

Sygn. akt: KIO 3196/24

WYROK

Warszawa, dnia 23 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2024 r. przez wykonawcę Stowarzyszenie SWI z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Centralnego Zamawiającego – Starowowolskie Centrum Usług Wspólnych działające w imieniu i na rzecz Gminy Stalowa Wola

Uczestnik po stronie Zamawiającego - wykonawca ENTRAST sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy ENTRAST sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę Stowarzyszenie SWI z siedzibą w Warszawie w części 2/3 oraz Uczestnika po stronie Zamawiającego wnoszącego sprzeciw - wykonawcę ENTRAST sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części 1/3 i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr

(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę Stowarzyszenie SWI z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania; kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, a także kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez Uczestnika po stronie Zamawiającego wnoszącego sprzeciw - wykonawcę ENTRAST sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez tego wykonawcę w związku

z uiszczeniem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;

- 3.2. zasądza od Uczestnika po stronie Zamawiającego wnoszącego sprzeciw - wykonawcy ENTRAST sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie rzecz Odwołującego - wykonawcy Stowarzyszenia SWI z siedzibą w Warszawie kwotę 1 288 zł 67 gr (słownie: jeden tysiąc dwieście osiemdziesiąt osiem złotych sześćdziesiąt siedem groszy), stanowiącą należną Odwołującemu, po stosunkowym rozdzieleniu, część kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3196/24

UZASADNIENIE

Centralny Zamawiający – Starowowolskie Centrum Usług Wspólnych działające w imieniu i na rzecz Gminy Stalowa Wola, dalej jako: „zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez możliwości negocjacji na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp”, na realizację zadania pn.: „Świadczenie usług Inżyniera Kontraktu związanych z realizacją projektu pn. Modernizacja cyfrowa w Gminie Stalowa Wola i jej jednostkach organizacyjnych”, numer referencyjny: ZP-II.271.105.2024.BZ.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 23.05.2024 roku numer: 2024/BZP 00337585. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

2 września 2024 roku wykonawca Stowarzyszenie SWI z siedzibą w Warszawie, zwany dalej: „odwołującym”, wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

1. Wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty ENTRAST Sp. z o.o., dalej jako: „wykonawca”, mimo że:
 - 1) wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
 - 2) oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 16 ustawy Pzp, ponieważ została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
 - 3) oferta wykonawcy podlega odrzuceniu z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej.
2. Uznaniu, że wykonawca, za pomocą złożonych podmiotowych środków dowodowych, wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej zdolności technicznej;
3. Zaniechaniu odrzucenia wykonawcy z postępowania, w sytuacji gdy wykonawca przedstawił oświadczenia mające na celu wyeliminowanie konkurencji w postępowaniu;
4. Zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia nieskutecznie zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa uzasadnienia oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy;
5. Zaniechaniu wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, co ma bezpośredni wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, o czym odwołujący dowiedział się z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 27.08.2024 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, a zamiast tego dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

z ostrożności

zaniechanie w powyższym zakresie wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień złożonych podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust 4 Pzp;

- 2) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, a zamiast tego dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu ponieważ została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykonawca przedłożył w postępowaniu nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd wiadomości o swoim przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody,

z ostrożności

zaniechanie w powyższym zakresie wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień złożonych podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 4 Pzp;

- 3) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. art. 18 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 74 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa uzasadnienia oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a co za tym idzie nieuzasadnione utajnienie tych dokumentów przez zamawiającego, a w konsekwencji dokonanie wadliwego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosil o:

1. merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane odwołaniem, a także o:
3. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej,
4. odrzucenie oferty wykonawcy jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, oraz której cena jest rażąco niska,
5. odrzucenie oferty wykonawcy, jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
6. odtajnienie uzasadnienia i wyjaśnień wykonawcy w zakresie ceny zaoferowanej w ofercie

wykonawcy,

7. dokonanie ponownej oceny i badania ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem, że oferta

wykonawcy podlega odrzuceniu.

Ponadto, odwołujący wnosił o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Uzasadnienie zarzutów odwołania

I. Ad. zarzut wskazany w pkt II ppkt 1

Odwołujący wskazywał, że projekt pn.: „Opracowanie na drodze prac badawczo -rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji” miał na celu wytworzenie produktu, zatem finalnie projekt został zakończony i zostały osiągnięte założone w projekcie cele w dacie 19.03.2019 r. Pozostałe czynności, tj. rozwój i rozbudowa platformy nastąpiła po finalnie zakończonym projekcie, a więc po tej dacie. Następnie odwołujący przytoczył definicję projektu, podawaną przez Project Management Institute (PMI), międzynarodową organizację non-profit, zrzeszającą ekspertów i entuzjastów zarządzania projektami, wskazaną m.in. w opracowaniu Kancelarii Prezesa Rady Ministrów pt. „Zarządzanie projektami” - „projekt (przedsięwzięcie) to nic innego jak ograniczone czasowo działanie realizowane w celu stworzenia unikalnego produktu, dostarczenia unikalnej usługi lub osiągnięcia unikalnego rezultatu. Inaczej mówiąc – jest to zbiór wszystkich działań niezbędnych do osiągnięcia sprecyzowanego celu”.

Odwołujący podkreślił, że celem referencyjnego projektu było wytworzenie produktu, a tym samym trudno mówić, aby w ramach wskazanego projektu wykonawca mógł wykonać także rozwój tego produktu czy rozbudowę.

Odwołujący powołał się również na informacje zamieszczone na stronie internetowej: 99ce-71139fafb04c, z których wynika, że projekt pn.: „Opracowanie na drodze prac badawczo-rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji” przez Recumed sp. z o.o., realizowany był w okresie od 20.03.2017 r. do 19.03.2019 r., co dowodzi, że wykonawca mógł uczestniczyć we wskazanej przez siebie roli w tym konkretnym projekcie jedynie przez 4 dni. Odwołujący podkreślił, że o tym, że wskazany projekt zakończył się 19.03.2019 r. świadczy także fakt, że beneficjent projektu tj. Recumed sp. z o.o., zobligowany wymaganiami projektu, na swojej stronie internetowej oraz w Bazie Konkurencyjności link: zlecał

usługi i dostawy związane z w/w projektem jedynie w okresie od 20.03.2017r. do 19.03.2019r.

Odwołujący dodał, że ostatnie zamówienie realizowane przez Recumed sp. z o.o. w ramach projektu opublikowane zostało w Bazie Konkurencyjności 13.08.2018 r., zaś na stronie internetowej Recumed sp. z o.o. 6.10.2017 r., przy czym żadne z ogłoszeń nie dotyczyło usługi Inżyniera kontraktu. Odwołujący także wskazał, że Recumed sp. z o.o. zgodnie z § 9 umowy dotyczącej dofinansowania projektu zobowiązany był m.in. do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Projektu w sposób zapewniający w szczególności zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Zdaniem odwołującego, przytoczone przez niego dowody potwierdzają, że usługa Inżyniera kontraktu świadczona przez ENTRAST sp. z o.o. na rzecz Recumed sp. z o.o. nie mogła dotyczyć projektu pn.: „Opracowanie na drodze prac badawczo-rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji”, gdyż projekt był realizowany w konkretnym wskazanym w umowie o dofinansowanie terminie, w określonym zakresie.

Jeżeli natomiast produkt stworzony w ramach wskazanego projektu był rozwijany, w zakresie wskazanym przez wykonawcę, a usługi ENTRAST sp. z o.o., związane byłyby z dalszym rozwojem systemu (produktu) stworzonego w ramach projektu, to zgodnie z powołaną definicją projektu opracowaną przez Project Management Institute (PMI), prace te dotyczyłyby nowego projektu, realizowanego poza projektem finansowanym z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Osi Priorytetowej 1 Regionalnego Programu Operacyjnego – Lubuskie 2020. Tymczasem w wyjaśnieniach wykonawca potwierdził, że potwierdza, że wskazane w Wykazie wykonanych usług - Załączniku nr 6, zamówienie dotyczyło właśnie projektu: „Opracowanie na drodze prac badawczo - rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji”. W wyjaśnieniach wykonawca podał również wartość realizowanego zamówienia jako wartość projektu dofinansowanego tj. 5 053 575,00 zł oraz wartość rozwoju poszczególnych modułów systemu, gdzie wykonawca wskazał nieprecyzyjnie: „koszty z tym związane nie podlegały dofinansowaniu. Finalnie wartość projektu wzrosła o co najmniej 1 000 000 zł”. Według odwołującego, nawet jeśli Recumed sp. z o.o., rozwijał produkt stworzony w ramach projektu „Opracowanie na drodze prac badawczo -rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji” to rozwój platformy do rehabilitacji nie był objęty wskazanym projektem i wartość rozwoju platformy do rehabilitacji („co najmniej 1 000 000 zł”), nie stanowi wartości projektu wykazanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. projektu pn. „Opracowanie na drodze prac badawczo – rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji”.

Następnie odwołujący kwestionował możliwość uzyskania przez ENTRAST sp. z o.o. wymaganego przez zamawiającego doświadczenia podczas realizacji referencyjnego projektu. Odwołujący podnosił, że informacja przedstawiona na stronie

, odnosząca się do referencyjnego projektu wskazuje na jego zakres. Zgodnie z tą informacją projekt miał polegać na stworzeniu platformy do rehabilitacji, zaś jego finalnym efektem miało być otrzymanie produktu gotowego do wdrożenia komercyjnego. Zdaniem odwołującego, oznacza to, że w ramach referencyjnej usługi wykonawca nie mógł świadczyć funkcji Inżyniera Kontraktu nad projektem obejmującym dostawę i uruchomienie systemu oraz wdrożenie e-usług na poziomie dojrzałości 4, gdyż w projekcie tym nie nastąpiło wdrożenie komercyjnej platformy dla klientów, a co za tym idzie nie został spełniony warunek wdrożenia e-usług na poziomie dojrzałości 4. Dopiero gdy produkt zostanie lub został sprzedany, rozpocznie lub rozpoczął się etap jego wdrażania na poziomie dojrzałości 4, a więc zapewnienie możliwości komunikacji elektronicznej pomiędzy stworzoną platformą i konkretnym odbiorcą, w tym przypadku użytkownikiem opaski. Odwołujący powołał się przy tym na publikację pt. „Standard opisu elektronicznej usługi publicznej w działaniu 2.1

Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa „Wysoka dostępność i jakość e-usług publicznych”. Odwołujący podkreślił także, że jednym z elementów przedmiotu zamówienia jest nadzór nad wdrożeniem e-usług min. na 4 poziomie dojrzałości, co oznacza, że w ramach realizowanego przez zamawiającego projektu pn. „Modernizacja cyfrowa w Gminie Stalowa Wola i jej jednostkach organizacyjnych” zamierza wdrożyć e-usługi na poziomie dojrzałości 4, co z kolei oznacza, że podmiot świadczący usługę Inżyniera Kontraktu powinien mieć doświadczenie w nadzorowaniu projektów polegających nie tylko na stworzeniu platformy cyfrowej umożliwiającej komunikację pomiędzy systemem a osobą korzystającą z systemu, ale także nad jego wdrożeniem do działania.

Dodatkowo zamawiający wymagał, aby nadzorowany projekt obejmował dostawę i wdrożenie systemu klasy ERP, systemu zarządzania oświatą oraz systemu obiegu dokumentów wraz z wykonaniem integracji pomiędzy tymi systemami. Według odwołującego z załącznika nr 6 nie wynika, aby referencyjna usługa obejmowała dostawę i wdrożenie systemu klasy ERP, systemu zarządzania oświatą oraz systemu obiegu dokumentów wraz z wykonaniem integracji pomiędzy tymi systemami. Nie wynika to także z referencji przedstawionych przez Recumed sp. z o. o. Dopiero w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca oświadczył, że: „projekt obejmował swym zakresem (...) dostawę i wdrożenie systemu klasy ERP, systemu zarządzania oświatą oraz systemu obiegu dokumentów wraz z wykonaniem integracji pomiędzy tymi systemami (...) Prace badawczo rozwojowe (B+R) połączone z systemem oświaty to strategia mająca na celu zintegrowanie działalności badawczej, rozwojowej oraz innowacyjnej z edukacją na różnych poziomach – od szkół podstawowych po uczelnie wyższe. Taka integracja pozwala na rozwijanie nowoczesnych technologii, wspieranie innowacyjnych projektów oraz kształcenie kadr

w obszarach kluczowych dla przyszłości gospodarki. Sygnalizuje się, że integracja prac badawczo-rozwojowych z systemem oświaty to strategiczne działanie, które przynosi korzyści zarówno dla uczniów, studentów, nauczycieli, jak i dla całego systemu edukacyjnego oraz przemysłu. Taka współpraca pozwala na lepsze przygotowanie kadr do pracy w dynamicznie zmieniającym się środowisku, a także wspiera rozwój innowacji, które są kluczowe dla przyszłości gospodarki”.

Zdaniem odwołującego wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie są enigmatyczne i nie wskazują, że projekt pn. „Opracowanie na drodze prac badawczo - rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji” obejmował dostawę i wdrożenie systemu klasy ERP, systemu zarządzania oświatą oraz systemu obiegu dokumentów wraz z wykonaniem integracji pomiędzy tymi systemami, tym bardziej, że z opisu projektu znajdującego się w ogólnodostępnych źródłach nie wynika, że w ramach projektu zakupiono i wdrożono jakiegokolwiek system klasy ERP, system zarządzania oświatą czy też system obiegu dokumentów. Według odwołującego samo przekazanie wyników prac badawczych czy też „Prace badawczo-rozwojowe (B+R) połączone z systemem oświaty” to nie to samo co wdrożenie systemu zarządzania oświatą, co było treścią warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego wątpliwe jest także, aby w ramach referencyjnego projektu zakupiono i wdrożono jakiegokolwiek system ERP, gdyż żadne z zamówień opublikowanych przez Recumed sp. z o.o. w Bазie Konkurencyjności czy też na stronie internetowej beneficjenta nie obejmowało swoim zakresem zakupu (dostawy) i wdrożenia systemu klasy ERP. Z drugiej zaś strony jest zamówienie obejmujące zakup usług księgowych co stawia pod wątpliwość realizację zakupu oprogramowania ERP.

Następnie odwołujący wskazywał, że wykonawca nie wykazał spełniania warunku doświadczenia w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu w projekcie, który obejmował „zakup sprzętu serwerowo-macierzowego”. W Załączniku nr 6 – Wykazie usług, jest mowa o zakupie „sprzętu teleinformatycznego”. Podobnie referencje potwierdzają zakup jedynie „sprzętu teleinformatycznego” a nie „sprzętu serwerowo-macierzowego”, które nie są pojęciami tożsamymi. Dopiero w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 12.07.2024 r. wykonawca oświadczył, że: „projekt obejmował swym zakresem (...) zakup sprzętu serwerowo-macierzowego”. Tymczasem to oświadczenie wykonawcy nie znajduje potwierdzenia w ogólnodostępnym opisie projektu „Opracowanie na drodze prac badawczo – rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji”, a także ogłoszenie o zamówieniu na zakup takiego sprzętu nie znajduje się w Bазie Konkurencyjności czy też na stronie internetowej beneficjenta. Recumed sp. z o. o. prowadziła jedynie postępowanie dot. dostawy komputerów przenośnych w ramach projektu oraz postępowanie na zakup usługi hostingu danych na potrzeby realizacji projektu, co potwierdza fakt, że w projekcie nie realizowano

zakup sprzętu serwerowo-macierzowego.

Reasumując odwołujący stwierdził, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

II. Ad. zarzut wskazany w pkt II pkt 2

Odwołujący wskazał, że przez złożenie wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych, zawierających sprzeczne ze sobą informacje i informacje niezgodne ze stanem faktycznym oraz wprowadzające w błąd co do zakresu posiadanego doświadczenia, w celu przysporzenia korzyści, w postaci uzyskania zamówienia publicznego, wykonawca ENTRAST sp. z o.o. wypełnił przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego oferta wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a przedstawione przez wykonawcę informacje są sprzeczne w zakresie:

- okresu realizacji usługi Inżyniera kontraktu w projekcie „Opracowanie na drodze prac badawczo-rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji”,
- zakresu nadzorowanych w ramach pełnienia usługi Inżyniera kontraktu działań w projekcie „Opracowanie na drodze prac badawczo-rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji”, - zakresu referencyjnego projektu pn. „Opracowanie na drodze prac badawczo-rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji”.

Odwołujący dodał, że brak przewidzenia przez zamawiającego w tym postępowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, nie oznacza, że na zamawiającym nie ciąży obowiązek badania czy podane przez wykonawców informacje są prawdziwe i nie mają na celu wprowadzenia w błąd zamawiającego. Odwołujący powołał się przy tym na zasadę uczciwej konkurencji, wyrażoną w art. 16 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający po zbadaniu podmiotowych środków dowodowych powziął słuszne wątpliwości do posiadanego przez wykonawcę doświadczenia w zakresie pełnienia przez niego funkcji Inżyniera kontraktu na referencyjnym projekcie i to zarówno w odniesieniu do okresu pełnienia wskazanej funkcji, jak i zakresu nadzorowanego projektu. Dlatego też zwrócił się o wyjaśnienia w tym zakresie zarówno do wykonawcy, jak i podmiotu na rzecz którego usługa miała być pełniona. Odwołujący podkreślił przy tym, że na wezwanie do złożenia wyjaśnień odpowiedział tylko wykonawca, natomiast podmiot wystawiający referencje pozostał bierny. Pomimo, iż wyjaśnienia

wykonawcy, w ocenie odwołującego, były lakoniczne i wewnętrznie sprzeczne, a podmiot na rzecz którego usługa miałaby być wykonana pozostawił wątpliwości zamawiającego bez odpowiedzi, zamawiający uznał wyjaśnienia wykonawcy za wystarczające i dokonał wyboru oferty ENTRAST sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że dokonał analizy dokumentów dostępnych publicznie i prowadzi ona do jednoznacznej konkluzji, że wykonawca chcąc uzyskać przysporzenie korzyści, w postaci uzyskania zamówienia publicznego, wprowadził zamawiającego w błąd podając nieprawdziwe informacje dotyczące przedstawionego w postępowaniu doświadczenia. Odwołujący powołał się na wcześniejszą argumentację, gdzie wykazał, że referencyjna usługa związana z projektem pn.: „Opracowanie na drodze prac badawczo - rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji”, nie mogła być świadczona w okresie wskazanym przez wykonawcę, a sam projekt nie zawierał elementów wskazanych w warunku udziału w postępowaniu i nie opiewał na wartość jakiej wymagał zamawiający.

Ponadto, odwołujący wskazał, że pomiędzy podmiotem udzielającym referencji, tj. Recumed sp. z o.o. a wykonawcą tj. ENTRAST sp. z o.o. zachodzą powiązania, które pozwalają na domniemanie, iż wprowadzenie w błąd zamawiającego miało charakter zamierzonego działania mającego na celu uzyskanie zamówienia publicznego pomimo, iż wykonawca nie spełniał warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego, wątpliwości co do charakteru stosunków łączących wystawiającego referencje i wybranego wykonawcy nasuwają się po przeanalizowaniu dokumentów rejestracyjnych obu spółek. Odwołujący podał, że właścicielem 85% udziałów w spółce Recumed sp. z o.o., a także prezesem zarządu tejże spółki jest zgodnie z KRS Pan Marcin Możdżierski, który też podpisał referencje dla wykonawcy. Jednocześnie Pan Marcin Możdżierski jest jedynym właścicielem udziałów w spółce o nazwie FLOTYLLA SOKÓLSKA sp. z o.o., a Prezesem w tejże spółce jest Pan Andrzej Krawczyk, będący współwłaścicielem oraz pełniący jednocześnie funkcję prezesa zarządu w spółce ENTRAST sp. z o.o. – wykonawcy wybranego w przedmiotowym postępowaniu. Zdaniem odwołującego, wskazane powiązania pomiędzy prezesem zarządu Recumed sp. z o.o., a prezesem zarządu wykonawcy ENTRAST sp. z o.o., mogą sugerować, iż w postępowaniu podanie nieprawdziwych informacji nie było omyłką czy też nadinterpretacją a miało na celu świadome wprowadzenie zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia publicznego i wyeliminowania konkurencji. Odwołujący powołał się przy tym na swoje doświadczenie z którego wynika, że podobny proceder, powiązane ze sobą osobowo spółki wykorzystywały także w innych postępowaniach, wystawiając sobie wzajemnie referencje dostosowane do danego postępowania a niekoniecznie mające odzwierciedlenie w rzeczywistości wykonywanych usługach.

Zdaniem odwołującego oferta wykonawcy ENTRAST sp. z o.o. powinna zostać

odrzucona z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 16 ustawy Pzp.

III. Ad. zarzut wskazany w pkt II ppkt 3

Odwołujący podkreślił, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada i jest ona wzmocniona przez dyspozycję art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, z którego wynika, że wykonawca nie może zastrzec informacji udostępnianych na stronie prowadzonego postępowania, a wskazanych w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp. Ograniczenie zasady jawności wynika też z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, który wskazuje, że: nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Odwołujący powołał się również na treść przepisu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podkreślił, że w celu skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca musi spełnić łącznie następujące warunki:

1. musi wskazać (oświadczyć) które konkretnie informacje są objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa;
2. musi wyjaśnić (omówić) dlaczego (w jaki sposób) wskazane informacje wypełniają wszystkie znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez dokładne opisanie i odpowiednie uzasadnienie, że informacje te łącznie spełniają następujące wymagania:
 - a) są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą;
 - b) informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
 - c) uprawniony do korzystania z tych informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej

staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności;

d) uczestnik postępowania musi wykazać zasadność twierdzenia, iż wskazane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (np. poprzez przedłożenie stosownych dowodów).

Odwołujący podał, że uniemożliwiono mu wykazanie nieskutecznego zastrzeżenia przez wykonawcę wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, które zostały objęte tajemnicą, zwłaszcza, że nie umożliwiono mu zapoznania się także z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący dodał, że w przypadku zastrzeżenia przez wykonawcę określonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny jako stanowiących

tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne staje się wykazanie przez wykonawcę, że informacje zawarte w takich wyjaśnieniach spełniają warunki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co powinno mieć miejsce właśnie w uzasadnieniu zastrzeżenia. W praktyce najtrudniejsze jest udowodnienie, że konkretna informacja zawarta w wyjaśnieniach przedstawia realną wartość gospodarczą. Odwołujący zauważył, że brak możliwości zapoznania się odwołującego z treścią uzasadniania w sposób oczywisty wskazuje na naruszenie przez zamawiającego jednych z naczelných zasad wynikających z ustawy Pzp – zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców jak też zasady przejrzystości. Dodał też, że w myśl jednolitej linii orzeczniczej KIO jest wręcz niedopuszczalne aby samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy było objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnienie bowiem jest elementem jawnym, a jego głównym zadaniem jest umożliwienie weryfikacji przez konkurencję prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów.

Resumując odwołujący stwierdził, że zamawiający naruszył przepisy ustawy wskazane w treści odwołania, co czyni odwołanie koniecznym i w pełni zasadnym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest „świadczenie usług Inżyniera Kontraktu związanych z realizacją projektu pn. Modernizacja cyfrowa w Gminie Stalowa Wola i jej jednostkach organizacyjnych” w ramach programu regionalnego Fundusze Europejskie dla Podkarpacia na lata 2021-2027, priorytet FEPK.01 Konkurencyjna i cyfrowa gospodarka, działanie FEPK.01.02 Cyfryzacja.

W rozdziale VIII SWZ – Informacja o warunkach udziału w postępowaniu – zamawiający podał, że:

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy potwierdzający spełnienie następujących warunków dotyczących (...)

4) Zdolności technicznej lub zawodowej:

a) Wykonawca winien wykonać zadania odpowiadające swoim rodzajom przedmiotowi zamówienia tj. minimum:

Warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, iż wykonał w okresie ostatnich 4 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -to w tym okresie wykonał:

- co najmniej dwa zadania polegające na świadczeniu usług Inżyniera Kontraktu, każda o wartości nie mniejszej jak 150 000,00 zł brutto, świadczonymi w ramach następujących projektów:
 - wartość każdego projektu wynosiła nie mniej jak 6 000 000,00 zł brutto (Zamawiający dopuszcza możliwość sumowania wartości zadań w ramach tego samego projektu, pod warunkiem, że wartość projektu wynosi min. 6 000 000,00 zł);
 - każdy z projektów obejmował co najmniej:
 - wdrożenie e-usług min. na 4 poziomie dojrzałości,
 - dostawę i wdrożenie systemów dziedzinowych,
 - zakup sprzętu serwerowo-macierzowego,
 - zakup rozwiązań podnoszącego poziom cyberbezpieczeństwa, - wdrożenie rozwiązań, które w tzw. części publicznej spełniały wymagania standardu WCAG 2.1 na poziomie AA oraz co najmniej jedna z usług Inżyniera Kontraktu obejmowała swym zakresem:
 - dostawę i wdrożenie systemu klasy ERP, systemu zarządzania oświatą oraz systemu obiegu dokumentów wraz z wykonaniem integracji pomiędzy tymi systemami.
 - co najmniej jedna z usług Inżyniera Kontraktu obejmowała swym zakresem wsparcie w rozliczaniu Projektu.”.

29.07.2024 r. zamawiający wezwał wykonawcę ENTRAST do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu wykonanych usług wraz z dowodami, potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

W odpowiedzi na ww. pismo wykonawca ENTRAST złożył Wykaz usług (wykonanych) - załącznik nr 6 do SWZ, gdzie w

poz. 1 wskazał:

„Usługa Inżyniera kontraktu w projekcie pn. Opracowanie na drodze prac badawczo-rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji.

Usługa polegała na przygotowaniu projektu, wsparciu technicznym w zakresie przeprowadzenia analizy, projektowania, budowy, dostawy i uruchomienia systemu oraz wdrożenia e-usług na poziomie dojrzałości 4, a także zakupu sprzętu teleinformatycznego, w tym rozwiązania w zakresie bezpieczeństwa IT oraz rozliczeniu finansowym”.

Podmiot na rzecz, którego usługa została wykonana: Recumed Sp. z o.o.

Czas realizacji: od 15.03.2019 r. do 30.11.2021

Wartość brutto wykonanej usługi /zł/: 6 053 575,00

Doświadczenie: Własne

Do wykazu wykonawca załączył referencje od Recumed Sp. z o.o. z 8.10.2023 r.

Pismem z 12.07.2024 r. zamawiający wezwał wykonawcę ENTRAST do złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożonych dokumentów, w tym Wykazu wykonanych usług.

Pismem z 19.08.2024 r. wykonawca udzielił wyjaśnień wskazując, że:

„ENTRAST wyjaśnia, że projekt pomimo że był dofinansowany ze środków publicznych

to faktycznie był realizowany w okresie od 20.03.2017 r. do 30.11.2021 r. gdyż ze względów technicznych i organizacyjnych realizacja projektu rozpoczęła się w okresie późniejszym, a Entrast świadczył usługi w okresie wskazanym w referencji. W tym okresie Entrast realizował prace polegające na przygotowaniu i kierowaniu projektem, wsparciem technicznym zespołu w zakresie przeprowadzenia analizy, projektowaniu, budowy, dostawy i uruchomienia systemu oraz wdrożenia e-usług na poziomie dojrzałości 4, a także zakupu sprzętu teleinformatycznego, w tym rozwiązania w zakresie bezpieczeństwa IT oraz rozliczeniu finansowym. Ponadto, w okresie wskazanym w referencji Entrast realizował usługi inżyniera kontraktu w zakresie rozwoju i rozbudowy platformy (analiza dokumentacji, nadzór na wykonawcą, zarządzanie projektem oraz inne prace projektowe, nie wymienione ww. katalogu.

Jednocześnie wyjaśniam, że projekt był dofinansowany ze środków publicznych i adnotacje dot. źródła dofinansowania opublikowane stronie pod adresem URL: : „Opracowanie na drodze prac badawczo - rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji, realizowany od 2017-03-20 do 2019-03-19 dofinansowany z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Osi Priorytetowej 1 Regionalnego Programu Operacyjnego – Lubuskie 2020” jest informacją zgodną z wnioskami o dofinansowanie i nie obejmuje okresu wydłużających się, okresu trwałości oraz faktycznej pracy Entrast np. rozliczenia się z instytucją wspierającą, czy też jakimkolwiek regulatorem prawnym w zakresie potrzebnym dla wsparcia.

- Potwierdzamy, że wartość naszej usługi opiewała na kwotę min. 180 000, 00 zł, a także że projekt obejmował swym zakresem wdrożenie usług elektronicznych min. na 4 poziomie dojrzałości, dostawę i wdrożenie systemów dziedzinowych, zakup sprzętu serwerowo-macierzowego, zakup rozwiązania podnoszącego poziom cyberbezpieczeństwa, wdrożenie rozwiązań, które w tzw. części publicznej spełniały wymagania standardu WCAG 2.1 na poziomie AA, dostawę i wdrożenie systemu klasy ERP, systemu zarządzania oświatą oraz systemu obiegu dokumentów wraz z wykonaniem integracji pomiędzy tymi systemami oraz wsparcie w rozliczaniu Projektu.
- W odniesieniu do prośby Zamawiającego o wyjaśnienie rozbieżności wartości realizowanego projektu pod nazwą „Opracowanie na drodze prac badawczo – rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji” na rzecz firmy Recumed sp. z o. o., a mianowicie: z przedstawionych przez firmę Entrast sp. z o. o. referencji wynika, że realizowany projekt „Opracowanie na drodze prac badawczo – rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji” opiewał na kwotę 6 053 575,00 zł brutto,

Uprzejmie wyjaśniam, że różnica w kwotach wynika z tego, że projekt był realizowany w okresie od 20.03.2017 r. do 30.11.2021 r., gdzie poszczególne moduły systemu były rozwijane, a koszty z tym związane nie podlegały dofinansowaniu. Finalnie wartość projektu wzrosła

o co najmniej 1 000 000 zł poprzez rozwój platformy o elektronicznej o moduły klasy ERP oraz kompleksowe rozwiązania szkoleniowe, które bezsprzecznie należy potraktować jako elementy do zarządzania szeroko rozumianą oświatą.

Na koniec Entrast wyjaśnia, że firma Recumed Sp. z o.o. realizowała prace badawczo-rozwojowe. Prace badawczo-rozwojowe (B+R) połączone z systemem oświaty to strategia mająca na celu zintegrowanie działalności badawczej, rozwojowej oraz innowacyjnej z edukacją na różnych poziomach – od szkół podstawowych po uczelnie wyższe. Taka integracja pozwala na rozwijanie nowoczesnych technologii, wspieranie innowacyjnych projektów oraz kształcenie kadr w obszarach kluczowych dla przyszłości gospodarki. Sygnalizuje się, że integracja prac badawczo-rozwojowych z systemem oświaty to strategiczne działanie, które przynosi korzyści zarówno dla uczniów, studentów, nauczycieli, jak i dla całego systemu edukacyjnego oraz przemysłu. Taka współpraca pozwala na lepsze przygotowanie kadr do pracy w dynamicznie zmieniającym się środowisku, a także wspiera rozwój innowacji, które są kluczowe dla przyszłości gospodarki.”.

Ponadto, pismem z 24.06.2024 r. wykonawca ENTRAST złożył wyjaśnienia dot. rażąco niskiej ceny zastrzegając jednocześnie informacje w nich zawarte jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

27.08.2024 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę ENTRAST sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Wobec powyższej czynności odwołanie wniósł odwołujący.

18.09.2024 r. zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie w której oświadczył, iż uwzględni w całości wniesione odwołanie.

20.09.2024 r. - w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego - wykonawca ENTRAST sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – uczestnik postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie

i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone na pismach i podane do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.

3 września 2024 roku zamawiający przekazał informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego za pośrednictwem poczty elektronicznej e-mail.

5 września 2024 roku wykonawca ENTRAST sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej: „ENTRAST” lub „uczestnikiem postępowania odwoławczego”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawcy jest skuteczne, zgodne z art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

I.

W ocenie Izby odwołanie należało uwzględnić częściowo, tj. w zakresie zarzutu nr 1 odwołania, czyli naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, a zamiast tego dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Stosownie do art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty.

W ocenie Izby dowody przedłożone przez odwołującego potwierdzają, że wykonawca ENTRAST nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej, tj. w zakresie wymaganego doświadczenia wykonawcy (opisanego w rozdziale VIII punkt 1 ppkt 4 lit. a) SWZ).

W załączniku nr 6 do SWZ – Wykaz wykonanych usług, stanowiącym podmiotowy środek dowodowy, wykonawca ENTRAST – w pozycji 1 tego wykazu – wskazał:

„Usługa Inżyniera kontraktu w projekcie pn. Opracowanie na drodze prac badawczo-rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji”

i wyjaśnił, że: „Usługa polegała na przygotowaniu projektu, wsparciu technicznym w zakresie przeprowadzenia analizy, projektowania, budowy, dostawy i uruchomienia systemu oraz wdrożenia e-usług na poziomie dojrzałości 4, a także zakupu sprzętu teleinformatycznego, w tym rozwiązania w zakresie bezpieczeństwa IT oraz rozliczeniu finansowym”.

Usługa świadczona była na rzecz Recumed sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze od 15.03.2019 r. do 30.11.2021 r., wartość brutto: 6 053 575,00 zł.

Wykonawca ENTRAST przedstawił również referencje firmy Recumed sp. z o.o., w którym podmiot ten potwierdzał, że

wykonawca realizował na rzecz Recumed sp. z o.o. usługę: „Inżyniera kontraktu w projekcie pn. Opracowanie na drodze prac badawczo-rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji. Usługa polegała na przygotowaniu projektu, wsparciu technicznym w zakresie przeprowadzenia analizy, projektowania, budowy, dostawy i uruchomienia systemu oraz wdrożenia e-usług na poziomie dojrzałości 4, a także zakupu sprzętu teleinformatycznego, w tym rozwiązania w zakresie bezpieczeństwa IT oraz rozliczeniu finansowym. Całkowita wartość projektu ww. projektu wyniosła 6 053 575,00 zł brutto (dofinansowanie, koszty pośrednie, VAT oraz wkład własny) Usługa została zrealizowana należycie i była realizowana w okresie od 15.03.2019 r. do 30.11.2021 r. Wartość usługi opiewała na kwotę 180 000,00 zł.”.

Przede wszystkim stwierdzić należy, że wykonawca ENTRAST w sposób nieuprawniony powołał się na referencyjną usługę Inżyniera kontraktu w projekcie pn. „Opracowanie na drodze prac badawczo-rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji”, a to z uwagi na okres wykonywania przez tego wykonawcę ww. usługi na rzecz Recumed sp. z o.o. Jak wynika z wykazu usług, jak i z referencji, wykonawca ENTRAST realizował usługę w okresie od 15.03.2019 r. do 30.11.2021 r. Tymczasem z dowodów przedstawionych przez odwołującego wynika, że projekt „Opracowanie na drodze prac badawczo-rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji” był realizowany od 20.03.2017 do 19.03.2019 r. i był dofinansowany z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Osi Priorytetowej 1 Regionalnego Programu Operacyjnego – Lubuskie 2020. Znamienne jest, że taka sama informacja jest zamieszczona na oficjalnej stronie internetowej Recumed sp. z o.o. – Beneficjenta projektu, a jednocześnie podmiotu na rzecz którego wykonawca ENTRAST świadczył referencyjną usługę, i który

to wystawił referencje na rzecz tego wykonawcy (potwierdza to dowód nr 1 załączony do odwołania – screen ekranu strony Recumed sp. z o.o.). Ponadto, z dowodów przedstawionych przez odwołującego wynika, że Beneficjent projektu (Recumed sp. z o.o.) zlecał usługi i dostawy związane z tym projektem jedynie w okresie od 20.03.2017 r. do 19.03.2019 r. (ww. dowód nr 1 oraz dowód nr 2 i 3 załączone do odwołania – screeny ekranu „Baza Konkurencyjności”). Taka sama informacja odnośnie okresu realizacji projektu pn. „Opracowanie na drodze prac badawczo-rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji”, tj. od 20.03.2017 do 19.03.2019 r. wynika z dowodu przedłożonego przez odwołującego na rozprawie, tj. z pisma z 12.09.2024 r. Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubuskiego. W piśmie tym, w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie informacji publicznej, wskazano, że terminem rozpoczęcia projektu nr RPLB.01.01.00-08-0014/16 pn. „Opracowanie na drodze prac badawczo-rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji przez Recumed sp. z o.o.” był dzień 20 marca 2017 r., a terminem zakończenia tego projektu był dzień 19 marca 2019 roku. Są to informacje zbieżne z tymi zamieszczonymi na stronie Recumed sp. z o.o. Tym samym, negowanie tego dowodu przez uczestnika postępowania odwoławczego, tylko i wyłącznie z tego powodu, że odwołujący nie przedstawił treści pytań w odpowiedzi na które została udzielona przedmiotowa informacja publiczna, nie było zasadne.

Należy też przywołać definicję projektu, na którą powoływał się odwołujący w swoim odwołaniu: „projekt (przedsięwzięcie) to nic innego jak ograniczone czasowo działanie realizowane w celu stworzenia unikalnego produktu, dostarczenia unikalnej usługi lub osiągnięcia unikalnego rezultatu. Inaczej mówiąc – jest to zbiór wszystkich działań niezbędnych do osiągnięcia sprecyzowanego celu” (definicja Project Management Institute (PMI), międzynarodowej organizacji non-profit, zrzeszającej ekspertów i entuzjastów zarządzania projektami). Z tą definicją projektu zgodził się również w toku rozprawy uczestnik postępowania odwoławczego. Zatem, projekt jest definiowany przez działania niezbędne do osiągnięcia zamierzonego celu. Skoro, zarówno Beneficjent projektu, jak i Instytucja Zarządzająca – wskazywali na konkretny okres realizacji referencyjnego projektu, to oznacza, że w tym czasie został osiągnięty cel tego projektu. Celem projektu było zaś opracowanie innowacyjnej, kompleksowej platformy do rehabilitacji, wykorzystującej opaskę zaopatrzoną w czujniki elektromiograficzne (EMG), dzięki której jest możliwa samodzielna rehabilitacja w domu (...). Jak słusznie zauważył odwołujący, ewentualne pozostałe czynności, tj. rozwój i rozbudowa platformy nastąpiły po finalnie zakończonym projekcie, a więc po tej dacie.

Nie ulega zatem wątpliwości, że projekt został w istocie zrealizowany do 19.03.2019 r. Tymczasem wykonawca ENTRAST świadczył usługę Inżyniera kontraktu dopiero od 15.03.2019 r., tj. przez 4 dni w okresie realizacji przedmiotowego projektu,

który miał jasno określone ramy czasowe. Niemożliwe jest (a wykonawca ENTRAST nie wykazał okoliczności przeciwnych), aby w tym okresie zrealizował usługę Inżyniera kontraktu w przedmiotowym projekcie przy założeniach wynikających z warunku udziału w postępowaniu.

Odnosnie argumentacji uczestnika postępowania odwoławczego, że usługa Inżyniera kontraktu była świadczona w istocie w okresie od 15.03.2019 r. do 30.11.2021 r. na co miały wskazywać zarówno referencje pochodzące od Recumed sp. z o.o., jak i złożone przez uczestnika postępowania odwoławczego w toku rozprawy dowody, w tym: dowód nr 1 – informacja o zatwierdzeniu wniosku o płatność datowana na dzień 19.12.2023 r., dowód nr 2 – karta aneksu do umowy z dnia 26.05.2023 r., to zauważyć należy, że nie świadczą one o tym, że projekt pn. „Opracowanie na drodze prac badawczo-rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji przez Recumed sp. z o.o.” był w istocie realizowany w innym (dłuższym) okresie. Słusznie zauważył odwołujący, że realizacja projektu wiąże się z osiągnięciem zakładanego celu – tutaj było to opracowanie innowacyjnej platformy do rehabilitacji. I na świadczenie usługi Inżyniera kontraktu w ramach takiego projektu powoływał się wykonawca ENTRAST, wykazując własne doświadczenie. Jak już zostało wskazane, dowody przedstawione przez odwołującego potwierdzają, że zarówno Beneficjent przedmiotowego projektu – firma Recumed sp. z o.o. (na swojej stronie internetowej), jak i Instytucja Zarządzająca – Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego, za okres realizacji projektu przyjmują okres: od 20.03.2017 r. do 19.03.2019 r. Prawdopodobnie później świadczone były usługi także związane z tym projektem, a polegające na przeprowadzeniu badań przemysłowych czy prac rozwojowych, jak i rozliczeniu projektu, ale nie można twierdzić, że stanowią one istotę tego projektu, który został już zrealizowany.

Tym samym Izba uznała, że z uwagi na okres świadczenia referencyjnej usługi Inżyniera kontraktu w ramach ww.

projektu, tj. przez 4 dni – nie jest możliwe, aby wykonawca uzyskał doświadczenie wymagane przez zamawiającego, a zatem powoływanie się na tę usługę przez wykonawcę ENTRAST było nieuprawnione.

Izba uznała także, że potwierdził się zarzut odwołującego dotyczący nie spełnienia wymogu zamawiającego odnoszącego się do wartości projektu w ramach którego była świadczona usługa Inżyniera kontraktu (wartość projektu nie mniejsza niż 6 000 000 mln zł). Wprawdzie referencje złożone przez wykonawcę potwierdzają, że całkowita wartość projektu wyniosła 6 053 575,00 zł brutto (przy czym zaznaczono, że kwota ta zawiera dofinansowanie, koszty pośrednie, VAT oraz wkład własny). Powstaje też pytanie co obejmuje ten „wkład własny”. Podobnie pismo Recumed sp. z o.o. z 9.09.2024 r. przedstawione na rozprawie (dowód nr 5 złożony przez uczestnika postępowania odwoławczego) wskazuje, że w ramach realizacji projektu wartość prac wyniosła w sumie ponad 6 000 000,00 zł. Jednakże znowu

należy odwołać się do oficjalnych danych przedstawionych zarówno przez:

- a) Beneficjenta projektu, czyli Recumed sp. z o.o. – dowód nr 1, załączony przez odwołującego do odwołania – gdzie wskazano, że wartość projektu to 5 053 575,00 zł, w tym wysokość dofinansowania ze środków unijnych to 3 583 398,33 zł, jak i:
- b) Instytucję Zarządzającą – dowód złożony na rozprawie przez odwołującego – odpowiedź na wniosek o udostępnienie informacji publicznej z 12.09.2024 r., w której również potwierdzono, że wartość wydatków w projekcie wyniosła 4 884 452,93 zł.

Uczestnik postępowania odwoławczego wskazywał na to, że w ramach projektu ponoszone były również wydatki niekwalifikowane, jednak nie przedstawił dowodów w tym zakresie. Natomiast z dowodu nr 2 złożonego przez uczestnika postępowania odwoławczego – karty aneksu do umowy z dnia 26.05.2023 r. wynika, że wartość projektu ogółem wyniosła 4 884 452,93 zł (co pokrywa się z informacją wynikającą z dowodu przedłożonego przez odwołującego na rozprawie), przy czym wydatki kwalifikowane to wartość 4 844 684,06 zł, dofinansowanie – 3 507 872,14 zł, wkład UE - 3 507 872,14 zł, wkład własny – 1 376 580,79 zł.

Wobec powyższego Izba uznała, że nie został również spełniony warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy w odniesieniu do wymogu wartości projektu nie mniejszej niż 6 000 000,00 zł w ramach którego była świadczona referencyjna usługa Inżyniera kontraktu.

W ocenie Izby potwierdził się także zarzut odwołującego kwestionujący spełnienie przez wykonawcę ENTRAST warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, z tego względu, iż projekt pn. „Opracowanie na drodze prac badawczo-rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji” nie obejmował zakupu sprzętu serwerowo-macierzowego. Nie ulega wątpliwości, że projekt ten obejmował zakup sprzętu teleinformatycznego i to nie było sporne między stronami. Należy jednak zauważyć, że nie każdy sprzęt teleinformatyczny będzie jednocześnie sprzętem serwerowo-macierzowym. Sprzęt macierzowo-serwerowy – zresztą jak wynika z opinii prywatnej złożonej przez uczestnika postępowania odwoławczego – składa się głównie z serwerów, macierzy dyskowych i sprzętu sieciowego. Dowody złożone w tym postępowaniu, jak też i referencje oraz wykaz usług potwierdzają tylko i wyłącznie, że w ramach projektu był zakupiony sprzęt teleinformatyczny. Brak dowodów potwierdzających zakup sprzętu serwerowo-macierzowego. Gdyby w ramach projektu był w istocie zamawiany sprzęt serwerowo- macierzowy, to zostałby on tak bezpośrednio określony w dokumentach.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że także zarzut odwołującego w powyższym zakresie potwierdził się.

Natomiast zarzut odwołującego, że:

- 1) projekt pn. „Opracowanie na drodze prac badawczo-rozwojowych innowacyjnej platformy do rehabilitacji” nie obejmował (wymaganych przez zamawiającego w ramach postawionego warunku udziału w postępowaniu) wdrożenia e-usług min. na 4 na poziomie dojrzałości,
 - 2) świadczona usługa Inżyniera kontraktu w ramach projektu nie obejmowała dostawy i wdrożenia systemu klasy ERP, systemu zarządzania oświatą oraz systemu obiegu dokumentów wraz z wykonaniem integracji między tymi systemami
- opiera się w głównej mierze na domysłach i wątpliwościach odwołującego. Odwołujący nie przedstawił przekonujących dowodów pozwalających na uznanie zasadności podnoszonych przez niego twierdzeń w powyższym zakresie. Z tych też względów Izba uznała, że zarzut odwołującego w tym zakresie nie potwierdził się.

Reasumując, Izba uznała, że wykonawca ENTRAST nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy i z tego względu stwierdziła, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.

II.

W ocenie Izby nie potwierdził się natomiast zarzut nr 2 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, w sytuacji gdy oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu, ponieważ została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykonawca przedłożył w postępowaniu nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd wiadomości o swoim przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Z kolei art. 14 ust. 2 i 3 ww. ustawy zawiera przykładowy katalog takich czynów.

Zdaniem Izby, odwołujący nie wykazał ziszczenia się przesłanek zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Przede wszystkim należy wskazać, że to na odwołującym spoczywał

ciężar dowodu. Odwołujący winien był wykazać wszystkie przesłanki zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wyłącznie w sposób ogólny powoływał się na złożenie przez wykonawcę wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych, zawierających sprzeczne ze sobą informacje i informacje niezgodne ze stanem faktycznym oraz wprowadzające w błąd co do zakresu posiadanego doświadczenia. Nie jest to jednak tożsame z rozpowszechnianiem nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości. Odwołujący nie wykazał także celowego działania wykonawcy. Powoływanie się przez odwołującego na powiązania pomiędzy podmiotem udzielającym referencji a wykonawcą ENTRAST nie oznacza, że wprowadzenie w błąd zamawiającego miało charakter zamierzony. Odwołujący tego w żaden sposób nie udowodnił, a swoje twierdzenia oparł wyłącznie na domniemaniach. Nie wykazał też, że było to działanie celowe – mające na celu przysporzenie korzyści czy wyrządzenie szkody.

Odwołujący powoływał się na własne doświadczenie, z którego rzekomo miało wynikać, że podobny proceder, powiązane spółki wykorzystywały w innych postępowaniach, wystawiając sobie wzajemnie referencje, dostosowane do postępowania, a niekoniecznie mające odzwierciedlenie w rzeczywistości wykonywanych usługach. Jednak – co istotne – odwołujący nie podał nawet jednego przykładu takiego postępowania. Zatem uczynił jedynie daleko idącą aluzję, nie dając najmniejszych szans na odniesienie się do tej argumentacji uczestnikowi postępowania odwoławczego. Taka argumentacja w żadnej mierze nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut ten opiera się wyłącznie na spekulacjach i domniemaniach odwołującego o rzekomym wpływie powiązań osobowych istniejących pomiędzy spółkami na treść składanych w postępowaniu informacji, co w żaden sposób nie zostało ani logicznie przedstawione, ani tym bardziej udowodnione.

Wobec powyższego Izba oddaliła zarzut nr 2. odwołania.

III.

Ostatni z zarzutów – zarzut nr 3. odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. art. 18 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa uzasadnienia oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a co za tym idzie nieuzasadnione utajnienie tych dokumentów przez zamawiającego, a w konsekwencji dokonanie wadliwego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu

- Izba uznała za uzasadniony, lecz orzekła o jego oddaleniu z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania, ze względu na to, że oferta wykonawcy ENTRAST podlega odrzuceniu.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że Izba nie podziela stanowiska uczestnika postępowania odwoławczego odnośnie braku wykazania szkody przez odwołującego w zakresie tego zarzutu, z uwagi na brak postawienia równoczesnego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ze względu na rażąco niską cenę.

Po drugie, Izba uznała, że zarzut jest uzasadniony. Zamawiający bowiem w sposób nieuprawniony utrzymał tajemnicę informacji zastrzeżonych przez wykonawcę ENTRAST jako tajemnica przedsiębiorstwa nie tylko w stosunku do

wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, ale również w stosunku do samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co jak słusznie zauważył odwołujący, uniemożliwiło mu wykazanie nieskutecznego zastrzeżenia przez wykonawcę wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Zasadnie też odwołujący powoływał się na jednolitą linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, iż niedopuszczalne jest, aby samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa objęte było tajemnicą przedsiębiorstwa.

Z powyższych względów Izba uznała, że zarzut się potwierdził. Jednak Izba orzekła o jego oddaleniu z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania. Zgodnie bowiem z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uwzględniła 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.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500,00 zł uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, a także kwotę 3600,00 zł poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, a ponadto kwotę 3600,00 zł poniesioną przez uczestnika postępowania odwoławczego, wnoszącego sprzeciw, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 17 zł poniesioną przez tego uczestnika, tytułem opłaty skarbowej od złożonego pełnomocnictwa.

Mając na uwadze, że jeden z zarzutów odwołania został uwzględniony, a dwa zostały oddalone, Izba uznała za stosowne podzielić koszty postępowania odwoławczego i obciążyć odwołującego kosztami w części 2/3 oraz uczestnika postępowania odwoławczego, wnoszącego sprzeciw w części 1/3.

W konsekwencji Izba zasądziła od uczestnika postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnoszącego sprzeciw, na rzecz odwołującego kwotę 1288,67 zł, stanowiącą należną odwołującemu, po stosunkowym rozdzieleniu, część kosztów postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: