

WYROK

Warszawa, dnia 12 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka
Mateusz Paczkowski
Beata Pakulska-Banach
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2024 r. przez wykonawcę Comarch Polska S.A. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Główny Inspektorat Ochrony Środowiska w Warszawie przy udziale uczestnika zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Comarch Polska S.A.;
- 1.3. unieważnienie czynności wykluczenia Comarch Polska S.A. z postępowania;
- 1.4. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Comarch Polska S.A.

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
- 2.2. zasądza od Zamawiającego, Głównego Inspektoratu Ochrony Środowiska, na rzecz Odwołującego Comarch Polska S.A., kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2153/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Główny Inspektorat Ochrony Środowiska w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację Informatycznego Systemu Kontroli zawierającego dane o działalności kontrolnej Inspekcji Ochrony Środowiska – rozbudowa Aplikacji ISK. Wewnętrzny identyfikator: DP-WZP.26.1.5.2024.PW. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 kwietnia 2024 r., pod nr: 2024/S 67-198074. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

W dniu 20 czerwca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Comarch Polska S.A. w Krakowie (dalej jako: „COMARCH”) od czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej, odrzuceniu oferty Odwołującego, wskutek uznania, że podlega on wykluczeniu i ew. zaniechaniu wezwania Odwołującego do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów przedłożonych w związku z oceną podlegania wykonawcy wykluczeniu z punktu widzenia fakultatywnych przesłanek wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz 7) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP”) w zw. z art. 109 ust. 8 i 10) PZP.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 110 ust. 3 oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 PZP w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 PZP poprzez:

i.(dotyczy przypadku eDoręczenia ZUS) bezpodstawną ocenę Zamawiającego, że podjęte w ramach procedury self-cleaning przez Odwołującego czynności nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, pomimo że Odwołujący łącznie spełnił wszystkie przesłanki wykazania, iż nie podlega wykluczeniu, tj. naprawił szkodę wyrządzoną jego nieprawidłowym zachowaniem, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z naruszeniem obowiązków umownych oraz podjął realne i konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu;

ii.(dotyczy przypadku Ruda Śląska) jednoczesne zastosowanie różnych wykluczających się wzajemnie stanowisk względem zastosowania procedury samooczyszczenia w tym przypadku oraz różnych, w tym samodzielnie obranych przez Zamawiającego podstaw wykluczenia, nie mających źródła w treści oferty Odwołującego, tj.

A.poddanie ocenie środków zapobiegawczych i uznanie, że wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP – wskutek uznania, że Odwołujący nie wykazał środkami zapobiegawczymi swej rzetelności – pomimo że w zakresie tego przypadku:

a)Odwołujący kwestionował spełnienie względem niego podstaw wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP i wyjaśnił, iż powodem ujawnienia tego przypadku w JEDZ jest wyłącznie uniknięcie wykluczenia z punktu widzenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10) PZP, czyli z powodu zatajenia przed Zamawiającym faktu zerwania przez Rudę Śląską umowy z Odwołującym przed czasem;

b)sam Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego stanął na stanowisku, że tylko w wypadku uznania się przez wykonawcę za podlegającego wykluczeniu istnieje konieczność tzw. samooczyszczenia (przy czym Zamawiający powołał się tu na wykładnię dotyczącą nieaktualnych przepisów, tj. na art. 24 ust. 8 PZP);

B.Zamawiający z własnej inicjatywy dokonał wykluczenia Odwołującego w oparciu o dodatkową przesłankę, którą sam obrał dla tego przypadku (art. 109 ust. 1 pkt 5) PZP) powołując się na utratę zaufania do Odwołującego;

czym naruszono zasadę przejrzystości prowadzenia postępowania oraz zasadę zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

2)ewentualnie (na wypadek nieuwzględnienia zarzutów głównego) – art. 109 ust. 3 PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) PZP w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 PZP poprzez wykluczenie Odwołującego (a w konsekwencji odrzucenie jego oferty) pomimo faktu, iż jest to w sposób oczywisty nieproporcjonalne;

3)ewentualnie (na wypadek nieuwzględnienia zarzutów ewentualnego) – art. 128 ust. 1 w zw. z art. 125 PZP i w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia, co jest obligatoryjne w przypadku stwierdzenia, że dokumenty są niekompletne – pomimo, że Zamawiający wprost przyznał, że „W przedstawionym przez Wykonawcę materiale dowodowym, w zakresie samooczyszczenia występuje szereg braków”, lecz „nie ma możliwości wskazania w ewentualnym wezwaniu, wszelkich braków mających charakter instruktażowy” oraz naruszenie art. 128 ust. 4 w zw. z art. 125 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP, czym naruszono zasadę przejrzystości prowadzenia postępowania oraz zasadę zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami, Odwołujący wniósł o:

1.nakazanie unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty, w tym nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia czynności wyboru oferty Pentacomp Systemy Analityczne S.A. (dalej „Pentacomp” lub „Przystępujący”);

2.nakazanie dokonania ponownej oceny ofert w postępowaniu;

3.ewentualnie – nakazanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia/wyjaśnienia oświadczeń składanych w ramach wykazania braku fakultatywnych podstaw wykluczenia, dotyczących przypadków e-Doręczenia oraz Ruda Śląska.

Jak uzasadnił w odwołaniu, stan faktyczny będący przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego obejmuje dwa przypadki, tj.:

1.przypadek odstąpienia zamawiającego od umowy wykonawczej, zawartej w ramach umowy ramowej pomiędzy konsorcjum Comarch S.A i Comarch Polska S.A. a ZUS na tzw. eDoręczenia – w którym to przypadku Odwołujący jednoznacznie zakwalifikował tę sytuację do dwóch podstaw wykluczenia, przyznając się do deliktu w tym zakresie i przeprowadzając self-cleaning, zgodnie w z wymogami PZP (dalej jako: „Przypadek e-Doręczeń”), zaś Zamawiający

nie wykazał, dlaczego odrzucił jego ofertę i uznał za niewystarczające przeprowadzone w ramach samooceny środki zaradcze.

Jak wynika z odwołania, w tym Przypadku, ZUS jako zamawiający odstąpił od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy z jednoczesnym wystawieniem noty księgowej obejmującej karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy wykonawczej. Wykonawca zapłacił karę w całości w wyznaczonym terminie. Analiza stanu faktycznego sprawy doprowadziła wykonawcę do uznania, że ww. sytuacja realizuje przesłankę art. 109 ust. 1 pkt 5) PZP, bowiem niewątpliwie doszło do niewykonania umowy z winy wykonawcy w warunkach świadczących o rażącym zaniedbaniu Wykonawcy należytej weryfikacji istotnych zagadnień merytorycznych zamówienia przed złożeniem oferty, a także przesłankę wykluczenia z postępowania o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 7) PZP, bowiem niewątpliwie doszło do odstąpienia przez zamawiającego od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, przy jednoczesnym znacznym stopniu niewykonania zamówienia.

Odwołujący poinformował w ofercie, że w związku z powyższą sytuacją podjął w swej organizacji następujące środki zaradcze: decyzję o dostosowaniu i wdrożeniu dla Sektora APUS, odpowiedzialnego za składanie ofert w przetargach publicznych, stosowanego w pozostałych sektorach Comarch S.A. wewnętrznego systemu Comarch CRM, decyzję o przeprowadzeniu szkoleń, realizacja szkoleń dla działu sprzedaży przez dział produkcji w całym APUS, działania organizacyjne dotyczące modyfikacji procedur ofertowania.

Na potwierdzenie wyczerpującego wyjaśnienia stanu faktycznego – Odwołujący zaprezentował szereg dowodów, podobnie jak zaprezentował w ofercie dowody na potwierdzenie podjętych działań zaradczych.

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający uznał, że czynności podjęte przez wykonawcę są niewystarczające i nie dają gwarancji, że Wykonawca wykona zamówienie rzetelnie. „(...) do powyższej oceny Zamawiający doszedł w wyniku licznych, chybionych przemyśleń i abstrahujących od realiów przypadku założeń, kreując własne, jego zdaniem niezbędne środki zaradcze, jakich zdaniem Zamawiającego zabrakło (jak nagana do akt, czy zwolnienie pracowników), i jednocześnie ignorując lub mylnie interpretując środki przeprowadzone i wdrożone przez Odwołującego. Pomimo, że uzasadnienie w/w oceny jest długie i obszerne, zawiera ono wiele powtórzeń, ignoruje udowodnione fakty w sprawie i wykazuje elementarne uchybienia zasadom logiki (...) – co utrudnia prześledzenie motywów oceny.”

W szczególności, w odniesieniu do kwestii dostosowania i wdrożenia dla Sektora APUS wewnętrznego systemu Comarch CRM, Odwołujący wskazał, iż – wbrew twierdzeniom Zamawiającego, poprzedzająca złożenie oferty decyzja z użyciem systemu CRM jest podejmowana z uwzględnieniem analizy pracochłonności, dostępności personelu, jego wiedzy i wykształcenia. Podniósł, że Dział Produkcji – dokonując akceptacji (lub odmawiając jej) – analizuje dokładnie te kwestie, to znaczy jaka jest szacowana pracochłonność w stosunku do zakresu zamówienia, jacy specjaliści będą potrzebni, z jakich obszarów technologicznych, jaka ma być ich liczba itd. Wskazał, że Zamawiający nie miał żadnych podstaw do uznania, że jest inaczej. Wg Odwołującego, kluczowe jest również to, że Zamawiający całkowicie zignorował wynikający z oferty fakt, iż przedmiotowa umowa na e-Doręczenia była umową wykonawczą, zawartą w ramach umowy ramowej, z czego wynika, że etap konkurencyjny o umowę wykonawczą pomija badanie potencjału wykonawcy, spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu, w tym odnośnie personelu, gdyż ubiegając się o zawarcie z ZUS Umowy Ramowej Konsorcjum Comarch zostało zakwalifikowane przez ZUS do jej zawarcia, gdyż wykazało zamawiającemu ZUS, iż takowy potencjał, w tym kadrowy, posiada. W tym kontekście, za błędną uznał Odwołujący ocenę Zamawiającego, iż problemem był brak wykwalifikowanego personelu, a co za tym idzie COMARCH winien był wykazać, że przeprowadził reorganizację personelu lub zatrudnił nowych pracowników – co zresztą byłoby niemożliwe, z uwagi na konieczność kompleksowego przeszkolenia i nauczenia się systemu KSI ZUS (12-miesięczne szkolenie), jak i własnej specyfiki i procedur w ramach COMARCH. Odwołujący podjął próbę wzmocnienia zespołu BU ZUS w toku realizacji umowy, a mianowicie skierował do realizacji umowy na e-Doręczenia dodatkowy zespół programistów i inżynierów z innego Business Unit (BU REC), który obejmował specjalistów wysokiej klasy, doświadczonych m.in. w realizacji umów dla ARIMR czy sądownictwa – jednak bez jakiegokolwiek doświadczenia w obsłudze KSI ZUS i znajomości specyfiki Zakładu. Jak dalej podniósł Odwołujący, „(...) właśnie dlatego, że była to umowa wykonawcza i miał zastosowanie uproszczony tryb ofertowania (konkurencyjnie jedynie ceną) – doszło do pominięcia przez Dział Sprzedaży w procesie ofertowania, na etapie WEWNĘTRZNYCH analiz i decyzji czy składać ofertę, czy nie - Działu produkcji. (...) Dlatego decyzja Szefa Sektora APUS o wdrożeniu w APUS środka/narzędzia stosowanego w innych sektorach GK Comarch, tj. systemu CRM - była słuszna. Takie narzędzie jest i było celowe dla zapobieżenia powtórzeniu takiej sytuacji w przyszłości. Wdrożenie w Sektorze APUS systemu CRM, który automatyzuje proces analizy możliwości złożenia ofert na etapie wewnętrznym i nie pozwala na przygotowanie oferty zamawiającemu przez Dział Sprzedaży, ani tym bardziej na jej złożenie jakimkolwiek zamawiającemu (w tym opłacanie wadium itd.), gdyż blokuje taką możliwość na etapie poprzedzającym złożenie oferty zamawiającemu w sytuacji braku uprzedniej, pozytywnej opinii wszystkich 3 Działów

zaangażowanych w proces, w tym Działu Produkcji. Istotny dla Comarch był również aspekt automatyczny, również zignorowany przez Zamawiającego. Aspekt ten skutecznie eliminuje tzw. błąd ludzki, stanowiąc realne wsparcie techniczne.” Odwołujący zaznaczył przy tym, iż gdyby nie błąd w postaci pominięcia Działu Produkcji w wewnętrznej analizie możliwości złożenia oferty - oferta wykonawcza na e-Doręczenie nigdy nie zostałaby złożona, gdyż produkcja nie dałaby „zielonego światła” na przygotowanie i złożenie oferty, co byłoby równoznaczne z oceną, że nie ma wolnych zasobów do realizacji. Odwołujący zdecydowanie sprzeciwił się jawnym sugestiom Zamawiającego, że powinien był podjąć inne środki zapobiegawcze, niż te które podjął, w szczególności poprzez wdrożenie względem pracowników systemu nagan, zwolnień i degradacji lub odwołać kadrę menedżerską/Zarząd. Jak podkreślił, Zamawiający ma obowiązek ocenić podjęte środki – czy są adekwatne, czy nie, natomiast nie ma prawa narzucać innych, dodatkowych środków – gdyż nie jest to jego rolą, ani nie ma on do tego podstaw faktycznych, ani prawnych. Odwołujący zaprzeczył również, by złożone dowody nie potwierdzały wdrożenia środków zaradczych w COMARCH, skoro dotyczą one podjętych środków w grupie kapitałowej Comarch. Wyjaśnił, iż wyodrębnienie sektora APUS oznacza, że Szef tego sektora w randze Wiceprezesa Zarządu Comarch S.A. decyduje o wszystkich procesach pozyskiwania umów od klientów z sektora publicznego, niezależnie od tego jaka spółka składa ofertę (co jest uzależnione od przedmiotu zamówienia) – z tych powodów polecenia służbowe Szefa Sektora APUS mają moc obowiązującą dla każdej spółki z GK Comarch, poprzez którą APUS prowadzi sprzedaż i wdrożenia systemów, w tym dla Comarch S.A i Comarch Polska S.A. Odnośnie wskazania przez Zamawiającego, że Zamawiający w innych obszarach współpracy z wykonawcą obserwuje utrudnioną komunikację – Odwołujący zaznaczył, iż motyw te są pozamerytoryczne i nie mają żadnego związku z ofertą złożoną przez COMARCH w niniejszym postępowaniu, ani z jej oceną, a zatem nie mogą być brane pod uwagę. Zdaniem COMARCH narusza to wprost zasadę równego traktowania wykonawców. Ponadto, COMARCH zaprzeczył, iż tak jak twierdzi Zamawiający – nie udowodnił, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości. „Przeciwnie – Odwołujący udowodnił, że wdrożył w sektorze APUS odpowiednie narzędzie techniczne (CRM) - właśnie w celu uniknięcia podobnej sytuacji w przyszłości i eliminacji błędu ludzkiego w procesie wewnętrznych analiz możliwości złożenia oferty. (...) Odwołujący udowodnił również, że przeszkolił personel Działu Sprzedaży – również w w/w celu. Udowodnił ponadto, że zmodyfikował procedury składania ofert w Sektorze APUS.” Udowodnił również fakt zapłaty na rzecz ZUS kary umownej.

2.przypadek realizacji Umowy zawartej przez Comarch S.A. z Miastem Ruda Śląska w przedmiocie wdrożenia systemu klasy GIS (geodezyjnego), tj. Systemu PZGiK i e-usług wraz z migracją danych oraz integracją z funkcjonującymi u tego zamawiającego systemami firm trzecich, w ramach którego zamawiający, pismem z dnia 4 stycznia 2022 r. (doręczonym dnia 10 stycznia 2022 r.) złożył wykonawcy oświadczenie o odstąpieniu od Umowy, zaś w ocenie wykonawcy odstąpienie od Umowy jest bezskuteczne ze względu na brak zaistnienia wskazanych w Umowie przesłanek, uprawniających zamawiającego do odstąpienia od Umowy (dalej jako: „Przypadek Rudy Śląskiej”). W związku z wezwaniem Miasta Ruda Śląska do zapłaty kary umownej oraz odszkodowania – wykonawca odmówił zapłaty tych kwot, następnie wezwał zamawiającego do zapłaty wynagrodzenia za prace wykonane do dnia odstąpienia, bowiem uznał, że dokonane odstąpienie winno być kwalifikowane jako odstąpienie od Umowy przez zamawiającego w rozumieniu art. 644 Kodeksu Cywilnego. Zamawiający odmówił. Roszczenia są sporne.

Odwołujący w związku z ww. stanem faktycznym w ofercie wskazał, iż nie przyznaje się do deliktu, wyjaśniając, że powołuje ten przypadek w ofercie wyłącznie w celu uniknięcia zarzutu zatajenia faktu/wprowadzenia Zamawiającego w błąd, iż takie odstąpienie od umowy miało miejsce oraz podkreślił, że sprawa ma charakter sporny, a także zaprezentował Zamawiającemu w ofercie stanowisko w tym zakresie, będące w całości emanacją jego stanowiska prezentowanego wobec Miasta Ruda Śląska. Jego zdaniem, rzetelnie i starannie zaprezentował Zamawiającemu stan faktyczny między stronami umowy, w tym fakt podniesienia wzajemnych roszczeń, przekazał Zamawiającemu również stosowne dowody. Ponadto, wskazał, że przypadek ten nie został do dziś rozstrzygnięty sądownie, obydwie strony sporu przeciwstawiły sobie wzajemnie roszczenia, roszczenia te nie są przedawnione, a aktualnie trwa etap prób ugodowych, poprzedzających wniesienie pozwów.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający oceniając ten Przypadek nie był obiektywny, przyjmując za własne wyłącznie zapatrywania zamawiającego, bez odniesienia się do faktów świadczących o tym, że Odwołujący nie ponosił odpowiedzialności za opóźnienia w wykonaniu niektórych świadczeń umownych, ani bez odniesienia się do faktu, że zamówiony System został wdrożony i produkcyjnie uruchomiony. Jego zdaniem, Zamawiający nie wykazał ziszczenia się wszystkich przesłanek uregulowanych w art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) PZP, pomimo wskazania, że jego zdaniem zaistniały łącznie wszystkie te przesłanki, w tym że wykonawca zrealizował prace w stopniu uniemożliwiającym rzeczywiste wykorzystanie systemu, czyli ze względu na okoliczności za które wykonawca ponosi w tych przypadkach wyłączną odpowiedzialność. Zdaniem Odwołującego zaś, jedynie prawomocny wyrok w sprawie sądu powszechnego mógłby przesądzić, czy odstąpienie było skuteczne, czy też nie oraz kto ponosi

odpowiedzialność za niewykonanie umowy. COMARCH podniósł, że Zamawiający nie powołał żadnego dowodu, uzasadniającego jego ocenę. Jedyne „dowody” na których się oparł to oświadczenie Miasta Rudy Śląskiej o odstąpieniu od umowy oraz pismo Miasta Rudy Śląskiej odmawiające zapłaty wynagrodzenia. Jak zaś podkreśla COMARCH, odstąpienie jako jednostronna czynność strony umowy nie tworzy żadnych domniemań i może być czynnością wadliwą, tak jak odmowa zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie wyjaśnił ani nie dowiódł – poza nadinterpretacją oświadczenia o odstąpieniu i odmowie zapłaty – dlaczego uznał, że Odwołujący naruszył zobowiązania w znacznym stopniu lub zakresie. Ponadto, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, jakoby Wykonawca nie zastosował procedury wskazanej w poleceniu służbowym Dyrektora Sektora APUS nr 02/01/2022 (Umowa z miastem Ruda Śląska, Dowód nr 6) bowiem nie zadał pytań w postępowaniu dotyczących integracji nowych funkcjonalności z istniejącą Aplikacją ISK – COMARCH wskazał, iż w/w polecenie służbowe dotyczące obowiązku weryfikacji zakresu i sposobu integracji nie dotyczy sytuacji, z jaką mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, gdzie zakres integracji jest szczegółowo, jednoznacznie i kompletnie określony i nie występują żadne ograniczenia co do sposobu integracji. Z kolei, w zakresie wskazanej przez Zamawiającego, utraty zaufania do COMARCH oraz oceny, że dopuścił się zawinionego i świadomego naruszenia obowiązków zawodowych i nie wykazał, że niewywiązanie się z umowy było spowodowane jakimikolwiek okolicznościami od niego niezależnymi, Odwołujący podniósł, że konieczne jest wykazanie przez Zamawiającego kwalifikowanej postaci naruszenia, czyli zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwo, czego Zamawiający nie wykazał. Podkreślił, że zamawiający w powyższej sprawie, do dziś nie wystosował wobec Comarch pozwu o zapłatę kar umownych, naliczonych w związku z w/w odstąpieniem. Zaznaczył, iż nieuprawniona jest ocena Zamawiającego, polegająca na automatycznym zakwalifikowaniu tej sytuacji jako poważnego wykroczenia zawodowego i powołał się w tym zakresie na orzeczenie TSUE z 13 grudnia 2012 r., C-465/11. Nadmienił, iż w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający umieścił również „bezrefleksyjnie przepisany i zacytowany fragment orzeczenia KIO”. Podsumowując podkreślił, iż jego zdaniem „Wbrew woli wykonawcy składającego wyłącznie dodatkowe wyjaśnienia co do okoliczności nie wyczerpującej przesłanek wykluczenia – [Zamawiający] zdecydował że ma miejsce nieskuteczny selfcleaning – co jest niedopuszczalne. Skutkowało to nieuprawnionym wykluczeniem.” Jego zdaniem, niezgodne z prawem jest zaniechanie Zamawiającego, który całkowicie dowolnie, po dokonaniu samodzielnej kwalifikacji przypadku jako podlegającego wykluczeniu, zaniechał określenia Odwołującemu terminu na przedłożenie dowodów mających na celu obronę przed wykluczeniem – co naruszyło zasadę przejrzystości, równego traktowania i proporcjonalności. Na wypadek nieuwzględnienia zarzutu głównego, Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie dokonał analizy obydwu Przypadków pod kątem wymaganej przez PZP proporcjonalności sankcji wykluczenia do dokonanego naruszenia. „W Informacji o odrzuceniu oferty na próżno szukać oceny Zamawiającego pod w/w kątem.” Zdaniem zaś Odwołującego, wykluczenie go w zakresie Przypadku Rudy Śląskiej oczywiście narusza zasadę proporcjonalności. „Wynika to po pierwsze z zakresu udokumentowanych uchybień Wykonawcy, który jest nieznacznym, nie dotyczył głównego essentiala negocjacji zamówienia (systemu), a jedynie dodatkowych usług (migracja/integracja). sam wierzyciel (Miasto Ruda Śląska) przyznał, iż wdrożony system ERGO „umożliwia prowadzenie i aktualizację państwowego zasobów geodezyjnego i kartograficznego, jednakże z uwagi na braki w przeniesieniu wszystkich danych, dokumentów, modeli i innych produktów wytworzonych przy pomocy dotychczasowego oprogramowania (...) – posiada on dla Zamawiającego w tej chwili ograniczoną wartość użytkową. Po drugie – za naruszeniem zasady proporcjonalności przemawia znikoma skala zakresu niewykonanego zamówienia – do czego doszło wskutek odstąpienia od umowy na końcowej fazie projektu, w odniesieniu do 17 uwag. (...) Po trzecie, (...) zakres niewykonany przez Wykonawcę na rzecz Miasta Rudy Śląskiej w żadnym z przypadków nie był zakresem zależnym wyłącznie od wykonawcy.” W odniesieniu do kolejnego zarzutu ewentualnego, podniósł, iż w Przypadku Rudy Śląskiej inicjatorem wykluczenia i procedury selfcleaningu nie jest Odwołujący, lecz Zamawiający, skoro dokonał od odmiennej od Odwołującego oceny, czy zachodzą przesłanki jego wykluczenia i uznał – wbrew stanowisku Odwołującego że zachodzą. (...) Skoro jednak Zamawiający stwierdzając, iż Odwołujący nie podjął skutecznej procedury samooczyszczenia dla przypadku e-Doręczeń (oraz Rudy Śląskiej) – to winien był – przed wykluczeniem i odrzuceniem oferty, umożliwić Odwołującemu jej przeprowadzenie.”

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający dokonał błędnej oceny obydwu Przypadków, ograniczając się do dowolnej oceny tych zdarzeń oraz przeprowadzonych środków sanacyjnych i wykazując się ich niezrozumieniem. Zdaniem COMARCH, Zamawiający zajął stanowisko wyłącznie polemiczne względem Odwołującego, całkowicie wybiórczo i dowolnie oceniając stan faktyczny w tych sprawach, do tego oceniając go błędnie i niezgodnie z faktami. Na rozprawie, dnia 10 lipca 2024 r., Odwołujący wskazał dodatkowo, iż poszczególne osoby podejmujące decyzje w procesie CRM nie działają jak bezrefleksyjne roboty, w systemie CRM jest możliwość załączania analiz i manualnego wpisania stanowiska, zaś w samym Stanowisku mowa o „zaopiniowaniu” przez Dział Produkcji. Co do Przypadku Rudy Śląskiej, wyjaśnił zaś, iż na

str. 7 odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przyznał, że dane słownikowe z przedrostkiem WKS_ są w dokumentacji postępowania, toteż zdaniem Odwołującego, nie było zatem potrzeby zadawania pytań do SWZ, zresztą w odwołaniu, Odwołujący tylko ogólnie odnosił się do dokumentacji technicznej, gdyż była objęta klauzulą poufności. Podkreślił również, że self-cleaning nie służy ratowaniu projektu tylko jest reakcją po zerwaniu umowy. W odpowiedzi na argumentację Przystępującego, wyjaśnił, iż e-Doręczenia i EESSI to są dwie różne umowy z ZUS, w ramach EESS postanowiono o innych odpowiednich środkach zaradczych, co jednocześnie nie dowodzi tego, że w ramach e-Doreczeń środki podjęte są niewystarczające. Podkreślił, że jego zdaniem nie ma obowiązkowego katalogu środków self-cleaningowych w art. 110 ust. 2 pkt 3 PZP. Środki te po prostu muszą być odpowiednie.

W odpowiedzi z dnia 5 lipca 2024 r. na odwołanie, Zamawiający Główny Inspektorat Ochrony Środowiska (dalej: „GIOŚ”) wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego. Jego zdaniem, jakkolwiek, zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego złożonymi w ramach self-cleaning, system Comarch CRM zakłada akceptację składania oferty przez Dział Produkcji, to jednak z treści tych wyjaśnień nie wynika, iż „akceptacja składania oferty” obejmuje szereg innych czynności poprzedzających. Stąd, Zamawiający doszedł do wniosku, że w systemie Comarch CRM następuje potwierdzenie i akceptacja oferty, bez informacji czy została wykonana analiza ryzyk odnosząca się do m.in. oceny pracochłonności, oceny dostępności personelu, jego wiedzy, wykształcenia. Tym samym, w świetle wyjaśnień i dowodów COMARCH, Zamawiający nie mógł utożsamiać akceptacji składania oferty przez Dział Produkcji, z przeprowadzeniem analizy ryzyka. Nadto, „Zamawiający stoi na stanowisku, że analiza ryzyka powinna obejmować przede wszystkim etap realizacji zamówienia, ponieważ to na tym etapie dochodzi do zdarzeń i problemów mających bezpośredni wpływ na wykonanie przedmiotu umowy. (...) W związku z powyższym Zamawiający uznał, że wdrożenie systemu Comarch CRM za pomocą którego dochodzi do obligatoryjnej akceptacji składania oferty nie realizuje przesłanki określonej w art. 110 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i tym samym uznał ten środek zaradczy jako niewystarczający, ponieważ Wykonawca w przesłanym stanowisku nie udowodnił, że wdrożenie systemu Comarch CRM, eliminuje wskazaną przez Wykonawcę przyczynę zaistnienia przesłanki wykluczenia, którą jest brak wykonania analizy ryzyka.” Nie dowodzi tego również wyciąg z Procedury BDS-0-1. Przygotowanie oferty – przekazane przez COMARCH jako dowód. Co do procedury poleceń służbowych Szefa Sektora APUS, Zamawiający uznał, że z polecenia Dyrektora Sektora APSU nr 02/01/2022 jasno wynika, iż w przypadku integracji należy zadać pytania do SWZ przed złożeniem oferty, zaś pytania powinny dotyczyć m.in. zakresu integracji chyba, że tego rodzaju informacje są jednocześnie zawarte w SWZ/dokumentacji przetargowej. Jak wskazał Zamawiający, w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie zadał ani jednego pytania dotyczącego integracji nowych funkcjonalności z istniejącą Aplikacją ISK. Dla Zamawiającego wynika z tego, że wykonawca nie zastosował procedury wskazanej w poleceniu służbowym Dyrektora Sektora APUS nr 02/01/2022. Nadto, w niniejszym postępowaniu, Zamawiający wskazał, że wymaga pełnej integracji nowych funkcjonalności i modułów z obecnie istniejącymi elementami ISK. Wyjaśnił, iż jednym z tych elementów są również słowniki (zawartość poprzedzona przedrostkiem CS_ i WKS_), łącznie są to 63 elementy – CS_ - 5 elementów; WKS_ - 58 elementów. „Wynika z tego iż Wykonawca zidentyfikował jedynie 5 z 63 elementów a więc 8% modelu danych słownikowych, który będzie wymagał integracji z nowymi modułami i funkcjonalnościami Aplikacji ISK, które zostaną wykonane w ramach przedmiotu zamówienia.” (str. 7 odpowiedzi na odwołanie). Stąd, w ocenie Zamawiającego, nie można przyjąć za prawdziwe twierdzenie Wykonawcy, że zakres integracji został jest mu znany i został on szczegółowo, jednoznacznie i kompletnie określony w SWZ i/lub dokumentacji technicznej. „Wykonawca nierzetelnie wykonał analizę dokumentacji technicznej, której skutkiem może być błędnie oszacowana pracochłonności na etapie ofertowania. Wykonawca nie uwzględnił 92% modelu danych słownikowych, co może przekładać się na opóźnienia w realizacji przedmiotu zamówienia z racji, iż zakres prac do wykonania jest ponad 10-krotnie większy aniżeli wskazał w wyjaśnieniach Wykonawca, tym samym stawia rzetelność wykonawcy pod znakiem zapytania.” Zamawiający wskazał również na fakt, iż Odwołujący nie skorzystał z przewidzianej w Rozdziale 5.2.2. pkt 11 OPZ możliwości zapoznania się z obecnie funkcjonującą bazą OŚ-2b. „W ocenie Zamawiającego zadanie pytań do SWZ przynajmniej w tym zakresie było jak najbardziej zasadne.” Zamawiający podniósł również, iż w ramach samooczyszczenia Odwołujący nie przeprowadził jakiegokolwiek reorganizacji personelu. Co więcej, zdaniem Zamawiającego, COMARCH nie udowodnił, że podjęte działania naprawcze zostały wprowadzone zarówno w Comarch Polska S.A. jak i Comarch S.A., jako podmiotach podejmujących się realizacji zamówienia, zaś informacje dotyczące umiejscowienia Sektora APUS w strukturze grupy kapitałowej oraz podziału spółki dominującej na sektory, zostały przedstawione przez Odwołującego dopiero w odwołaniu. Zamawiający podkreślił, iż jego zadaniem nie jest badanie oraz poszukiwanie informacji na temat struktury kapitałowej oraz podziału kompetencji pomiędzy podmioty wchodzące w skład grupy Comarch. Co zaś się tyczy Przypadku Rudy Śląskiej, to Zamawiający uznał za wiarygodne wyjaśnienia przedstawione przez zamawiającego w przypadku Rudy Śląskiej, wskazane w oświadczeniu o wypowiedzeniu umowy oraz piśmie z dnia 29 sierpnia 2022 r. Jego zdaniem, system informatyczny, który działa tylko częściowo tj. w 80%, nie może być uznany za wykonany w znacznej części. Podsumowując, Główny Inspektor Ochrony Środowiska wskazał, że przedstawionych w ramach

samooczyszczenia wyjaśnieniach i dowodach, Odwołujący nie udowodnił w sposób jasny i niebudzący wątpliwości, że wprowadzone przez niego środki zaradcze są powiązane z przyczynami stanowiącymi podstawę wykluczenia i w efekcie czego ją eliminują, dając tym samym gwarancję, iż podobne sytuacje stanowiące przyczynę zaistnienia przesłanek wykluczenia nie wystąpią w przyszłości, dając tym samym gwarancję i rękojmię wykonania zamówienia. Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, Zamawiający podkreślił, iż w świetle przepisów PZP, to Zamawiający ocenia self-cleaning. Zamawiającemu zależy na dobrej jakości modernizacji ISK. Podniósł dodatkowo, że według niego, z katalogu środków naprawczych zawartych w art. 110 PZP wynika, że jest to katalog środków obligatoryjnych.

Do postępowania odwoławczego wpłynęło zgłoszenie przystąpienia przez Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. w Warszawie po stronie Zamawiającego z wnioskiem o oddalenie odwołania w całości. W piśmie wniesionym do Izby dnia 8 lipca 2024 r., Przystępujący podniósł, iż COMARCH w odwołaniu uzupełnia i doprecyzowuje kwestie zawarte w złożonym wraz z ofertą self-cleaningu, tym samym należy przyjąć, że self-cleaning przekazany wraz z ofertą był niejasny, niekompletny. Podkreślił, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie ma zastosowania przesłanka wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP („co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów”), wobec faktu, że COMARCH potwierdził zaistnienie powyższych przesłanek przez samodzielne i dobrowolne złożenie oświadczenia o zaistnieniu wobec niego przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP – ocenie podlega zatem wyłącznie, kwestia self-cleaningu. W odniesieniu do Przypadku e-Doręczeń, zdaniem Przystępującego, Odwołujący self-cleaningu: „Nie wskazywał jednak w ogóle, jakie obowiązki w procesie składania oferty ma Dział Produkcji, a jakie mają pozostałe działy i w jaki sposób opiniowanie przez dział produkcji wpływa na przyszłą realizację umowy. Nie wykazano szczegółowego podziału obowiązków, który uzasadniałby twierdzenie, że wdrożenie systemu CRM rozwiązało dotychczasowe problemy. Argumentacja self-cleaningu w tym zakresie jest bardziej niż ogólnikowa (...).” (str. 5 pisma), zaś dopiero w odwołaniu (na str. 11-13) COMARCH wyjaśnił szczegółowo różnice w zakresie złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz umowy wykonawczej, która zawarta jest na podstawie umowy ramowej. Ponadto, jego zdaniem, sama treść dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z self-cleaningiem wskazuje, że wdrożenie self-cleaning miało miejsce tylko w Comarch S.A. W odniesieniu zaś do Przypadku Ruda Śląska, Przystępujący wskazał, iż kwestionowanie rozwiązania umowy uniemożliwia Odwołującemu złożenie self-cleaningu. Nadto, (...) w niniejszym postępowaniu Comarch nie zadał ani jednego pytania dotyczącego integracji. A zatem stan faktyczny niniejszego postępowania wyraźnie wskazuje, że działania naprawcze, na które wskazuje Comarch, są działaniami rzekomymi i pozornymi, istniejącymi tylko na papierze, które nigdy nie zaistniały w rzeczywistości. Słusznie zwrócił na to uwagę Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Comarch (...)” (str. 9 pisma). Jego zdaniem, Odwołujący przy wycenie oferty i identyfikacji ryzyk uwzględnił zatem integrację jedynie z 5 na 64 słowników. Co do zarzutu ewentualnego, dotyczącego nieproporcjonalności wykluczenia, wskazał, iż z odwołania wynika, że zarzut ten COMARCH podniósł tylko dla Przypadku Rudy Śląskiej. Jego zdaniem, odstąpienie od umowy nigdy nie może być uznane za „drobne nieprawidłowości” czy też za „uchylenia o niewielkiej skali lub znaczeniu”. Co do zarzutu ewentualnego, dotyczącego zaniechania do wyjaśnień lub uzupełnień, Przystępujący wskazał zaś, że wezwanie do ewentualnych dalszych wyjaśnień nie jest żadnym bezwzględny obowiązkiem Zamawiającego, lecz jego uprawnieniem, niemniej kwestie self-cleaningu nie podlegają w ogóle uzupełnieniu, tak jak ew. kwestie samego opisu deliktu. W piśmie procesowym z dnia 10 lipca 2024 r., Przystępujący powołał szereg dodatkowych twierdzeń i dowodów mających na celu wykazanie, że Odwołujący mija się z prawdą co do rzeczywistego stanu faktycznego realizacji projektu e-Doręczenia przez Konsorcjum Comarch. Na rozprawie, dnia 10 lipca 2024 r. Pentacomp podniósł dodatkowo, że z dowodów dołączonych do stanowiska nie wynika, że przyczyną nienależytego wykonania umowy na e-Doręczenia był brak zasobów. Podkreślił, że we wnioskach o zmianę umowy złożonych przez COMARCH, Odwołujący powoływał się na braki po stronie zamawiającego, co jego zdaniem jest to sprzeczne ze stanowiskiem z samooczyszczenia. Ponadto, wskazał, że COMARCH nie musiał badać warunków umowy wykonawczej z ZUS, bo umowa ramowa zobowiązuje go do dysponowania zespołem 46 osób. Wyjaśnił, że jego zdaniem lista, czynności naprawczych z art. 110 ust. 2 pkt 3 PZP jest listą czynności obligatoryjnych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych i terminowo został uiszczony wpis od odwołania w wymaganej wysokości. Odwołanie nie podlega również odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba uznała także, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Odwołujący, jak podniósł w odwołaniu, jest podmiotem zdolnym do wykonania przedmiotowego zamówienia, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie, a także złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, która kwalifikuje się w rankingu na pierwszym miejscu spośród złożonych ofert. W związku z tym, Izba stwierdziła, że w postępowaniu wpłynęły 2 oferty, tj. oferta Odwołującego z ceną brutto 1.947.766,50 zł za zamówienie podstawowe i ceną brutto 104.550,00 zł za zamówienie objęte prawem opcji oraz z zaferowaną 48 miesięczną gwarancją oraz oferta Przystępującego z ceną brutto 2.356.404,48 zł za zamówienie podstawowe i ceną brutto

86.434,56 zł za zamówienie objęte prawem opcji oraz z zaoferowaną 48 miesięczną gwarancją. Kryterium oceny ofert stanowiły, wg rozdziału XXI SWZ: cena wraz z prawem opcji (60%) oraz gwarancja (40%). Zgodnie z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 7 czerwca 2024 r., oferta złożona przez Odwołującego została odrzucona, toteż nie podlegała ocenie, za najkorzystniejszą została zaś uznana oferta Pentacomp – z punktacją 100 pkt. COMARCH podniósł, iż szkoda jaką może ponieść Odwołujący jest bezpośrednią konsekwencją zaskarżonych czynności, gdyż powoduje – w razie uprawomocnienia się decyzji Zamawiającego – brak uzyskania przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że spełnione są, wynikające z art. 505 PZP, przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Do niniejszego postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego – skutecznie przystąpił Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. w Warszawie.

Przedmiotem zamówienia jest „Modernizacja Informatycznego Systemu Kontroli zawierającego dane o działalności kontrolnej Inspekcji Ochrony Środowiska – rozbudowa Aplikacji ISK. Szczegółowy Opis przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji zawiera Załącznik nr 2 do SWZ.

W Rozdziale VII – Podstawy wykluczenia, w ust. 1 pkt 2 SWZ, Zamawiający wskazał, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7, 8, 10 PZP, w tym który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów (ust. 2 pkt 5 SWZ), który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady (ust. 2 pkt 7 SWZ). Zamawiający zastrzegł przy tym, iż wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 PZP, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki wskazane w art. 110 ust. 2 PZP (Rozdział VII ust. 3 SWZ). Zamawiający oceni, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 PZP, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, zaś jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, Zamawiający wyklucza wykonawcę (Rozdział VII ust. 4 SWZ).

Zamawiający przewidział możliwość polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale V ust. 1 pkt 4 w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych, lecz zastrzegł, że jednocześnie oceni, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy – dotyczy także podmiotowych środków dowodowych (Rozdział VIII ust. 1 i ust. 3, ust. 4 pkt 3) SWZ). Ponadto, zgodnie z Rozdziałem VIII ust. 5 SWZ, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający wymaga od podmiotu, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów – złożenia dokumentów wymienionych w Rozdziale IX SWZ – przy czym, dokumenty te powinny potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, w zakresie, w którym każdy z podmiotów wykazuje spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia (Rozdział VIII ust. 6 i 7 SWZ). „Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, składa dokumenty wymienione w art. 125 ust. 5 ustawy Pzp oraz podmiotowe środki dowodowe w zakresie przewidzianym w ustawie, zgodnie z art. 119 ustawy Pzp. Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów nie może podlegać wykluczeniu w okolicznościach, o których mowa w Rozdziale VI SWZ.” (Rozdział VIII ust. 8 i 9 SWZ).

W Rozdziale X – Informacja o podmiotowych środkach dowodowych oraz oświadczeniach na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy PZP, ust. 1 SWZ, wskazano, że wykonawca zobowiązany jest złożyć na wezwanie, w celu wstępnego potwierdzenia, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, m.in. aktualne na dzień składania ofert oświadczenie dotyczące braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ) w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wykonawca wypełnia JEDZ, zgodnie z załącznikiem nr 3 SWZ. Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw

wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów. JEDZ sporządza odrębnie:

- wykonawca/każdy spośród wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku JEDZ potwierdza brak podstaw wykluczenia wykonawcy oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- podmiot trzeci, na którego potencjał powołuje się wykonawca celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W takim przypadku JEDZ potwierdza brak podstaw wykluczenia podmiotu oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim podmiot udostępnia swoje zasoby wykonawcy.

W dniu 15 kwietnia 2024 r. Zamawiający dokonał nieistotnych modyfikacji w Rozdziale IV SWZ – Opis przedmiotu zamówienia.

Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w formularzu ofertowym części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez Wykonawcę nazw (firm) ewentualnych podwykonawców – jeżeli są już znani na tym etapie (Rozdział II pkt 8 SWZ).

Zamawiający przewiduje zastosowanie tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 139 ust. 1 PZP, tj. Zamawiający najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu (Rozdział III pkt 1 SWZ).

W standardowym formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ, w części III: Podstawy wykluczenia, C. Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, znajduje się rubryka z pytaniem: „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat”. W tym miejscu wykonawca powinien zaznaczyć pole „tak” albo „nie”, zaś dalej znajduje się zastrzeżenie: „Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia? Jeżeli tak, proszę opisać przedsięwzięte środki:”. W kolejnej rubryce znajduje się pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat”. W tym miejscu wykonawca powinien zaznaczyć pole „tak” albo „nie”, zaś dalej znajduje się zastrzeżenie: „Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia? Jeżeli tak, proszę opisać przedsięwzięte środki:”.

Odwołujący załączył do oferty zobowiązanie Comarch S.A. w Krakowie do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia, w którym zastrzeżono, że Comarch S.A. będzie uczestniczył we wskazanym sposobie w wykonywaniu zamówienia w trakcie realizacji zamówienia, przez okres niezbędny do wykonania wszystkich zobowiązań wykonawcy wynikających z realizacji zamówienia.

Pismem z dnia 10 maja 2024 r. Zamawiający wezwał Comarch Polska S.A. do złożenia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ”) dotyczącego Comarch Polska S.A., jak też podmiotu udostępniającego zasoby – Comarch S.A.

W odpowiedzi, Comarch Polska S.A. przedstawił JEDZ na formularzu stanowiącym Załącznik nr 3 do SWZ wypełniony w swoim imieniu, w którym wskazał w części III: Podstawy wykluczenia, Sekcja C. Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, w rubryce z pytaniem: „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego” na odpowiedź „Tak” oraz w przypadku pytania, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia również wskazał na odpowiedź: „Tak”. Dopisał: „Wykonawca oświadcza, że w dniu 10 czerwca 2022 roku Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych odstąpił od zawartej z Konsorcjum Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. umowy wykonawczej nr 1082060 (zawartej w ramach umowy ramowej). Powodem odstąpienia było poważne wykroczenie zawodowe wykonawcy.” oraz opisał przedsięwzięte środki: „Stan faktyczny sprawy realizuje przesłankę wykluczenia określoną w art. 109 ust. 1 pkt 5) Ustawie Pzp. Wykonawca na osobnej karcie przedstawia - w ramach procedury selfcleanig - opis stanu faktycznego wraz z podjętymi środkami zaradczymi. Całość dokumentacji przedłożona wraz z JEDZ w zakresie w/w pytania jest JAWNA.” Odwołujący odpowiedział również „Tak” na pytanie zawarte w kolejnej rubryce, tj. „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” oraz dodał, że: „Informacje znajdują się w zał. do JEDZ Comarch Polska S.A.” Na pytanie, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia wskazał: „Nie” dla umowy wskazanej w poz. 1 zał. do JEDZ Comarch Polska oraz „Tak” dla umów wskazanych w poz. 2-3 zał. do JEDZ Comarch Polska oraz dodał, że „Na osobnych kartach wykonawca przedstawia stan prawny i faktyczny w zakresie okoliczności rozwiązania wszystkich w/w umów. Całość dokumentacji przedłożona wraz z JEDZ w zakresie w/w pytania

jest JAWNA.” Dalej, w rubryce z pytaniem: „Czy wykonawca może potwierdzić, że: a) nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) nie zataił tych informacji; c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?”, Odwołujący wskazał: „Nie” i dopisał, że: „Wykonawca oświadcza, że Konsorcjum Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. zostało prawomocnie wykluczone z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS)”, (numer referencyjny TZ/271/65/19) – na podstawie art 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Odpowiednikami tych przepisów są obecnie przepisy art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) nPzp. Wykluczenie stało się prawomocne wskutek wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - Sąd Zamówień Publicznych, który w dniu 9 czerwca 2022 roku oddalił skargę Konsorcjum Comarch (sprawa sygn. XXIII Zs 43/22) na wyrok Krajowej izby Odwoławczej sygn. KIO 416/22 - podtrzymujący dokonane przez Zamawiającego (ZUS) wykluczenie. Wykonawca na osobnej karcie przedstawia - w ramach procedury selfcleanig - opis stanu faktycznego wraz z podjętymi środkami zaradczymi. Całość dokumentacji przedłożona wraz z JEDZ w jest JAWNA Wykonawca zaznacza jednocześnie, że w ramach NINIEJSZEGO postępowania: - jest w stanie niezwłocznie przedstawić Zamawiającemu wymagane dokumenty (podmiotowe środki dowodowe) - nie przedstawił Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd.” W załączniku nr 1 do JEDZ Comarch Polska S.A., Odwołujący w tabeli zawarł listę 3 umów ze wskazaniem na strony umowy oraz stronę zrywającą umowę i datę zerwania umowy. Dotyczy to: 1) umowy nr CA/1792/U/2019 zawartej w dniu 12 listopada 2019 r. w przedmiocie wdrożenia Zintegrowanego Systemu Informatycznego do zarządzania Uczelnią zawartej z Uniwersytetem Medycznym w Lublinie; 2) umowy wykonawczej nr 1082060 z dnia 21 grudnia 2021 r. do umowy ramowej na modyfikację i rozbudowę oprogramowania KSI ZUS nr 1066673 z 19 lipca.2018 zawartej z Zakładem Ubezpieczeń Społecznych (dalej: „ZUS”) oraz 3) umowy wykonawczej z dnia 07 kwietnia 2021 r. nr 1079504 do Umowy ramowej z dnia 19 lipca 2018 r. nr 1066673 na modyfikację i rozbudowę oprogramowania zawartej z ZUS.

Odwołujący przedstawił również JEDZ dla Comarch S.A., podmiotu udostępniającego zasoby, wypełniony w analogiczny sposób. W załączniku nr 1 do JEDZ Comarch S.A., podmiot udostępniający zasoby, w tabeli zawarł listę 4 umów ze wskazaniem na strony umowy oraz stronę zrywającą umowę i datę zerwania umowy. Dotyczy to: 1) umowy nr CA/1967/U/2019 zawartej w dniu 7 października 2019 r. w przedmiocie: Modernizacji i rozbudowy systemów teleinformatycznych, wdrożenia eusług oraz przeprowadzenia szkoleń zawartej z Miastem Rudą Śląską; 2) umowy nr CA/1792/U/2019 zawartej w dniu 12 listopada 2019 r. w przedmiocie wdrożenia Zintegrowanego Systemu Informatycznego do zarządzania Uczelnią, z Uniwersytetem Medycznym w Lublinie; 3) umowy wykonawczej nr 1082060 z dnia 21 grudnia 2021 r. do umowy ramowej na modyfikację i rozbudowę oprogramowania KSI ZUS nr 1066673 z 19 lipca.2018 zawartej z ZUS oraz 4) umowy wykonawczej z dnia 07 kwietnia 2021 r. nr 1079504 do Umowy ramowej z dnia 19 lipca 2018 r. nr 1066673 na modyfikację i rozbudowę oprogramowania zawartej z ZUS.

Dołączył również pismo pt. „Stanowisko Comarch Polska S.A. oraz Comarch S.A. w związku z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp – o czym mowa w JEDZ w sekcji pn. „C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi.”, w którym wskazał, iż w związku z faktem zawinionego niewykonania przez Wykonawcę umowy wykonawczej nr 1082060 z dnia 21 grudnia 2021r. zawartej przez z wykonawcę - Konsorcjum Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. z Zamawiającym ZUS (w ramach Umowy ramowej na modyfikację i rozbudowę oprogramowania KSI ZUS nr 1066673 z 19.07.2018), co doprowadziło dodatkowo do odstąpienia od tej umowy. Wyjaśnił, że Umowa wykonawcza nr 1082060 była umową zawartą w ramach i pod rygorami określonymi w Umowie Ramowej nr 1066673. O ile zawarcie Umowy Ramowej jest obwarowane wymaganiami referencyjnymi, o tyle po jej zawarciu dla skutecznego złożenia oferty w postępowaniu wykonawczym niezbędne jest jedynie podanie kwoty, za jaką Wykonawca zobowiązuje się daną Umowę wykonać – zarówno lista wymagań, jak i oszacowanie ich złożoności wykonawczej jest opracowywane przez Zamawiającego. Dokument „Stanowisko” został podzielony na następujące rozdziały: „I. Szczegółowy opis stanu faktycznego wraz z dowodami, i II. Lista dowodów powołanych w opisie stanu faktycznego sprawy, III. Wniosek o wezwanie do wyjaśnienia/uzupełnienia, IV. Klauzula tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy, V. Działania podejmowane w ramach Grupy Kapitałowej Comarch jako podmiotu profesjonalnie prowadzącego działalność (selfcleaning), VI. Lista załączników do Stanowiska. Do pisma dołączył 27 dowodów, w postaci m.in. pism, protokołów, not księgowych, poleceń oraz potwierdzenie wykonania przelewu kwoty kary umownej z dnia 17 czerwca 2022 r.

Ponadto, dołączył pismo pt. „Stanowisko Comarch Polska S.A. w związku z faktem „zakończenia umowy przed czasem”

– o czym mowa w JEDZ w sekcji pn. „C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi.” - odnośnie umowy nr CA/1792/U/2019 zawartej pomiędzy konsorcjum Comarch S.A., Comarch Polska S.A. oraz Opteam S.A. a Uniwersytetem Medycznym w Lublinie w dniu 12 listopada 2019 r. w przedmiocie wdrożenia Zintegrowanego Systemu Informatycznego do zarządzania Uczelnią, wraz z 7 dowodami oraz „Stanowisko Comarch Polska S.A. w związku z przesłanką „zakończenia umowy przed czasem” – o czym mowa w JEDZ w sekcji pn. „C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi.” – odnośnie zawartej z ZUS umowy wykonawczej z dnia 07 kwietnia 2021 r. nr 1079504 na dostosowanie Aplikacji Krajowej (AKE) do nowego wydania oprogramowania AP i RINA dostarczanego przez Komisję Europejską oraz wprowadzenie zmian w oprogramowaniu wspierającym wymianę dokumentów w ramach systemu EESSI w ZUS wraz ze świadczeniem usług serwisowych i gwarancją, udzielonej na podstawie Umowy ramowej z dnia 19 lipca 2018 r. nr 1066673 na modyfikację i rozbudowę oprogramowania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS, wraz z 13 dowodami.

Przedstawił również „Stanowisko Comarch Polska S.A. oraz Comarch S.A. w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp – o czym mowa w JEDZ w sekcji pn. „C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi.” – w związku z faktem wykluczenia Konsorcjum Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS)”, (numer referencyjny TZ/271/65/19) – na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, wraz z 2 dowodami oraz „Stanowisko Comarch S.A. w związku z faktem „zakończenia umowy przed czasem” – o czym mowa w JEDZ w sekcji pn. „C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi.” – odnośnie umowy nr CA/1967/U/2019 zawartej pomiędzy Comarch S.A. a Miastem Ruda Śląska w dniu 7 października 2019 r. w przedmiocie: Modernizacji i rozbudowy systemów teleinformatycznych, wdrożenia e-usług oraz przeprowadzenia szkoleń, wraz z 8 dowodami.

Pismem z dnia 7 czerwca 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. w Warszawie oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 110 ust. 3 oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 PZP. W uzasadnieniu odrzucenia, w odniesieniu do Przypadku e-Doręczeń wskazał, że w ocenie Zamawiającego czynności organizacyjne podjęte przez wykonawcę są niewystarczające i nie dają gwarancji, że wykonawca wykona zamówienie rzetelnie. Jak wskazał dalej, „Wdrożenie systemu Comarch CRM nie gwarantuje posiadania kompetentnego, wykwalifikowanego personelu i nie potwierdza, że Wykonawca zaangażuje do realizacji Umowy odpowiednią liczbę osób. Zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy, w systemie Comarch CRM następują wyłącznie potwierdzenie i akceptacja oferty, bez informacji i analiz odnoszących się do oceny pracochłonności, oceny dostępności personelu, jego wiedzy, wykształcenia. Takie informacje nie są składane co do zasady wraz z ofertą, tylko w kolejnych etapach rozstrzygania postępowania, a wtedy ten system nie jest już wykorzystywany. System Comarch CRM jest wykorzystywany w procesie przygotowywania oferty. Elementem decydującym i gwarantującym wykonanie zamówienia w określonych terminach jest etap realizacji umowy. Na etapie tym mogą wystąpić różne nieprzewidziane okoliczności do których Wykonawca musi zaadoptować się i które przede wszystkim powinny zostać ocenione na etapie przygotowania oferty. Wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek dowodów potwierdzających, iż wdrożenie systemu Comarch CRM potwierdza rzetelność Wykonawcy na etapie realizacji Umowy, czyli po złożeniu oferty.” Dodatkowo, zdaniem Zamawiającego, wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek dowodów potwierdzających, iż wdrożenie systemu Comarch CRM potwierdza rzetelność Wykonawcy na etapie realizacji Umowy, czyli po złożeniu oferty, tym samym nie wykazał, że wprowadził wystarczającego środki zaradcze. W opinii Zamawiającego, Wykonawca nie podjął próby identyfikacji obszarów w których występują w jego organizacji braki kadrowe, zarówno w zakresie doświadczenia pracowników jaki i ich wykształcenia i nie wykazał, np. poprzez załączenie lub innych dowodów, że braki w zakresie wykwalifikowanego personelu zostały uzupełnione. Dalej wskazał, że wykonawca nie przedstawił dowodów, dotyczących podjętych czynności, w celu ustalenia osób czy podmiotów odpowiedzialnych za nieprawidłowe postępowanie i niewykonanie zamówienia oraz co do reorganizacji personelu, zerwania powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnym za niewykonanie zamówienia lub udzielenie pracownikowi winnego kary nagany. Ponadto, Zamawiający uznał, że wykonawca powinien przedstawić konkretne dowody dotyczące podjętych środków naprawczych, zarówno w Comarch Polska S.A., jaki i Comarch S.A. – a nie w ramach grupy kapitałowej Comarch. „Dodatkowo podnieść należy, że już dzisiaj Zamawiający w innych obszarach współpracy z Wykonawcą obserwuje utrudnioną komunikację i współpraca ta jest realizowana w ramach systemów rozwijanych przez Wykonawcę od wielu lat tj. w zakresie Systemu Egeria ERP 6.0 (ponad kilkanaście lat na rynku) i Portalu Pracowniczego (co najmniej kilka lat na rynku).” W odniesieniu zaś do Przypadku Rudy Śląskiej, Zamawiający podniósł iż, szczegółowa analiza okoliczności odstąpienia od umowy przez zamawiającego – Miasto Ruda Śląska,

uzasadnia podjęcie przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 118 ust. 2 art. i 119 PZP, bowiem w szczególności, wykonawca zrealizował prace w stopniu uniemożliwiającym rzeczywiste wykorzystanie systemu, czyli ze względu na okoliczności za które ponosi w tych przypadkach wyłączną odpowiedzialność, a także szereg zaniedbań oraz wady w przekazanym do odbioru przedmiocie zamówienia, poddają w wątpliwość profesjonalizm Wykonawcy oraz powodują utratę zaufania Zamawiającego. Podkreślił, że stwierdzone błędy w działaniu systemu nie mają charakteru epizodycznego, wskazującego na omyłkę czy niezamierzone zawinienie, są to błędy istotne które dowodzą zawinionego i świadomego naruszenia obowiązków zawodowych przez wykonawcę i które spowodowały negatywne konsekwencje dla zamawiającego – Miasto Ruda Śląska, uniemożliwiając mu realizację jego zadań statutowych. Odnosnie zaś do oceny dokonania self-cleaning podniósł iż: „W przedmiotowym postępowaniu pn. „Modernizacja Informatycznego Systemu Kontroli zawierającego dane o działalności kontrolnej Inspekcji Ochrony Środowiska – rozbudowa Aplikacji ISK” jednym z wymagań, wskazanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia jest: Rozdział 5 pkt 5.1.1.12: „Wykonawca musi zapewnić zintegrowanie Aplikacji ISK z obecnym modelem danych eksploatowanego przez Zamawiającego Systemu ISK (dotyczy kontroli, słowników, bazy użytkowników i autoryzacyjnej, rejestru operacji biznesowych) i Systemu Ekoinfonet (w szczególności dotyczy danych TERYT).” Wykonawca w dniu 24.04.2024 r. zadał 16 pytań do przedmiotowego postępowania. Żadne z zadanych przez Wykonawcę pytań nie dotyczyło integracji nowych funkcjonalności z istniejącą Aplikacją ISK. Wynika z tego, iż Wykonawca nie zastosował procedury wskazanej w poleceniu służbowym Dyrektora Sektora APUS nr 02/01/2022 (Umowa z miastem Ruda Śląska, Dowód nr 6). W świetle przedstawionego wyżej dowodu, w ocenie Zamawiającego wdrożone przez Comarch S.A. procedury poddają w wątpliwość rzetelność Wykonawcy i nie gwarantują należytego wykonania przedmiotu Umowy. Zatem Zamawiający uznaje, że Wykonawca nie wykazał spełnienia przesłanek samooczyszczenia wymienionych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.” Informacja ta została doręczona Odwołującemu dnia 10 czerwca 2024 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego, na fakty powołane przez stronę powołującą się na ten dowód:

- 1) dokumentację przekazaną przez Zamawiającego w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, która wpłynęła do akt sprawy w dniu 28 czerwca 2024 r., w szczególności:
 - Ogłoszenie o zamówieniu z 4 kwietnia 2024 r.,
 - SWZ wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami,
 - Oferta COMARCH,
 - Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych,
 - Informacja o wyborze oferty z dnia 7 czerwca 2024 r.
- 2) Dowody załączone przez Odwołującego do odwołania, tj.
 - skan potwierdzający datę doręczenia Odwołującemu pisma o odrzuceniu jego oferty w dniu 10 czerwca 2024 r.,
- 3) Dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie, tj.:
 - wyciąg z dokumentacji (opracowanie własne),
- 4) Dowody złożone przez Przystępującego wraz z pismem procesowym z dnia 10 lipca 2024 r., tj.
 - odwołanie Asseco Poland S.A. z 8 listopada 2021 r. złożone w postępowanie e-Doręczenia;
 - odpowiedź na odwołanie z 24 listopada 2021 r. złożona przez ZUS
 - pismo procesowe Asseco Poland SA z 29 listopada 2021 r.
 - wyrok KIO 3306/21 z 2 grudnia 2021 r.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów zawnioskowanych przez Odwołującego w postaci: pismo Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 7 czerwca 2024 r. oraz informacji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, gdyż fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami – tj. dokumentami zawartymi w dokumentach zamówienia złożonych przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba zważyła, co następuje.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, iż Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 oraz art. 110 ust. 3 PZP.

Przypadek eDoręczeń ZUS.

W tym wypadku, zdaniem Izby, jakkolwiek Zamawiający prawidłowo uznał – w ślad za ewidentnym przyznaniem się przez COMARCH w dokumencie JEDZ i załącznikach do niego – że zaszyły przesłanki wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 PZP, to jednak COMARCH przeprowadził w tym zakresie skuteczne samooczyszczenie. Co prawda, COMARCH potwierdził w JEDZ, że stan faktyczny sprawy odstąpienia przez ZUS o umowy wykonawczej nr 1082060 zawartej z Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. realizuje te przesłanki, bowiem doszło do niewykonania umowy z winy wykonawcy, co z kolei stanowi o poważnym wykroczeniu zawodowym wykonawcy, to jednocześnie przedstawił stanowisko i dowody, mające na celu skuteczne oczyszczenie się z ww. zarzutów w ramach

procedury self-cleaning (art. 110 ust. 2 i ust. 3 PZP). Pomimo tego, po analizie ww. faktów i dowodów, Zamawiający uznał, że czynności podjęte przez Odwołującego są niewystarczające i nie dają gwarancji, że wykonawca ten wykona przedmiotowe zamówienie dla GIOŚ rzetelnie. Niemniej jednak, uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty COMARCH prowadzi do wniosku, że Zamawiający błędnie zrozumiał przedmiot i skutki podjętych przez COMARCH środków mających na celu zapobieżenie dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu. W szczególności, jak słusznie wskazał COMARCH, nieprawdą jest, by – jak bezpodstawnie uznał Zamawiający – w systemie Comarch CRM następował wyłącznie „formalne” potwierdzenie i akceptacja oferty, bez informacji i analiz odnoszących się do oceny pracochłonności, oceny dostępności personelu, jego wiedzy, wykształcenia itp. Taki wniosek nie wynika ze stanowiska i dowodów złożonych w ramach self-cleaning. Przeciwnie – Dział Produkcji – dokonując akceptacji (lub odmawiając jej) analizuje kwestie związane z oceną merytoryczno-techniczną procesu przygotowania i złożenia oferty. Jak wskazał Odwołujący w treści Stanowiska dołączonego do JEDZ w zakresie dotyczącym umowy wykonawczej nr 1082060 zawartej z ZUS: „W organizacji Wykonawcy proces przygotowania ofert jest podzielony pomiędzy: • dział sprzedaży – obsługujący zagadnienia formalne, • dział konsultingu – przygotowujący ofertę pod względem merytorycznym i szacunku ceny, • dział produkcji – pełniący rolę wspierającą przy procesie oceny merytoryczno-technicznej, oraz przy analizie możliwości realizacyjnych.” (str. 2 Stanowiska). „Szacowanie możliwości realizacyjnych”, którego dokonuje Dział Sprzedaży, musi wiązać się z analizą takich kwestii jak pracochłonność w stosunku do przedmiotu, rodzaju i zakresu zamówienia, rodzaj i liczba potrzebnych zasobów (specjalistów) itd. Na str. 6 ww. Stanowiska, COMARCH wskazuje, iż po wdrożeniu systemu CRM „(...) nie ma możliwości, by jakkolwiek oferta w ramach Sektora APUS nie została przed jej złożeniem zaopiniowana przez Dział Produkcji. Powyższe eliminuje ryzyko niedoszacowania mocy produkcyjnych i zasobów ludzkich w celu wykonania zamówienia.” Z treści Stanowiska wprost wynika cel wprowadzenia do struktury decyzyjnej w procesie składania ofert Działu Sprzedaży – celem tym jest analiza możliwości realizacyjnych, w tym przede wszystkim co do zasobów ludzkich, czego zabrakło na gruncie Przypadku e-Doręczeń. Stąd, w ocenie Izby, wyprowadzony przez Zamawiającego wniosek o akceptacji „formalnej” jest nielogiczny, brak mu uzasadnienia z pkt widzenia doświadczenia życiowego i realiów rynkowych, a przede wszystkim wniosek taki nie wynika ze Stanowiska i dowodów przedstawionych przez COMARCH. Zamawiający nadinterpretuje w ten sposób twierdzenia i dowody przedstawione przez COMARCH w ramach samooczyszczenia.

Należy zaznaczyć przy tym, iż zgodnie z art. 110 ust. 3 PZP, zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę. W tym kontekście uznać należy, iż w sensie merytorycznym to Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności przekonują go do uznania, że wykonawca jest rzetelny i nie ma przeciwwskazań do powierzenia mu wykonania zamówienia ze względu na uchybienia z przeszłości, w szczególności, że podjęte przez wykonawcę działania wyeliminowały ryzyko takich uchybień. Przepis art. 110 ust. 3 PZP literalnie powierza taką ocenę zamawiającemu, przy czym nakazuje kierować się wagą i szczególnymi okolicznościami czynu wykonawcy. Biorąc to pod uwagę, zamawiający ma wyłączną kompetencję do oceny rzetelności wykonawcy i uznania, że w oparciu o przedstawione czynności podjęte przez wykonawcę celem naprawienia szkody i zapobiegania uchybieniom w przyszłości – wykonawca nie zasługuje na wykluczenie, lecz jest wykonawcą godnym zaufania i powierzenia mu realizacji zamówienia. Przepis ten stanowi, iż w razie uznania, że podjęte przez wykonawcę czynności nie są wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy – zamawiający wyklucza wykonawcę. W tym kontekście, Izba nie jest uprawniona do przejęcia kompetencji zamawiającego i oceny, czy podjęte przez wykonawcę czynności opisane w ramach self-cleaning są wystarczające – na gruncie nowego zamówienia – do uznania go za rzetelnego, czy też nie. Izba jest umocowana wyłącznie do oceny czynności zamawiającego, polegającej na wykluczeniu wykonawcy lub zaniechaniu jego wykluczenia, pod kątem zgodności z przepisami, tj. oceny, czy zaszła podstawa do wykluczenia wykonawcy, w szczególności na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 PZP, w tym, czy spełnione zostały wszystkie przesłanki do uznania, że podstawa ta zaktualizowała się, oraz czy decyzja zamawiającego o wykluczeniu lub zaniechaniu wykluczenia wykonawcy – wobec przedsięwziętych czynności w ramach procedury self-cleaning – była dopuszczalna z pkt widzenia art. 110 ust. 2 i ust. 3 PZP. W szczególności, Izba bada, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca wykazał albo nie wykazał łącznie wszystkich trzech przesłanek self-cleaning, o których mowa w art. 110 ust. 2 PZP, zaś w ramach ust. 2 pkt 3 art. 110 PZP, czy podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu – przy czym katalog tych środków jest otwarty (przepis wymienia przykładowe środki otwierając katalog zwrotem: „w szczególności”). Izba bada, czy Zamawiający oceniając podjęte przez wykonawcę czynności podjął decyzję logiczną i uprawnioną, tj. czy wyciągnięty stąd wniosek o rzetelności lub nierzetelności wykonawcy jest logicznie i prawidłowo wywiedziony z przedstawionych przez wykonawcę faktów. Jeśli uzasadnienie decyzji Zamawiającego jest pełne (odnosi się do wszystkich istotnych kwestii podanych przez wykonawcę), zaś wnioski wyciągnięte z podjętych

przez wykonawcę czynności lub wdrożonych środków są prawidłowe i logiczne oraz poparte doświadczeniem życiowym, wówczas Izba zobowiązana jest uznać, że decyzja zamawiającego była uprawniona w świetle art. 110 ust. 2 i ust. 3 PZP. Innymi słowy, Izba bada, czy zamawiający podjął uzasadnioną, prawidłową, logiczną decyzję. W przedmiotowej sprawie, Zamawiający stwierdzając, w ślad za Odwołującym, że doszło do nienależytego wykonania umowy z ZUS, czego przyczyną było błędne oszacowanie możliwości realizacyjnych z pkt widzenia zasobów ludzkich, zobowiązany był ocenić, czy podjęte przez Odwołującego środki w ramach samooczyszczenia były adekwatne do zapobieżenia takim sytuacjom w przyszłości. Tym samym, Zamawiający zobowiązany był ocenić wyłącznie to, czy wdrożenie systemu CRM może w przyszłości zapobiec takim uchybieniom, jakie miały miejsce na gruncie umowy z ZUS. Błędem było zatem założenie przez Zamawiającego, że gdyby COMARCH przeprowadził reorganizację personelu lub dokonał zatrudnienia nowych pracowników byłby to adekwatny środek – wszak self-cleaning jest środkiem reakcji na niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia, a nie środkiem naprawczym wdrażanym zapobiegawczo w trakcie realizacji tego zamówienia. To, że na gruncie realizacji umowy z ZUS na e-Doręczenia adekwatnym środkiem było zrekrutowanie nowych pracowników lub reorganizacja zasobów wewnętrznych wiedział sam COMARCH, gdyż podjął wówczas takie próby (co wynika z odwołania). Nie oznacza to jednak, że obecnie, zatrudnienie nowych pracowników lub reorganizacja personelu będzie środkiem, który zapobiegnie ewentualnym przyszłym podobnym sytuacjom. W szczególności, w ocenie Izby, gdyby COMARCH zatrudnił nowych pracowników lub zreorganizował personel, a nie wdrożył systemu CRM – ryzyko podobnych naruszeń w przyszłości byłoby wciąż realne, z powodu braku szacowania możliwości realizacyjnych na etapie składania oferty na zamówienie. Zupełnie niewłaściwe było również uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty COMARCH poprzez wskazanie w informacji z dnia 7 czerwca 2024 r., że „już dzisiaj Zamawiający w innych obszarach współpracy z Wykonawcą obserwuje utrudnioną komunikację i współpraca ta jest realizowana w ramach systemów rozwijanych przez Wykonawcę od wielu lat tj. w zakresie Systemu Egeria ERP 6.0 (ponad kilkanaście lat na rynku) i Portalu Pracowniczego (co najmniej kilka lat na rynku).” (str. 7 informacji). Powołanie się na te okoliczności, nie wpisuje się w żadną z przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 PZP, ani nie może uzasadniać odrzucenia oferty Odwołującego, a także oceny dokonanego samooczyszczenia jako nieskutecznego. Nie sposób zgodzić się również z Zamawiającym w zakresie stwierdzenia, że analiza pracochłonności i dostępności personelu, jego wiedzy i wykształcenia odbywa się nie na etapie składania oferty, tylko na etapie realizacji umowy (str. 4 informacji z dnia 7 czerwca 2024 r.), a zatem system CRM nie jest adekwatny. Gdyby tak było, bezprzedmiotowe byłoby określanie przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu lub dokładnie opisywanie przedmiotu zamówienia, a często również ustalanie kryteriów oceny ofert, które mają zasadnicze znaczenie na etapie składania oferty i w istocie decydują o wykonawcy, który jest zdolny złożyć ofertę, a tym samym wykonać zamówienie. Izby nie przekonały również argumenty i dowody ze strony Przystępującego, które miałyby wskazywać na to, iż w rzeczywistości przyczyny niewykonania projektu e-Doręczenia przez COMARCH były inne, niż wskazane w Stanowisku. W szczególności, fakt, że Konsorcjum Comarch przystąpiło w postępowaniu odwoławczym dotyczącym treści dokumentacji postępowania o zamówienie e-Doręczenia po stronie Odwołującego Asseco Poland S.A. i wspierało argumentację dotyczącą niedoszacowania złożoności modyfikacji systemu oraz braku możliwości jej realizacji w terminach wskazanych przez Zamawiającego – nie potwierdza samo przez się, że powyższe stały się w efekcie przyczynami niewykonania projektu e-Doręczenia przez COMARCH. Przede wszystkim jednak, dowody te dotyczą etapu sprzed rozpoczęcia realizacji tego projektu i świadczą jedynie o zidentyfikowanych w dokumentacji zamówienia nieprawidłowościach. To samo tyczy się dokumentów – wniosków o zmianę WZM... (dowody nr 9-11 i 15-17 z pisma procesowego Przystępującego z dnia 10 lipca 2024 r.), tzn. fakt, że w tych wnioskach COMARCH wskazywał na inne, niż braki w zasobach, przyczyny konieczności przesunięcia terminu realizacji projektu – nie świadczy o rzeczywistej, głównej przyczynie niewykonania projektu. Zwłaszcza, że – jeśli by wziąć pod uwagę, iż rzeczywistymi przyczynami były te wskazane w ww. wnioskach – to nie byłoby mowy o zawinionym poważnym wykroczeniu zawodowym COMARCH, skoro wszystkie one leżą po stronie Zamawiającego (braki w dokumentacji technicznej, konflikty z uwagi na prowadzone równoległe zmiany w innych obszarach oprogramowania Zamawiającego). Nadto, nawet jeśli by upatrywać przyczyn, w podniesionym przez Przystępującego, braku należytego zapoznania się z dokumentacją postępowania przez COMARCH, to fakt ten nie został w żaden sposób udowodniony, w szczególności nie świadczą o nim dokumenty przedłożone przez Przystępującego. Przeciwnie, fakt, że Konsorcjum COMARCH przystąpiło po stronie Asseco Poland S.A. do postępowania dotyczącego treści dokumentacji zamówienia może świadczyć tylko o tym, że COMARCH po wnikliwej analizie tej dokumentacji, stwierdził że jest ona wadliwa. Odnosząc się do podnoszonych przez Przystępującego argumentów, iż COMARCH miał przecież, wynikający z Umowy ramowej zawartej z ZUS, obowiązek posiadania 46-osobowego zespołu dedykowanego do realizacji umów wykonawczych, wskazać należy, iż świadczą one o niezrozumieniu istoty problemu – wszak COMARCH w Stanowisku wyraźnie wyjaśniał, iż: „W procesie uruchamiania projektu zidentyfikowano, że zespół produkcyjny posiadający kompetencje w zakresie modyfikacji i rozbudowy KSI ZUS nie posiada wolnych mocy produkcyjnych i nie jest w stanie przyjąć projektu do realizacji”. Stanowisko to potwierdzają

zresztą dowody powołane w pkt 5, 6 i 7 pisma procesowego Przystępującego z dnia 10 lipca 2024 r. Co do twierdzeń zaś, iż wskutek odstąpienia przez ZUS od umowy na usługi utrzymania KSI ZUS w 2019 r., COMARCH świadczył tylko ok. 30% całości usług utrzymania, a zatem miał „wolne moce przerobowe” i mógł skierować zespół do realizacji umowy ramowej – to nie zostały one udowodnione. Izba nie dała wiary również twierdzeniu, iż na gruncie sprawy odstąpienia ZUS w części od umowy wykonawczej EESSI, COMARCH, jako środek zaradczy, mający wpłynąć na należyłą realizację kolejnych umów wykonawczych oraz na brak kolejnych odstąpień przez ZUS od umów z konsorcjum Comarch, zatrudnił nowych pracowników do BU ZUS. Z dowodu w postaci „Dokumentu Samooczyszczenia EESSI” (dowód nr 19 z pisma procesowego Przystępującego z dnia 10 lipca 2024 r.) nie wynika, że COMARCH zatrudnił nowych pracowników, lecz że podjął działania mające na celu wzmocnienie kompetencyjne BU ZUS, w dowód czego załączył jedynie ogłoszenia rekrutacyjne (a nie np. umowy o pracę z nowo zatrudnionymi pracownikami), co również spójne jest z argumentacją Odwołującego, iż w przypadku ZUS pozyskanie kompetentnych specjalistów z rynku było bardzo trudne. Tym samym, twierdzenie, że COMARCH zatrudnił nowych pracowników, na co nie wskazał w Stanowisku dotyczącym Przypadku e-Doręczeń, pozostaje nieudowodnione. Nielogiczne jest również stanowisko Zamawiającego oraz Przystępującego, iż Odwołujący przedstawił dowody na podjęte środki w grupie kapitałowej, a nie w każdej ze spółek Comarch osobno. Nie sposób zaprzeczyć, że wdrożenie pewnych regulacji, zasad, środków w ramach grupy kapitałowej dotyczy każdej ze spółek w ramach grupy z osobna. W każdym razie, ani Zamawiający, ani Przystępujący nie wykazali, by było inaczej. W efekcie, Izba doszła do wniosku, że Zamawiający wadliwie ocenił, że wdrożone przez COMARCH środki zapobiegawcze, nie są „odpowiednie” w rozumieniu art. 110 ust. 2 pkt 3 PZP. Wyjaśnić przy tym należy, iż każdorazowo, to czy dane środki zaradcze są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu należy oceniać z pkt widzenia jego skutków, przy czym przepis ten nie wymaga podjęcia wszelkich możliwych działań, ani nie zastrzega, by wykonawca musiał wykazać, że są lub będą one skuteczne. „Odpowiednie” środki należy rozumieć jako adekwatne, proporcjonalne do skali i rodzaju nieprawidłowego postępowania, które zaistniało. Adekwatne, czyli takie których stosowanie ma szansę zapobiec zaistnieniu podobnej sytuacji zawinionej przez wykonawcę w przyszłości. W tym kontekście, Zamawiający nie jest uprawniony do narzucania wykonawcy własnych rozwiązań i zarzucania, że nie wprowadził innych środków, które zdaniem Zamawiającego byłyby „lepsze”, lecz do jedynie do oceny, czy te konkretne, wdrożone są odpowiednie. W szczególności, biorąc to pod uwagę, Zamawiający nieprawidłowo uznał, że COMARCH powinien był np. udzielić nagany pracownikom i byłby to środek skuteczniejszy, skoro zidentyfikowany problem tkwił w ogólnie ustalonym procesie organizacyjnym całej grupy kapitałowej. W tym miejscu konieczne wydaje się przypomnienie, że zdaniem Izby, art. 110 ust. 2 pkt 3 PZP wymienia tylko przykładowy katalog działań, jakie może podjąć wykonawca w ramach self-cleaning. Działania te muszą wszak zawsze być odpowiednie – zaś te, wymienione w katalogu niekoniecznie takie będą na gruncie danego przypadku. Trudno byłoby oczekiwać od każdego wykonawcy instrumentalnego zwalniania pracowników w ramach reorganizacji personelu (art. 110 ust. 2 pkt 3 lit. b PZP), w sytuacji gdy błąd tkwił np. w decyzji zarządu spółki.

Z powyższych względów, Izba uznała, że COMARCH nie podlegał wykluczeniu z postępowania z uwagi na wskazany w JEDZ Przypadek e-Doręczeń.

Przypadek Rudy Śląskiej.

Izba uznała, że w stosunku do Comarch S.A. – wbrew uznaniu Zamawiającego – nie zachodziły podstawy do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 110 ust. 3 oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 PZP. Należy pamiętać, iż w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 19 czerwca 2019 r. (Meca Srl przeciwko Comune di Napoli, C-41/18), zgodnie z którym: „art. 57 ust. 4 lit. c) i g) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, na mocy którego wniesienie sądowego środka zaskarżenia na decyzję o wypowiedzeniu umowy w sprawie zamówienia publicznego podjętą przez instytucję zamawiającą z powodu znaczących nieprawidłowości, do których doszło w czasie wykonywania tej umowy, uniemożliwia dokonanie przez instytucję zamawiającą, która organizuje nowy przetarg, jakiegokolwiek oceny, na etapie selekcji oferentów, w zakresie rzetelności wykonawcy, którego dotyczyło to wypowiedzenie.” – zamawiający może samodzielnie rozstrzygać, czy zaistniały podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub uznania procedury samooczyszczenia za skuteczną. W tym kontekście, zamawiający nie jest zobowiązany do wstrzymania się z decyzją o ew. wykluczeniu wykonawcy, aż do zakończenia sporu pomiędzy stronami umowy, czy też do zakończenia procesu sądowego. Innymi słowy, tak długo jak toczy się spór w przedmiocie okoliczności podanych w ofercie wykonawcy, jako skutkujących wykluczeniem go z postępowania, tak długo zamawiający nie jest pozbawiony możliwości samodzielnej ich oceny w toku postępowania. Tym samym, w przypadku przedmiotowego postępowania, Zamawiający miał prawo dokonać własnej oceny przesłanek wykluczenia. Niemniej, Izba uznała, iż ocena ta była błędna, a co najmniej Zamawiający niewyczerpująco i zupełnie nieprzekonująco ją uzasadnił. Zamawiający ocenę swoją oparł w zasadzie wyłącznie o odpowiedź Miasta Ruda Śląska na wezwanie do zapłaty z dnia 29 sierpnia 2022 r. Z informacji z dnia 7 czerwca 2024 r. o odrzuceniu oferty COMARCH nie wynika jednak w żaden sposób, dlaczego Zamawiający uznał subiektywne stanowisko Miasta Rudy Śląskiej za

wystarczający dowód, że okoliczności nienależytego wykonania umowy zawartej z tym zamawiającym leżą wyłącznie po stronie Comarch S.A. (art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP), co świadczy również o poważnym wykroczeniu zawodowym tego wykonawcy (art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP). Zamawiający nie wykazał w ww. informacji zaistnienia wszystkich pozostałych, wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 PZP przesłanek wykluczenia, które miałyby zaistnieć na gruncie Przypadku Rudy Śląskiej. W tym kontekście, argumentacja Zamawiającego, iż wbrew poleceniu Dyrektora Sektora APUS nr 02/01/2022 r., w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie zadał ani jednego pytania dotyczącego integracji nowych funkcjonalności z istniejącą Aplikacją ISK – nie ma racji bytu, skoro sam Comarch S.A. zaznaczył w Stanowisku, iż przedstawiając wdrożone działania nie ma na celu dokonania samooczyszczenia, skoro nie uznaje się za winnego nienależytego wykonania umowy w ramach Przypadku Ruda Śląska. Polemika w tym zakresie jest zatem bezcelowa, powinna ją zastąpić rzeczowa polemika w kwestii wykazania przesłanek wykluczenia Comarch S.A. z postępowania, a tej w istocie zabrakło, tak w pismach, jak też na rozprawie. Odnosząc się do argumentacji Przystępującego, iż kwestionowanie rozwiązania umowy uniemożliwia Odwołującemu złożenie self-cleaningu, to co do zasady Izba zgadza się z tym stanowiskiem, potwierdzonym w orzecznictwie Izby, niemniej nie znajduje ono zastosowania w sytuacji, gdy nie zachodzą przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania, zaś jak wynika z informacji o odrzuceniu oferty z dnia 7 czerwca 2024 r. Zamawiający nie wykazał, by takie zaistniały. W efekcie Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty COMARCH w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP.

Niewątpliwie, w tym kontekście doszło również do naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 PZP w wyniku odrzucenia oferty COMARCH w oparciu o błędne przekonanie, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, co wpłynęło na zachwianie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości.

Mając na uwadze uwzględnienie zarzutu głównego odwołania (pkt II.1 petitum odwołania), Izba nie była zobowiązana do rozpatrzenia zarzutu ewentualnego, zawartego w odwołaniu na wypadek nieuwzględnienia zarzutu głównego (pkt II.2 petitum) oraz zarzutu ewentualnego do zarzutu ewentualnego (pkt II.3 petitum odwołania).

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 w zw. z 7 ust. 1 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 pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....
.....