów tekstu i podpisu została wytworzona elektroniczna kopia referencji (dotyczy przypadku potwierdzenia, że referencje stanowią poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię dokumentów, które w oryginale zostały sporządzone w formie pisemnej i zawierają odręczne

podpisy osób upoważnionych do ich wystawienia)".

Dowód 15: wezwanie do wyjaśnienia z dnia 22.01.2022

Dowód 14: wyjaśnienie z dnia 27.01.2022

Odwołujący dokonał w celu wykazania poważnych faktów następujących czynności.

Po pierwsze - dokonał czynności notarialnej, polegającej na otwarciu w czasie rzeczywistym programu Outlook na komputerze B. D. (w Kancelarii Notarialnej w Krakowie) i na komputerze P. S. (Kancelaria Notarialna w Warszawie). Protokoły notarialne z tych czynności stanowią poniższy Dowody.

Dowód 16: Akt Notarialny z dnia 10.02.2022 Repertorium A nr 873/2022 Kancelaria Notarialna w Krakowie - protokół z otwarcia programu Outlook skrzynki elementy wysłane B.

D. - zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa

Dowód 17: Akt Notarialny z dnia 11.02.2022 Repertorium A nr 4448/2020 Kancelaria Notarialna w Warszawie - protokół z otwarcia programu Outlook skrzynki odbiorczej P. S. -

zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa

Z dowodów tych wynika w ocenie Odwołującego, że:

- Wiadomość znajdująca się w elementach wysłanych programu Outlook, zawierająca skan referencji (format PDF) została wysłana z poczty elektronicznej B. D. do P. S. w dniu 16.12.2020 o godz. 3:02 PM (czas ZEA - Dubaj),
- Wiadomość znajdująca się w „elementach odebranych” programu Outlook, zawierająca skan referencji (format PDF) została odebrana w programie pocztowym przez P. S. (od B. D.) w dniu 16.12.2020 o godz. 12:14 (czas polski),
- Obydwie wiadomości zawierają w załączeniu identyczną treść i mają identyczny

wygląd oraz właściwości dokumentu PDF,

- Podpis B. D. wraz z pieczęcią widnieje w tym dokumencie (format PDF) - zarówno w załączniku wysłany, jak i odebrany.

Odwołujący wyjaśnił, że różnica w czasie pomiędzy PL a ZEA wynosi +3 godziny.

Powyższe całkowicie wyklucza podejrzenie, że podpis został „wklejony” przez osobę nieuprawnioną, nie będącą B. D. oraz że został wklejony w ramach przygotowywania pliku docelowego do złożenia do oferty. W szczególności wyklucza, że podpis został wklejony przez P. S., który w takiej postaci skan źródłowy otrzymał od B. D. - z podpisem i pieczęcią B. D.

Co więcej - porównanie w/w dokumentu PDF (skanu źródłowego zawartego w w/w wiadomościach email) z kopią tego skanu znajdującą się w ofercie dowodzi, że co do wyglądu i treści są takie same dokumenty PDF, a nade wszystko że kwestionowany podpis znajduje się (wraz z unikatową pieczęcią) na każdym z nich. Dokument Złożony w ofercie jest dodatkowo opatrzony podpisem kwalifikowanym P. S., co nie występuje oczywiście w skanie źródłowym.

Do takich wniosków prowadzi operacja porównania wyglądu:

- 1) Załącznika nr 4 do Aktu Notarialnego Rep A nr 873/2022 z otwarcia poczty B. D.
- 2) Załącznika nr 4 do Aktu Notarialnego Rep. A Nr 4448/2022 z otwarcia poczty P. S.
- 3) Pliku znajdującego się w ofercie pn. 1 Referencja CAE tajemnica przedsiębiorstwa.pdf

W tym miejscu w odwołaniu wklejone obrazy 3 ww. dokumentów.

Po drugie - zebrał oświadczenia obrazujące sposób wytworzenia dokumentów przez osoby w tym uczestniczące.

Odwołujący ponadto wskazuje, że Zamawiający zaniechał dokonania czynności w postaci wezwania Odwołującego do wyjaśnień lub uzupełnień odnośnie sposobu wytworzenia Referencji nr 1. Żądanie przedstawienia oryginału dokumentu Referencji 1 nie mogło uczynić zadość obowiązkom Zamawiającego w tym zakresie. Gdyby Zamawiający to uczynił, a nie tylko zapytał w styczniu 2021 tylko o formę (pisemna czy elektroniczna) i technologię wytworzenia Referencji 1 - miałby pełną widzę na temat kolejności czynności wytworzenia cyfrowego odwzorowania Referencji 1 i pełnych okoliczności sprawy, co miałby znaczenie dla oceny oferty Odwołującego w omawianym zakresie.

Dokument oryginalny w formie pisemnej własnoręcznie podpisał B. D. w Dubaju w dniu

16.12.2022, przy czym po podpisaniu wykonał skan za pomocą urządzenia wielofunkcyjnego, które ma funkcję z rozpoznawania tekstu OCR (optical character recognition), zapisał i przesłał wiadomość pocztą email na adres P. S. Szczegółowy opis postępowania zawiera poniższe oświadczenie B. D.. Należy zaznaczyć, że te podstawowe fakty te były już potwierdzone przez Wystawcę referencji i znajdowały się w posiadaniu Zamawiającego przed wykluczeniem (Dowód 33). Załączone oświadczenie jedynie uszczegóławia.

Dowód 18: oświadczenie B. D. odnośnie postępowania przy sporządzaniu Referencji nr 1 z dnia 14.02.2022r. - zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa

Z kolei P. S. otrzymany pocztą elektroniczną w dniu 16.12.2020 skan dokumentu zapisał na swoim komputerze - najpierw w celach porządkowych, nadając numer, potem zmienił nazwę w celu usunięcia nazwy klienta końcowego, która widniała na oryginalnej nazwie pliku, nadanej przez B. D., a która objęta jest tajemnicą przedsiębiorstwa. Skan pierwotny obejmował dwie strony, jedna była zapisana treścią, druga była pusta. W celu eliminacji pustej strony (ostatniej) przed opatrzeniem pliku podpisem kwalifikowanym P. S. zrobił jego kopię - używając funkcji Microsoft Print to PDF i zapisał stronę tylko z treścią referencji pod nową nazwą, a następnie opatrzył podpisem kwalifikowanym. Nigdy nie zmienił treści otrzymanego skanu, nie wkleił też podpisu B. D., którego podpis widniał na otrzymanym skanie w dniu 16.12.2020. Powyższe potwierdza oświadczenie P. S. wskazane poniżej. Dowód 19: oświadczenie P. S. odnośnie sposobu postępowania przy sporządzaniu Referencji nr 1 z dnia 14.02.2022 - zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa

Po trzecie - Odwołujący podniósł, że nie zachodzi też żadna wątpliwość co tożsamości osoby, która złożyła podpis na dokumencie referencji z dnia 12.12.2020 - jest nią B. D. Zamawiający nigdy nie zwrócił się do Odwołującego z pytaniem o te kwestie - pomimo że Asseco w Odwołaniu podnosiło, iż podpis został wklejony poza wiedzą B. D. Gdyby Zamawiający o takie wyjaśnienie się zwrócił - otrzymałby materiał umożliwiający potwierdzenie tego faktu, choćby w niżej opisanej postaci.

B. D. złożył dwa wzory podpisów poświadczane notarialnie (materiał dowodowy) - Akty Notarialne z dnia 7.02.2022 Rep A nr 791/2022 i Rep A nr 792/2022, w oparciu o które grafolog mgr J. B. - ekspert z zakresu badań pisma ręcznego i dokumentów, biegły Sądu Okręgowego w Warszawie w opinii z dnia 11.02.2022r. potwierdził, że podpisy złożone na notarialnych poświadczeniach podpisu B. D. oraz na dokumentach (materiał porównawczy): list referencyjnych z dnia 12.12.2020 (będący referencją nr 1), List referencyjny z 25.01.2021 (Dowód nr 34 przy Wyjaśnieniach z dnia 19.11.2021) oraz o oświadczenie B. D. z dnia 02.11.2021 (Dowód nr 33 przy Wyjaśnieniach z dnia 19.11.2021) zostały nakreślone przez tę samą osobę.

Zamawiający zaniechał wyjaśnienia tej kwestii i nie wezwał Odwołującego do wyjaśnień - co stanowi o naruszeniu art. 26 ust. 3 i 4 Pzp2004.

Dowód 20: wzór podpisu B. D. Rep A nr 791/2022

Dowód 21: wzór podpisu B. D. i Rep A nr 792/2022

Wreszcie Odwołujący wskazuje, że w związku z zaniechaniem wezwania go do wyjaśnień przez Zamawiającego - jako podmiotu dysponującego skanem źródłowym Referencji nr 1, pochodzącym z poczty elektronicznej (nazwa pliku - w opinii - zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa) B. D. i P. S., którym nie dysponuje Zamawiający - Zamawiający nie pozwolił na wyjaśnienie kwestii wklejenia podpisu z uwzględnieniem tego pliku.

Po czwarte - Odwołujący w oparciu o plik źródłowy (z poczty elektronicznej B. D. i P. S.) zlecił wykonanie badania, w wyniku którego otrzymał ekspertyzę - wykonaną w dniu 11.02.2022r. przez prof. dr hab. E. G. - eksperta w dziedzinie badań dokumentów, z katedry Kryminalistyki Uniwersytetu Warszawskiego.

Opinia ta została sporządzona odnośnie materiału kwestionowanego - Referencji z 12.12.2020 podpisanej w imieniu Comarch Middle East FZ-LLC przez B. D. w wersji bez (dokument pochodzący z w/w poczty elektronicznej) i z podpisem kwalifikowanym P. S. (dokument złożony w ofercie), w oparciu o materiał porównawczy w postaci w/w 2 wzorów podpisów poświadczonych notarialnie, listu referencyjnego z dnia 25.01.2021 podpisanego w imieniu Comarch Middle East FZ-LLC przez B. D. [Dowód nr 34 przy Wyjaśnieniach z dnia 19.11.2022], oświadczenia B. D. z 02.11.2021 o własnoręcznym podpisaniu dokumentu kwestionowanego, oświadczenia B. D. z 02.11.2021 „znana jest mi treść wymagania SIWZ...” [Dowód nr 33 przy Wyjaśnieniach z dnia 19.11.2022], oraz 60 próbek własnoręcznego podpisu B. D., złożonych na żądanie.

Odwołujący wskazał, że ekspertyza ta potwierdza:

- 1) Pliki „1 Referencja CAE tajemnica przedsiębiorstwa-sig.pdf” i [pochodzący z poczty elektronicznej - nazwa pliku w opinii - zawiera tajemnice przedsiębiorstwa] są tożsame, jednorodne, są kopiami tego samego dokumentu źródłowego i jeden jest kopią drugiego;
- 2) Podpis na dokumencie „1 Referencja CAE tajemnica przedsiębiorstwa-sig.pdf” oraz w dokumencie [pochodzącym z poczty elektronicznej - nazwa pliku w opinii - zawiera tajemnice przedsiębiorstwa] nie został z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością naniesiony inną metodą, jak bezpośrednie nakreślenie na wydruku treści dokumentu;
- 3) Podpis znajdujący się w pliku [pochodzącym z poczty elektronicznej - nazwa pliku w opinii - zawiera tajemnice przedsiębiorstwa] i pliku „1 Referencja CAE tajemnica przedsiębiorstwa-sig.pdf” należy do tej samej osoby i został nakreślony z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością przez B. D.

Dowód 22: opinia z dnia 11.02.2022r. prof. dr hab. E. G. - eksperta w dziedzinie badań dokumentów - zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa

Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania

Odwołującego do złożenia wyjaśnień, czym naruszył art. 26 ust. 3 i 4 Pzp2004, pozbawiając tym samym Odwołującego możliwości wyjaśnienia kwestii spornych w oparciu o materiał i wiedzę dostępną Odwołującemu, w szczególności w oparciu materiał będący skanem źródłowym dla wytworzenia dokumentu z oferty (co narusza art. 7 ust. 1 Pzp2004). Jednocześnie w wyniku zarzucanego bezprawnego zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień Zamawiający pozbawił się możliwości podjęcia pełnej wiedzy o okolicznościach wytworzenia Referencji nr 1. Przedłożone wyżej dowody wykluczają bowiem możliwość „wklejenia” podpisu, w tym wklejenia podpisu przez osobę nieuprawnioną. Zamawiający bezpodstawnie zatem uznał, że zachodzą wątpliwości odnośnie prawdziwości dokumentu, mimo wyjaśnień złożonych przez Odwołującego się w wyjaśnieniach z 19.11.2021.

Zarzut 5

- naruszenia § 2 ust. 6 Rozporządzenia ws. dokumentów - poprzez zaniechanie jego zastosowania oraz naruszenia tego przepisu, jak i art. 26 ust. 3 i 4 Pzp2004 - przez brak uwzględnienia złożonych z własnej Odwołującego wyjaśnień objętych Dowodem nr 33 i nieuwzględnienie złożonego listu referencyjnego z dnia 25.01.2021 (Dowód nr 34)

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, pomimo że w ocenie Odwołującego:

- w aktach postępowania znajduje się potwierdzenie autentyczności kopii Referencji nr 1 złożonej w ofercie przez jej wystawcę, w tym potwierdzenie własnoręcznie złożonego podpisu (Dowód nr 33 przy Wyjaśnieniach z 19.11.2021),
- w aktach postępowania znajduje się oryginał potwierdzający te same okoliczności jak kopia z Referencji nr 1 znajdująca się w ofercie (Dowód nr 34 przy Wyjaśnieniach z 19.11.2021).

Dlaczego zatem Odwołujący został wykluczony? Wątpliwości co do rzekomego wklejenia podpisu B. D. zostały przecież rozwiane (w sposób dopuszczony prawem - na gruncie art. § 2 ust. 6 Rozporządzenia) - oświadczeniem wystawcy referencji. Ponadto oryginał referencji z dnia 25.01.2021 (który stanowi potwierdzenie tych samych okoliczności) potwierdza należyte wykonanie zamówienia z poz. 1 Wykazu usług, ma tego samego wystawcę (Comarch Middle East) i osobę potwierdzającą realizację w imieniu wystawcy (B. D.) oraz taką samą treść. Jest to tylko oryginał z innego dnia, tj. 25.01.2021 niż kopia z oferty. Odwołujący postawił pytanie, czy podczas prawidłowo przeprowadzonej oceny oferty można pomijać dokumenty złożone przez Odwołującego w ramach samo uzupełnienia. Czy taki oryginał nie rozwiewa wątpliwości co do podpisu? Czy co do tego, że istniał oryginał o takiej samej treści podpisany przez B. D. z datą wcześniejszą? Dlaczego Zamawiający ma nie przyjąć oryginału z 25.01.2021 - na potrzeby rozwiania wątpliwości, jak i na potrzebę potwierdzenia należytego wykonania zamówienia. Wszak nie doszło do złożenia w postępowaniu informacji nieprawdziwej, a tylko taka sytuacja uzasadniałaby brak możliwości uzupełnienia dokumentu. Odmowa uwzględnienia Dowodu 34 oznacza, że Zamawiający uznał, że B. D. pomimo że w dniu 25.01.2021 sporządził i podpisał własnoręcznie dokument o identycznej treści jak ten z 12.12.2020 - to nie podpisałby dokumentu o tej samej treści w dniu 12.12.2020. Takiej tezy utrzymać nie sposób. Przeczy ona zasadom logiki i doświadczenia życiowego. Ponadto nic nie stoi na przeszkodzie by oryginałów takiego dokumentu potwierdzającego było kilka, zarówno z tego samego dnia, jak i z innych. O ile potwierdzają taką samą okoliczność mają identyczną treść i osobę wystawiającą - cel przepisów składania podmiotowych środków dowodów jest osiągnięty, a posłużenie się takim oryginałem nie łamie prawa. Co więcej - żadnego przepisu nie łamie również fakt zgubienia oryginału z oferty! Zgubienie oryginału z 12.12.2021 nie ma wobec potwierdzenia autentyczności kopii żadnego znaczenia. Z kolei odmowa uwzględnienia potwierdzenia autentyczności kopii przez Wystawcę - jest w ogóle niezrozumiała i nie może się ostać - narusza bowiem wprost § 2 ust. 6 Rozporządzenia oraz art. 26 ust. 3 i 4 Pzp2004.

Odwołujący mając powyższe na uwadze zarzuca, że Zamawiający nie zastosował § 2 ust. 6 Rozporządzenia ws. dokumentów - zgodnie z którym „Jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie”. Takie wezwanie nigdy nie zostało do wystawcy referencji (Comarch Middle East) wystosowane. Tymczasem jest to przepis, który w ocenie Odwołującego wprost znajduje zastosowanie w sprawie.

Jednocześnie Odwołujący zarzucił brak uwzględnienia złożonych z własnej inicjatywy oświadczeń Wystawcy referencji (Dowodu 33 i 34 przy Wyjaśnieniach z dnia 19.11.2021). Ich złożenie przez Odwołującego realizowało cel przepisów odpowiednio odnośnie wyjaśnień i dodatkowych dokumentów o których mowa w § 2 ust. 6 Rozporządzenia, jak i wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 oraz uzupełnień z art. 26 ust. 3 Pzp2004.

Dokumenty wyjaśnienia składane z własnej inicjatywy wykonawcy, realizujące dyspozycję art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. winny zostać uwzględnione przez Zamawiającego i poddane badaniu i ocenie (Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 29 kwietnia 2009 r., XIX Ga 162/10, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2010 r., KIO 1551/10, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 czerwca 2011 r., KIO 1169/11, Wyrok Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2011 r., KIO 1654/11, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.08.2017r., KIO 1597/17). To samo dotyczy wyjaśnienia i poświadczenia autentyczności kopii przez podmiot - wystawcę referencji i jego złożenia Zamawiającemu przez wykonawcę: jego złożenie bez wezwania również realizuje dyspozycję § 2 ust. 6 Rozporządzenia i nie ma przeszkód prawnych by nie zastało uwzględnione. Znamienne przy tym jest, że Odwołujący nie ma żadnej wiedzy o przyczynach nieuznania Dowodu 33 i 34 - uzasadnienie wykluczenia milczy na ten temat.

Odwołujący podał, że do dnia wykluczenia, nie zachodziły ani faktyczne, ani prawne przeciwności, które uniemożliwiłyby uwzględnienie przez Zamawiającego Dowodu 33 i 34. Faktyczne nie zachodziły dlatego, że Zamawiający nigdy nie wezwał do wyjaśnienia odnośnie kwestii wynikających z Odwołania Asseco, w tym rzekomego „wklejenia” podpisu B. D., ani w trybie art. 26 ust. 4 Pzp2004 (nie wezwał Odwołującego), ani w trybie § 2 ust. 6 Rozporządzenia (nie wezwał wystawcy referencji). Odwołujący nigdy też nie był wzywany do uzupełnienia Referencji nr 1 na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp2004.

Nie zachodziły też zdaniem Odwołującego przeciwności prawne. Wystawca referencji potwierdził autentyczność kopii złożonej w ofercie (Dowód 33 przy Wyjaśnieniach z 19.11.2021), potwierdził fakt złożenia własnoręcznego podpisu. Nie zachodzi zatem opisywana w w/w orzecznictwie sytuacja „zastępowania informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą w efekcie jej uzupełnienia”. W ogóle nie doszło do złożenia takich informacji nieprawdziwych - co wynika właśnie z Dowodu 33. Zamawiający odmówił jego

uwzględnienia (zignorował go) - co było działaniem bezprawnym. Nie mógł bowiem odmówić jego uznania z uwagi na złożenie informacji nieprawdziwej właśnie ten dokument (Dowód 33) złożenie nieprawdziwej obala.

Po raz kolejny podniósł Odwołujący, że treść Referencji 1 oraz treść referencji wystawionych 25 stycznia 2021 roku oraz treść dokumentu załączona do potwierdzenia czynności przez Pana B. D. jest tożsama, a co za tym idzie o jakiegokolwiek ingerencji w treść dokumentu nie można mówić. Czy dokument wysłany do ZUS w ofercie ma inną treść od tego, który wysłał B. D. mailem do P. S.? Nie - tak twierdzi Odwołujący. Jaki byłby zatem sens manipulowania w jego treści czy wprowadzania w błąd?

## Zarzut 6

- naruszenia § 15 Rozporządzenia ws. dokumentów - przez jego błędną wykładnię

W zakresie błędnej wykładni § 15 Rozporządzenia Odwołujący podał, że „Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w rozporządzeniu, wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości”.

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia podał:

„Rozporządzenie o dokumentach w §15 wprost nadało Zamawiającemu uprawnienie do żądania złożenia oryginałów dokumentów, w tym dokumentów podmiotowych w przypadku powzięcia wątpliwości w zakresie ich prawdziwości. Ustawodawca zatem określił w jaki sposób Zamawiający powinien rozstrzygnąć wątpliwości w przypadku wątpliwości co do prawdziwości dokumentów.

I dalej:

„Zamawiający uznał, że w oparciu o cytowane powyżej orzecznictwo dot. braku możliwości uzupełnienia dokumentów w okolicznościach zaistnienia przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp brak jest prawnej możliwości zastąpienia innym dokumentem dokumentu, którego prawdziwość nie została przez Wykonawcę wykazana w sposób przewidziany ustawą Pzp w zw. z treścią § 15 Rozporządzenia o dokumentach”.

Z powyższego wynika w ocenie Odwołującego, że Zamawiający uznał, że rozstrzygnięcie wątpliwości co do prawdziwości kopii dokumentu możliwe jest wyłącznie w oparciu o przedłożony oryginał i tylko takie jest skuteczne. Odwołujący zarzucił, że taka wykładania w/w przepisu jest błędna. Przepis ten określa - w drodze wyjątku kiedy Zamawiający może żądać oryginałów od wykonawcy. Otóż wyłącznie w 2 sytuacjach (nieczytelności kopii lub wątpliwości co do prawdziwości kopii). Innymi słowy poza tymi przypadkami Zamawiający wezwać wykonawcę o oryginał nie może. Nie może żądać w innym przypadku, lub bez powodu. Nie oznacza to jednak, że Pzp i Rozporządzenie ogranicza możliwości dowodowe Wykonawcy w tym zakresie. Z § 15 Rozporządzenia nie można wywieść zakazu dla wykonawcy innego sposobu dowodzenia wiarygodności kopii, ani zakazu żądania przez Zamawiającego wyjaśnień i innych dowodów na uwiarygodnienie, niż oryginał.

Podstawowym sposobem uwiarygodnienia jest przecież potwierdzenie autentyczności przez wystawcę dokumentu. Powyższe potwierdza wyrok KIO 3066/20. W stanie faktycznym sprawy Zamawiający powziął wątpliwość co do prawdziwości kopii złożonej opinii bankowej, ponieważ w dacie jej wystawienia nazwa banku/oddziału która widniała na dokumencie była inna. Zamawiający wezwał Wykonawcę w trybie § 15 Rozporządzenia do przedłożenia oryginału, a ten stwierdził, że nim nie dysponuje (że bank mu go tylko okazał). Zamawiający zwrócił się do Banku o potwierdzenie autentyczności kopii. Bank po weryfikacji nie potwierdził jej autentyczności. W w/w sprawie to co przesądziło o wykluczeniu Wykonawcy była właśnie odmowa potwierdzenia autentyczności kopii opinii przez jej wystawcę - Bank. Powyższe dowodzi dopuszczalności rozstrzygania o wątpliwościach dotyczących prawdziwości kopii również innymi sposobami niż wezwanie wykonawcy o oryginał w trybie § 15 Rozporządzenia. Wezwanie to, nawet jeżeli wykonawca mu uchybił - wcale nie kończy sprawy i pozwala Zamawiającemu na rozstrzygnięcie wątpliwości w inny sposób. W tym wprost zwrócić się przez Zamawiającego o potwierdzenie autentyczności bezpośrednio do wystawcy dokumentu.

Odwołujący wywodził, że w niniejszej sprawie sytuacja faktyczna jest zgoła odmienna: osoba podpisująca referencje B. D. - potwierdził fakt jej własnoręcznego podpisania (Dowód 33). Prowadzi to do wniosku, że Zamawiający winien uwzględnić to potwierdzenie - a zatem rozstrzygnąć wątpliwości na korzyść Odwołującego i dość do wniosku, że zostały one

skutecznie rozwiane. W konsekwencji odpadłaby podstawa wykluczenia Odwołującego z postępowania. Jednocześnie Odwołujący zwraca uwagę na niekonsekwencję Zamawiającego. W uzasadnieniu wykluczenia zaprezentował on pogląd o wyłącznej możliwości rozwiania wątpliwości co do prawdziwości kopii za pomocą oryginału. Jednocześnie jednak Zamawiający już po złożeniu przez Odwołującego Wyjaśnień z 19.11.2021 skorzystał z innych sposobów zbadania tej wiarygodności - zwrócił się bowiem do ekspertów zewnętrznych, w celu ustalenia sposobu wytworzenia Referencji nr 1, w tym sposobu złożenia podpisu (przy jednoczesnym niedysponowaniu plikiem źródłowym).

W zamówionych ekspertyzach Zakład akcentował właśnie kwestię „wklejenia podpisu” (w opinii PTI czytamy w opisie zlecenia: „Szczególnie istotne są zmiany polegające na zamieszczeniu („wklejeniu”) podpisów pod dokumentami”) - co dowodzi, iż wprost Zamawiający poszukiwał potwierdzenia tego zarzutu Asseco, niezależnie od badania czy istnienia „oryginału” (lub jego braku). Powyższe po pierwsze podważa stanowisko Zamawiającego podane w wykluczeniu. Sam Zamawiający nie postrzegał oryginału jako jedyne go sposobu rozwiania wątpliwości co do wiarygodności kopii - czego dowodzi właśnie fakt zlecenia obydwu ekspertyz. Po drugie - skoro Zamawiający dopuszczał inne sposoby wykazania autentyczności kopii niż oryginał - to nie jest zrozumiałe dlaczego nie uwzględnił potwierdzenia autentyczności przez Wystawcę referencji, doręczoną mu z własnej inicjatywy w ramach Wyjaśnień przez 1 Odwołującego (Dowód 33).

#### Zarzut 7

- naruszenia art. 24 ust 1 pkt. 16 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 15 Rozporządzenia ws. dokumentów i art. 7 ust. 1 Pzp2004 - poprzez uznanie, że oryginał o którym mowa w § 15 Rozporządzenia ws. dokumentów jest „dokumentem wymaganym” w rozumieniu art. 24 ust 1 pkt. 16 ustawy Pzp [brak spełniania przesłanki nieprzedłożenia dokumentu wymaganego]

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia powołał się na fakt braku przedłożenia przez odwołującego oryginału żadanego, żadanego w trybie § 15 Rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów: „Tym samym Wykonawca nie złożył dokumentu, który był objęty żądaniem Zamawiającego z dnia 3.11.2021 r”

Nadto Zamawiający uznał ów żądany oryginał za dokument „wymagany” w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. „Należy również uznać, że żądany dokument był dokumentem wymaganym, [podkreślenie Zamawiającego], o którym mowa w art. 24 ust. 16 ustawy Pzp”.

Zamawiający utożsamiał zatem „oryginał”, o którym mowa w § 15 Rozporządzenia z „dokumentem wymaganym”, o którym w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp2004. Jest to w ocenie Odwołującego podstawowy błąd Zamawiającego, będący jego oceną (uznaniem). Ocena ta jest z gruntu błędna i nie może się ostać.

Zamawiający wywiódł powyższe utożsamienie tych dwóch różnych pojęć „oryginału” i „dokumentu wymaganego”:

- po pierwsze z prawa „żądania przedłożenia oryginału” - w warunkach hipotezy § 15 Rozporządzenia, tj. w sytuacji gdy złożoną kopia dokumentu budzi wątpliwości co do jej prawdziwości.
- po drugie z uznania, że § 15 Rozporządzenia określa w jaki sposób Zamawiający powinien rozstrzygnąć wątpliwości w przypadku wątpliwości co do prawdziwości dokumentów i uznał to za sposób wyłączny. Wskazał, że „Ustawodawca zatem określił w jaki sposób Zamawiający powinien rozstrzygnąć wątpliwości w przypadku wątpliwości co do prawdziwości dokumentów.”.
- po trzecie z faktu niezaskarżenia przez Odwołującego żądania do przedłożenia tego oryginału.

Zamawiający podsumowując te trzy wątki stwierdził finalnie, że „Tym samym skoro dokument był wymagany przez Zamawiającego zgodnie z przepisami, a zasadność żądania miało oparcie w stanie faktycznym postępowania i skuteczne (niezaskarżone), to należy go uznać za „dokument wymagany” o którym mowa w ww. przepisie ustawy”.

Odwołujący zakwestionował powyższą ocenę z następujących powodów, odnosząc się do każdego z trzech w/w założeń (ocen) Zamawiającego.

Odnosnie pierwszej kwestii - Odwołujący zarzucił, że Zamawiający pomylił dokument

(wymagany) z jego formą. Dokumenty wymagane, to dokumenty o których mowa w § 2 Rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów, „których może żądać Zamawiający”. W przypadku referencji - jest ona jednym z możliwych w ramach otwartego katalogu dowodów, określających czy dostawy lub usługi ujęte w Wykazie zostały wykonane należycie, o czym stanowi § 2 ust 4 pkt 2 Rozporządzenia. Z kolei kwestia formy dokumentu regulowana jest § 14 ust. 2 Rozporządzenia, zgodnie z którym „Dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonych za zgodność z oryginałem.” Już choćby z poziomu tego przepisu widoczne jest rozróżnienie dokumentów (o których mowa w Rozporządzeniu) od ich formy, w jakiej mają być składane w ofercie. Przepis ten uwzględnia fakt wyłącznie elektronicznego sposobu składania ofert (wobec zarzucenia przez Ustawodawcę formy pisemnej), określa w jakiej formie należy składać dokumenty i to jest jego celem.

Z kolei § 15 Rozporządzenia obejmuje swą hipotezą kopię dokumentu (która budzi wątpliwości co do jej prawdziwości) - a zatem odnosi się do formy dokumentu, o której mowa w § 14, a nie do dokumentu wymaganego, żadanego, o którym mowa w § 2 Rozporządzenia. Celem przepisu § 15 jest rozwiązanie wątpliwości co do kopii - bądź gdy jest nieczytelna, bądź gdy jej prawdziwość budzi wątpliwości. Żądany oryginał nie ma natomiast na celu potwierdzać spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ani potwierdzać faktu należytego wykonania usługi wskazanej w Wykazie usług. Nie jest zatem dokumentem wymaganym w rozumieniu Rozporządzenia. Temu służą dokumenty będące dowodami o których mowa w § 4 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia - i to one są „wymagane”. Zamawiający uznając „żądany oryginał” kopii dokumentu wymaganego za „dokument wymagany” dokonał błędnie wykładni w/w przepisów, zarówno językowej, celowościowej jak i systemowej. Powyższą argumentację potwierdzają przepisy Dyrektywy 2014/24/UE („Dyrektywa”), która w art. 57 ust. 4 lit. h) określa przedmiotową podstawy wykluczenia następująco: h) jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59. „Dokumenty wymagane” na gruncie art. 57 Dyrektywy (wykluczenie) to dokumenty potwierdzające wymagane na mocy art. 59. Przepis ten (art. 59 Dyrektywy) w ogóle nie odnosi się do kwestii formy dokumentu (oryginał, kopia). Forma dokumentu jest tu całkowicie irrelevantna. Art. 59 Dyrektywy reguluje kwestię funkcji i zakresu JEDZ (ust. 1 - 3) oraz kwestię „dokumentów potwierdzających”, wskazując w ustępie 4:

Art. 59 ust. 4 - Przed udzieleniem zamówienia instytucja zamawiająca - z wyjątkiem zamówień udzielanych na podstawie umów ramowych zawartych zgodnie z art. 33 ust. 3 lub art. 33 ust. 4 lit. a) - wymaga, aby oferent, któremu postanowiła udzielić zamówienia, przedłożył aktualne dokumenty potwierdzające zgodnie z art. 60 oraz, w stosownych przypadkach, z art. 62. Instytucja zamawiająca może zwrócić się do wykonawców o uzupełnienie lub wyjaśnienie zaświadczeń otrzymanych zgodnie z art. 60 i 62.

Zgodnie z Dyrektywą dokument wymagany to dokument, który potwierdza okoliczności badane w danym postępowaniu. Ich katalog został określony w art. 60 i 62 oraz w Załączniku XII Dyrektywy. Przepisy te również w ogóle nie odnoszą się do kwestii formy („oryginał” lub „kopii”) dokumentu wymaganego. Odnoszą się do środków dowodowych (art. 60) oraz do norm dotyczących normy zapewniania jakości i normy zarządzania środowiskowego w kontekście wymaganych ewentualnie zaświadczeń (art. 62).

Regulacja art. 60 nie pozostawia w tym zakresie wątpliwości i wprost wskazuje jakie dokumenty mogą być „wymagane”.

1. Instytucje zamawiające mogą wymagać zaświadczeń, oświadczeń i innych środków dowodowych, o których mowa w ust. 2, 3 i 4 niniejszego artykułu oraz w załączniku XII, jako dowodów na brak podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 57, oraz dowodów spełnienia kryteriów kwalifikacji zgodnie z art. 58.

(■■■)

4.

W zależności od charakteru, ilości lub znaczenia, a także przeznaczenia robót budowlanych, dostaw lub usług, zdolność techniczną wykonawcy można udowodnić za pomocą co najmniej jednego ze środków wymienionych w załączniku XII część II.

Z kolei art. 62 Dyrektywy odnosi się do ewentualnie wymaganych zaświadczeń sporządzonych przez niezależne jednostki zajmujące się poświadczaniem z w/w normami. Wreszcie Zał. XII do Dyrektywy stanowi o środkach dowodowych na potrzeby kryteriów kwalifikacji, za który - dla zdolności technicznej wykonawcy uznaje m.in. wykaz usług.

- w tym miejscu do odwołania wklejony obraz -

Odwołujący podał, że przepis Dyrektywy dotyczący wykluczenia z uwagi niemożność złożenia wymaganych dokumentów nie pozwala na przyjęcie, że dokumentem wymaganym jest „oryginał” kopii dokumentu. Przeciwnie - na gruncie art. 57 ust. 4 lit. h) Dyrektywy (odpowiednik art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp2004) dokument wymagany to dokument potwierdzający, będący środkiem dowodowym, określonym - za pośrednictwem art. 59 - w art. 60, 62 i w Załączniku XII Dyrektywy. Żaden z tych przepisów ani Załącznik XII nie dotyczy formy dokumentów (kopii, oryginału), ani nie dotyczy kwestii żądania oryginału w celu rozwiania wątpliwości co do złożonej kopii. Wreszcie - wymienione przepisy (art. 60 Dyrektywy i Załącznik XII) są odpowiednikami § 2 Rozporządzenia, a nie § 15 Rozporządzenia.

Z powodów niezrozumiałych dla odwołującego Zamawiający nie wziął tych dowodów pod uwagę. Nie ma bowiem podstaw do odrzucenia i niewzięcia pod uwagę innych niż ów „żądany oryginał” dowodów na prawdziwość kopii Referencji nr 1, złożonych w tym właśnie celu przez Odwołującego z własnej inicjatywy przy Wyjaśnieniach z 19.11.2021 roku. O ile bowiem Zamawiający nie może żądać oryginału z powodów niewymienionych w § 15 Rozporządzenia (a są to tylko dwa powody i mają charakter numerus clausus), to z całą pewnością Wykonawca na gruncie Pzp. nie jest ograniczony w możliwościach i sposobach dowodzenia prawdziwości złożonej kopii, ani też sam Zamawiający nie jest ograniczony wyłącznie do żądania oryginału - jako jedyne sposobu wykazania prawdziwości dokumentu (szerzacej na ten temat w zarzucie dotyczącym naruszenia § 15 Rozporządzenia). Zatem nawet gdyby istniała prawa podstawa pozwalająca na wykluczenie Wykonawcy z uwagi na nieprzedłożenie na żądanie oryginału dokumentu w sytuacji wątpliwości co do prawdziwości kopii tego dokumentu (a takiej podstawy brak) - to i tak zastosowanie znajduje motyw 100 Dyrektywy, który w w/w okolicznościach, skutkujących rozwianiem wątpliwości - zakazuje wykluczenia wykonawcy z postępowania. Dyrektywa nie przewiduje sankcji wykluczenia na podstawie art. 57 ust. 4 lit. h - za zagubienie „oryginału” i brak jego przedłożenia na żądanie w celu rozwiania wątpliwości (nie czyni tego również polska Ustawa - Pzp2004 w odpowiedniku tego przepisu tj. w art. 24 ust. 1 pkt 16).

Zresztą podstawy takiej brak również na gruncie obecnie obowiązującej ustawy Pzp2019. Stanowisko Odwołującego, iż oryginał, o którym mowa w § 15 Rozporządzenia nie może być „dokumentem wymaganym”, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp2004 potwierdza również obecnie obowiązująca ustawa Pzp2019. W art. 109 ust. 1 pkt 8. Prezentowane przez Odwołującego stanowisko, iż oryginał, o którym mowa w § 15 Rozporządzenia nie jest „dokumentem wymaganym”, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp2004 i że brak jest podstawy do wykluczenia na mocy tego przepisu z uwagi na brak przedłożenia oryginału w celu rozwiania wątpliwości co do kopii - potwierdza również Komentarz Urzędu Zamówień Publicznych 2021. Komentarz UZP 2021 - na gruncie odpowiednika przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp2004, tj. art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp2019 (należy wskazać, że w zakresie omawianej kwestii przepis ten nie uległ zmianie) - wprost potwierdza bowiem, że dokumenty wymagane to podmiotowe środki dowodowe, a nie ich forma, czy postać - jaką jest oryginał. Przez podmiotowe środki dowodowe - rozumie się środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Ich celem jest zatem potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, a nie „rozwiewanie wątpliwości co do wiarygodności kopii” za pomocą oryginału. Również przepis - art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp2019 - abstrahuje od formy dokumentu (oryginał/kopia) oraz od oryginału żądanego w celu rozwiania wątpliwości co do prawdziwości kopii. W Rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych 2020 - odpowiednika § 15 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów 2016 - brak.

Ponadto Komentarz UZP akcentuje, że wykluczenie musi dotyczyć dokumentów zawierających określone informacje i te tych których Zamawiający wymagał - dla celów weryfikacji podstaw wykluczenia czy spełniania warunków. Podkreślenie informacji, czyli merytorycznego charakteru dokumentu i jego celu - eliminuje możliwość rozumienia i stosowania trzeciego wariantu wykluczenia na mocy w.w. przepisu z powodu braku przedłożenia oryginału, czego celem nie jest uzyskanie takich informacji, lecz rozwianie wątpliwości co do sposobu wytworzenia dokumentu (nieczytelny lub budzący wątpliwości co do prawdziwości).

„Podstawa wykluczenia dotyczy wyłącznie informacji, które były wymagane do weryfikacji braku podstaw wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Objęte nią są więc informacje zawarte w JEDZ, w podmiotowych środkach dowodowych oraz ewentualnych wyjaśnieniach dotyczących treści tych dokumentów. Regulacja nie odnosi się do przedmiotowych środków dowodowych. Z brzmienia przepisu art. 57 ust. 4 lit. h. dyrektywy klasycznej a contrario wynika również, że przepis nie dotyczy

informacji, których zamawiający nie wymagał. (...)

Podstawa wykluczenia przewiduje trzy warianty:

- 1) wprowadzenie w błąd,
- 2) zatajenie informacji,
- 3) niezłożenie wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

(■■■)

Trzeci wariant zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp stanowi wykluczenie wykonawcy, który nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Pojęcie podmiotowych środków dowodowych zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 17 Pzp. Podstawa wykluczenia zachodzi, gdy wykonawca nie wykonał ciążącego na nim obowiązku złożenia wymaganych podmiotowych środków dowodowych. W przypadku ziszczenia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp nie stosuje się art. 109 ust. 3 Pzp, który przewiduje możliwości odstąpienia od wykluczenia, jeżeli wykluczenie byłoby w oczywisty sposób nieproporcjonalne”.

Odnosnie drugiej kwestii - jaka przesądziła o uznaniu przez Zamawiającego dokumentu za wymagany, tj. uznania, że § 15 Rozporządzenia określa w jaki sposób Zamawiający powinien rozstrzygnąć w przypadku wątpliwości co do prawdziwości dokumentów i uznał to za jedyny właściwy sposób. Odwołujący kwestionuje ten pogląd, podnosząc argumenty przedstawione dla zarzutu - naruszenia § 15 Rozporządzenia, przez jego błędną wykładnię i zastosowanie.

Wreszcie odnosnie trzeciej kwestii - która w specyficznym splątany sposób - przesądziła o uznaniu przez Zamawiającego dokumentu oryginału za „wymagany”, tj. faktu niezaskarżenia przez Odwołującego żądania do przedłożenia tego oryginału. Odwołujący nie miał podstaw do kwestionowania takiej czynności, był wykonawcą wybranym, a w toku postępowania Zamawiający ma prawo do weryfikacji każdej z powstałych wątpliwości. Możliwość zaskarżenia aktualizuje się dopiero w sytuacji, w której w wyniku błędnej oceny złożonych wyjaśnień (a nie samego wezwania) doszło do naruszenia interesu Wykonawcy w uzyskaniu zamówienia. Nie wolno też zapominać, że Odwołujący w ramach tego Wezwania przedłożył z własnej inicjatywy inne dopuszczalne środki dowodowe, w tym potwierdzenie autentyczności kopii, co było działaniem racjonalnym i ukierunkowanym na obalenie znanych Odwołującemu wątpliwości podniesionych w odwołaniu Asseco. Brak zaskarżenia nie oznacza też bynajmniej akceptacji czy przyznania przez Odwołującego, że wątpliwości te były zasadne. Przeczy temu czynność ich obalenia poprzez przedłożenie przy

Wyjaśnieniach Dowodów 33 i 34.

## Zarzut 8

- naruszenia art. 24 ust 1 pkt. 16 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 7 ust. 1 i § 15 Rozporządzenia ws. dokumentów - przez błędne przyjęcie rażącej postaci niedbalstwa Wykonawcy [brak spełnienia przesłanki rażącego niedbalstwa]

Odwołujący wskazał, że będący odpowiednikiem art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp2004 przepis art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy (dotyczący wykluczenia wykonawcy) należy interpretować z uwzględnieniem motywu 101 i 102 Dyrektywy12.

motyw 101 „Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy”.

Motyw 102 - „należy jednak uwzględnić możliwość przyjęcia przez wykonawców środków dostosowawczych mających na celu naprawę skutków wszelkich przestępstw lub naruszeń oraz skuteczne zapobieganie dalszym przypadkom niewłaściwego zachowania. Środki takie mogą w szczególności obejmować działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego monitorującego przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań. W przypadku gdy działania te oferują wystarczające gwarancje, dany wykonawca nie powinien

być już wykluczany jedynie ze wspomnianych względów. Wykonawcy powinni mieć możliwość zwracania się o zbadanie środków dostosowawczych podjętych w celu ewentualnego dopuszczenia do postępowania o udzielenie zamówienia. Jednak to państwu członkowskim należy pozostawić określenie szczegółowych warunków proceduralnych i merytorycznych mających zastosowanie w takich przypadkach. Państwa członkowskie powinny w szczególności mieć swobodę w decydowaniu, czy zezwolić poszczególnym instytucjom zamawiającym na przeprowadzanie stosownych ocen, czy też powierzyć to zadanie innym organom na szczeblu centralnym lub niższym”.

Zdaniem Odwołującego zaistniała sytuacja - zagubienia oryginału i w konsekwencji jego nieprzedłożenia na żądanie w celu rozwiania wątpliwości w trybie § 15 Rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów - winna zostać zakwalifikowana jako „drobna” w rozumieniu motywu 100 - z uwagi na fakt, że cel dla którego żądano oryginału został osiągnięty, a mianowicie:

- Wystawca Referencji nr 1 potwierdził autentyczność kwestionowanej kopii oraz fakt złożenia własnoręcznego podpisu pod oryginalnym dokumentem i zeskanowania go

(Dowód 33 przy Wyjaśnieniach z 19.11.2021)

- Wystawca Referencji nr 1 potwierdził wykonanie usługi i zakres projektu którego dotyczyła Referencja nr 1 (Dowód 17 przy Wyjaśnieniach z 19.2021)
- Wystawca Referencji nr 1 złożył ponownie, w dniu 25.01.2021, podpis pod dokumentem o takiej samej treści jak Referencja nr 1, który w oryginale przekazano Zamawiającemu (Dowód 34 przy Wyjaśnieniach z 19.11.2021), trudno w ocenie Odwołującego wobec tożsamości treści uznać taki dokument za nową referencję (jest merytorycznie taki sam), jest innym oryginałem tego poświadczenia (tylko z innej daty).

W rezultacie przed wykluczeniem w wyniku złożonych przez Odwołującego Wyjaśnień i dokumentów uwiarygadniających występującą w ofercie kopię Referencję nr 1 - wątpliwości podniesione w Odwołaniu Asseco, będące motywem Wezwania do wyjaśnień z 3.11.2019 - zostały skutecznie rozwiane. Co za tym idzie - nie mogło dojść do rażącego niedbalstwa po stronie Odwołującego, bowiem nie można za takowe uznać zagubienia pisemnego oryginału w okolicznościach, w których wykazanie autentyczności kopii i wiarygodności podpisu wystawcy jest możliwa na kilka innych sposobów (co udowodniono powyżej).

Po drugie - nie można mówić o rażącym niedbalstwie w sytuacji, gdyż przez blisko rok kwestia Referencji nr 1 (nie mówiąc już o oryginale, ale o referencji jako takiej) w ogóle nie była podnoszona. Z kolei zaś fakt, iż Odwołujący zadbał o dostarczenie oryginału już w styczniu 2020 roku, niezależnie od wezwania do jego przedłożenia w trybie art. § 15 Rozporządzenia - przemawia właśnie na korzyść Odwołującego, dowodząc łatwości w pozyskaniu od tej samej osoby kolejnego oryginału potwierdzającego należyte wykonanie usługi wskazanej w wykazie. Odwołujący niezwłocznie podjął czynności nadawcze, z własnej inicjatywy, bez obawy o konsekwencje ze strony Zamawiającego, jedynie z ostrożności, by móc wylegitymować się oryginałem pisemnym o tej samej treści, jednocześnie nie rezygnując z poszukiwania dokumentu. Zresztą - poszukiwania te prowadzone są do dnia dzisiejszego.

Z kolei fakt, że Odwołujący nie poinformował o zaginięciu oryginału Zamawiającego wynika z dwóch okoliczności: pierwszej i elementarnej - Odwołujący nie był o to pytany, kontynuował poszukiwania i liczył się z możliwością odnalezienia tegoż oryginału (liczy się z nią również obecnie). Drugą jest świadomość Odwołującego. Zamawiający mylnie interpretuje rzeczywistość i zachowanie Odwołującego, upatrując w fakcie braku przyznania się do zaginięcia oryginału właśnie rażącego i karygodnego zachowania, które miało przesądzić o rażącej postaci niedbalstwa. Zamawiający uważa - jak można domyślać z uzasadnienia - że Odwołujący był nielojalny lub co gorsza - bez dowodów ku temu - że może nawet „miał coś na sumieniu”, bo gdyby nie miał, powinien o tym zamawiającemu powiedzieć. Nic bardziej mylnego. Takie myślenie jest błędne, gdyż jest redukcjonistyczne i odwraca chronologię wydarzeń.

Odwołujący po prostu - wobec swej absolutnej pewności i wiedzy co do braku jakichkolwiek podstaw do wątpliwości co do wytworzenia tego dokumentu - w ogóle w styczniu 2021 roku, ani przez cały rok - nie myślał w kategoriach konieczności posługiwania się oryginałem papierowym w tym postępowaniu w celu wykazywania prawdziwości tego dokumentu. Odwołujący nie miał bowiem żadnych podstaw by przypuszczać, że wiarygodność tej referencji będzie podważona i że będzie zmuszony do wyjaśniania kwestii zarzutu

rzekomego przerobienia Referencji 1. Przecież ów fikcyjny problem został wywołany dopiero odwołaniem Asseco z października 2021 roku.

Za brakiem działania i postawy Odwołującego przemawiającej za rażąco postacią niedbalstwa przemawia również właśnie fakt, że od razu, a nie dopiero po wezwaniu w trybie §15 Rozporządzenia Odwołujący pozyskał inny oryginał tej referencji. Odwołujący nie rozumie oceny Zamawiającego, jest ona skrajnie podejrzliwa i krzywdząca. Jest niezrozumiałe dla Odwołującego jak Zamawiający może też - zachowując logikę i zasady doświadczenia życiowego - sądzić, że dokument wystawiony 12.12.2020 mógł być przerobiony, a potem jednocześnie - i to bez wezwania! - w ciągu miesiąca osoba której podpis rzekomo wklejono bez problemu wystawia taką samą referencję? Zresztą sam Zamawiający uwzględnił wyjaśnienie w zakresie Rewerencji nr 1 ze stycznia 2021 i nie kwestionował ich. Przez blisko rok temat tej referencji w ogóle nie istniał, co definitywnie obala możliwość wywodzenia z braku informowania Zamawiającego o losach oryginału rażącej postaci niedbalstwa. Odwołujący w oparciu o ww. dowody z otwarcia programu Outlook P. S. i B. D.: skoro inicjalnie dokumenty wyglądały tak samo, dokument pdf przysłany z Dubaju miał identyczną treść i podpis - jak dokument pdf złożony w ofercie, na jakiej podstawie Odwołujący miał przypuszczać że oryginał będzie istotny, kwestowany i wręczcie żądany?

Po trzecie - nigdzie w przepisach Pzp ani w innych przepisach nie istnieje prawny obowiązek komercyjnego przedsiębiorcy do przechowywania oryginałów dokumentów.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że od wykonawcy biorącego udział w postępowaniu należy oczekiwać, że będzie on w posiadaniu i będzie mógł okazać na każde żądanie zamawiającego oryginały dokumentów składanych w trakcie postępowania oraz że należała staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę obowiązek, aby zadbał o właściwą i kompletną dokumentację posiadanego doświadczenia nie tylko na etapie ich złożenia, ale także w bliżej nieokreślonym czasie, w jakim może być prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Z żadnego przepisu Pzp, czy też Rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy

w postępowaniu o udzielenie zamówienia („Rozporządzenie”) nie wynika, że wykonawca biorący udział w postępowaniu ma bezwzględny obowiązek posiadania przez cały okres, w którym prowadzone jest postępowanie oryginału dokumentów, które zostały złożone wraz z ofertą lub w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Odwołujący argumentował, że w przypadku, gdy ustawodawca wymaga przechowywania oryginałów dokumentów przez określony czas wyraźnie wskazuje to w przepisach (zob. np. ustawę z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (rozdział 4 - art.112 - art. 112aa) czy ustawę z 13 grudnia 1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych (art. 41f)). Ani przepisy Pzp, ani rozporządzenia nie nakładają na wykonawców obowiązku posiadania oryginału dokumentów. Rozporządzenie tylko w dwóch przepisach odnosi się do zagadnienia oryginału dokumentu:

1) § 14 Rozporządzenia, który określa sposób przedkładania zamawiającym dokumentów lub oświadczeń w postępowaniu prowadzonym za pośrednictwem środków porozumiewania się na odległość, sposób poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów;

2) § 15 Rozporządzenia - możliwość żądania oryginału dokumentu w przypadku, gdy kopia jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do prawdziwości.

Jeżeli zatem żaden przepis Pzp czy Rozporządzenia nie nakłada na podmioty prawa prywatnego obowiązku przechowywania/archiwizowania oryginałów dokumentów prywatnych, takich jak referencje, to nie ma żadnych podstaw prawnych, aby Zamawiający, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mógł ze względu na brak oryginału, wykluczyć wykonawcę z powodu braku przedłożenia oryginału takiego dokumentu.

Zgodnie z treścią § 15 Rozporządzenia, zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia oryginału dokumentu lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu w dwóch przypadkach:

- 1) kopia jest nieczytelna;
- 2) kopia budzi wątpliwości, co do jej prawdziwości.

W wezwaniu z 22 stycznia 2021 roku, Zamawiający wymagał od Odwołującego wyłącznie przedstawienia informacji, czy referencje zostały wystawione w formie elektronicznej w rozumieniu art. 781 KC, czy w zwykłej formie pisemnej oraz co do wykorzystanej technologii. Odwołujący złożył w tym zakresie właściwe wyjaśnienia, które zostały przez Zamawiającego uznane za wystarczające. Kwestia prawdziwości referencji została przez Zamawiającego podniesiona dopiero w wezwaniu z 3 listopada 2021 roku, w którym

Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie § 15 ust. 4 Rozporządzenia do przedłożenia oryginału referencji ze względu na uzasadnione wątpliwości co do prawdziwości dokumentu złożonego w grudniu 2020 roku.

Odwołujący podał, że w §15 Rozporządzenia nie odnajduje ust. 4, jednak czyniąc domniemanie, że chodzi o § 15 Rozporządzenia, Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach z 19 listopada 2021 roku, że nie dysponuje oryginałem przedmiotowych referencji jednak w ich miejsce przedkłada

1) potwierdzenie wystawcy referencji pana B. D., że referencje z 12 grudnia 2020 roku zostały wystawione przez niego;

2) referencje dotyczące tego samego zadania wystawione 25 stycznia 2021 roku. Zamawiający pominął te dokumenty podczas ponownego badania i oceny ofert, co znalazło odzwierciedlenie w uzasadnieniu wykluczenia. Działanie to, w ocenie Odwołującego było nieuprawnione, w szczególności ze względu na brzmienie § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia zgodnie z którym zamawiający może żądać wykazu usług oraz dowodów określających czy te usługi zostały wykonane wykonywane należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane.

Referencje to tylko jeden ze sposobów na wykazanie, że usługi zostały wykonane w sposób należyty. Wykonawcy w postępowaniu mogą przedkładać także inne dokumenty potwierdzające takie okoliczności, w szczególności protokoły odbioru, faktury czy potwierdzenia operacji bankowych.

W stanie faktycznym sprawy, Zamawiający dysponuje:

1) referencjami z 12 grudnia 2020 roku;

2) potwierdzenie wystawcy referencji pana B. D., że referencje z 12 grudnia 2020 roku zostały wystawione przez niego;

3) referencjami z 25 stycznia 2021 roku.

Odwołujący podał, że Zamawiający nie kwestionował prawdziwości referencji z 25 stycznia 2021 czy potwierdzenia referencji z 12 grudnia 2020 r.. Co więcej, dokumenty te potwierdzają prawdziwość oświadczenia z 12 grudnia 2020 roku. W konsekwencji Odwołujący złożonymi dokumentami potwierdził, że dokument z grudnia 2020 roku był zgodny z prawdą i nie został przerobiony przez Odwołującego.

Przepisy Rozporządzenia przewidują także inną procedurę pozwalającą na weryfikację dokumentów przedłożonych przez wykonawcę w postępowaniu. W § 2 ust. 6 Rozporządzenia wskazano, że jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie. Zgodnie z wiedzą Odwołującego, Zamawiający nie zwrócił się do Comarch Middle East FZ-LLC o dodatkowe informacje, a co za tym idzie nie wyczerpał procedury, która dałaby mu podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania i jednoznaczne stwierdzenie, że referencje zawierają informacje nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd. Jak wskazano powyżej, takie wyjaśnienia zostały złożone z własnej inicjatywy Comarch Middle East FZ-LLC i

Odwołującego i w rezultacie, powinny być uwzględnione przez Zamawiającego w ocenie prawdziwości dokumentu z 12 grudnia 2020 r. W żadnym przepisie Pzp czy rozporządzenia nie nałożono na wykonawców obowiązku informowania Zamawiającego o takich zdarzeniach, jak zagubienie dokumentu referencji, czy jakiegokolwiek innego dokumentu złożonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W związku, z czym jeżeli nie istnieje ustawowy obowiązek działania, to z zaniechania dokonania tej czynności (niewymaganej przepisami prawa) nie można czynić podstawy wykluczenia wykonawcy. Przesłanki wykluczenia ze względu na ich sankcyjny charakter nie podlegają wykładni rozszerzającej. Pojęcie wymaganych dokumentów należy interpretować przez pryzmat postanowień Rozporządzenia, które określa katalog wymaganych dokumentów - w przypadku potwierdzenia należytego wykonania usług są to referencje lub inne dokumenty. Odwołujący przedstawił szereg dokumentów potwierdzających, że usługa na rzecz Comarch Middle East FZ-LLC została wykonana należyście. Zamawiający nie kwestionował prawidłowości tych dokumentów, a co za tym idzie twierdzenie, że Odwołujący nie przedstawił właściwych dokumentów jest nieuprawnione.

Utrzymanie w mocy decyzji Zamawiającego, co do wykluczenia Odwołującego będzie stanowiło naruszenie zasady określonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Wykluczenie Odwołującego

z postępowaniu z powodu rzekomego niedopełnienia obowiązku, którego nie nakładają na niego przepisy Pzp stanowi naruszenie zasad przejrzystości i proporcjonalności. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazuje się, że zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją na przeszkodzie wykluczenia wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej ustawy (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 2 czerwca 2016 roku, sygnatura sprawy C-27/15, pkt. 51, postanowienie Trybunału Sprawiedliwości z 13 lipca 2017 roku, sygnatura sprawy C-35/17). Odwołujący podał, że jeżeli z żadnego przepisu krajowego czy z dokumentacji postępowania nie wynika obowiązek do zawiadomienia Zamawiającego o zagubieniu oryginału referencji, czy też obowiązek przechowywania oryginału dokumentów przez cały okres postępowania, to Zamawiający w oparciu o rzekome zaniechanie wykonawcy w tym zakresie, nie może wykluczyć go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zwłaszcza w sytuacji gdy prawdziwość pierwotnego dokumentu i okoliczności w nich stwierdzonych są potwierdzona przez jego wystawcę. Odwołującego podał, że istnieje u niego procedura dotycząca postępowania z oryginałami referencji i innych oryginałów składanych w postępowaniach u Wykonawcy - procedura taka funkcjonuje tylko w sektorze APUS Comarch, oferującego rozwiązania i usługi na jednostek finansów publicznych, z racji tego, że do właściwości tego sektora należy ta materia i jest to element procedury składania ofert nazwa. Procedura uwzględnia pragmatykę i rozproszenie oddziałów - Centrów Sprzedaży Comarch w Polsce wskazując, że odpowiedzialnymi za przechowywanie oryginałów referencji są pracownicy sprzedaży (handlowcy), którzy daną referencję pozyskali. Pozyskiwani listów referencyjnych należy bowiem do ich obowiązków. Mimo istnienia tej procedury nie zapobiegła ona zagubieniu tego dokumentu (co jest cechą procedur, nawet najlepsza procedura nie wyeliminuje całkowicie błędów człowieka, przy czym zdaniem Odwołującego zagubienie (być może nie definitywne) przedmiotowego oryginału jest to po prostu „błąd ludzki”, usprawiedliwiony warunkami pracy w warunkach ograniczeń związanych z pandemią COVID-19.

Zagubienie oryginału znajduje usprawiedliwienie w sytuacji pandemii COVID -19 i związanej z nią pracą zdalną, która w grudniu 2020 roku była powszechna. Jak wielu polskich przedsiębiorców i instytucji - również Zarząd Odwołującego zdecydował o pracy zdalnej pracowników, w trybie rotacyjnym - w konsekwencji czego pracownicy Odwołującego w tamtym okresie funkcjonowali w dwóch miejscach pracy: w biurze i w domu - co sprzyjało lub wręcz mogło być powodem zagięcia.

Dowód 23: zalecenie dla pracowników od Zarządu Comarch S.A. związane z COVID

Dowód 24: BHP wytyczne - dotyczące pracy zdalnej w okresie obejmującym grudzień 2020 i styczeń 2021

Zdanie Odwołującego wyżej przytoczone argumenty i uwarunkowania Odwołującego eliminują możliwość przypisania mu rażącej postaci niedbalstwa. Dla określenia spełnienia norm należytej staranności (art. 355 § 1 kc) konstruuje się miernik należytej staranności, będący modelem powinnego, aprobowanego powszechnie działania, stosowny do osoby podlegającej ocenie, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru prowadzonej działalności, a następnie zestawia się go z warunkami i okolicznościami, w których oceniany podmiot się znajdował. O przypisaniu danej osobie rażącej postaci niedbalstwa decyduje jednak nie tylko samo naruszenie wzorca postępowania (jak wskazał Zamawiający - należy „oczekiwać”, że wykonawca dba o oryginały dokumentów, bo stanowią one podstawę wyboru oferty). Kluczowa jest też kwestia możliwości przewidzenia skutków działań lub zaniechań. Odwołujący nie informując Zamawiającego o zagubieniu oryginału był w usprawiedliwionym przekonaniu, że oryginał nie będzie krytyczny dla oceny jego oferty, miał bowiem inne dowody potwierdzające wiarygodność referencji nr 1, w tym pozyskaną niezależnie od wezwania oryginalną referencję z innej daty, wreszcie sam Zamawiający przez blisko rok nie badając ani nie kwestionując tego dokumentu przyczynił się do takiej oceny sytuacji. Nadzwyczajna sytuacja epidemiczna, wpływająca na tryb pracy (w biurze i w domu) jest zaś bardzo istotnym uwarunkowaniem znoszącym określony wzorzec staranności. Odwołujący nie podzielił oceny Zamawiającego, iż wobec Referencji nr 1 istniał od stycznia 2021 jakoby „szereg wątpliwości”. Jest to nieprawda. Wątpliwość była jedna i nie dotyczyła nawet podpisu, a jedynie możliwości zaznaczenia tekstu, co wyjaśniono funkcją

OCR wykorzystanego skanu. Zatem również i ten argument Zamawiającego, wykorzystany dla uzasadnienia oceny o rażącej postaci niedbalstwa nie może się ostać. Wskazał na wyrok z dnia 07.06.2017 r. sygn. akt KIO 1004/17.

Zarzut 9

- naruszenia art. 24 ust 1 pkt. 16 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp2004 i § 15 Rozporządzenia ws. dokumentów - poprzez błędne przyjęcie o wprowadzenie w błąd [brak spełnienia przesłanki wprowadzenia w błąd]

Odwołujący podał, że gdyby uznać, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z powodu wprowadzenia w błąd, co polegać by miało na nie poinformowaniu o zaginięciu oryginału w styczniu 2021 (kiedy to wykryto) ani na późniejszym etapie - wówczas i tak rozumiane wykluczenie nie ma podstaw i narusza Ustawę Pzp2004 i również taką kwalifikację Odwołujący z ostrożności kwestionuje.

Odwołujący wskazał, że Wariant (według Komentarza UZP2021) pierwszy i drugi wykluczenia za wprowadzenie w błąd musi również w realiach sprawy nie może się ostać.

W przepisie tym Ustawodawca wskazuje bowiem wyraźnie na wprowadzenie zamawiającego w błąd "przy przedstawieniu informacji" (lub ich „zatajeniu”) odnośnie tego, czy wykonawca "spełnia warunki udziału w postępowaniu". Powyższe należy rozumieć w ten sposób, że aby zachodziła przesłanka wykluczenia na podstawie ww. przepisu, wprowadzenie w błąd musi wynikać z przedstawienia/lub zaniechania przedstawienia przez wykonawcę konkretnych informacji dotyczących konkretnych warunków udziału przewidzianych w danym, konkretnym postępowaniu. A nie informacji dotyczących formy dokumentu, lub istnienia bądź zagubienia oryginału. Wprowadzenie w błąd o jakim mowa powyżej dotyczy zatem bądź to świadomego wykazanie się doświadczeniem niepotwierdzającym wymaganych w postępowaniu zdolności (stwarzając wrażenie, że odpowiadają one wymogom zamawiającego), bądź też na zatajeniu informacji mających wpływ na ocenę, czy wykonawca warunki spełnia lub nie podlega wykluczeniu. Przykładem może być zatajenie informacji o fakcie rozwiązania z wykonawcą przed czasem umowy o zamówienie publiczne, czy o fakcie skazania członka zarządu po złożeniu informacji z KRK. Nic takiego w stanie faktycznym sprawy nie zachodzi.

Podsumowując wszystkie 3 warianty wykluczenia na mocy art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp2004 Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok Izby z 23.02.2017 r. sygn. akt KIO 279/17, KIO 280/17. Odwołujący zarzucił również, że w warunkach niniejszej sprawy doszło do naruszenia przez Zamawiającego zasady kontradyktoryjności. Nie poinformował nawet Odwołującego o zbieraniu ekspertyz z jego pominięciem. Jest to tym bardziej niezrozumiałe, że Zamawiający odrzucił/pominał niewątpliwie rozwianie tych wątpliwości Dowodem 33 - potwierdzeniem autentyczności kopii przez wystawcę. Doszło też do naruszenia art. 7 ust. 1 pzp2004. Odwołującego pozbawiono możliwości skutecznego wyjaśnienia sprawy i odparcia insynuujących zarzutów Asseco, wytworzonych w oparciu o jeden dokument, na zasadzie domysłów, bez materiału porównawczego. Zamawiający w wyniku wywołanego przez Asseco nadmiaru bezpodstawnych zarzutów i zaskoczenia informacją o zagubieniu dokumentu - wyolbrzymił rolę tegoż oryginału, zignorował informacje o skanie źródłowym (pytał o wytworzenie oryginału a zatem przez jego wystawcę, nie mógł zatem sądzić że dokument w ofercie i podpisany podpisem kwalifikowanym jest tym samym skanem) i koniec końców dokonał po prostu wykluczenia z uwagi na wątpliwości, a nie z uwagi na ziszczenie przesłanek w/w przepisu.

#### Zarzut 10

- naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp2004 i w zw. z art. 7 ust. 1, § 15 Rozporządzenia ws dokumentów i art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp2004 - przez wykluczenie pomimo braku podstaw do takiego twierdzenia

Odwołujący argumentował, że Zamawiający uzasadniając wykluczenia na podstawie ww. przepisu lakonicznie uzasadnił, iż „Wobec zaniechania złożenia oryginału dokumentu, który dowodziłby w sposób niebudzący wątpliwości, że złożone przez wykonawcę dokumenty są prawdziwe Wykonawca podlega także wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zamawiający uznał, że w oparciu o cytowane powyżej orzecznictwo dot. braku możliwości uzupełnienia dokumentów w okolicznościach zaistnienia przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp brak jest prawnej możliwości zastąpienia innym dokumentem dokumentu, którego prawdziwość nie została przez Wykonawcę wykazana w sposób przewidziany ustawą Pzp w zw. z treścią § 15 Rozporządzenia o dokumentach.”

Uzasadnienie decyzji o wykluczeniu wskazuje, na to, że ma ono charakter wynikowy - jest ono pochodną wcześniejszych ustaleń Zamawiającego, podjętych na gruncie błędnej wykładni § 15 Rozporządzenia, a zatem dzieli też ich wady, wskazane powyżej. W szczególności Zamawiający nie mógł zgodnie z prawem zignorować oświadczenia wystawcy referencji (Dowód 33 przy Wyjaśnienia z dnia 19.11.20201) i miał obowiązek wziąć go pod uwagę. Jedyną nowością jest tu posłużenie się przez Zamawiającego zasadą, wywiedzioną na gruncie orzecznictwa powołanego przy uzasadnieniu wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp2004 - z którego Zamawiający wywiódł „autorską” wersję zasady, że nie istnieje możliwość zastąpienia innym dokumentem dokumentu, którego prawdziwość nie została przez Wykonawcę wykazana w sposób przewidziany ustawą Pzp w zw. z treścią § 15 Rozporządzenia ws. dokumentów. Taka zasada na gruncie Pzp nie istnieje - w szczególności dlatego, że prawdziwość dokumentu nie musi być dowodzona wyłącznie oryginałem złożonym na żądanie z § 15 Rozporządzenia.

Ponadto zakaz zastępowania informacji nieprawdziwych - nieprawdziwymi nie odnosi się do „oryginału” - formy dokumentu składanego w celu rozwiania wątpliwości, tylko do dokumentów potwierdzających warunek w sensie merytorycznym i materialnym, jeżeli dokument taki zawiera informacje nieprawdziwą. Należy podkreślić tu słowo informację. Forma dokumentu taką informacją nie jest. Nie jest też nią wątpliwość, którą można rozwiązać na co najmniej kilka sposobów zgodnie z Pzp. W rezultacie Zamawiający nie miał podstaw by wykluczyć Odwołującego w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp.2004, a działanie takie było bezprawne.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika

postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa

Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020, dalej: ustawy wprowadzającej), do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 - czyli ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm.).

Oznacza to, że dla rozpoznania w procedurze odwoławczej przedmiotowego odwołania właściwe są przepisy ustawy dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm.), natomiast w zakresie procedury o udzielenie zamówienia publicznego właściwe są przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej „ustawy”).

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy z dnia 11 września 2022 roku skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 lutego 2022 roku od czynności Zamawiającego z dnia 2 lutego 2022 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane w piśmie Zamawiającego z dnia 24 lutego 2022 roku „Odpowiedź na odwołanie”. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie wszystkich postawionych zarzutów oraz oddalenie wniosków dowodowych w zakresie słuchania świadków oraz opinii biegłych jako zbędnych i tym samym powołanych tylko dla zwłoki.

Izba uwzględniła stanowisko zaprezentowane w piśmie z dnia 14 marca 2022 roku „Stanowisko Zamawiającego”.

Izba uwzględniła stanowisko pisemne uczestnika postępowania odwoławczego - Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Asseco” lub „uczestnik postępowania”):

- W piśmie z dnia 23 lutego 2022 roku „Pismo procesowe Asseco Poland S.A.

Stanowisko wobec odwołania konsorcjum Comarch”.

Izba dopuściła załączone do ww. pisma i zawnioskowane przez Asseco dowody.

- W piśmie z dnia 7 marca 2022 roku „Pismo procesowe Odwołującego Asseco Poland

SA - wnioski dowodowe”. Izba dopuściła załączone do ww. pisma i zawnioskowane przez Asseco dowody.

- W piśmie z dnia 14 marca 2022 roku „Pismo procesowe Asseco Poland SA Replika na pismo odwołującego Konsorcjum Comarch”. Izba dopuściła załączone do ww. pisma i zawnioskowane przez Asseco dowody.

Izba uwzględniła stanowisko pisemne wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący”, „Comarch”):

- W piśmie z dnia 7 marca 2022 roku „Replika Odwołującego Comarch na odpowiedź na odwołanie Asseco - sprawa sygn. KIO 416/22”. Izba dopuściła załączone do ww. pisma i zawnioskowane przez Odwołującego dowody.

- W piśmie z dnia 7 marca 2022 roku „Replika Odwołującego Comarch na odpowiedź ZUS na odwołanie”. Izba dopuściła załączone do ww. pisma i zawnioskowane przez Odwołującego dowody.

Umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie:

Zarzuty dotyczące wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp i 24 ust. 1 pkt 12 Pzp2004 związane z referencją wystawioną przez Comarch Middle East FZ-LLC z dnia 12 grudnia 2020 r. (dalej „Referencja nr 1”).

Zarzut 3 - naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp2004 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp2004,

Zarzut 8 - naruszenia art. 24 ust 1 pkt. 16 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 7 ust. 1 i § 15 Rozporządzenia ws. dokumentów - przez błędne przyjęcie rażącej postaci niedbalstwa Wykonawcy [brak spełnienia przesłanki rażącego niedbalstwa].

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 3 i zarzutu 8 z uwagi na wycofanie zarzutów przez Odwołującego za pismem z dnia 7 marca 2022 roku „Replika Odwołującego Comarch na odpowiedź ZUS na odwołanie” strona 25, oraz potwierdzone i podtrzymane w trakcie rozprawy w dniu 18 marca 2022 roku.

Izba ustaliła:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismami z dnia 2 lutego 2022 r. powiadomił Odwołującego o wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS).

Zamawiający przedstawił uzasadnienie podjętej czynności w następujący sposób:

„Uzasadnienie prawne:

Zamawiający wykluczył z postępowania Wykonawcę Konsorcjum firm: Comarch Polska S.A i Comarch Polska (dalej „Konsorcjum Comarch”), ponieważ zaistniały okoliczności wskazane w:

- 1) art. 24 ust 1 pkt. 17 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wyklucza Wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 2) art. 24 ust 1 pkt. 16 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wyklucza Wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów,
- 3) art. 24 ust 1 pkt. 12 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wyklucza Wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw do wykluczenia.

Ad 1) Uzasadnienie faktyczne

Wykluczenie na podstawie art. 24 ust 1 pkt. 17 ustawy Pzp

Zamawiający, pismem nr 993200/271/IN-1001/2020, z dnia 07.12.2020 r., na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp wezwał Konsorcjum Comarch do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym Wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego z podaniem informacji na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami. Zamawiający zażądał wykazu na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w pkt 4.1.2.4.2. SIWZ, wyznaczając termin na jego złożenie do 18.12.2020r.

Zgodnie z warunkiem wskazanym w pkt 4.1.2.4.2 ppkt 5) SIWZ Wykonawca zobowiązany był wykazać, że posiada: „minimum 1 osobę dedykowaną do pełnienia funkcji Technologa przetwarzania portalowego, która powinna:

- a) posiadać minimum 3-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;
- b) przez okres minimum 2 lat, w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert, realizować prace związane z utrzymaniem instalacji portalowych z wykorzystaniem wszystkich następujących technologii: MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ, dla minimum 100 000 klientów;
- c) posiadać umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatów: minimum MicrosoftR

Certified IT Professional (MCITP): Server Administrator on Windows ServerR 2008 lub

nowszy, VMware Certified Professional - Datacenter Virtualization on vSphere 5.X., lub nowszy, potwierdzone tymi dokumentami lub innymi równoważnymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty (wykluczone oświadczenia własne Wykonawcy lub podmiotu powiązanego w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy);”

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Konsorcjum Comarch, w dniu 18.12.2020 r. przedłożyło wymagany przez Zamawiającego Wykaz osób. Wykonawca wskazał na potwierdzenie ww. warunku osobę: Pana Ł. M., któremu w doświadczeniu na spełnienie wymagań określonych w lit b) wykazane zostały 2 projekty:

Projekt 1

Nazwa projektu: Usługa wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego KSI ZUS Nazwa podmiotu, na rzecz którego projekt był realizowany: Zakład Ubezpieczeń Społecznych Okres realizacji prac liczony w pełnych miesiącach

kalendarzowych w wymaganym zakresie [od 2018-04-01 do obecnie] (czas doświadczenia nie będzie powiększany o czas pełnienia innych funkcji w projekcie lub pełnienia funkcji w innych projektach w tym samym okresie): 32 miesiące Zakres projektu wraz z podaniem wykorzystywanych technologii: prace związane z utrzymaniem instalacji portalowych z wykorzystaniem wszystkich następujących technologii: MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ. Liczba klientów: Ponad 100 000 klientów

## Projekt 2

Nazwa projektu: Utrzymanie instalacji portalowych Nazwa podmiotu, na rzecz którego projekt był realizowany: Domex (właściciel elektro marketów Avans) Okres realizacji prac liczony w pełnych miesiącach kalendarzowych w wymaganym zakresie [od 2009-04-01 do 2018-03-31] (czas doświadczenia nie będzie powiększany o czas pełnienia innych funkcji w projekcie lub pełnienia funkcji w innych projektach w tym samym okresie): 96 miesięcy Zakres projektu wraz z podaniem wykorzystywanych technologii, m.in.: prace związane z utrzymaniem instalacji portalowych z wykorzystaniem wszystkich następujących technologii: MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ. Liczba klientów: Ponad 100 000 klientów.

W związku z informacjami powziętymi z odwołania Assecco Poland S.A. z dnia 18 października 2022 r., Zamawiający pismem nr 993200/271/IN-902/2021 z dnia 03.11.2021 r. działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień i uzupełnień m.in. w zakresie doświadczenia pana Ł. M. Zamawiający zapytał w wezwaniu:

4) w odniesieniu do Pozycji 5 wykazu osób w zakresie projektu nr 1 - czy osoba wskazana w pozycji 5 wykazu osób (Ł. M.) w całym okresie wskazanym w wykazie wykonywała prace związane z utrzymaniem instalacji portalowych z wykorzystaniem technologii MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ dla minimum 100 000 klientów? (prosimy podać liczbę klientów). W szczególności prosimy o wyjaśnienie czy dana osoba wykonywała czynności składające się na ww. prace w Okresie Przejściowym .

11) Czy w zakresie Projektu nr 2 realizowanego na rzecz „DOMEX” wskazanego w doświadczeniu osoby wymienionej w pozycji 5 wykazu osób (Ł. M.) usługa na rzecz

wskazanego podmiotu była realizowana w całym okresie wskazanym w wykazie osób, tj. od 2009-04-01 do 2018-03-31, szczególnie w kontekście informacji o upadłości firmy „Domex”? W dniu 19.11.2021 r. Wykonawca udzielił wyjaśnień dotyczących osoby Pana Ł. M. W zakresie zapytania do Projektu 1 - Usługa wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego KSI Wykonawca wyjaśnił:

1) powyższe zestawienie działań Pana Ł. M., zarówno w zakresie p. A (okres Przygotowawczy) jak i p. B (świadczenie usług utrzymania) odnosi się do prac związanych z utrzymaniem instalacji portalowych z wykorzystaniem technologii MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ dla minimum 100 000 potencjalnych klientów (szacowane obciążenie jest nie mniejsze niż 350 000 klientów)

2) okres brany pod uwagę w p. 1 od dnia 1.04.2018 do dnia terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu (27.10.2020) obejmował łącznie 30 pełnych miesięcy, 32 miesiące aktualny stan na dzień złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust 2f ustawy Pzp - dla projektu ZUS

3) Instalacje portalowe objęte ww. zestawieniem realizowane były w architekturze trójwarstwowej z wykorzystaniem wszystkich technologii wymienionych w wykazie, tj. technologii MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ

4) Wszystkie prace wymienione w powyższym zestawieniu wykonywane były zarówno w Okresie Przejściowym (tj. od dnia 01.04.2018, czyli przez 30 miesięcy, 32 miesiące -aktualny stan na dzień złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 f ustawy Pzp dla projektu ZUS) oraz w okresie świadczenia utrzymania (tj. od dnia 01.12.2018 r.).

W zakresie zapytania odnośnie Projektu nr 2 realizowanego na rzecz „DOMEX” Wykonawca wyjaśnił, iż w przypadku doświadczenia Pana Ł. M. w zakresie ww. projektu doszło do omyłkowego wpisania okresu doświadczenia w projekcie realizowanym dla „DOMEX” tj. od 2009-04-01 do 2018-03-31. Wykonawca przyznał, że sam projekt realizowany dla Domex spełniał wymagania w zakresie utrzymania instalacji portalowych z wykorzystaniem wymaganych technologii ale z uwagi na upadłość podmiotu nie był realizowany w okresie 5 lat przed złożeniem oferty. Wykonawca oświadczył, że omyłka powstała niecelowo i że nie chciał wprowadzić Zamawiającego w błąd, od początku działając w dobrej wierze.

Po dokonaniu analizy wyjaśnień Zamawiający ustalił, że w zakresie doświadczenia Pana M. w Projekcie nr 1 - wykazany Okres Przejściowy w doświadczeniu ww. osoby nie może być uznany jako okres świadczenia usługi związanej z utrzymaniem instalacji portalowych z wykorzystaniem wszystkich następujących technologii: MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ,

dla minimum 100 000 klientów. Wykonawca wyjaśniał, że w Okresie Przejściowym Pan Ł. M. wykonał szereg prac związanych z utworzeniem i utrzymaniem środowiska wewnętrznego Comarch oraz dodatkowo wykonywał czynności związane z przygotowaniem, testowaniem i wykonywaniem procedur utrzymaniowych w celu przygotowania do przejęcia usług. W

ocenie Wykonawcy czynności te odpowiadają warunkowi udziału w postępowaniu, ponieważ Wykonawca odwzorował system EWD w środowisku wewnętrznym Comarch, a zatem uznał, że „system EWD w środowisku wewnętrznym Comarch również może obsłużyć wskazaną liczbę 100 000 klientów”. Wykonawca wskazał, że w trakcie Okresu Przejściowego miał możliwości techniczne i hipotetycznie mógł świadczyć usługi dla takiego wolumenu klientów. W praktyce, w Okresie Przejściowym usługa utrzymania nie była świadczona dla wymaganej liczby klientów. Wykazane w Okresie Przejściowym prace w zakresie utworzenia i utrzymywania środowiska wewnętrznego Wykonawcy zorientowane były na wykonywanie instalacji, konfiguracji, aktualizacji oraz testów. Pozostałe zadania realizowane w Okresie Przejściowym to typowe działania przygotowawcze do utrzymania produkcyjnego systemu. Wykonywania takich czynności nie należy utożsamiać z rzeczywistym utrzymaniem systemu z którego korzysta

co najmniej 100 000 klientów. System funkcjonujący w środowisku wewnętrznym Wykonawcy o ile mógł mieć taki potencjał to faktycznie nie był wykorzystywany przez wymagany wolumen klientów. Zamawiający uznał, że w świetle postawionego warunku nie można uznać, że Pan Ł. M. zdobył doświadczenie w utrzymaniu systemu obsługującego określony wolumen klientów jedynie poprzez realizację prac na środowisku wewnętrznym Wykonawcy (nie produkcyjnym), który nigdy faktycznie nie obsługiwał liczby 100 000 klientów. Wykonawca projektem nr 1 (bez Okresu Przejściowego) wykazał więc 22 miesięczne doświadczenie, tj. od 01.12.2018 r. do terminu składania ofert, czyli do 06.10.2020 r. (zamiast 24 miesięcznego).

Z kolei odnosząc się do doświadczenia Pana Ł. M. w projekcie 2 - Zamawiający stoi na stanowisku, że został wprowadzony w błąd, co Wykonawca sam przyznał w przesłanych wyjaśnieniach z 19.11.2021 r. odnośnie wskazania okresu. Wykonawca pierwotnie wykazał doświadczenie ww. osoby w innym okresie niż w okresie zgodnym ze stanem faktycznym, a m.in. informacja ta miała istotny wpływ na decyzję Zamawiającego. Zamawiający na tej podstawie ocenił bowiem, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, co miało wpływ na ocenę i wybór oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Comarch w dniu 4.02.2021 r. Nie zaliczając doświadczenia zdobytego w pierwszym projekcie w okresie przejściowym w ramach realizacji umowy na usługi utrzymania i wsparcia eksploatacji KSI ZUS oraz nie uwzględniając doświadczenia wskazanego w drugim z projektów Zamawiający uznał, że Wykonawca wykazał jedynie 22 miesiące wymaganego doświadczenia dla Technologa przetwarzania portalowego. Jest to okres niewystarczający dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający bazując na jednolitym orzecznictwie w tym zakresie stoi na stanowisku, że informacji nieprawdziwej nie można zastąpić informacją prawdziwą w efekcie jej uzupełnienia (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2020 r. KIO 2045/20, Wyrok

Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2020 r. KIO 736/20, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 grudnia 2019 r. KIO 2517/19, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z

dnia 15 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 980/20, KIO 985/20, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 2608/18, KIO 2631/18, KIO 2646/18). Tym samym zaistniała przesłanka obligatoryjnego wykluczenia Konsorcjum Comarch.

#### Ad 2 i 3 Uzasadnienie faktyczne

Wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 16 ustawy Pzp oraz art. 24 ust 1 pkt. 12.

Zamawiający, pismem nr 993200/271/IN-1001/2020, z dnia 07.12.2020 r., na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp wezwał Wykonawcę Konsorcjum Comarch do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym do złożenia wykazu usług. Zamawiający zażądał wykazu na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 4.1.2.4.1. SIWZ. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca, w dniu 18.12.2020r. przedłożył wymagany przez Zamawiającego Wykaz usług. Wykonawca wskazał w wykazie usług - tajemnica przedsiębiorstwa w poz. 1 tabeli usługę utrzymania zintegrowanego systemu informatycznego opartego o Comarch Loyalty Management. Na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia został załączony przez Wykonawcę List referencyjny z dnia 12.12.2020 (dalej: „referencja nr 1”).

Zamawiający pismem 993200/271/IN-90/2021 z dnia 22.01.2021 r. wezwał Konsorcjum Comarch do złożenia wyjaśnień m.in. w zakresie ww. formy referencji nr 1. Zamawiający

wniósł o wyjaśnienie w jakiej formie zostały wytworzone Referencje (papierowej czy elektronicznej) oraz w jakiej formie została wytworzona elektroniczna kopia referencji. Wezwano również Wykonawcę do złożenia oryginału referencji jeżeli była wytworzona w oryginale w formie elektronicznej. W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca w dniu 27.01.2021 r. wyjaśnił, że przekazana przez niego kopia referencji jest potwierdzoną za zgodność kopią referencji wytworzonej w oryginale w formie pisemnej i zawiera odręczne podpisy osób upoważnionych do ich wystawienia. Tym samym nie podlega uzupełnieniu.

Z uwagi na informacje zawarte w odwołaniu złożonym przez Asseco Poland S.A. z dnia 18.10.2021 r. Zamawiający pismem 993200/271/IN-902/2021 z dnia 03.11.2021 r. na podstawie § 15 ust. 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) wezwał Wykonawcę do złożenia oryginału referencji wystawionej przez Comarch Middle East FZ-LLC z dnia 12 grudnia 2020 r. a przedłożonej Zamawiającemu w kopii w dniu 18 grudnia 2020 r. (referencje nr 1) w związku z powzięciem wątpliwości, co do jego prawdziwości.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca w dniu 19.11.2021 r. wyjaśnił, że nie dysponuje oryginałem dokumentu, gdyż został on przez niego zgubiony. Co więcej, o fakcie zaginięcia

Wykonawca miał wiedzę już w styczniu 2021 r. mimo to w wyjaśnieniach złożonych w dniu 27 stycznia 2021 r. w żaden sposób nie poinformował o tym Zamawiającego.

Tym samym Wykonawca nie złożył dokumentu, który był objęty żądaniem Zamawiającego z dnia 3.11.2021 r.

Zdaniem Zamawiającego oczekiwać należy od każdego Wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, że będzie w posiadaniu i będzie mógł okazać na żądanie zamawiającego oryginały dokumentów składanych w trakcie postępowania. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby zadbał o właściwą i kompletną dokumentację posiadanego doświadczenia. To na podstawie przedstawionych przez wykonawców w postępowaniu o zamówienie dokumentów następuje bowiem decyzja zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Należy również uznać, że żądany dokument był dokumentem wymaganym, o którym mowa w art. 24 ust. 16 ustawy Pzp. Rozporządzenie o dokumentach w §15 wprost nadało Zamawiającemu uprawnienie do żądania złożenia oryginałów dokumentów, w tym dokumentów podmiotowych w przypadku powzięcia wątpliwości w zakresie ich prawdziwości. Ustawodawca zatem określił w jaki sposób Zamawiający powinien rozstrzygnąć wątpliwości w przypadku wątpliwości co do prawdziwości dokumentów. W niniejszym Postępowaniu Zamawiający na podstawie § 15 Rozporządzenia o dokumentach wezwał Konsorcjum Comarch do złożenia oryginału tego dokumentu. Wezwanie to nie zostało skutecznie zakwestionowane przez Wykonawcę. Tym samym skoro dokument był wymagany przez Zamawiającego zgodnie z przepisami, a zasadność żądania miało oparcie w tanie faktycznym postępowaniu i skuteczne (niezaskarżone), to należy go uznać za „dokument wymagany” o którym mowa w ww. przepisie ustawy.

W ocenie Zamawiającego powyższe działanie Wykonawcy należy zakwalifikować jako rażące niedbalstwo. Zgodnie z wyrokiem SN z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03 przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 września 2002 r., sygn. akt I CKN 969/00, wskazał, że wykładnia pojęcia rażącego niedbalstwa powinna uwzględniać kwalifikowaną postać braku zwykłej staranności w przewidywaniu skutków. Zamawiający dokonując oceny stopnia winy wziął pod uwagę dodatkowo, że Wykonawca mimo szeregu wątpliwości co do sposobu sporządzania dokumentów podniesionych w styczniu 2021r. i wyjaśnieniu sposobu sporządzenia dokumentu nie poinformował Zamawiającego o zagubieniu dokumentu. Także wyjaśnienia wówczas złożone co do sposobu sporządzenia dokumentu budzą wątpliwości. Wobec zaniechania złożenia oryginału dokumentu, który dowodziłby w sposób niebudzący wątpliwości, że złożone przez wykonawcę dokumenty są prawdziwe Wykonawca podlega także wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zamawiający uznał, że w oparciu o cytowane powyżej orzecznictwo dot. braku możliwości uzupełnienia dokumentów w okolicznościach zaistnienia przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp brak jest prawnej możliwości zastąpienia innym dokumentem dokumentu, którego prawdziwość nie została przez Wykonawcę wykazana w sposób przewidziany ustawą Pzp w zw. z treścią § 15 Rozporządzenia o dokumentach.

Jednocześnie na podstawie art. 24 ust 4 ustawy Pzp ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

#### W zakresie zarzutów odwołania

Mając na uwadze wskazane zarzuty przez Odwołującego oraz uzasadnienie zawarte

w odwołaniu, dla porządku i jednolitości orzeczenia Izba przyjęła systematykę pisania

uzasadnienia wyroku odpowiadającą systematyce argumentacji zawartej w

uzasadnieniu odwołania (z odniesieniem do powołanych tam zarzutów).

#### Zarzut 1

- nieprawidłowa ocena doświadczenia nabytego przez pracownika Comarch skierowanego do realizacji zamówienia - pana Ł. M., w toku wykonywania przez pracownika prac realizowanych w Okresie Przejściowym umowy na wsparcie eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS (KSI ZUS)

#### Zarzut 2

- wykluczenie Konsorcjum Comarch z postępowania w związku z przedstawieniem informacji dotyczących doświadczenia nabytego przez pracownika Comarch skierowanego do realizacji zamówienia - pana Ł. M., w toku wykonywania przez pracownika prac w ramach Projektu 2 dla Domex - pomimo braku materializacji przesłanek podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp2004.

Izba ustaliła, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) Zamawiający wymagał:

#### 4.1 WARUNKI UBIEGANIA SIĘ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA

4.1.1. Dla warunków, o których mowa w pkt 4.1.2.4. SIWZ, Zamawiający posługuje się następującymi pojęciami:

„usługi utrzymania systemu informatycznego” - działania Wykonawcy w celu zapewnienia określonej przez Zamawiającego jakości usług IT, w oparciu o procesy zawarte w normie ISO 20000, w tym w szczególności działania obejmujące zapewnienie gwarantowanego poziomu usług poprzez dotrzymanie na ustalonym w umowie poziomie wszystkich następujących parametrów:

- a) dostępności, niezawodności, wydajności i ciągłości usług IT,
- b) jakości obsługi zgłoszeń dotyczących usług IT,
- c) realizacji procesów zarządzania usługami IT,

Działania składające się na usługę utrzymania systemu informatycznego powinny być realizowane przez Wykonawcę w okresie eksploatacji produkcyjnej systemu informatycznego w tym również w okresie wprowadzania do systemu zmian wynikających z jego rozwoju funkcjonalnego;

(...)

4.1.2. O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy:

(.)

4.1.2.4. spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej;

Konieczność wskazywania w opisie warunków nazw narzędzi i technologii wynika z posiadania i używania przez Zamawiającego tych właśnie narzędzi oraz wykorzystywania tych właśnie technologii.

(.)

4.1.2.4.2. Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować zespołem, składającym się z co najmniej 18 osób, o odpowiednich kwalifikacjach i doświadczeniu. Osoby te powinny legitymować się doświadczeniem i kwalifikacjami odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone, tj.:

(...)

5) minimum 1 osoba dedykowana do pełnienia funkcji Technologa przetwarzania portalowego, która powinna:

- a) posiadać minimum 3-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;
- b) przez okres minimum 2 lat, w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert, realizować prace związane z utrzymaniem instalacji portalowych z wykorzystaniem wszystkich następujących technologii: MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ, dla minimum 100 000 klientów;

c) posiadać umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatów:

- ☐ minimum Microsoft Certified IT Professional (MCITP): Server Administrator on Windows ServerR 2008 lub nowszy,
- ☐ VMware Certified Professional - Datacenter Virtualization on vSphere 5.X, lub nowszy,

potwierdzone tymi dokumentami lub innymi równoważnymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty (wykluczone oświadczenia własne Wykonawcy lub podmiotu powiązanego w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy);

(...)

Zamawiający informuje, że doświadczenie zawodowe, będzie liczone w następujący sposób:

1) doświadczenie zawodowe zdobyte w ramach różnych projektów, w których brała udział

dana osoba i realizowanych w tym samym czasie - nie podlega sumowaniu,

2) doświadczenie zawodowe zdobyte w zakresie projektów, w których brała udział dana osoba, w różnym czasie - podlega sumowaniu, z tym, że w przypadku, gdy Wykonawca wykaże projekty, których okresy realizacji zachodzą na siebie, Zamawiający do doświadczenia zawodowego uzna okres od dnia rozpoczęcia wcześniejszego projektu do dnia zakończenia późniejszego projektu,

3) w przypadku braku podania daty dziennej a jedynie informacji o miesiącu, Zamawiający na potrzeby ustalenia okresu doświadczenia zawodowego przyjmie ostatni dzień danego miesiąca (dla rozpoczęcia projektu) oraz pierwszy dzień danego miesiąca (dla zakończenia projektu),

4) w przypadku podania jedynie informacji o roku rozpoczęcia lub zakończenia projektu, Zamawiający na potrzeby ustalenia okresu doświadczenia zawodowego, przyjmie 31 grudnia danego roku (dla rozpoczęcia projektu) oraz 1 stycznia danego roku (dla zakończenia

projektu);

5) sformułowanie „w ramach usług utrzymania systemów” oznacza, że doświadczenie danej osoby mogło być nabyte w trakcie wykonywania jednej lub kilku usług utrzymania systemów.

(...)

4.4.3. Oświadczenia i dokumenty składane na podstawie wezwania Zamawiającego.

4.4.3.1. oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu:

(■■■)

4.4.3.1.5. wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego z podaniem informacji na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami sporządzony wg wzoru stanowiącego Załącznik 9 do SIWZ Część A - na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w pkt 4.1.2.4.2. SIWZ.

Odwołujący, na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 grudnia 2020 roku, dla wykazania spełnienia warunku przedstawił w dniu Wykaz usług - Załącznik nr 9 do SIWZ (str. 9 -11) doświadczenie dla: Pan Ł. M.

#### Projekt 1

Nazwa projektu:

Usługa wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego KSI ZUS  
Nazwa podmiotu, na rzecz którego projekt był realizowany:

Zakład Ubezpieczeń Społecznych

Okres realizacji prac liczony w pełnych miesiącach kalendarzowych w wymaganym zakresie  
[od 2018-04-01 do obecnie]

(czas doświadczenia nie będzie powiększany o czas pełnienia innych funkcji w projekcie lub pełnienia funkcji w innych projektach w tym samym okresie): 32 miesiące

Zakres projektu wraz z podaniem wykorzystywanych technologii: prace związane z utrzymaniem instalacji portalowych z wykorzystaniem wszystkich następujących technologii: MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ.

Liczba klientów: Ponad 100 000 klientów

#### Projekt 2

Nazwa projektu:

Utrzymanie instalacji portalowych

Nazwa podmiotu, na rzecz którego projekt był realizowany:

Domex (właściciel elektro marketów Avans)

Okres realizacji prac liczony w pełnych miesiącach kalendarzowych w wymaganym zakresie  
[od 2009-04-01 do 2018-03-31]

(czas doświadczenia nie będzie powiększany o czas pełnienia innych funkcji w projekcie lub pełnienia funkcji w innych projektach w tym samym okresie): 96 miesięcy

Zakres projektu wraz z podaniem wykorzystywanych technologii, m.in.:

prace związane z utrzymaniem instalacji portalowych z wykorzystaniem wszystkich następujących technologii: MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ.

Liczba klientów:

Ponad 100 000 klientów

Zamawiający wezwaniem z dnia 3 listopada 2021 roku wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:

W związku z informacjami podjętymi na podstawie odwołania Asseco Poland S.A. z dnia 18 października 2021 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) - dalej ustawa Pzp, wzywa Państwa do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień w poniższym zakresie. (■■■)

4) Pozycja 5 wykazu osób w zakresie projektu nr 1 - czy osoba wskazana w pozycji 5 wykazu osób (Ł. M.) w całym okresie wskazanym w wykazie wykonywała prace związane z utrzymaniem instalacji portalowych z wykorzystaniem technologii MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ dla minimum 100 000 klientów? (prosimy podać liczbę klientów). W szczególności prosimy o wyjaśnienie czy dana osoba wykonywała czynności składające się na ww. prace w Okresie Przejściowym .

W przypadku zróżnicowanego rodzaju czynności wykonywanych w ramach ww. prac lub zróżnicowania wykorzystania technologii na przestrzeni wskazanego czasu należy wskazać rodzaj czynności związanych z pracami wskazanymi w warunku oraz poszczególne technologie wykorzystane w danym czasie.

(...)

11) Czy w zakresie Projektu nr 2 realizowanego na rzecz „DOMEX” wskazanego w doświadczeniu osoby wymienionej w pozycji 5 wykazu osób (Ł. M.) usługa na rzecz wskazanego podmiotu była realizowana w całym okresie wskazanym w wykazie osób, tj. od 2009-04-01 do 2018-03-31, szczególnie w kontekście informacji o upadłości firmy „Domex”?

Odwołujący udzieli wyjaśnień w piśmie z dnia 19 listopada 2021 roku odpowiednio na stronach

- str. 58-61 w tym podał:

Odnosząc się bezpośrednio do pytań zawartych w Wezwaniu można dokonać następującego podsumowania:

1. Powyższe zestawienie działań Ł. M., zarówno w zakresie p. A. (Okres Przygotowawczy)

jak i p. B. (świadczenie usług utrzymania) odnosi się do prac związanych z utrzymaniem instalacji portalowych z wykorzystaniem technologii MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ dla minimum 100 000 potencjalnych klientów (szacowane obciążenie jest

nie mniejsze niż 350 000 klientów).

2. Okres brany pod uwagę w p. 1., od dnia 01.04.2018 r. do dnia terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu (27.10.2020 r.) obejmował łącznie 30 pełnych miesięcy, 32 miesiące - aktualny stan na dzień złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 f ustawy Pzp - dla projektu ZUS.

3. Instalacje portalowe objęte ww. zestawieniem realizowane były w architekturze trójwarstwowej z wykorzystaniem wszystkich technologii wymienionych w wykazie, tj.

MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ.

4. Wszystkie prace wymienione w powyższym zestawieniu wykonywane były zarówno w Okresie Przejściowym (tj. od dnia 01.04.2018 r., czyli przez 30 miesięcy, 32 miesiące - aktualny stan na dzień złożenia art. dokumentów w trybie 26 ust. 2 f ustawy Pzp - dla projektu ZUS) oraz w okresie świadczenia utrzymania (tj. od dnia 01.12.2018 r.).

- str. 67 - „Wykonawca oświadcza, iż w przypadku doświadczenia Pana Ł. M. (poz. 5 Wykazu osób, funkcja: Technolog przetwarzania portalowego) w zakresie projektu nr 2 doszło do omyłkowego wpisania okresu doświadczenia w projekcie realizowany dla Domex od [od 2009-04-01 do 2018-03-31]. W czasie przygotowywania dokumentów ofertowych osoba biorąca udział w weryfikowaniu informacji błędnie założyła, iż wskazany w wykazie okres dla projektu nr 2 trwał przez cały okres poprzedniego zatrudnienia Pana Ł. M., przed zatrudnieniem u Wykonawcy. Sam projekt realizowany dla Domex spełniał wymagania w zakresie utrzymania instalacji portalowych z wykorzystaniem wszystkich następujących

technologii: MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ, dla minimum 100 000 klientów, ale z uwagi na upadłość podmiotu nie był realizowany w okresie 5 lat przed złożeniem oferty. Omyłka powstała niecelowo, Wykonawca nie chciał wprowadzić Zamawiającego w błąd, od początku działał w dobrej wierze. Niezależnie od tego osoba Pana M. była zaangażowana w zakresie funkcji, do której została wskazana. Pan Ł. M. posiada wystarczające doświadczenie i kompetencje do spełnienia wymagań SIWZ poprzez udział w realizacji obecnie świadczonej przez Wykonawcę umowy utrzymaniowej dla ZUS.”

Izba zważyła:

Zarzut 1.

- nieprawidłowa ocena doświadczenia nabytego przez pracownika Comarch skierowanego do realizacji zamówienia - pana Ł. M., w toku wykonywania przez pracownika prac realizowanych w Okresie Przejściowym umowy na wsparcie eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS (KSI ZUS)

1.1) Wady uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o wykluczeniu - naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp2004

1.2) Nieprawidłowa ocena doświadczenia nabytego w Okresie Przejściowym umowy na wsparcie eksploatacji i utrzymania KSI ZUS

- Izba zarzut uznała za niezasadny.

Mając na uwadze ustalony powyżej stan faktyczny sprawy jak również wszystkie pisma złożone w trakcie postępowania odwoławczego przez Odwołującego oraz Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego Asseco, Izba stwierdziła, że dokonana przez Zamawiającego ocena w zakresie doświadczenia Pana Ł. M. w odniesieniu do Projektu 1 jest prawidłowa.

W pierwszej kolejności Izba dokonawszy oceny czynności Zamawiającego uznała, że w sposób prawidłowy oraz wyczerpujący, zgodnie z obowiązującą regulacją art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiający przedstawił uzasadnienie dla braku stwierdzenia wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do projektu 1. W ocenie Izby potwierdza to również fakt prawidłowego odczytania podstawy prawnej przyjętej dla oceny doświadczenia w zakresie projektu 1 także przez samego Odwołującego. Wykluczenie spowodowane brakiem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dla Technologa przetwarzania portalowego stanowi swoiste stopniowe uzasadnienie z uwagi na przedstawienie przez Odwołującego dwóch projektów (projekt 1 i projekt 2). Zamawiający zgodnie z wymaganiami ustawowymi poinformował wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania podając uzasadnienie faktyczne i prawne tego wykluczenia.

W ocenie Izby przedstawione uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawcy z postępowania w zakresie oceny Projektu 1 jednoznacznie wskazuje na dokonaną w tym zakresie ocenę jako niespełnienia warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, czemu Zamawiający również dał wyraz w przytoczonych podstawach prawnych. Zamawiający natomiast uzasadniając podstawę do wykluczenia z postępowania (całościowo w odniesieniu do oceny przedmiotowego warunku) - która nie podlega w żaden sposób sanowaniu - wskazał w uzasadnieniu faktycznym w zakresie Technologa przetwarzania portalowego naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy jako dalej idącą podstawę, która bezpośrednio stanowiła podstawę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby tak zaprezentowane uzasadnienie jest w pełni logiczne i jednoznaczne, nie brak w nim żadnych wymaganych ustawą elementów. Jednocześnie właśnie taka prezentacja uzasadnienia, w szczególności w tej warstwie dotyczącej uzasadnienia faktycznego podjętych przez Zamawiającego czynności dalej jednoznaczny i pełny obraz czynności podejmowanych przez Zamawiającego oraz przyczyn podjętych czynności. Nadmienić należy, że dokonanie oceny wykonawcy w zakresie doświadczenia Technologa przetwarzania portalowego w zakresie projektu 1 stanowi jedno z elementów całości dokonanej oceny doświadczenia, który wpisuje się w efekt podjętych czynności co do całości oceny doświadczenia w odniesieniu do Technologa przetwarzania

portalowego.

Izba stwierdza w sposób jednoznaczny, że Zamawiający przedstawił zgodnie z obowiązującą regulacją prawną uzasadnienie faktyczne i prawne w zakresie oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do Technologa przetwarzania portalowego, w tym przedstawienia wymaganych prawem informacji w odniesieniu do oceny doświadczenia w ramach projektu 1. Wymaga podkreślenia, że dokonywana ocena jak również prezentowana argumentacja przez Zamawiającego stanowi wynikową podejmowanych czynności, przy czym podstawa wykluczenia również odpowiada wynikowym czynnościami podejmowanym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opartym na badaniu poszczególnych dokumentów.

W odniesieniu do dokonanej oceny spełnienia określonych w warunku wymagań przez podane doświadczenie Technologa przetwarzania portalowego nabyte w ramach projektu 1 Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo dokonał oceny tego doświadczenia. Izba na wstępie podaje, że ocena czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jakiej dokonuje Izba odnosi się do oceny czynności jakie znajdują swoje odzwierciedlenie w piśmie z dnia 2 lutego 2022 roku informacji o podstawach wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Mając na uwadze treść odwołania oraz podnoszonej w pismach procesowych przez Odwołującego argumentacji Izba stwierdziła, że dokonana przez Odwołującego wykładnia w ramach treści warunku Technologa przetwarzania portalowego (punkt 4.1.2.4.2 SIWZ) jest nieuprawniona i niezasadna. Działanie Odwołującego w ocenie Izby miało jedynie na celu dokonanie takiej wykładni warunku, która pozwoliłaby wykonawcy na posłużenie się doświadczeniem realizowanym w ramach projektu 1. Izba uznała jednocześnie, że w obliczu uzasadnienia podstawy faktycznej wykluczenia dokonanej przez Zamawiającego w piśmie z dnia 2 lutego 2022 roku ambiwalentna pozostaje kwestia tego, że Pan M. pracuje w Comarch od 01.04.2018. ZUS umowę z Comarch podpisał w marcu 2018 i przez 12 miesięcy prowadzony był Okres Przejściowy, natomiast pierwsze usługi Comarch zaczął świadczyć we wrześniu 2018 a obsługiwać system EWD zaczął od 01.12.2018, co oznacza, że okres doświadczenia Pana M. można liczyć od 01.12.2018 do 27.10.2020 (termin składania oferty) - bowiem informacje te choć w żadne sposób niekwestionowane nie stanowiły podstawy uzasadnienia zaistnienia podstawy wykluczenia w ramach projektu 1.

Zamawiający w sposób jednoznaczny podał, że „w zakresie doświadczenia Pana M. w Projekcie nr 1 - wykazany Okres Przejściowy w doświadczeniu ww. osoby nie może być uznany jako okres świadczenia usługi związanej z utrzymaniem instalacji portalowych z wykorzystaniem wszystkich następujących technologii: MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ, dla minimum 100 000 klientów. (...) Zamawiający uznał, że w świetle postawionego warunku nie można uznać, że Pan Ł. M. zdobył doświadczenie w utrzymaniu systemu obsługującego określony wolumen klientów jedynie poprzez realizację prac na środowisku wewnętrznym Wykonawcy (nie produkcyjnym), który nigdy faktycznie nie obsługiwał liczby 100 000 klientów. Wykonawca projektem nr 1 (bez Okresu Przejściowego) wykazał więc 22 miesięczne doświadczenie, tj. od 01.12.2018 r. do terminu składania ofert, czyli do 06.10.2020 r. (zamiast 24 miesięcznego).” Izba wskazuje w tym miejscu, że w udzielonych wyjaśnieniach z dnia 19 listopada 2021 roku Odwołujący jednoznacznie podał, że „zestawienie działań Pana Ł. M., zarówno w zakresie p. A (okres Przygotowawczy) jak i p. B (świadczenie usług utrzymania) odnosi się do prac związanych z utrzymaniem instalacji

portalowych z wykorzystaniem technologii MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ dla minimum

100 000 potencjalnych klientów (szacowane obciążenie jest nie mniejsze niż 350 000 klientów)”.

Izba mając na uwadze treść postawionego w SIWZ warunku (punkt 4.1.2.4.2 SIWZ) uznała stanowisko prezentowane przez Zamawiającego za zasadne. Należy zgodzić się z poglądem, że w świetle prezentowanego warunku podnoszone „utrzymanie” należy rozumieć jako utrzymywanie systemu w ramach określonego SLA i utrzymanie dla minimum 100 000 klientów w tym wypadku. Słusznie w ocenie Izby podnosił również Zamawiający wskazując, że tam, gdzie Zamawiający dopuszczał szerszą możliwość wykazania się doświadczeniem wprost wskazywał, że dopuszcza doświadczenie w ramach planowania i utrzymania. Skoro nie uregulował takiej możliwości w ramach warunku Technologa przetwarzania portalowego, to w ocenie Izby niedopuszczalna jest rozszerzająca wykładnia, zgodnie z którą wykazać można nabyte doświadczenie także przez wskazanie doświadczenia w okresie przejściowym (Okresie Przygotowawczym). Izba podziela argumentację, że nie może potwierdzić spełnienia wymagań określonych warunkiem udziału

w postępowaniu doświadczenie nabyte w okresie przejściowym, bowiem świadczenie usług na środowisku wewnętrznym Comarch nie stanowi odwzorowania procesów wymaganych w ramach działającego systemu produkcyjnego dla minimum 100 000 klientów. Izba podziela argumentację odnoszącą się do tego, że w ramach postawionego warunku Zamawiający jednoznacznie odnosił się do klientów w rozumieniu potocznym. Nie można za klientów uważać programów komputerowych generujących działania w okresie przejściowym ponieważ Zamawiający nie zdefiniował (nie nadał takiego znaczenie) w ten sposób znaczenia pojęcia klient w ramach warunku udziału w postępowaniu. Izba w pełni podziela argumentację Zamawiającego, że Odwołujący w ramach prezentowanego stanowiska przedstawia dwie różne wykładnie dotyczące problematyki „utrzymania systemu”. Raz dowodzi tego, że chodzi o utrzymanie jakiegoś wewnętrznego systemu na serwerach Odwołującego, i to w ocenie Odwołującego pozwala na twierdzenia dotyczące tego, że w ramach warunku chodzi o faktyczne utrzymanie wąsko rozumiane (z ograniczeniem niektórych funkcjonalności jak np. testowanie). Natomiast druga prezentowana interpretacja przez Odwołującego prowadzi do tego, że jest to utrzymanie rozumiane szeroko, czyli wszystkie czynności przygotowawcze, które były realizowane na rzecz ZUS (co też było podane w Wykazie osób dla pozycji 5 projekt 1). Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że w ramach wykazania spełnienia warunku Odwołujący posługuje się argumentacją jakoby „utrzymanie” zgodnie z warunkiem, to utrzymuje na własnych / swoich serwerach, w czasie, gdy nie świadczył faktycznie usługi na rzecz ZUS. Należy zaznaczyć w tym miejscu, co nie było w żadne sposób kwestionowane, że od października 2018 do grudnia 2018 usługi utrzymania realizował Asseco w zakresie EWD.

Izba podziela argumentację i przyjmuję ją za własną, odnośnie tego, że warunek jaki postawił Zamawiający wprost wskazuje na konieczność wykorzystania w ramach tych prac związanych z utrzymaniem instalacji produkcyjnych określonych technologii dla wskazanej minimalnej liczby klientów, co wskazuje na konieczność realnego świadczenia określonych usług. Wymaga odnotowania, że to sam Odwołujący w udzielonych wyjaśnieniach z 19 listopada 2021 roku wskazywał na „100 000 potencjalnych klientów”, co w ocenie Izby w zakresie okresu przygotowawczego nabiera innego znaczenia niż w okresie świadczenia usługi utrzymania systemu EWD. Fakt, że Pan M. realizował czynności w ramach okresu przygotowawczego systemu EWD nie powoduje, że nabiera on jakiegokolwiek doświadczenia w ramach świadczenia usługi polegającej na realizacji prac związanych z utrzymaniem instalacji portalowych dla minimum 100 000 klientów. Izba stwierdza, że pośrednio potwierdził to również sam Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 7 marca 2022 roku (strona 6) twierdząc, że na podstawie interpretacji postanowień SIWZ w ramach tego warunku nie można potwierdzić, że prawidłowo zostanie wykazane doświadczenie jedynie przez odwołanie do doświadczenia pozyskanego w ramach okresu przejściowego. Ta argumentacja Odwołującego w ocenie Izby dowodzi dwóch rzeczy - po pierwsze, że fakt wykazania doświadczenia osoby Technologa przetwarzania portalowego nabytego w okresie przejściowym Odwołujący wyinterpretował z treści warunku oraz, po drugie to, że interpretacja Odwołującego obarczona jest wadą, którą on sam zauważył twierdząc, że „twierdzenie o możliwości przyjęcia samego okresu przygotowawczego za wystarczający do udokumentowania doświadczenia nie znajduje żadnego potwierdzenia treści interpretacji zapisów SIWZ dokonanych przez Comarch. Jak już wielokrotnie wskazywał Comarch, prace z zakresu utrzymania obejmują zarówno prace przygotowawcze jak i świadczenie usług utrzymania”. Wadą jest dokonywanie interpretacji, jaka w ocenie Izby jest nieuprawniona i nie wynika z postanowień SIWZ. Jednocześnie sam Comarch przyznał, że niemożliwe jest wykazanie doświadczenia jedynie za pomocą doświadczenia z okresu przejściowego co w ocenie Izby potwierdza jednoznacznie, że interpretacja dokonana przez Comarch stanowi nieuprawnioną wykładnię warunku poczynioną jedynie na potrzeby oceny doświadczenia Technologa przetwarzania portalowego w ramach projektu 1. Odwracając stanowisko Odwołującego Izba podaje, że poczyniona przez niego wykładnia tj. ujęcie w ramach doświadczenia prac przygotowawczych jak i świadczenia usług utrzymania winno być przez niego konsekwentnie odnoszone do innego wskazanego doświadczenia jak i doświadczenia wskazanego przez inne podmioty. Krótko mówiąc, takie stanowisko Odwołującego prowadzi w swej interpretacji do zupełnie innego znaczenia warunku, którego nie sposób wyczytać z treści tego warunku zawartego w SIWZ. Każda z wykładni jakie można zastosować prowadzi do jednego wniosku, a mianowicie do znaczenia warunku w sposób jaki został on określony w SIWZ. Jednocześnie w ocenie Izby treści jednoznaczne nie powinny podlegać jakimkolwiek interpretacją, które jak w przypadku wykładni dokonanej przez Odwołującego prowadzą do wniosków niezgodnych z treściami zawartymi w SIWZ.

Mając powyższe na uwadze, jak również dzieląc argumentację Zamawiającego Izba uznała, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do wykazanego doświadczenia Technologa przetwarzania portalowego w ramach projektu 1 i uznał, że nie spełnia ono tego warunku.

Izba uznała za bezprzedmiotowe wszystkie dowody składane w zakresie tego zarzutu, bowiem okoliczności jakie miały te dowody potwierdzać są ambiwalentne w kontekście

oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w znaczeniu jakie on ma zgodnie z treścią SIWZ.

## Zarzut 2

- wykluczenie Konsorcjum Comarch z postępowania w związku z przedstawieniem informacji dotyczących doświadczenia nabytego przez pracownika Comarch skierowanego do realizacji zamówienia - pana Ł. M., w toku wykonywania przez pracownika prac w ramach Projektu 2 dla Domex - pomimo braku materializacji przesłanek podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp2004 - Izba zarzut uznała za niezasadny.

Izba podzieliła w pełni ocenę dokonaną przez Zamawiającego. Izba podkreśla, że ocena działania Zamawiającego w kontekście podnoszonych zarzutów odwołania dotyczy oceny czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania z dnia 2 lutego 2022 roku, w której Zamawiający przedstawia okoliczności i uzasadnienie podjętych czynności wykluczenia z postępowania.

Izba uznała czynność Zamawiającego za prawidłową i odnoszącą się do zaistniałego stanu faktycznego. Należy podkreślić, że Zamawiający dokonał czynności oceny w ramach doświadczenia Technologa przetwarzania portalowego w ramach projektu 2 po dokonaniu wcześniejszych wyjaśnień (pismo z dnia 3 listopada 2022 roku) i uzyskanych informacjach od Odwołującego.

Izba podkreśla w tym miejscu, że skierowane do wykonawcy pytanie (pismo z dnia 3 listopada 2021 roku) było jednoznaczne i precyzyjne co do swej treści, co też wydaje się potwierdzać Odwołujący udzielając wyjaśnień w zakresie postawionego pytania. Wymaga odnotowania, że Zamawiający pytał o cały okres realizacji usługi jaki został podany w wykazie w zakresie projektu 2 z uwzględnieniem kontekstu o upadłości firmy Domex. Pytanie jakie zostało skierowane do Odwołującego (Czy w zakresie Projektu nr 2 realizowanego na rzecz „DOMEX” wskazanego w doświadczeniu osoby wymienionej w pozycji 5 wykazu osób (Ł. M.) usługa na rzecz wskazanego podmiotu była realizowana w całym okresie wskazanym w wykazie osób, tj. od 2009-04-01 do 2018-03-31, szczególnie w kontekście informacji o upadłości firmy „Domex”?) pozwalało Odwołującemu na udzielenie wszelakich wyjaśnień i przedstawienia argumentacji w tym zakresie.

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach jednoznacznie podał, że „Wykonawca oświadcza, iż w przypadku doświadczenia Pana Ł. M. (poz. 5 Wykazu osób, funkcja: Technolog przetwarzania portalowego) w zakresie projektu nr 2 doszło do omyłkowego wpisania okresu doświadczenia w projekcie realizowany dla Domex od [od 2009-04-01 do 2018-03-31]. (.) Sam projekt realizowany dla Domex spełniał wymagania w zakresie utrzymania instalacji portalowych z wykorzystaniem wszystkich następujących technologii: MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ, dla minimum 100 000 klientów, ale z uwagi na upadłość podmiotu nie był realizowany w okresie 5 lat przed złożeniem oferty. Omyłka powstała niecelowo, Wykonawca nie chciał wprowadzić Zamawiającego w błąd, od początku dział w dobrej wierze. (.)”. Takie stanowisko Odwołującego przedstawione Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w sposób jednoznaczny, oczywisty i bardzo precyzyjny potwierdza przez samego Odwołującego - czyli wykonawcę składającego to oświadczenie - że w ramach projektu 2 doszło do przedstawienia Zamawiającemu informacji nie odpowiadających rzeczywistości. W obliczu takiej odpowiedzi Zamawiający nie miał obowiązku pozyskiwania jakichkolwiek dodatkowych informacji, nie miał obowiązku pytać jeszcze o cokolwiek wykonawcę. Działając jako podmiot profesjonalny wykonawca w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek, jak i prawo, przedstawiania wyjaśnień na pytania Zamawiającego o takiej treści jakie uznaje za właściwe. W tym wypadku przeprowadzone postępowanie wyjaśniające dało jednoznaczne odpowiedzi na pytania Zamawiającego. W oparciu o udzielone wyjaśnienie Zamawiający dokonał oceny przedstawionych w wykazie osób dla Technologa przetwarzania portalowego w ramach projektu 2 informacji.

Izba podkreśla w tym miejscu, że informacje zawarte w Wykazie co do okresu realizacji to od 01.04.2009 do 31.03.2018 natomiast na podstawie informacji zawartych w odwołaniu okres ten to od 11.2011 do 31.03.2018 w tym od 05.2014 dla Domex w upadłości likwidacyjnej. Okres jaki mógł potwierdzać warunek udziału w postępowaniu to 27.10.2015 do 27.10.2020 rok, jednakże Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach podał, że z uwagi

na upadłość podmiotu nie był realizowany w okresie 5 lat przed złożeniem oferty.

W obliczu tak podanych przez wykonawcę informacji Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny przedstawionego w Wykazie osób doświadczenia dla Technologa przetwarzania portalowego w ramach projektu 2. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy można skutecznie zastosować, gdy wypełnione zostaną kumulatywnie następujące przesłanki, a mianowicie gdy doszło do: przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością, informacja ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, informacja ta mogła wprowadzić w błąd Zamawiającego, a przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy.

Należy podkreślić w tym zakresie, że pierwsza z przesłanek tj. przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością rozumiana w orzecznictwie jest jako informacja nieprawdziwa (informacja wprowadzająca w błąd) polegająca na złożeniu przez wykonawcę oświadczenia, którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy.

Jakiegokolwiek nieprawidłowości w składanych dokumentach w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obciążają wykonawcę, który je składa. Biorąc zatem „odpowiedzialność” za przedstawiane dokumenty, w tym też te przedstawiane na wezwanie Zamawiającego do składania wyjaśnień, wykonawca nie może „zasłaniać” się niewiedzą czy brakiem odpowiedzialności za przedstawione dane lub ich zgodność z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Odwołujący mając możliwość złożenia wyjaśnień przedstawił konkretne informacje, które stanowiły podstawę do dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie projektu 2. Już po terminie na składanie wyjaśnień oraz po dokonaniu przez Zamawiającego oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu na podstawie przedstawionego Wykazu osób oraz złożonych przez Comarch za pismem z dnia 19 listopada 2021 roku wyjaśnieniach Odwołujący w odwołaniu twierdzi, że dokonana ocena jest nieprawidłowa, gdyż informacje pierwotnie przedstawione są informacjami prawdziwymi. Abstrahując od podanych w Wykazie osób dat oraz dat wynikających z odwołania (które nie są spójne co do daty początkowej) Odwołujący jednoznacznie w podanych wyjaśnieniach wskazał, że z uwagi na upadłość podmiotu (projekt) nie był realizowany w okresie 5 lat przed złożeniem oferty. Takie stanowisko Odwołującego w sposób jednoznaczny dowodzi, że nie wykazywał że Pan M. kontynuował prace także po upadłości Domex, a co za tym idzie nie nabył w tym okresie doświadczenia. Więcej, Odwołujący sam jednoznacznie wyjaśnił i podał Zamawiającemu na etapie oceny dokumentów, że projekt nie był realizowany w okresie 5 lat przed złożeniem ofert. Tym samym Comarch w sposób nie poddający się żadnej interpretacji i wykładni potwierdził, że informacje podane w ramach projektu 2 w Wykazie osób nie odpowiadają rzeczywistości. Nie sposób w tym stanie rzeczy zarzucić Zamawiającemu nieprawidłowości w dokonaniu oceny wykazanych informacji w kontekście przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Jakakolwiek argumentacja podnoszona na etapie odwołania musi zostać uznana za spóźnioną. Nadmienić należy w tym miejscu, że ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokonana przez Zamawiającego na dzień 2 lutego 2022 roku była dokonana prawidłowo i w poszanowaniu zasad prawa zamówień publicznych w oparciu i z uwzględnieniem wszelkich dokumentów złożonych przez Comarch.

W orzecznictwie Izby ugruntowane jest stanowisko w zakresie tego co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, niezgodna z rzeczywistością. Dla oceny czy mamy do czynienia z informacją niezgodną z rzeczywistością, która przed nowelizacją ustawy z 22 czerwca 2016 roku stanowiła „informację nieprawdziwą” (w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy sprzed nowelizacji) przy braku definicji legalnej zawartej w ustawie pomocne jest orzecznictwo sądowe. Izba powołuje w tym miejscu wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99 (za sądem apelacyjnym), czytamy, iż pojęcie „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Tym samym podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością odpowiada podaniu informacji nieprawdziwych, chodzi tym samym o obiektywną niezgodność treści podanego oświadczenia z rzeczywistością. Informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWIZ warunki

udziału w postępowaniu, dlatego też muszą być rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru powadzonej działalności przez wykonawców.

Do czynności Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 14 ustawy, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Tym samym czynność wykonawcy polegająca na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego należy oceniać w pryzmacie cywilistycznym, a więc dokonując oceny dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania (tak Sad Najwyższy w wyroku z dnia 23 października 2003 roku sygn. akt V CK 311/02). Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności. W rozpoznawanej sytuacji Odwołujący sam, jednoznacznie i w sposób bardzo oczywisty wyjaśnił Zamawiającemu, że podana przez niego informacja jest niezgodna z rzeczywistością. Podanie takich informacji przez Odwołującego musiało zostać uwzględnione i poddane ocenie przez Zamawiającego, co też w ocenie Izby zostało dokonane należyście. Zamawiający, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie był obowiązany do czynienia kolejnych wyjaśnień w ramach, czy w odniesieniu do złożonych informacji, bowiem były one jednoznaczne i klarowne. Jakiegokolwiek czynności poszukiwania informacji w obliczu tak podanych wyjaśnień stanowiłyby naruszenie zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w kontekście innego wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu. Izba uznaje za bezzasadne twierdzenia Odwołującego o „szerszym ujęciu” badania przesłanki prawdziwości przedstawianych informacji, bowiem w ramach prowadzonej procedury o udzielenie zamówienia publicznego podlegają ocenie informacje przedstawione w ramach tej procedury, a nie wszystkie informacje o posiadanym doświadczeniu, które nie zostały wykazane lub wykazane zostały w sposób nieprawidłowy. Zamawiający, a na poziomie postępowania odwoławczego Izba, nie bada jakiegos ogólnie posiadanego doświadczenia danej osoby lecz to doświadczenie jakie zostało zawarte w dokumentach postępowania i w takiej treści jaka została przedstawiona przez wykonawcę.

W odniesieniu do pozostałych przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy warunkujących skuteczne zastosowanie tego przepisu przez Zamawiającego - uznając w oparciu o oświadczenie Odwołującego z 19 listopada 2021 roku, że doszło do przedstawienia informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością - Izba stwierdziła również zaistnienie pozostałych przesłanek tj. tego, że informacja miała istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, informacja ta mogła wprowadzić w błąd Zamawiającego, a przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy. Niedbalstwo w działaniu wykonawcy potwierdził sam Odwołujący w piśmie z dnia 19 listopada 2022 roku, natomiast w obliczu braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w oparciu o projekt 1, które to doświadczenie nie było brane pod uwagę przez Zamawiającego, informacja jaka została przedstawiona w odniesieniu do projektu 2 po jego wyjaśnieniu z uwagi na wątpliwości jakie powstały w wyniku wniesionego odwołania Asseco, spowodowały wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wprowadzenie Zamawiającego w błąd, które to ujawniło się po wyjaśnieniach z dnia 19 listopada 2021 roku, będące wynikiem niedbalstwa w ustaleniu stanu faktycznego i przekazania Zamawiającemu informacji, które miały wpływ na decyzje Zamawiającego doprowadziły do niemożliwości przeprowadzenia procedury z art. 26 ust. 3 ustawy, uzupełnienia dokumentów.

Wymaga w tym miejscu podkreślenia, że problematyka oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu jak również artykułowania w pismach zakresu uwzględnianych przez Zamawiającego wykazanych doświadczeń - w tym wypadku na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający dokonując oceny uznawał spełnienie warunku w oparciu o projekt 2, a nie projekt 1 czemu dał wyraz w swoim stanowisku pisemnym - nie jest znana ustawie. Jeżeli Zamawiający uznawał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, tak jak w rozpoznawanym przypadku na podstawie doświadczenia osoby pozyskanego w ramach projektu 2, to żaden przepis ustawy nie nakazywał mu informowania o tym, że doświadczenia w ramach projektu 1 nie uznaje. Stanowisko Zamawiającego w tym zakresie, tj. pierwotnego stwierdzenia niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w oparciu o projekt 1, Izba uznała za wiarygodne i prawdziwe, bowiem w oparciu o argumentację z rozpoznania zarzutu 1 w sposób jednoznaczny można stwierdzić, że stan rzeczy jaki był prezentowany przez Zamawiającego obiektywnie istniał od początku oceny posiadanego przez Technologa doświadczenia. uwiarygadnia to również fakt, że doświadczenie wykazywane w ramach projektu 1 realizowane było na rzecz Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe informacje przedstawione w ramach projektu 2 w Wykazie osób wprowadziły Zamawiającego w błąd, bowiem dopiero po udzielonych wyjaśnieniach z dnia 19 listopada 2021 roku Odwołujący sam przyznał, że podane w ramach tego projektu pozyskane doświadczenie dotyczyło projektu, który z uwagi na upadłość podmiotu nie był realizowany w okresie 5 lat przed złożeniem oferty. Sposób prezentowania informacji oraz argumentacja jaka została też poczyniona w ramach odwołania, to dodatkowy argument, który potwierdza niewątpliwie niedbalstwo w działaniu Odwołującego jak również lekkomyślność w podejmowanych czynnościach.

Izba uznała za bezprzedmiotowe wszystkie dowody składane w zakresie tego zarzutu, bowiem okoliczności jakie miały te dowody potwierdzać są ambiwalentne w kontekście oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dokonanej przez Zamawiającego,

w ocenie Izby w sposób prawidłowy, w oparciu o informacje przedstawione w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzuty dotyczące wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp i 24 ust. 1 pkt 12 Pzp2004 związane z referencją wystawioną przez Comarch Middle East

FZ-LLC z dnia 12 grudnia 2020 r. (dalej „Referencja nr 1”).

#### Zarzut 4

- naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp2004 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp2004 - zaniechanie wezwania

do wyjaśnień odnośnie Referencji nr 1, zwrócenie się o wyjaśnienie do ekspertów zewnętrznych, eliminacja Odwołującego z procedury wyjaśnień

#### Zarzut 5

- naruszenia § 2 ust. 6 Rozporządzenia ws. dokumentów - poprzez zaniechanie jego

zastosowania oraz naruszenia tego przepisu, jak i art. 26 ust. 3 i 4 Pzp2004 - przez brak uwzględnienia złożonych z własnej Odwołującego wyjaśnień objętych Dowodem nr 33 i nieuwzględnienie złożonego listu referencyjnego z dnia 25.01.2021 (Dowód nr 34)

#### Zarzut 6

- naruszenia § 15 Rozporządzenia ws. dokumentów - przez jego błędną wykładnię

#### Zarzut 7

- naruszenia art. 24 ust 1 pkt. 16 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 15 Rozporządzenia ws. dokumentów i art. 7 ust. 1 Pzp2004 - poprzez uznanie, że oryginał o którym mowa w § 15 Rozporządzenia ws. dokumentów jest „dokumentem wymaganym” w rozumieniu art. 24 ust 1 pkt. 16 ustawy Pzp [brak spełniania przesłanki nieprzedłożenia dokumentu wymaganego]

#### Zarzut 9

- naruszenia art. 24 ust 1 pkt. 16 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp2004 i § 15 Rozporządzenia ws. dokumentów - poprzez błędne przyjęcie o wprowadzenie w błąd [brak spełnienia przesłanki wprowadzenia w błąd]

#### Zarzut 10

- naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp2004 i w zw. z art. 7 ust. 1, § 15 Rozporządzenia ws. dokumentów i art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp2004 - przez wykluczenie pomimo braku podstaw do takiego twierdzenia

- Izba uznała za niezasadne.

Izba ustaliła:

Zamawiający wezwaniem z dnia 3 listopada 2021 roku wezwał Odwołującego

do złożenia:

5. Niezależnie od powyższego, działając na podstawie § 15 ust. 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) Zamawiający żąda przedłożenia oryginału dokumentu referencji wystawionej przez Comarch Middle East FZ-LLC z dnia 12 grudnia 2020 r. przedłożonej Zamawiającemu w kopii w dniu 18 grudnia 2020 r.

Niniejsze wezwanie uzasadnione jest w świetle wątpliwości dot. prawdziwości złożonego dokumentu, które Zamawiający powziął po analizie odwołania Asseco Poland S.A. z dnia 18 października 2021 r.

Odwołujący udzieli wyjaśnień w piśmie z dnia 19 listopada 2021 roku

Wykonawca wyjaśnia, że oryginał referencji z dnia 12 grudnia 2020 roku wystawionej przez Comarch Middle East FZ-LLC został podpisany własnoręcznie i zeskanowany. Skan wysłano mailem do Comarch, oryginał pocztą do polskiej siedziby Comarch. Referencja ta nie była uzupełniania pismem Comarch z dnia 27 stycznia 2021 roku, gdyż wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 22 stycznia 2021 r. nie dotyczyło dokumentów, które w oryginale miały formę pisemną, tj. zostały podpisane własnoręcznie (zob.: „W wypadku gdyby Przedstawione Listy referencyjne nr 1, 2, 3 i 4, wystawione odpowiednio przez (...) zostały w oryginale sporządzone w formie elektronicznej to działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wzywamy do ich uzupełnienia”. Oryginał referencji z 12 grudnia 2020 roku zaginął, co stwierdzono przy okazji przygotowań wyjaśnień i uzupełnień w związku z wezwaniem ZUS z dnia 22 stycznia 2021 r. Wykonawca wystąpił o nową referencję, którą otrzymał w styczniu 2021 roku (ma ona taką samą treść, różni je data wystawienia).

Mając na uwadze powyższe Wykonawca przedkłada / uzupełnia:

- Dowód nr 33: oświadczenie Pana B. D. - wystawcy referencji podpisanej 12 grudnia 2020 (kopia poświadczona za zgodność z oryginałem - oświadczenie otrzymane pocztą z ZEA),
- Dowód nr 34: Referencja z 25 stycznia 2021 roku (oryginał otrzymany pocztą z ZEA).

W uzasadnieniu podstaw wykluczenia z postępowania, pismo z dnia 2 lutego 2022 roku Zamawiający podał:

(.) W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca w dniu 19.11.2021 r. wyjaśnił, że nie dysponuje oryginałem dokumentu, gdyż został on przez niego zgubiony. Co więcej, o fakcie zaginięcia

Wykonawca miał wiedzę już w styczniu 2021 r. mimo to w wyjaśnieniach złożonych w dniu 27 stycznia 2021 r. w żaden sposób nie poinformował o tym Zamawiającego.

Tym samym Wykonawca nie złożył dokumentu, który był objęty żądaniem Zamawiającego z dnia 3.11.2021 r.

Zdaniem Zamawiającego oczekiwać należy od każdego Wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, że będzie w posiadaniu i będzie mógł okazać na żądanie zamawiającego oryginały dokumentów składanych w trakcie postępowania. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby zadbał o właściwą i kompletną dokumentację posiadanego doświadczenia. To na podstawie przedstawionych przez wykonawców w postępowaniu o zamówienie dokumentów następuje bowiem decyzja zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Należy również uznać, że żądany dokument był dokumentem wymaganym, o którym mowa w art. 24 ust. 16 ustawy Pzp. Rozporządzenie o dokumentach w §15 wprost nadało Zamawiającemu uprawnienie do żądania złożenia oryginałów dokumentów, w tym dokumentów podmiotowych w przypadku powzięcia wątpliwości w zakresie ich prawdziwości. Ustawodawca zatem określił w jaki sposób Zamawiający powinien rozstrzygnąć wątpliwości w przypadku wątpliwości co do prawdziwości dokumentów. W niniejszym Postępowaniu Zamawiający na podstawie § 15 Rozporządzenia o dokumentach wezwał Konsorcjum Comarch do złożenia oryginału tego dokumentu. Wezwanie to nie zostało skutecznie zakwestionowane przez Wykonawcę. Tym samym skoro dokument był wymagany przez Zamawiającego zgodnie z przepisami, a zasadność żądania miało oparcie w tanie faktycznym postępowaniu i skuteczne (niezaskarżone), to należy go uznać za „dokument wymagany” o którym mowa w ww. przepisie ustawy.

W ocenie Zamawiającego powyższe działanie Wykonawcy należy zakwalifikować jako rażące niedbalstwo. Zgodnie z wyrokiem SN z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03 przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 września 2002 r., sygn. akt I CKN 969/00, wskazał, że wykładnia pojęcia rażącego niedbalstwa powinna uwzględniać kwalifikowaną postać braku zwykłej staranności w przewidywaniu skutków. Zamawiający dokonując oceny stopnia winy wziął pod uwagę dodatkowo, że Wykonawca mimo szeregu wątpliwości co do sposobu sporządzania dokumentów podniesionych w styczniu 2021r. i wyjaśnieniu sposobu sporządzenia dokumentu nie poinformował Zamawiającego o zagubieniu dokumentu. Także wyjaśnienia wówczas złożone co do sposobu sporządzenia dokumentu budzą wątpliwości. Wobec zaniechania złożenia oryginału dokumentu, który dowodziłby w sposób niebudzący wątpliwości, że złożone przez wykonawcę dokumenty są prawdziwe Wykonawca podlega także wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zamawiający uznał, że w oparciu o cytowane powyżej orzecznictwo dot. braku możliwości uzupełnienia dokumentów w okolicznościach zaistnienia przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp brak jest prawnej możliwości zastąpienia innym dokumentem dokumentu, którego prawdziwość nie została przez Wykonawcę wykazana w sposób przewidziany ustawą Pzp w zw. z treścią § 15 Rozporządzenia o dokumentach.

Izba zważyła:

Z ustalonego stanu faktycznego w sposób jednoznaczny wynika, że Odwołujący nie uzupełniał na wezwanie Zamawiającego oryginału Referencji 1. Odwołujący nie kwestionował również prawa Zamawiającego do wezwania do złożenia przez wykonawcę oryginału Referencji 1, która była dokumentem sporządzonym w formie pisemnej.

Zgodnie z § 15 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia

z dnia 26 lipca 2016 r.

Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w rozporządzeniu, wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości.

Na podstawie powyższego przepisu Zamawiającym może wezwać wykonawcę do przedstawienia oryginału dokumentu w dwóch przypadkach, tj. gdy dokument jest nieczytelny oraz, gdy kopia budzi wątpliwości co do jej prawdziwości. Ten określony katalog

okoliczności w żaden sposób nie może podlegać rozszerzeniu. W ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ma prawo do takiego wezwania, jednocześnie wezwanie na podstawie przesłanki - kopia budzi wątpliwości co do jej prawdziwości, zawsze będzie miało charakter subiektywnej oceny Zamawiającego. Należy dodać w tym miejscu, że w ocenie Izby wezwanie do przedstawienia oryginału w oparciu o powyżej podaną przesłankę będzie powiązane zawsze z odniesieniem do rzetelności działania wykonawcy. Wymaga też wskazania, że wezwanie oparte na tej podstawie prawnej zawsze będzie oparte na wątpliwościach co do prawdziwości złożonego dokumentu, a nie pewności co do zaistnienia stanu niezgodności dokumentu z prawdą.

Izba podkreśla, że obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania w taki sposób, aby w każdym przypadku rozpoznać wszystkie okoliczności jakie mogą mieć wpływ na dokonaną ocenę spełnienia wymagań przez wykonawców, w tym ich potwierdzenie również oryginałem dokumentu. Tym samym prawem ale i obowiązkiem Zamawiającego jest wyjaśnienie, zweryfikowanie wszystkich wątpliwości jakie mogą pojawić się w trakcie prowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego. W wielu przypadkach, i przypadek tego postępowania nie jest odosobniony, wątpliwości jakie rodzą się po stronie Zamawiającego w ramach oceny dokumentów są wynikiem działania innych wykonawców w ramach danej procedury o udzielenie zamówienia publicznego. Podjęte działania przez Zamawiającego mające na celu wyjaśnienie wszelkich wątpliwości muszą być ocenione pozytywnie, bowiem trudno czynić zarzut z tego, że Zamawiający podejmuje działania

mające na celu wyjaśnienie wszystkich okoliczności sprawy. Podejmowane czynności przez Zamawiającego mają prowadzić do wyboru wykonawcy, który w ramach prowadzonej procedury zgodnie z obowiązującymi przepisami realizuje wszystkie swoje obowiązki i odpowiada na wezwania Zamawiającego.

W ocenie Izby najbardziej naturalnym w postępowaniu było, w obliczu wątpliwości jakie zrodziły się po stronie Zamawiającego, wezwanie do złożenia oryginału Referencji 1 i wydaje się, że naturalnym było oczekiwanie złożenia oryginału dokumentu. Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, że Zamawiający stał się bierny w podejmowanych czynnościach i jedynie realizował narzucane mu przez konkurenta Odwołującego zadania. Działanie Zamawiającego zależne było od podejmowanych przez niego działań w ramach oceny przedstawionych dokumentów i okoliczności jakie zrodziły się w ich wyniku.

Izba nie podziela argumentacji w odniesieniu do podnoszonego niezastosowania § 2 ust. 6 rozporządzenia, zgodnie z którym jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie. Przepis ten uprawnia do żądania wyjaśnień od podmiotu zewnętrznego, takiego który był odbiorcą danej usługi/ roboty budowlane/ dostawy i ma na celu w zasadzie wyjaśnienie wątpliwości odnoszących się do samej realizacji danego świadczenia usługi, roboty budowlanej czy też dostawy. W rozpoznawanym przypadku, w przedmiotowej sprawie, chodziło natomiast o sposób wystawienia dokumentu potwierdzającego realizację danego przedmiotu, tym samym istota problemu sprowadzała się do badania wystawionego dokumentu i oceny w tym zakresie. Wezwanie Zamawiającego podyktowane było wątpliwościami co do prawdziwości złożonego dokumentu, a nie zakresu informacji jakie ten dokument zawiera. Jest to zupełnie inny zakres badania dokumentu i nie mieści się w regulacji § 2 ust. 6 rozporządzenia.

W ocenie Izby bezzasadna była również argumentacja z odwołaniem do regulacji § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia i przedwczesnego wykluczenia Odwołującego, bowiem fakt wyboru rodzaju dokumentu jakim zostanie potwierdzone przez wykonawcę dane doświadczenie następuje w chwili złożenia tych dokumentów na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2f ustawy. To Odwołujący składając Referencje 1 wybrał sposób potwierdzenia należytego wykonania wskazanego w ramach doświadczenia zamówienia. Odwołujący chciałby dopuszczenia sytuacji, w której na etapie składania wyjaśnień miałby on możliwość zmiany tego wybranego przez siebie sposobu potwierdzenia należytej realizacji zamówienia. Nie jest to możliwe i dopuszczenie takiej zmiany prowadziłoby do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych. Odwołujący powołując taką argumentację myli, lub chce mylić na

potrzeby argumentacji, znaczenie podstawowych regulacji prawnych, czym w ocenie Izby

dowodzi pewnego rodzaju nierzetelności w swoim działaniu. Wydaje się, że Odwołujący powołując tą argumentację stara się odwrócić uwagę od sprawy kluczowej, a mianowicie braku złożenia na wezwanie Zamawiającego oryginału Referencji 1.

Również niezrozumiała w żaden sposób w obliczu obowiązujących przepisów prawa jest argumentacja odnosząca się do konieczności kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia przed wykluczeniem Odwołującego, zwłaszcza w obliczu zagubienia oryginału przez Odwołującego. W żaden sposób nie można zgodzić się z tym stanowiskiem Odwołującego, bowiem dopuszczenie do składania jakichkolwiek wyjaśnień czy też uzupełnień innych dokumentów nie mieści się w regulacjach prawnych w sposób nienaruszający zasady prawa zamówień publicznych, w tym równego traktowania wykonawców i przejrzystość tego postępowania. Nie można w ocenie Izby czynić również Zamawiającemu zarzutu z tego, że prowadzi wnikliwą analizę i badanie składanych dokumentów oraz, że żądał oryginału referencji. Tym bardziej, że żądanie złożenia oryginału referencji 1 stanowiło wynik wielu okoliczności i skierowane było do Odwołującego po wielu miesiącach od złożenia dokumentów celem rozwiania wszelki wątpliwości, które Zamawiający chciał wyjaśnić w najbardziej oczywisty sposób żądając oryginału dokumentu. Za oczywisty należy uznać fakt, że niewątpliwie Zamawiający nie spodziewał się braku złożenia oryginału referencji i zapewne był przekonany, że złożenie tego dokumentu rozwieje wszelkie wątpliwości jakie powstały na etapie badania dokumentów.

Bez jakiegokolwiek znaczenia pozostają wszelkie przedstawiane przez Odwołującego przy piśmie z dnia 19 listopada 2021 dokumenty jak również wszelkie powoływane w tym zakresie dokumenty na etapie postępowania odwoławczego. Żaden z tych dokumentów (dowodów) nie był bowiem referencją 1 z 12 grudnia 2020 roku, i żaden z tych dokumentów nie mógł

tej referencji zastąpić. Dla dokonanej przez Zamawiającego oceny w piśmie z dnia 2 lutego 2022 roku i wykluczenia wykonawcy z postępowania nie mają znaczenia żadne oświadczenia wystawcy referencji czy też potwierdzenia autentyczności kopii referencji przedstawione przez Odwołującego oraz szereg składanych dokumentów (dowody przy odwołaniu) mające potwierdzać autentyczność kopii tej referencji czy dowodzić braku wątpliwości co do pochodzenia złożonego podpisu na dokumencie od jego wystawcy. Sprostać żądaniu Zamawiającego z 3 listopada 2021 roku mógł Odwołujący jedynie składając oryginał referencji 1. Tego nie uczynił.

W ramach art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

W podstawie naruszenia tego przepisu Zamawiający wskazał, że wykonawca nie przedstawił Zamawiającemu „wymaganych dokumentów”. Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo uzasadnił podstawę wykluczenia i wskazał na brak wymaganego dokumentu. W ocenie Izby Zamawiający wzywając do przedstawienia referencji 1 w oryginale uzasadniając to wątpliwościami co do prawdziwości dokumentu jaki został przedstawiony Zamawiającemu na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2f ustawy w sposób jednoznaczny stwierdził zarazem, że dokument w posiadaniu którego był nie mógł zostać uznany za dokument złożony na potwierdzenie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wątpliwości Zamawiającego co do prawdziwości dokumentu i wezwanie do złożenia oryginału powodują, że dopiero dokument przedstawiony w oryginale Zamawiającemu będzie powodował wypełnienie obowiązku przedstawienia wymaganego dokumentu. Wymaga podkreślenia, że kluczowe jest wezwanie do złożenia oryginału dokumentu, które kreuje w chwili jego

skierowania stan zgodnie z którym, będący w posiadaniu Zamawiającego dokument nie spełnia swojego zadania, nie potwierdza okoliczności na jakie został przedstawiony, bowiem jak w tym wypadku Zamawiający miał wątpliwości co do jego prawdziwości. Skoro dokument, który był w posiadaniu Zamawiającego z chwilą wezwania do złożenia jego oryginału nie mógł potwierdzać okoliczności na jakie został złożony (wątpliwość co do jego prawdziwości), to brak przedstawienia oryginału na wezwanie Zamawiającego nie może zostać oceniony inaczej jak brak przedstawienia wymaganego dokumentu. Przepis wprost odnosi się do tego, że wykonawca nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Taka właśnie okoliczność zaistniała w przedmiotowej sprawie o udzielenie zamówienia, bowiem wykonawca nie był w stanie przedstawić oryginału wymaganego dokumentu ponieważ zagubił ten oryginał. Tym samym skoro nie przedstawiono wymaganego dokumentu w postaci oryginału referencji 1, a z chwilą wezwania do złożenia tego oryginału powstał stan zgodnie z którym dokument złożony Zamawiającemu budził wątpliwości co do jego prawdziwości, a tym samym nie spełniał swojego zadania to Zamawiający w sposób prawidłowy zastosował sankcję za art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy. Wykluczenie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy z uwagi na brak przedstawienia wymaganego dokumentu stanowi przesłankę samoistną. Tym samym dla oceny jej skuteczności badaniu podlega jedynie okoliczność braku przedstawienia dokumentu, natomiast ambiwalentne są przyczyny jakie legły u podstaw braku uzupełnienia dokumentu. Niemniej, zagubienie oryginału dokumentu referencji 1 już po jej wystawieniu (co wynika z przebiegu argumentacji Odwołującego) stanowi niewątpliwie przejaw rażącego niedbalstwa wykonawcy.

Zamawiający wyjaśniał również, że brak przedstawienia wymaganego dokumentu skutkuje także brakiem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby prawidłowo Zamawiający wnioskował na podstawie obowiązujących przepisów znajdujących

pełne odzwierciedlenie w orzecznictwie i doktrynie, że w okolicznościach tej sprawy - gdy zaistniała przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy - nie może dojść do uzupełnienia dokumentów potwierdzających warunek udziału w postępowaniu i zastąpienia braku dokumentu niezłożonego na wezwanie w trybie par. 15 rozporządzenia. Ugruntowane w orzecznictwie jest stanowisko, że niemożliwe jest zastępowanie dokumentów nieprawdziwych innymi dokumentami celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W okolicznościach tej sprawy brak uzupełnienia dokumentu oryginalnego spowodował, że w ramach oceny dokumentów pozostał ten, który Zamawiający uznał za wątpliwy co do jego prawdziwości, co w konsekwencji powoduje, że dokument będący w posiadaniu Zamawiającego nie spełnia swojego zadania.

W ocenie Izby powyższa wykładnia ww. przepisów spełnia zadania i cel w jakim te przepisy

zostały uregulowane z jednej strony dając Zamawiającemu prawo, możliwość i obowiązek dogłębnej analizy dokumentów i wyjaśnienia wszelkich wątpliwości. Natomiast wykonawcy możliwość prostego i łatwego wyjaśnienia wszystkich problemów przez złożenie oryginału dokumentu, co wydaje się najprostszym i najbardziej oczywistym sposobem rozwiania wszelkich wątpliwości co do prawdziwości dokumentu oraz jedynym dopuszczonym przez obowiązujące przepisy prawa. Brak złożenia takiego oryginału musi i zasługuje na sankcje w postaci wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust.1 pkt 16 ustawy.

Izba wskazuje, że za niezasadną uznała całą podnoszoną przez Odwołującego argumentację a skupiającą w szczególności uwagę na dokumentach i oświadczeniach potwierdzających prawdziwość wydanej referencji 1 ale nie stanowiących tej referencji w oryginale. Izba stwierdziła, że argumentacja ta nie dowodzi niczego innego jak tylko tego, że możliwe jest złożenie określonych oświadczeń czy też przedstawienie danych opinii lub referencji z innej daty. Natomiast w żaden sposób nie wpływa to na żądanie złożenia oryginału referencji 1, brak złożenia tego oryginału i dokonaną w świetle tych okoliczności czynność Zamawiającego.

Izba stwierdza również, że dla oceny prawidłowości czynności Zamawiającego z dnia 2 lutego 2022 roku nie ma żadnego znaczenia przedstawienie, jak podał Odwołujący, oryginału referencji 1. Fakt dysponowania tym dokumentem na etapie rozprawy przed Izbą w dniu 18 marca 2022 roku nie zmienia i nie może zmienić w żaden sposób oceny Zamawiającego, którą Izba uznała za prawidłową.

W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego zostało sporządzone i uzasadnione z poszanowaniem art. 92 ust.1 pkt 2 ustawy, tj. Zamawiający sporządził uzasadnienie prawne i faktyczne w zakresie dokonanej oceny oferty Odwołującego. Odwołujący zdaje się w swojej argumentacji z odwołania tworzyć wrażenie, że Zamawiający miał wyjaśniać okoliczności jakie nie zostały wyjaśnione co do wątpliwości jakie miał Zamawiający co do prawdziwości złożonego dokumentu. Niemniej w piśmie z dnia 2 lutego 2022 roku Zamawiający w ocenie Izby prawidłowo skupił uwagę na braku złożenia oryginału dokumentu, natomiast pozostałe kwestie nie wymagały w ocenie Izby jakiegokolwiek argumentacji. Odwołujący ponownie w ocenie Izby stara się tworzyć wrażenie, że jakieś czynności nie zostały uzasadnione, jednocześnie pomijając to co stanowiło źródło czynności Zamawiającego. Izba wskazuje również, że tak szeroka argumentacja Odwołującego zawarte w odwołaniu oraz dowody jakie zostały złożone przez Odwołującego przeczą temu, że Zamawiający nie sprostął obowiązkowi przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej czynności.

Izba uznała za bezprzedmiotowe wszystkie dowody, w tym dowody z opinii prywatnych, składane w zakresie powyższych zarzutów odnoszących się do referencji 1, bowiem okoliczności jakie miały te dowody potwierdzać są ambiwalentne w kontekście oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dokonanej przez Zamawiającego przy braku złożenia oryginału referencji 1. W ocenie Izby bezzasadne były również wszystkie wnioski o dopuszczenie dowodów z opinii biegłego oraz wnioski o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka, które w ocenie Izby w tym stanie rzeczy były zbędne i tym samym powołane jedynie dla zwłoki w postępowaniu.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawanej sprawie odwołanie w zakresie zarzutu 3 i 6 z uzasadnienia odwołania zostało cofnięte, a w zakresie pozostałym okazało się niezasadne z przyczyn wskazanych przez Izbę w uzasadnieniu wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w

sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie

do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....