

Sygn. akt: KIO 2372/24

WYROK

Warszawa, dnia 30.07.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Agata Mikołajczyk**

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2024 r. przez Odwołującego: **Biuro Inżynierskie Automatyki Przemysłowej Sp. z o.o.z/s we Wrocławiu** (ul. Muchoborska 16, 54424 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.** (Plac Starynkiewicza 5, 02015 Warszawa), przy udziale Uczestnika po stronie Zamawiającego: **PROCOM SYSTEM S.A. z/s we Wrocławiu** (ul. Północna 15-19, bud. 2.2, 54-105 Wrocław),

orzeka:

Oddala odwołanie;

Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **Biuro Inżynierskie Automatyki Przemysłowej Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu** (ul. Muchoborska 16, 54424 Wrocław) 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 oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów poniesionych przez Zamawiającego;
- 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.** (Plac Starynkiewicza 5, 02015 Warszawa) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

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.

.....

Sygn. akt: KIO 2372/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2024 r. przez wykonawcę: **Biuro Inżynierskie Automatyki Przemysłowej Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu** (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z/s w Warszawie**. Przedmiotem zamówienia publicznego jest „Budowa systemu Centralnej Bazy Danych Technologicznych (nr 00442/WS/PW/PZP-DRZ-WRP/D/2024)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 19.04.2024 r. Nr 234060-2024.

Wykonawca podał: (...)

wnosząc odwołanie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty – tj. wyboru oferty **PROCOM SYSTEM S.A.** z siedziby we Wrocławiu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o numerze 00442/WS/PW/PZP-DRZ-WRP/D/2024 na budowę systemu Centralnej Bazy Danych Technologicznych. Zamawiającemu zarzucam:

1. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a p.z.p. w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 p.z.p., art. 85 ust. 1 p.z.p. oraz art. 16 pkt 1 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy **PROCOM SYSTEM S.A.**, pomimo, iż wykonawca był bezpośrednio zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, jako autor dokumentacji przetargowej, w tym projektu Centralnej Bazy Danych Technologicznych, przewidującego rozwiązania będące elementem platformy Proman znajdującej się w ofercie **PROCOM SYSTEM S.A.**, a także partycypował w oszacowaniu wartości zamówienia, czym spowodował zakłócenie konkurencji, którego nie można wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie tego wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe wnoszę o:

1. uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty **PROCOM SYSTEM S.A.**,
- b) wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 p.z.p. wykonawcy **PROCOM SYSTEM S.A.** z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty,
- c) powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów poniesionych przez stronę odwołującą,

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

a) wniosku o wykluczenie projektanta z postępowania z dnia 14 czerwca 2024 r. na okoliczność: powiadomienia zamawiającego przez BIAP sp. z o.o. o istotnym zakłóceniu konkurencji w postępowaniu,

b) Standardowego Formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia PROCOM SYSTEM S.A. r okoliczność: podania nieprawdziwych danych przez wykonawcę, istotnego zakłócenia konkurencji w postępowaniu,

c) projektu Centralnej Bazy Danych Technologicznych na okoliczność: stworzenia projektu przez wykonawcę PROCOM SYSTEM S.A., ukształtowania przez PROCOM SYSTEM S.A. warunków zamówienia w sposób dający mu istotną przewagę nad innymi wykonawcami, zbieżności funkcjonalności produktu wykonawcy PROCOM SYSTEM S.A. z założonymi funkcjonalnościami systemu Centralnej Bazy Danych Technologicznych, istotnego zakłócenia konkurencji w postępowaniu,

d) następujących zrzutów ekranu ze strony internetowej Platformy Proman www.platformaproman.pl: i. podstrona monitoring produkcji, ii. podstrona Case Study 01, iii. podstrona Wsparcie utrzymania ruchu; wszystkie na okoliczność: zbieżności funkcjonalności produktu wykonawcy PROCOM SYSTEM S.A. z założonymi funkcjonalnościami systemu Centralnej Bazy Danych Technologicznych, ukształtowania przez PROCOM SYSTEM S.A. warunków zamówienia w sposób dający mu istotną przewagę nad innymi wykonawcami, istotnego zakłócenia konkurencji w postępowaniu, istotnego zakłócenia konkurencji w postępowaniu,

e) nagrania o nazwie PROMAN – APLIKACJA MOBILNA na okoliczność: zbieżności funkcjonalności produktu wykonawcy PROCOM SYSTEM S.A. z założonymi funkcjonalnościami systemu Centralnej Bazy Danych Technologicznych, istotnego zakłócenia konkurencji w postępowaniu,

f) pisma zamawiającego z dnia 19 czerwca 2024 r. wraz z pismem wykonawcy PROCOM SYSTEM S.A. z dnia 19 stycznia 2024 r. oraz formularzem wyceny na okoliczność: partycypacji PROCOM SYSTEM S.A. w oszacowaniu wartości zamówienia, oszacowania wartości zamówienia przez PROCOM SYSTEM S.A. na kwotę 5.929.000,00 zł netto potwierdzenia aktualności oszacowania, istotnego zakłócenia konkurencji w postępowaniu”.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał:

1. Interes prawny w złożeniu odwołania

Odwołujący wskazuje, iż ma niezaprzeczalny interes prawny w złożeniu niniejszego odwołania, bowiem zamierzał uzyskać zamówienie publiczne będące przedmiotem postępowania, zaś zaskarżone niniejszym odwołaniem działanie zamawiającego, polegające na wyborze oferty PROCOM SYSTEM S.A. pomimo zaistnienia przesłanek skutkujących koniecznością odrzucenia oferty wskazanego wykonawcy, pozbawiło go możliwość uzyskania zamówienia na budowę systemu Centralnej Bazy Danych Technologicznych. Tym samym, odwołujący poniósł szkodę polegającą na utracie korzyści wynikających z realizacji tego zamówienia. Szkada ta ma wymiar o tyle realny, iż w razie odrzucenia oferty PROCOM SYSTEM S.A. przez zamawiającego, oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą w ramach tego postępowania.

2. Okoliczności faktyczne i prawne

Zdaniem BIAP sp. z o.o. zamawiający poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PROCOM SYSTEM S.A. dopuścił się naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a p.z.p. w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 p.z.p., art. 85 ust. 1 p.z.p. oraz art. 16 pkt 1 p.z.p. Zauważyć należy, iż wykonawca PROCOM SYSTEM S.A., jako autor dokumentacji przetargowej, w tym projektu Centralnej Bazy Danych Technologicznych, przewidującego rozwiązanie będące elementem platformy Proman znajdującej się w ofercie PROCOM SYSTEM S.A. spowodował zakłócenie konkurencji, którego nie można było wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie tego wykonawcy z udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że już tylko analiza przygotowanej przez PROCOM SYSTEM S.A. dokumentacji projektowej prowadzi do wniosku, iż pozwoliła ona wykonawcy ukształtować warunki zamówienia w sposób dający mu istotną przewagę nad innymi wykonawcami, co odwołujący sygnalizował w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie odwołującego, opis przedmiotu zamówienia został skonstruowany w sposób faworyzujący rozwiązanie oferowane przez PROCOM SYSTEM S.A. – platformę Proman, której funkcjonalności są niemalże tożsame jak wymagania określone w zamówieniu, a to z poniższych względów.

Dowód: 1. wniosek o wykluczenie projektanta z postępowania z dnia 14 czerwca 2024 r.

Po pierwsze, wykonawca PROCOM SYSTEM S.A. w formularzu JEDZ wskazał, że opracowana przez niego dokumentacja została opracowana „uwzględniając systemy dostępne na rynku”. Tymczasem przewidziane w projekcie funkcjonalności systemu nie są standardem w systemach monitorowania i raportowania parametrów technologicznych. W istocie takie funkcjonalności systemu jak zintegrowany moduł CMMS, zintegrowany moduł wagowy oraz zintegrowany moduł elektronicznego obiegu dokumentów (workflow) są cechą charakterystyczną i niejako wyróżniającą Platformę Proman. Wymienionych funkcjonalności próżno szukać w produktach dostępnych na rynku, jak np. produktach: Ignition od Inductive Automation, WinCC Open Architecture od Siemens, GENESIS64 od Iconics, Zenon od COPA-DATA czy F System od AVEVA.

Dowód: 1. Standardowy Formularz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia PROCOM SYSTEM S.A.

Po drugie, PROCOM SYSTEM S.A. stwierdziła w formularzu JEDZ, że „Projektant założył wariantowość rozwiązań dopuszczając przy tym zróżnicowane metody wdrożenia tym m.in. integracji danych z systemami zewnętrznymi Zamawiającego.” Analizując zapisy projektu, nie sposób zgodzić się z tym stwierdzeniem, gdyż warianty rozwiązania dotyczą tylko i wyłącznie integracji danych z 3 systemami zewnętrznymi (tj. MbGIS, Energia®4, FEKO+) oraz wagami (3 oprogramowania SCALEX 2000 oraz 1 oprogramowanie RADWAG) i nie dotyczą pozostałych funkcjonalności CBDT. W przypadku 3 systemów zewnętrznych integralną częścią OPZ są oferty na integrację od producentów systemów. W przypadku wag, brak jest analogicznych ofert, jest natomiast informacja o rekomendowanym rozwiązaniu polegającym na osadzeniu funkcjonalności systemu wagowego w ramach oprogramowania CBDT. Przy czym, jak już wcześniej wspomniano, zintegrowany moduł wagowy nie jest standardem w systemach monitorowania i raportowania parametrów technologicznych.

Brak zintegrowanych modułów CMMS, wagowego oraz workflow w systemach raportowania i monitorowania parametrów technologicznych wynika z charakteru danych przetwarzanych w tego typu modułach. Dane pochodzące z procesów technologicznych mają charakter numeryczny i ciągły (np. temperatura, przepływy, poziomy, prądy itp.), natomiast dane przetwarzane w wymienionych modułach mają charakter transakcyjny (zdarzeniowy) i związane są z przetwarzaniem informacji tekstowych (np. dokumentacje, opisy tekstowe, nr rejestracyjne). Systemy przetwarzające dane numeryczne najczęściej nie mają silnie rozbudowanej funkcjonalności w obszarze transakcyjnym. Analogicznie systemy transakcyjne takie jak IFS czy SAP nie mają silnie rozbudowanej funkcjonalności „numerycznej”.

Po trzecie, w projekcie wprowadzono pozycje generujące wysokie koszty dla dostawców rozwiązań specjalizujących się w monitorowaniu i raportowaniu parametrów technologicznych, które jednocześnie są elementem Platformy Proman znajdującej się w ofercie PROCOM SYSTEM S.A. Tytułem przykładu wskazać należy, iż w projekcie Centralnej Bazy Danych Technologicznych przewidziano, że system CBDT powinien:

1. zapewnić „możliwość uruchomienia workflow dla przygotowanego formularza książki raportowej, możliwość odwzorowania dowolnego procesu przepływu pracy tzw. workflow – kto, kiedy i jakie dane uzupełnia w raporcie, kto, kiedy i jak powinien być powiadamiany o konieczności wykonania działań w raporcie” (str. 62). Tymczasem na stronie internetowej Platformy Proman zawarto zbliżone informacje o funkcjonalności elektronicznego obiegu dokumentów;
2. zostać zintegrowany z miernikami wagowymi, umożliwiającymi wykonywanie pomiarów bezpośrednio z poziomu oprogramowania. Jednocześnie wskazana integracja powinna uwzględniać wykorzystanie innych wag (spośród zintegrowanych) w przypadku awarii danej wagi, ustandaryzowanie wyglądu interfejsów, tak aby w wymiana miernika innego producenta nie skutkowało koniecznością szkoleń użytkowników, oraz automatyzację procesów ważen (str. 42 i 43). Na stronie internetowej Platformy Proman jako cechę produktu wskazano „integrację wszystkich wykorzystywanych wag przemysłowych”, „gotowość do automatyzacji procesu ważenia”, „ograniczenie kosztów związanych z koniecznością wsparcia i serwisowania wielu systemów wagowych”;
3. przewidywać Bazę Środków Trwałych Zamawiającego, która przechowywałaby dowolne informacje o zasobie materialnym, takie jak: parametry technologiczne, eksploatacyjne i handlowe, dokumentacje techniczną oraz historię pracy, awarii, zabiegów konserwacyjnych (str. 50). Na stronie internetowej Platformy Proman znajduje się natomiast informacja, zgodnie z którą „system pozwala odwzorować hierarchię urządzeń pracujących w zakładzie. Katalog informacji o urządzeniu może zawierać parametry urządzenia, wartość parametrów systemów sterowania, wskaźniki, dokumentację techniczną oraz pełną historię obsługi”;
4. zakładać wdrożenie funkcjonalności modułu CMMS wspierającego pracę służb technicznych i utrzymania ruchu, cechującego się m.in. „możliwością zlecania prac i zadań dla służb utrzymania ruchu”, „możliwością znakowania lokalizacji urządzeń znacznikami RFID, Beacon, QRCode, etc. dla potrzeb szybkiej identyfikacji urządzeń z wykorzystaniem urządzeń mobilnych lub tabletów przemysłowych”, „opracowywaniem wskaźników dotyczących pracy urządzeń” oraz „wyznaczaniem wskaźników utrzymania ruchu m.in. OEE, MTBF, MTTF (str. 94-95). Tymczasem, w treściach marketingowych Platformy Proman – w filmie dostępnym na platformie YouTube – zwrócono uwagę na zbliżone funkcjonalności Platformy:
 - a) czas 1:15 – zgłaszanie awarii i usterek, planowanie napraw i dokumentowanie działań,
 - b) czas 1:26 – planowanie zadań cyklicznych,
 - c) czas 1:45 – dostarczanie danych do wyliczeń wskaźników w zakresie stanu pracy maszyn,
 - d) czas 2:15 – skanowanie znaczników RFID przypisanych do poszczególnych urządzeń,
 - e) czas 2:28 – zrzut ekranu z aplikacji mobilnej pokazujący opcję dodawania filmu, nagrania dźwięku, dodania zdjęcia czy dodania notatki dla „Pomiaru temperatury łożysk”;
5. w przypadku uzupełniania wartości, które nie są odczytywane zdalnie z systemów czy urządzeń automatyki, niebędących wpiętymi do sieci, dane powinny móc być wprowadzane do systemu CBDT po czasie (za przeszłość) i przetwarzane w systemie zgodnie z czasem za jaki pochodzą (wykonywanie wszelkich aktualizacji obliczeń, raportów oraz powiadomień; str. 12). Tymczasem na stronie internetowej Platformy, jako cechę produktu, wskazano „możliwość

wprowadzania danych ręcznych za przeszłość (badania laboratoryjne, stany liczników) – logowanie zmian, aktualizacja wskaźników oraz raportów;

Dowód:

1. projekt Centralnej Bazy Danych Technologicznych,
2. wydruk ze strony internetowej Platformy Proman – podstrona monitoring produkcji,
3. wydruk ze strony internetowej Platformy Proman – podstrona Case Study 01,
4. wydruk ze strony internetowej Platformy Proman – podstrona Wsparcie utrzymania ruchu,
5. nagranie PROMAN - APLIKACJA MOBILNA

Po czwarte, podkreślenia wymaga, że w toku przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, wykonawca PROCOM SYSTEM S.A. partycypował również w oszacowaniu kosztów realizacji zamówienia. W ramach tych czynności dokonał on wyceny przedmiotu zamówienia na kwotę 5.929.000,00 zł netto. Jednakże, w postępowaniu złożył najniższą ofertę opiewającą na kwotę 2.248.400,00 zł netto. Oznacza to, że wykonawca zaoferował cenę niższą o ponad 3,5 miliona zł netto(!), niż wynikałoby to z przygotowanego przez niego oszacowania kosztów realizacji zamówienia. Ta rażąca dysproporcja między ceną ofertową a oszacowaniem wskazuje, że PROCOM SYSTEM S.A., jako autor dokumentacji przetargowej, mógł celowo zawyżyć wartość zamówienia, aby stworzyć pozory konkurencyjności, jednocześnie mając pewność, że dzięki posiadanemu już produktowi będzie w stanie złożyć ofertę znacznie poniżej tego poziomu.

Szczególnego podkreślenia wymaga, że PROCOM SYSTEM S.A. w piśmie z dnia 19 stycznia 2024 r. stanowiącym odpowiedź na pytanie zamawiającego, którego przedmiotem było ustalenie, czy wykonawca potwierdza aktualność sporządzonej przez siebie wyceny przedmiotu zamówienia na kwotę 5.929.000,00 zł netto, wykonawca wskazał, że potwierdza jej „aktualność oraz ważność”. Działanie to utwierdza odwołującego w przekonaniu, że przygotowana przez PROCOM SYSTEM S.A. wycena była fałszywa oraz miała na celu wprowadzić pozostałych uczestników postępowania w błąd, gdyż wykonawca przedkładając następnie swoją ofertę musiał mieć przygotowane całkowicie inne wyliczenia dotyczące Budowy systemu Centralnej Bazy Danych technologicznych. Powyższe, niewątpliwie wpłynęło na ograniczenie konkurencji, dając wykonawcy znaczącą przewagę. Posiadając w swojej ofercie produkt, o funkcjonalnościach zbieżnych z wymaganiami określonymi w dokumentacji przetargowej, PROCOM SYSTEM S.A. był w stanie zaoferować znacznie niższą cenę niż konkurenci, którzy musieli wprowadzać kosztowne zmiany w oferowanych systemach.

Dowód:

1. pismo zamawiającego z dnia 19 czerwca 2024 r. wraz z pismem wykonawcy PROCOM SYSTEM S.A. z dnia 19 stycznia 2024 r. oraz formularzem wyceny

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 6 p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1 p.z.p. doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W myśl art. 85 ust. 1 p.z.p. jeżeli wykonawca doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji. Celem przepisu jest wyeliminowanie z postępowania wykonawcy w sytuacji, gdy był on zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, a zakłócenia konkurencji nie można usunąć w inny sposób niż przez wykluczenie z postępowania. Sankcją wykluczenia może być objęte zarówno doradztwo, jak i każdy inny rodzaj udziału w przygotowaniu postępowania. Zgodnie zaś z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a p.z.p., zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Jak zauważono w orzecznictwie, przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp ma na celu wyeliminowanie niebezpieczeństwa, że wykonawca, który wcześniej doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, na skutek pozyskanej w ten sposób wiedzy złoży korzystniejszą ofertę w postępowaniu bądź wywrze wpływ na warunki zamówienia. Bez znaczenia pozostaje zakres i stopień zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania, jeżeli tylko w jego wyniku wykonawca może uzyskać przewagę konkurencyjną. Takie zaangażowanie wykonawcy musi ostatecznie spowodować zakłócenie konkurencji w postępowaniu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2021 roku, sygn. akt KIO 2640/21).

W ocenie BIAP sp. z o.o. nie powinno ulegać wątpliwości, iż udział PROCOM SYSTEM S.A. w postępowaniu

doprowadził do istotnego zakłócenia konkurencji. Wykonawca ten, biorąc udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, wywarł wpływ na jego warunki w taki sposób, aby szansa na złożenie oferty korzystniejszej przez pozostałych wykonawców była znikoma. Tym samym, zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a p.z.p. winien był odrzucić ofertę PROCOM SYSTEM S.A.

Do postępowania odwoławczego, w tym po stronie zamawiającego przystąpienia zgłosił wykonawca: PROCOM SYSTEM S.A. z/s we Wrocławiu (Uczestnik PROCOM) wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 19.07.24) wniósł:

- 1) o odrzucenie odwołania, ponieważ zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp,
- 2) z ostrożności o oddalenie odwołania w całości z uwagi na bezzasadność podniesionej przez Odwołującego argumentacji,
- 3) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego,
- 4) oddalenie wniosków dowodowych Odwołującego, ponieważ nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy i zostały powołane jedynie w celu przedłużenia postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu stanowiska podał:

Zamawiający prowadzi Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa systemu Centralnej Bazy

Danych Technologicznych (...). Dnia 5 lipca 2024 r. Wykonawca Biuro Inżynierskie Automatyki Przemysłowej sp. z o.o., dalej jako: „Odwołujący”, złożył odwołanie w Postępowaniu od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty – tj. wyboru oferty PROCOM SYSTEM S.A. z siedzibą we Wrocławiu. Odwołujący postawił Zamawiającemu zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, art. 85 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący twierdzi, że wykonawca PROCOM SYSTEM S.A., w związku z tym, że był bezpośrednio zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, jako autor projektu Centralnej Bazy Danych Technologicznych oraz z uwagi na fakt, że uczestniczył w oszacowaniu wartości zamówienia, spowodował zakłócenie konkurencji, którego nie można wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie tego wykonawcy z udziału w postępowaniu. Z wnioskiem takim nie sposób się zgodzić.

I. Uzasadnienie wniosku o odrzucenie odwołania

Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia przedmiotem niniejszego zamówienia jest wykonanie systemu Centralnej Bazy Danych Technologicznych zgodnie z dostarczonym przez Zamawiającego projektem technicznym (Załącznik Nr 1 do OPZ). Celem zamówienia jest uzyskanie systemu, pozwalającego na gromadzenie danych wskazanych w projekcie w centralnym miejscu tak, aby w sposób bezpieczny umożliwić użytkownikom Spółki dostęp do danych. Zamawiający poinformował wszystkich uczestników niniejszego postępowania, że w/w Projekt techniczny wykonał PROCOM SYSTEM S.A. W trakcie prowadzonego postępowania Zamawiający udostępnił wszystkie dokumenty przygotowane przez PROCOM SYSTEM S.A.. Na platformie zakupowej Zamawiającego opublikowano Projekt Centralnej Bazy Danych Technologicznych wraz z harmonogramem wdrożenia i kosztorysem oraz 5 z 25 załączników wskazanych w Projekcie. Pozostałe załączniki wykonane przez PROCOM SYSTEM S.A. zostały udostępnione do wglądu w ramach wizji lokalnej po podpisaniu oświadczenia o zachowaniu poufności (zgodnie z odpowiedzią na pytanie o wyjaśnienie treści SWZ nr 64). Zamawiający umożliwił wykonawcom odbycie nieograniczonej ilości wizji lokalnych (odpowiedź na pytanie o wyjaśnienie treści SWZ, nr 65). Ostatecznie odbyło się 6 wizji lokalnych i każdy z uczestników uzyskał dostęp do wglądu do pełnej dokumentacji Projektu Centralnej Bazy Danych Technologicznych.

Zamawiający zapewnił także odpowiednio długi czas na zapoznanie się z materiałami przetargowymi, w których odpowiedział na ponad 140 pytań do treści SWZ, a w tym m. in. Zamawiający przychylił się do wniosku o zmianę terminu składania ofert i odpowiednio wydłużył termin na ich złożenie.

Zamawiający podjął zatem odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy tj. PROCOM SYSTEM S.A. w postępowaniu nie zakłócił konkurencji, w szczególności przekazując pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem PROCOM SYSTEM S.A. w przygotowanie postępowania, a także wyznaczył odpowiedni termin na złożenie ofert.

Odwołujący w treści swojego Odwołania, ani też wcześniej w trakcie trwania postępowania nie podnosił, że nie ma dostępu do informacji, które przekazał lub uzyskał PROCOM SYSTEM S.A. Odwołujący nie podnosi także w Odwołaniu, że termin na analizę dokumentacji przetargowej był niewystarczający.

W związku z powyższym Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu żadnej argumentacji, która korespondowałaby z treścią art. 85 ust. 1 ustawy Pzp i wskazywałaby na jakiegokolwiek naruszenie wynikające z tego przepisu, którego dokonałby Zamawiający.

Odwołujący natomiast w odwołaniu podnosi w czterech punktach zarzuty do treści Specyfikacji Warunków Zamówienia i udostępnionej w trakcie postępowania pozostałej dokumentacji przetargowej.

W punkcie pierwszym uzasadnienia Odwołujący podnosi, że przewidziane w projekcie funkcjonalności systemu nie są standardem w systemach monitorowania i raportowania parametrów technologicznych.

W punkcie drugim uzasadnienia Odwołujący kwestionuje fakt, że Projektant założył wariantowość rozwiązania, dopuszczając przy tym zróżnicowane metody wdrożenia, w tym m.in. integracji danych z systemami zewnętrznymi Zamawiającego.

W punkcie trzecim uzasadnienia Odwołujący zarzuca, że w projekcie wprowadzono pozycje generujące wysokie koszty dla dostawców rozwiązań specjalizujących się w monitorowaniu i raportowaniu parametrów technologicznych, które jednocześnie są elementem Platformy Proman znajdującej się w ofercie PROCOM SYSTEM S.A.

Argumentacja przedstawiona w trzech pierwszych punktach dotyczy treści SWZ i w związku z powyższym zarzuty te są ewidentnie spóźnione. Należy podkreślić, że Odwołujący zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, ewentualne odwołanie na treść SWZ zobowiązany był złożyć w terminie 10 dni od daty publikacji postępowania na stronie internetowej Zamawiającego.

W punkcie czwartym uzasadnienia Odwołujący zarzuca, że w toku przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, wykonawca PROCOM SYSTEM S.A. uczestniczył również w oszacowaniu kosztów realizacji zamówienia. W ramach tychże czynności dokonał on wyceny przedmiotu zamówienia na kwotę 5.929.000,00 zł netto, a w postępowaniu złożył najniższą ofertę opiewającą na kwotę 2.248.400,00 zł netto.

Zamawiający na swojej platformie zakupowej opublikował Projekt Centralnej Bazy Danych Technologicznych wraz z harmonogramem wdrożenia oraz pełnym kosztorysem. Odwołujący (jak i inni uczestnicy postępowania) miał pełną wiedzę zarówno co do sposobu szacowania wartości zamówienia jak i samej wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Upublicznianie kosztorysu zamówienia przed terminem składania ofert nie jest standardem rynkowym. W związku z powyższym ewentualne zarzuty do upublicznionego kosztorysu zamówienia, również są spóźnione, ponieważ kosztorys ten stanowi część opublikowanej dokumentacji postępowania.

Natomiast zarzut dotyczący ceny ofertowej PROCOM SYSTEM S.A. w żaden sposób nie koresponduje ze wskazanym w odwołaniu podstawami prawnymi oraz zarzutem zakłócenie konkurencji, poprzez udział w przygotowaniu postępowania przez w/w Wykonawcę. Etap składania ofert, nie jest etapem przygotowywania postępowania. Odwołujący mógłby ewentualnie podnieść zarzut rażąco niskiej ceny PROCOM SYSTEM S.A., ale tego nie zrobił. PROCOM SYSTEM S.A. zresztą był proszony przez Zamawiającego (tak jak i Odwołujący) o wyjaśnienie zaoferowanej ceny i złożył szczegółowe wyjaśnienia potwierdzające, że cena jego oferty została skalkulowana prawidłowo i nie jest ceną rażąco niską.

W związku z powyższym odwołanie winno zostać odrzucone na podstawie art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ w rzeczywistości dotyczy treści SWZ i dokumentacji postępowania, a zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, tj. po upływie 10 dni od dnia zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego.

II. Uzasadnienie wniosku o oddalenie odwołania

Zamawiający z ostrożności pomimo tego, że odwołanie nie zawiera praktycznie żadnej argumentacji, która korespondowałaby z zarzutem opartym o treść art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, odnosi się poniżej do spóźnionych zarzutów Odwołującego do dokumentacji postępowania.

Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia przedmiotem niniejszego zamówienia jest wykonanie systemu Centralnej Bazy Danych Technologicznych zgodnie z dostarczonym przez Zamawiającego projektem technicznym (Załącznik Nr 1 do OPZ). Celem zamówienia jest uzyskanie systemu, pozwalającego na gromadzenie danych wskazanych w projekcie w centralnym miejscu tak, aby w sposób bezpieczny umożliwić użytkownikom Spółki dostęp do danych. Przedmiotem zamówienia nie jest dostarczenie gotowego, tzw. „pudełkowego” produktu, a wybudowanie nowego rozwiązania dostosowanego do specyficznych potrzeb Zamawiającego. Założenia Zamawiającego dotyczące Centralnej Bazy Danych Technologicznych nie zakładały, że wszystkie moduły czy zdefiniowane funkcjonalności muszą być jej nieodłączną, w pełni zintegrowaną częścią. Przeciwnie Zamawiający zakładał zastosowanie komponentów, które nie są w posiadaniu Wykonawcy, a stanowią uzupełnienie jego Oprogramowania na zasadzie rozszerzenia (dostosowania Oprogramowania Dedykowanego czy Oprogramowania Osób Trzecich do wymagań wynikających z umowy).

Potrzeby Zamawiającego były w trakcie przygotowywania przedmiotowego zamówienia doprecyzowywane poprzez początkowo przeprowadzenie w lutym 2021 r. panelu technicznego dotyczącego budowy centralnej bazy danych technologicznych. Przedmiotem panelu było zebranie informacji na temat rozwiązań dostępnych na rynku, które spełniają oczekiwania zamawiającego, a zebrane informacje służyły do wykonania etapu pierwszego czyli wykonania projektu. Spotkania w ramach panelu technicznego odbyły się indywidualnie z przedstawicielami poszczególnych potencjalnych wykonawców. Do panelu technicznego zgłosiło się sześciu potencjalnych wykonawców: Control Proces IT Sp. z o.o., Askom Sp. z o.o., Carboautomatyka S.A., Procom System S.A., Astor, Ernst&Young Sp. z o.o. Consulting sp. k. Informacje uzyskane w trakcie panelu technicznego zostały wykorzystane do opracowania opisu przedmiotu zamówienia oraz przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na wykonanie projektu.

W postępowaniu na wykonanie projektu najkorzystniejszą ofertę złożył PROCOM SYSTEM S.A. z którym został zawarta Umowa nr 1005/US/PW/PZP-DRZ-WRP/U/21 z dnia 20.09.2021 r. (zmieniona Aneks nr 1 z dnia 25.03.2021 r.).

r.) w ramach, której wykonawca ten został zobligowany do przeprowadzenia dalszej szczegółowej identyfikacji potrzeb Zamawiającego w zakresie informacyjnym i raportowym. Wykonawca przeprowadził analizę potrzeb użytkowników końcowych wytypowanych przez Zamawiającego z wykorzystaniem m.in. ankiety elektronicznej. Wyniki przeprowadzonych ankiet zostały załączone do projektu Centralnej Bazy Danych Technologicznych oraz opublikowane w postępowaniu przetargowym. Załącznik nr 22 z dokumentu „Projekt Centralnej Bazy Danych Technologicznych v028”. Użytkownicy końcowi sami wytypowali źródła danych istotne z punktu widzenia prowadzenia procesu technologicznego. Jednym ze wskazanych źródeł był system BDO oraz wagi samochodowe. Użytkownicy końcowi sami wytypowali rodzaje raportów kluczowych w prowadzonych procesach technologicznych. Jednymi z nich były raporty zmianowe. Zakres projektu został rozszerzony m.in. o integrację i pozyskiwanie danych z systemu BDO oraz wag samochodowych zgodnie ze wskazaniem liderów merytorycznych Zamawiającego (Aneks nr 1 do Umowy nr 1005/US/PW/PZP-DRZ WRP/U/21 z dnia 20.09.2021 r., punkt 3).

Następnie Zamawiający w dniach 10.05.2023 - 23.05.2023 przeprowadził Postępowanie ANALIZA RYNKU - Budowa systemu Centralnej Bazy Danych Technologicznych, w której wzięły udział firmy: PROCOM SYSTEM S.A. oraz ConnectPoint. Zamawiający zarówno na etapie Analizy Rynku, jak i przedmiotowego postępowania udostępnił OPZ, harmonogram, kosztorys oraz dokument stanowiący podstawę do przygotowania oferty tj. Projekt Centralnej Bazy Danych Technologicznych. Oznacza to, że uczestnicy rynku już od 10.05.2023 r. mogli zapoznać się z przedmiotem docelowego postępowania, oszacować swoje koszty, przygotować szczegółowy zestaw pytań technicznych, a nawet przeprowadzić prace implementacyjne i wytworzyć funkcjonalność wymaganą przez Zamawiającego.

Odnosząc się zatem do argumentacji Odwołującego należy zaznaczyć, że Zamawiający nie narzucał Wykonawcy wymagań, aby moduł CMMS, moduł wagowy czy moduł elektronicznego obiegu dokumentów (workflow) stanowił integralną część wdrażanego rozwiązania. Zamawiający wymagał, aby Wykonawca dostarczył system spełniający wymagania funkcjonalne i nefunkcjonalne określone przez Zamawiającego w projekcie Centralnej Bazy Danych Technologicznych.

Przedmiotem zamówienia jak to zostało wyżej podkreślone nie jest dostarczenie i instalacja gotowego systemu, a wykonanie systemu informatycznego w oparciu o zdefiniowane potrzeby Zamawiającego. Wymagane przez Zamawiającego funkcjonalności zapewniają rozwiązania dostępne na rynku, które mogą być zintegrowane z Oprogramowaniem CBDT lub zostać dostosowane do potrzeb użytkowników końcowych Zamawiającego zgodnie z określonymi wymaganiami.

W projekcie Centralnej Bazy Danych Technologicznych opisane są równoważne rozwiązania integracji CBDT z systemami zewnętrznymi Zamawiającego (BDO, wagi samochodowe, MbGIS, Feko+), ale także dotyczące innych funkcjonalności rzeczzonego systemu, w tym m.in.:

a. „System CBDT powinien zapewnić:

Tworzenie własnych szablonów książek raportowych (formularzy) przy wykorzystaniu jednej z poniższych, równoważnych metod:

- wbudowane narzędzia w Systemie CBDT,
- nakładki / pluginy w zewnętrznym oprogramowaniu, które pozwalają tworzyć i edytować szablony książek raportowych,
- wykorzystanie zewnętrznego oprogramowania (tzw. edytora), który pozwala tworzyć i edytować szablony książek raportowych."

b. "Każdy z Serwerów Komunikacyjnych powinien oferować odpowiedni interfejs webowy lub równoważnie, dedykowaną aplikację, przeznaczoną do konfiguracji połączenia z serwerem głównym CBDT. "

Należy także podkreślić, że ani Odwołujący ani inni wykonawcy nie zadali pytań w zakresie równoważnych rozwiązań i nie kwestionowali postanowień Projektu Centralnej Bazy Danych Technologicznych (także na etapie Analizy Rynku). Należy zatem stwierdzić, że Wykonawcy składając ofertę potwierdzili, że są w stanie wykonać przedmiot Zamówienia zgodnie z zapisami OPZ (w tym zgodnie z Projektem Centralnej Bazy Danych Technologicznych).

Zamawiający podkreśla także, że w ramach odpowiedzi na pytania wykonawców dokonał w trakcie postępowania wielu zmian w zakresie Opisu Przedmiotu Zamówienia, a w tym i w treści Projektu Centralnej Bazy Danych Technologicznych (Zamawiający załącza treść zadanych pytań i odpowiedzi Zamawiającego).

Zatem twierdzenia Odwołującego, że PROCOM SYSTEM S.A., w związku z tym, że był bezpośrednio zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, jako autor projektu Centralnej Bazy Danych Technologicznych oraz z uwagi na fakt, że uczestniczył w oszacowaniu wartości zamówienia, spowodował zakłócenie konkurencji, którego nie można wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie tego wykonawcy z udziału w postępowaniu - są bezpodstawne. Zamawiający podjął odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego Wykonawcy w postępowaniu nie zakłócił konkurencji (wskazane w pkt I) tj. Zamawiający w szczególności przekazał pozostałym wykonawcom wszystkie istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem PROCOM SYSTEM S.A. w przygotowanie postępowania, a także wyznaczył odpowiedni termin na złożenie ofert. (...)

Uczestnik PROCOM w piśmie procesowym z dnia 24.07.2024 r. odnosząc się do zarzutów odwołania, wskazał:

I. Zarzut odwołania jest spóźniony i z tego względu odwołanie podlega odrzuceniu

1. Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy PZP: *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:*

3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;

2. W niniejszym Postępowaniu Odwołujący pod pozorem żądania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu zakłóceń konkurencji spowodowanych jego udziałem na etapie przygotowania postępowania, stawia w rzeczywistości zarzuty wobec treści SWZ.

3. W związku z brakiem kluczowych elementów uzasadnienia faktycznego pozwalających chociażby na ocenę, czy udział Przystępującego w przygotowaniu zakłóca konkurencję, a zakłóceń tych nie dało się usunąć w inny sposób, zarzut odwołania sprowadza się do zakwestionowania samego opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie wskazał bowiem na czym jego zdaniem polega przewaga Przystępującego, czy na możliwości obniżenia kosztów, czy też zaoszczędzenia czasu, a może jest wyrażona w innych sposób. Nie wspomina również, czy działania podejmowane przez Zamawiającego jak wydłużony termin składania ofert, udostępnienie wszystkich dokumentów, umożliwienie wielokrotnej wizji lokalnej, zmiany SWZ w wyniku wniosków wykonawców, były w jego ocenie wystarczające dla wyeliminowania tych zakłóceń, a jeśli nie to dlaczego. Odwołujący w rzeczywistości formułuje zarzuty wobec treści SWZ wskazując, że opis ten narusza zasadę uczciwej konkurencji, przez to, że zawiera rozwiązania faworyzujące oprogramowanie Proman. Jednakże taki ewentualny zarzut jest spóźniony. Odwołujący mógł dokonać analizy przedmiotu zamówienia po opublikowaniu dokumentów zamówienia i sformułować zarzuty. Tymczasem na etapie przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu próżno szukać chociażby wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, w zakresie wskazanych rozwiązań. Odwołujący dokonuje porównania poszczególnych rozwiązań dostępnych na rynku, wskazując (nieprawidłowo – o czym będzie mowa w dalszej części pisma), że: W ocenie odwołującego, opis przedmiotu zamówienia został skonstruowany w sposób faworyzujący rozwiązanie oferowane przez PROCOM SYSTEM S.A. - platformę Proman, której funkcjonalności są niemalże tożsame, jak wymagania określone w zamówieniu, a to z poniższych względów.

4. W tym miejscu należy postawić się wyrokiem KIO Sądu Okręgowy w Warszawie dnia 01.10.2021 r., XXIII Zs 53/21 gdzie Sąd uznał, że: KIO zasadnie wskazała, że skoro (...) powziął wiedzę o okolicznościach, które jego zdaniem mogły wpłynąć na potencjalną przewagę jednego z wykonawców to powinien sformułować niezwłocznie odwołanie na zaniechanie modyfikacji SIWZ z uwagi na okoliczności, o których wówczas wiedzę powziął. Brak takiego działania stanowi zaniechanie, którego konsekwencje podmiot profesjonalny powinien ponieść. Nie można bowiem zgodzić się, że profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych może najpierw zaniechać odwołania na etapie przed otwarciem ofert w sytuacji, kiedy powziął wiedzę, że postanowienia SIWZ nie zapewniają równego traktowania wykonawców z uwagi na okoliczności faktyczne sprzyjające tylko jednemu z wykonawców. Nie można zgodzić się na to aby ten profesjonalny podmiot miał prawo do złożenia odwołania w oparciu o okoliczności, które przemilczał na etapie budowania konkurencyjnego SIWZ, a których skutki jak sam twierdzi w odwołaniu można było zniwelować odpowiednimi zapisami SIWZ. (...) W konsekwencji uznać należy, iż KIO słusznie przyjęła, że posłużenie się konstrukcją „zarzutu zaniechania wykluczenia” w sytuacji gdy z opisu stanu faktycznego i dowodów złożonych przez samego (...) wynika, że powinien on być w odpowiednim terminie złożyć odwołanie na zaniechanie zmiany treści SIWZ - nie może być drogą do przywrócenia sobie terminu na kwestionowanie legalności działań zamawiającego. Zdaniem Sądu decyzja KIO co do odrzucenia opisywanego zarzutu nr 1 odwołania jako spóźnionego była trafna, ponieważ ustawodawca właśnie po to wprowadził odpowiednie terminy na składanie odwołań, aby uniknąć sytuacji, w której wykonawca nagle zacznie kwestionować zdarzenia, które miały miejsce na dużo wcześniejszych etapach postępowania.

5. W związku z tym Przystępujący wnosi o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie.

II. Treść zarzutu obejmuje tylko jeden element przesłanki wykluczenia wykonawcy

6. Odwołujący sformułował następujący zarzut:

naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a p.z.p. w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 p.z.p., art. 85 ust. 1 p.z.p. oraz art. 16 pkt 1 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PROCOM SYSTEM S.A., pomimo, iż wykonawca był bezpośredni zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, jako autor dokumentacji przetargowej, w tym projektu Centralnej Bazy Danych Technologicznych, przewidującego rozwiązania będące elementem platformy Proman znajdującej się w ofercie PROCOM SYSTEM S.A., a także partycypował w oszacowaniu wartości zamówienia, czyn spowodował zakłócenie konkurencji, którego nie można wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie tego wykonawcy z udziału w postępowaniu.

7. Zarzut oparty jest o cztery przepisy ustawy PZP:

art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy PZP:

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP;

art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:

6) jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

art. 85 ust. 1 ustawy PZP:

1. Jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275, z 2022 r. poz. 2581 i 2640 oraz z 2023 r. poz. 852), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

art. 16 pkt 1 ustawy PZP:

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

8. Rekonstrukcja normy prawnej wynikającej z ww. przepisów prowadzi do wniosku, że, odrzuceniu podlega oferta wykonawcy, który:

- doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia;
- doszło do zakłócenia konkurencji;
- zakłócenie konkurencji wynikało z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy
- (chyba że) spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dlatego Zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności:

- przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz
- wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert.

Dopiero jeśli ww. środki nie są skuteczne lub wystraszające, możliwe jest odrzucenie oferty wykonawcy uczestniczącego w przygotowaniu postępowania.

9.Odwołujący koncentruje się jedynie na pierwszym elemencie przesłanki, wskazując, że Przystępujący był zaangażowany w przygotowanie Postępowania, twierdząc, że zawarł on w Projekcie Centralnej Bazy Danych Technologicznych (dalej „Projekt CBDT”) rozwiązania charakterystyczne dla produktu Proman oferowanego przez Przystępującego.

10. Dlatego Przystępujący w pierwszej kolejności odnosi się do tych właśnie argumentów:

11. W punkcie 2 odwołania Odwołujący zarzuca, że:

„wykonawca PROCOM SYSTEM S.A., jako autor dokumentacji przetargowej, w tym projektu Centralnej Bazy Danych Technologicznych, przewidującego rozwiązania będące elementem platformy Proman znajdującej się w ofercie PROCOM SYSTEM S.A. spowodował zakłócenie konkurencji, którego nie można było wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie tego wykonawcy z udziału w postępowaniu.”

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że Przystępujący nie jest autorem dokumentacji przetargowej, a jedynie Projektu CBDT z załącznikami. Dodatkowo załączniki 3 (Kosztorys wdrożenia CBDT) oraz 4 (Harmonogram wdrożenia CBDT) zostały zmodyfikowane przez Zamawiającego i dostosowane do potrzeb docelowego wdrożenia.

12. Co więcej, jak słusznie wyjaśnia KIO w wyroku z dnia 12.05.2021 r., KIO 994/21: Udział w przygotowaniu postępowania, który polega na opracowaniu dokumentacji projektowej, nie oznacza automatycznie zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, w którym zamawiający udzielać będzie zamówienia na wykonanie robót budowlanych na podstawie tej dokumentacji. Pogląd ten jest wyrażany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (vide wyroki z dnia 22 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 233/18, 234/18, z dnia 28 marca 2018 r., sygn. akt KIO 437/18 oraz z dnia 25 maja 2020 r., sygn. akt KIO 440/20). Odnosząc ww. orzeczenie do obecnego Postępowania, należy przyjąć, że przygotowanie Projektu CBDT nie oznacza automatycznie zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania.

13. Odwołujący zarzuca również, że Przystępujący w formularzu JEDZ wskazał, że opracowana przez niego

dokumentacja została opracowana „uwzględniając systemy dostępne na rynku”. Tymczasem – jak dodaje - przewidziane w projekcie funkcjonalności systemu nie są standardem w systemach monitorowania i raportowania parametrów technologicznych. Dalej wskazuje, że: *W istocie takie funkcjonalności systemu jak zintegrowany moduł CMMS, zintegrowany moduł wagowy oraz zintegrowany moduł elektronicznego obiegu dokumentów (workflow) są cechą charakterystyczną i niejako wyróżniającą Platformę Proman. Wymienionych funkcjonalności próżno szukać w produktach dostępnych na rynku, jak np. produktach: Ignition od Inductive Automation, WinCC Open Architecture od Siemens, GENESIS64 od Iconics, Zenon od COPADATA czy PI System od AVEVAI dalej: Przy czym, jak już wcześniej wspomniano, zintegrowany moduł wagowy nie jest standardem w systemach monitorowania i raportowania parametrów technologicznych.*

Wydaje się, że sformułowanie „uwzględniając systemy dostępne na rynku” Odwołujący mylnie utożsamia z deklaracją o standaryzacji oprogramowania w sposób, który umożliwia zaoferowanie przez każdego uczestnika rynku jego standardowego oprogramowania. Owszem na rynku jest wiele rozwiązań, różniących się poszczególnymi funkcjonalnościami, modułami itd. Jednakże żadne z nich nie satysfakcjonowało Zamawiającego, dlatego zdecydował się na zlecenie opracowania projektu dostosowanego do jego potrzeb, a nie do tego co aktualnie oferuje rynek. Przedmiotem umowy nie jest dostarczenie gotowego, „pudełkowego” produktu. Dlatego bez znaczenia w tym kontekście pozostaje, co na rynku „jest standardem”, czyli w rzeczywistości co oferują poszczególni jego uczestnicy. Istotne jest natomiast to, czy możliwe jest zrealizowanie przedmiotu zamówienia tj. zbudowanie systemu odpowiadającego potrzebom Zamawiającego.

14. Przedmiotem zamówienia jest budowa systemu Centralnej Bazy Danych Technologicznych dla MPWiK w Warszawie. Jak wskazano w OPZ: Celem zamówienia jest uzyskanie systemu, pozwalającego na gromadzenie danych wskazanych w projekcie w centralnym miejscu tak aby w sposób bezpieczny umożliwić użytkownikom Spółki dostęp do danych. Przystępujący opracował Projekt CBDT zgodnie z opisem przedmiotu do zamówienia zdefiniowanego w Umowie nr 1005/US/PW/PZP-DRZ-WRP/U/21 z dnia 20.09.2021 r.

Jednym z etapów było przeprowadzenie szczegółowej identyfikacji potrzeb Zamawiającego w zakresie informacyjnym i raportowym. Dodatkowo, z uwagi na potrzeby zgłaszane przez pracowników Zamawiającego dotyczące raportowania i funkcjonalności CBDT, dnia 25.03.2022 r. strony zawarły Aneks nr 1, w którym zwrócono uwagę na konieczność zaspokojenia dodatkowych potrzeb zwiększających funkcjonalność CBDT, w tym pozyskiwania danych z wag samochodowych, systemu BDO i innych, które pozwolą na zautomatyzowanie wielu czasochłonnych procesów wykonywanych dotychczas przez pracowników Zamawiającego.

Dowód: Wyciąg z Aneksu nr 1 do Umowy nr 1005/US/PW/PZP-DRZ-WRP/U/21 z dnia 20.09.2021 r.

Dzięki temu Projekt CBDT, zawiera rozwiązania dostosowane do potrzeb Zamawiającego umożliwiające realizację funkcjonalności koniecznych do wykonywania jego zadań. Projekt CBDT uwzględnia potrzeby Zamawiającego wynikające z umowy, na podstawie której był realizowany, aneksu do niej oraz zgłaszanych w ramach jej wykonywania potrzeb użytkowników. Efektem tej pracy było opisanie wymagań funkcjonalnych w sposób możliwy do realizacji przez dostępne technologie, bez wskazywania konkretnej z nich. Istotny był opis funkcjonalny zapewniający ergonomię pracy użytkowników. Projekt nie wskazuje technologii jakiej należy użyć do wytworzenia danej funkcjonalności, a tempo postępu technologicznego nie pozwala przewidzieć technologii, jakie będą możliwe do wykorzystania w przyszłości. W momencie tworzenia Projektu nie była znana data realizacji oprogramowania opisanego w projekcie.

15. Projekt CBDT nie zawiera żadnych postanowień wskazujących, że wszystkie moduły czy zdefiniowane funkcjonalności muszą być jej nieodłączną, „wbudowaną” częścią. Konieczność zintegrowania określonych funkcjonalności oznacza ich połączenie, współpracę, w taki sposób, który pozwala na automatyczną wymianę informacji. Ponadto mając na uwadze definicje umieszczone przez Zamawiającego w treści PPU oraz OPZ, w tym definicje: Systemu Centralnej Bazy Danych Technologicznych, Oprogramowania, Oprogramowania dedykowanego, Oprogramowania Osób Trzecich, Oprogramowania Bazodanowego, Oprogramowania CBDT, należy jednoznacznie przyjąć, że Zamawiający dopuszcza zastosowanie komponentów, które nie są w posiadaniu Wykonawcy, a stanowią uzupełnienie, rozszerzenie w celu dostosowania Oprogramowania Dedykowanego czy Oprogramowania Osób Trzecich do wymagań wynikających z umowy.

System Centralna Baza Danych Technologicznych (zwana też System CBDT, System, CBDT)	Planowany system informatyczny (w tym oprogramowanie i sprzęt teleinformatyczny), który zostanie wybudowany w ramach przedmiotowego zamówienia na podstawie dostarczonego przez Zamawiającego projektu technicznego.
Oprogramowanie	Ogólne określenie używane w niniejszym dokumencie, pod którym należy rozumieć odpowiednio Oprogramowanie Dedykowane, Oprogramowanie Osób Trzecich, Oprogramowanie Bazodanowe, w zależności od kontekstu zdania.

Oprogramowanie Dedykowane	Oprogramowanie stworzone przez Wykonawcę w związku z realizacją przedmiotu umowy od podstaw w wyniku prac programistycznych, wdrożeń i wdrożeń na podstawie Oprogramowania Bazodanowego lub Oprogramowania Osób Trzecich lub poszczególnych ich elementów. W szczególności Oprogramowaniem Dedykowanym są: modyfikacje, rozszerzenia wykonane w celu dostosowania Oprogramowania Bazodanowego lub Oprogramowania Osób Trzecich do wymagań wynikających z umowy (dotyczy to głównie programów/kodów źródłowych sterowników PLC, aplikacji wykonanych w Oprogramowaniu CDBT – aplikacja CDBT, konfiguracji baz danych, makr, skryptów, zaimplementowanych algorytmów, itp.).
Oprogramowanie Osób Trzecich	Oprogramowanie Bazodanowe i inne niezbędne oprogramowanie dostarczone Zamawiającemu w ramach realizacji przedmiotu umowy niestanowiące Oprogramowania Dedykowanego. W szczególności Oprogramowaniem Osób Trzecich będą systemy operacyjne, Oprogramowanie CDBT, bazy danych, dedykowane drivery komunikacyjne, oprogramowania narzędziowe (np. do sterowników PLC, paneli operatorskich, konfiguracji urządzeń, tworzenia projektów).
Oprogramowanie Bazodanowe	oprogramowanie działające w oparciu o technologię klient – serwer odpowiedzialne za gromadzenie, przechowywanie, udostępnianie i aktualizację danych
Oprogramowanie CDBT	jest to system informatyczny, licencjonowany przez producenta, umożliwiający wykonanie w nim Aplikacji CDBT, która zawiera najczęściej: wizualizację procesu w postaci grafik synoptycznych, umożliwia archiwizację danych i ich dystrybucję, zawiera moduł raportowy, moduł alarmowy, moduł podglądu i analizy danych historycznych oraz umożliwia udostępnianie/wymianę danych z innymi systemami informatycznymi;

Projekt zawiera rozwiązania znajdujące się w ofertach wielu dostawców systemów, w tym systemu dostarczanego przez Odwołującego. Uwzględnia on to co obecnie oferuje rynek i został ukształtowany w taki sposób, aby jego uczestnicy mogli wykonać przedmiot zamówienia bazując na posiadanym już oprogramowaniu – dostosowując je do potrzeb Zamawiającego.

16. Co istotne również Przystępujący musi dostosować swoje oprogramowanie, gdyż jego standardowa wersja nie spełnia wymagań opisanych w Projekcie CDBT. Przystępujący nie posiada, ani nie integruje się z Modułem Bilansowania i Monitorowania Przepływu Odpadów BDO. Przyjmując argumentację Odwołującego, Przystępujący mając możliwość wpływu na dodawanie / usuwanie funkcjonalności, nie wprowadzałby do zakresu wymagań, dla których musiałby wykonać dodatkowe prace implementacyjne, a co za tym idzie ponieść dodatkowe koszty. Zarzuty Odwołującego oparte są na przekonaniu, że jakkolwiek punkt zbieżności pomiędzy Projektem CDBT, a oprogramowaniem Przystępującego stanowi podstawę do odrzucenia jego oferty. Jednakże samo nawet stwierdzenie pewnych podobieństw nie przesądza o zaistnieniu podstawy wykluczenia wykonawcy, konieczne jest bowiem wykazanie (nie gołosłowne stwierdzenie), że powyższe podobieństwa prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu, czyli stanowią o przewadze Przystępującego.

17. Odnosząc się do wskazanych w odwołaniu rozwiązań i funkcjonalności, które mają rzekomo faworyzować produkt Przystępującego, należy wskazać, że:

a. W zakresie zintegrowanego modułu elektronicznego obiegu dokumentów (workflow)

Jak wynika z Projektu CDBT:

2.4.3. Książki raportowe (raporty z przebiegu zmiany)

Użytkownicy końcowi wskazali fakt wykorzystywania w ich codziennej pracy, tekstowo – liczbowych, raportów zmianowych. Dokumenty te, są wypełniane w formie papierowej lub z wykorzystaniem plików .xls. W związku z tym, w aktualnym procesie mamy do czynienia z wydłużonym czasem dostępu do informacji i ich zaburzonym przepływem. (...)

System CDBT powinien zapewnić:

a. Tworzenie własnych szablonów książek raportowych (formularzy) przy wykorzystaniu jednej z poniższych, równoważnych metod:

i. wbudowane narzędzia w Systemie CDBT,

ii. nakładki / pluginy w zewnętrznym oprogramowaniu, które pozwalają tworzyć i edytować szablony książek raportowych,

iii. wykorzystanie zewnętrznego oprogramowania (tzw. edytora), który pozwala tworzyć i edytować szablony książek raportowych. (...)

d. Możliwość odwzorowania dowolnego procesu przepływu pracy tzw. workflow.

i. kto, kiedy i jakie dane uzupełnia w raporcie, ii. kto, kiedy i jak powinien być powiadamiany o konieczności wykonania działań w raporcie.

e. Możliwość uruchomienia workflow dla przygotowanego formularza książki raportowej.

Odwołujący powołuje się na postanowienia wskazane w lit d. wskazując, że: (...) na stronie internetowej Platformy Proman zawarto zbliżone informacje o funkcjonalności elektronicznego obiegu dokumentów. Nie zauważa jednak, że powyższe stanowi jedynie funkcjonalność, którą można osiągnąć na wiele sposobów, na co wprost wskazano w lit a.

Fakt zbieżności rozwiązania Przystępującego z jedną z trzech możliwych ścieżek osiągnięcia ww. funkcjonalności świadczy właśnie o tym, że Przystępujący na etapie Przygotowania Projektu CDBT dbał o dopuszczenie różnorodnych rozwiązań w celu dopuszczenia jak najszerzej konkurencji.

Odwołujący nie dostrzega jednak, że producent nie musi posiadać tego modułu w ramach licencji. Świadczy o tym wprost przytoczona wyżej definicja „Oprogramowanie CBDT”, z której wynika, że poza najczęściej spotykanymi wymienionymi tam wymogami „umożliwia udostępnianie/wymianę danych z innymi systemami informatycznymi”, np. modulem elektronicznego obiegu dokumentów.

Na rynku istnieją rozwiązania, które ze względu na swoją otwartą architekturę (możliwość dodawania kolejnych pluginów oraz pisanie własnych skryptów), w tym posiadanie szyny do komunikacji z innymi systemami

Dowód: Informacja o możliwości zintegrowania Proficy Workflow wraz z tłumaczeniem

<https://pisquare.osisoft.com/s/Blog-Detail/a8r1I000000GvcGQAS/pi-and-mes-example-geproficy-workflow>

b. W zakresie zintegrowania z miernikami wagowymi

Jak wynika z Projektu CBDT:

2.1.8. Integracja z wagami samochodowymi

Systemy wagowe wdrożone u Zamawiającego przeznaczone są do prowadzenia statycznego procesu ważenia na wagach samochodowych – najazdowych. Wykonywane pomiary wykorzystywane są do raportowania przepływu odpadów, w tym osadów ściekowych. (...)

Przewiduje się integrację Systemu CBDT z najazdowymi wagami samochodowymi, znajdującymi się w poszczególnych zakładach, umożliwiającą dostęp do standardowego zestawu danych z poziomu interfejsu.

a. Jedną z możliwych, równoważnych opcji, jest integracja z systemami wagowymi, aktualnie wykorzystywanymi do wykonywania ważeń w poszczególnych zakładach, w skład których wchodzi: oprogramowanie SCALEX 2000 (eko) dla zakładów „Czajka”, „Czajka” STUOS oraz „Południe”, a także oprogramowanie RADWAG dla zakładu „Pruszków”. (...)

b. Alternatywną możliwością jest bezpośrednia integracja Systemu CBDT z miernikami wagowymi. W tym przypadku, wymagane jest udostępnienie dedykowanego interfejsu umożliwiającego wykonywanie ważeń bezpośrednio z poziomu Oprogramowania CBDT.

Odwołujący wskazał, że: W przypadku 3 systemów zewnętrznych integralną częścią OPZ są oferty na integrację od producentów systemów. W przypadku wag, brak jest analogicznych ofert, jest natomiast informacja o rekomendowanym rozwiązaniu polegającym na osadzeniu funkcjonalności systemu wagowego w ramach oprogramowania CBDT.

Po pierwsze w toku wniosków o wyjaśnienie SWZ, żaden z wykonawców nie zgłaszał braków w tym zakresie i nie wnosił o przekazanie takich ofert.

Po drugie, Odwołujący nie wykazał, że w ogóle się o nie starał i np. nie mógł ofert takich uzyskać lub ich koszt znacznie wpływał na cenę oferty, co ewentualnie wpłynęło na sporządzoną przez niego ofertę.

Po trzecie, w toku postępowania, żaden z wykonawców nie wskazywał na jakiegokolwiek trudności w zakresie uzyskania tej funkcjonalności systemu ani nie kwestionował zasadności jej wprowadzenia.

Argumentacja Odwołującego sprowadza się zatem do stwierdzenia, że jedno z rozwiązań zaproponowanych w Projekcie CBDT jest zbliżone do rozwiązania oferowanego w systemie Proman. Jednak okoliczność ta sama w sobie nie może stanowić o zakłóceniu konkurencji, w szczególności w sytuacji, gdy w samym Projekcie CBDT szczegółowo opisano rozwiązania alternatywne, czego Odwołujący nie kwestionuje.

Nie jest niczym nowym, że systemy wagowe są integrowane z systemami nadrzędnymi, w tym klasy ERP czy produkcyjnymi – czego Odwołujący nie kwestionuje, nie wskazuje bowiem, że inni dostawcy oprogramowania rozwiązań takich nie oferują.

Dowód: Broszura One Scalex Truck Software oraz informacja handlowa o systemie Scaleo potwierdzająca, że na rynku oferowane są rozwiązania umożliwiające odczytywanie ważeń z wag najazdowych w czasie rzeczywistym.

Sam Przystępujący nie dysponuje rozwiązaniem w pełni odpowiadającym wymaganiom Projektu CBDT. Musi uwzględnić prace implementacyjne w zakresie integracji z miernikami wagowymi.

c. W zakresie konieczności zapewnienia Bazy Środków Trwałych Zamawiającego,

Jak wynika z Projektu CBDT:

System CBDT powinien składać się z następujących baz danych / podsystemów obejmujących następujące obszary funkcjonalne: (...)

h. Baza Środków Trwałych Zamawiającego wprowadza wyższy poziom abstrakcji. Podstawowym obiektem w tej bazie jest Miejsce Zabudowy (czasem spotykana nazwa Lokalizacja Funkcjonalna). Miejsce Zabudowy jest dowolnym zasobem materialnym będącym w posiadaniu przedsiębiorstwa. Może nim być całe przedsiębiorstwo, zakłady, instalacje, węzły, maszyny/urządzenia, elementy maszyn, podzespoły itp.

i. Miejsca Zabudowy tworzą hierarchię. Struktura hierarchii może odzwierciedlać schemat organizacyjny przedsiębiorstwa, lokalizację czy też typy zasobów. Głębokość hierarchii jest dowolna. Baza Środków Trwałych Zamawiającego przechowuje dowolne informacje o zasobie materialnym takie jak:

i. parametry: technologiczne, eksploatacyjne i handlowe,

ii. dokumentację techniczną, iii. historię: pracy, awarii, zabiegów konserwacyjnych.

Odwołujący zarzuca, że: Na stronie internetowej Platformy Proman znajduje się natomiast informacja, zgodnie z którą „system pozwala odwzorować hierarchię urządzeń pracujących w zakładzie. Katalog informacji o urządzeniu może zawierać parametry urządzenia, wartość parametrów systemów sterowania, wskaźniki, dokumentację techniczną oraz pełną historię obsługi”.

Tymczasem pobieżna już nawet lektura zacytowanego fragmentu Projektu CBDT wskazuje, że parametry,

dokumentacja techniczna i historia to tylko przykłady, a sama Baza Środków Trwałych ma być tak skonstruowana, aby pozwalać na przechowanie dowolnych informacji o zasobie materialnym. Oznacza to, że Baza ta musi być tak zdefiniowana, aby umożliwić wpisywanie i przechowywanie dowolnych danych na różnych poziomach.

Wymóg ten związany jest z umożliwianiem uwzględniania postępowania zgodnie ze standardem KKS (Kraftwerk – Kennzeichen – System) stanowiącym jednolity system kodowania i zapisywania danych do zarządzania i przetwarzania informacji dotyczących urządzeń i kabli na obiektach przemysłowych, w elektrowniach oraz w elektrociepłowniach.

Innym powodem jest możliwość dostosowania struktury do standardu MPK, stanowiącego system ewidencjonowania wydatków na każdym poziomie.

Odwołujący w żaden jednak sposób nie wykazał w jaki sposób zbieżności przykładowych informacji jakie będą przechowywane wpływają na przewagę konkurencyjną Przystępującego. Rozwiązanie takie jest odpowiedzią na podstawowe potrzeby każdego potencjalnego użytkownika, zatem jego obecność w oprogramowaniu oferowanym przez Przystępującego nie jest niczym nadzwyczajnym ani wyjątkowym.

Dowód: Informacja o systemie Zarządzania Środkami Trwałymi Unisoft Sp. z o.o. w celu potwierdzenia, że na rynku istnieją podobne rozwiązania

d.W zakresie wdrożenia CMMS

Jak wynika z Projektu CDBT:

6. Opis możliwych kierunków rozwoju CDBT

CDBT jako rozwiązanie nadrzędne, integrujące oraz obsługujące wiele źródeł danych, powinno zapewniać możliwość rozszerzania funkcjonalności dostępnych z poziomu centralnego Oprogramowania.

*Przeprowadzona analiza potrzeb i wymagań użytkowników końcowych, wskazała dwa główne obszary, **których uruchomienie w przyszłości**, ułatwiłoby pracę i zapewniło dodatkową standaryzację oraz łatwość w dostępie do kluczowych danych z poziomu jednego systemu:*

a. Wdrożenie funkcjonalności modułu CMMS (Computerised Maintenance Management System) wspierającego pracę służb technicznych i Utrzymania Ruchu, cechującego się:

b. Integracja z systemami klasy ERP (IFS, EOF) i bilingwowymi:

Wdrożenia funkcjonalności modułu CMMS nie jest elementem przedmiotu zamówienia. System CDBT powinien posiadać taką architekturę, która w przyszłości umożliwi rozbudowę go o funkcjonalności CMMS lub integrację z systemem tej klasy. Powyższe stanowi standard w takich systemach jak PI System czy WinCC OA Open Architecture.

Co więcej nawet sam Odwołujący nie kwestionuje postanowień wskazujących na zapewnienie możliwości rozszerzania funkcjonalności dostępnych z poziomu centralnego Oprogramowania o ww. moduły. Swoją zarzut koncentruje na podobnych w zakresie 5 z 14 opisanych tam cech z prezentacją rozwiązania Przystępującego.

e.W zakresie możliwości ręcznego wprowadzania danych

Jak wynika z Projektu CDBT:

2.1.1. Ręczne wprowadzanie danych

Punkty pomiarowe są rozproszone po instalacjach sieci i część z nich nie jest podłączona do systemów gromadzących oraz przetwarzających dane, CDBT powinna zapewniać funkcjonalność ręcznego wprowadzania danych.

W przypadku uzupełniania wartości, które nie są odczytywane zdalnie z systemów czy urządzeń automatyki (np. parametry liczników czy przepływomierzy), niebędących wpiętymi do sieci, dane powinny móc być wprowadzane do Systemu CDBT po czasie (za przeszłość) i przetwarzane w Systemie zgodnie z czasem za jaki pochodzą (wykonanie wszelkich aktualizacji obliczeń, raportów oraz powiadomień).

Grupy Objazdowe dokonywać będą pomiarów organoleptycznych, a następnie wprowadzą wyniki do CDBT w sposób ręczny, definiując ich wartości, a także stempel czasu za jaki pochodzi wartość. CDBT po dodaniu wartości pomiarowej za przeszłość, dokona wszystkich niezbędnych aktualizacji wyliczeń wskaźników, raportów oraz powiadomień.

Dane ręczne są kluczowe, gdyż prowadzone badania przez Laboratorium Zamawiającego (np. weryfikacja jakości wody i ścieków) stanowią źródło danych dla przygotowywanych raportów CDBT. Wartości pomiarów powinny być udostępniane do CDBT w ramach integracji z zewnętrznym systemem MbGIS.

Zarzut Odwołującego opiera się na tym, że: (...) na stronie internetowej Platformy, jako cechę produktu, wskazano „możliwość wprowadzania danych ręcznych za przeszłość (badania laboratoryjne, stany liczników) – logowanie zmian, aktualizacja wskaźników oraz raportów.

Również w tym zakresie, clue zarzutu nie jest fakt umożliwienia ręcznego wprowadzania danych, ale podobieństwo tego rozwiązania do rozwiązań systemu Przystępującego. Mowa jest jednak o podstawowej funkcjonalności jaką można sobie wyobrazić, czyli możliwości ręcznego dodania określonych danych.

W tym miejscu warto też zwrócić uwagę na pewną niespójność zarzutów, z jednej bowiem strony Odwołujący zarzuca, że pewne dane muszą zaciągać się automatycznie poprzez np. zintegrowanie systemów wagowych, a w innym miejscu kwestionuje konieczność umożliwienia ręcznego ich wpisywania.

Bez znaczenia pozostaje zatem zawarte w ostatnim akapicie na stronie 3 odwołania wyjaśnienie z czego wynika brak

zintegrowanych modułów CMMS, wagowego oraz workflow w systemach raportowania i monitorowania parametrów technologicznych. Istotą jest, czy integracja taka jest możliwa. Przystępujący potwierdza możliwość zintegrowania tych modułów, a Odwołujący temu nie zaprzecza, a nawet potwierdza złożeniem oferty.

f. *Reasumując:*

W projekcie wprowadzono pozycje wynikające z potrzeb i oczekiwań kluczowych użytkowników końcowych, będących przedstawicielami Zamawiającego, na co wskazują załączniki do Projektu CBDT.

Odwołujący nie kwestionuje potrzeby wprowadzenia przywołanych w odwołaniu rozwiązań, nie wskazuje na niemożność ich zagwarantowania, nie wskazuje jakiego rzędu koszty musi ponieść inny wykonawca w stosunku do Przystępującego, aby uzyskać podobny efekt. Nie twierdzi nawet, że inni wykonawcy nie posiadają takich rozwiązań.

Jedynie z ostrożności Przystępujący zaznacza jednak, że wymagane funkcjonalności zapewniają rozwiązania dostępne na rynku, które mogą być zintegrowane z Oprogramowaniem CBDT i/lub zostać dostosowane do potrzeb użytkowników końcowych.

Ponadto na rynku występują rozwiązania / oprogramowania / moduły dostarczające funkcjonalności z zakresu elektronicznego przepływu informacji (workflow), zarządzania transportem (wagi samochodowe), prowadzenia Bazy Środków Trwałych, CMMS, które jednocześnie są dostosowane do integracji z innymi systemami nadrzędnymi.

W ocenie Przystępującego, Odwołujący prawidłowo odczytał treść SWZ, w związku z czym nie zadawał w tym zakresie pytań, a następnie wycenił i złożył ofertę. Prezentowane obecnie rozumienie SWZ, które sugeruje, że wariantowość dotyczy tylko 3 systemów zewnętrznych, a w pozostałym zakresie opis wskazuje na rozwiązanie Przystępującego, oznaczałoby, że Odwołujący nie mógłby złożyć oferty. Powyższe – jak wykazano szczegółowo wyżej, nie jest prawdą. Oferty złożyło trzech wykonawców, każdy z nich oferując wykonanie umowy w oparciu o inne rozwiązanie, co stanowi dowód na to, że na rynku istnieją przynajmniej dwa inne niż Proman rozwiązania, które można wykorzystać w celu wybudowania systemu opisanego w SWZ.

III. W zakresie udziału Przystępującego w oszacowaniu wartości zamówienia

18. Odwołujący wskazał, że: W ramach tychże czynności dokonał on wyceny przedmiotu zamówienia na kwotę 5.929.000,00 zł netto. Jednakże, w postępowaniu złożył najniższą ofertę opiewającą na kwotę 2.248.400,00 zł netto. Oznacza to, że wykonawca zaoferował cenę niższą o ponad 3,5 miliona zł netto(!), niż wynikałoby to z przygotowanego przez niego oszacowania kosztów realizacji zamówienia.

Zamawiający w ramach upublicznionej czynności rozeznania rynku, w której mógł wziąć udział każdy wykonawca, uzyskał następujące wyceny:

Kwota wyceny PROCOM SYSTEM S.A.: 5 929 000,00 PLN

Kwota ostatecznej wyceny ConnectPoint: 6 930 000,00 PLN

Przystępujący zgodnie z wymaganiami Umowy nr 1005/US/PW/PZP-DRZ-WRP/U/21 z dnia 20.09.2021 r. przygotował kosztorys wdrożenia systemu CBDT, uwzględniając przy tym standardowe marże dla wdrożeń systemów IT oraz katalogowe ceny (bez uwzględnienia dodatkowych rabatów na licencje czy dostawy). Dokument stanowił rekomendację, gdzie poprawność przyjętych szacunków została potwierdzona przez Przystępującego na etapie Analizy Rynku. Jej poprawność potwierdza również wycena przygotowana przez ConnectPoint.

Jedynie z ostrożności Przystępujący podkreśla, że sam udział w szacowaniu wartości zamówienia nie stanowi podstawy do uznania, że w stosunku do Przystępującego zachodzi podstawa wykluczenia określona w art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP.

Odwołujący dodał również, że: *Ta rażąca dysproporcja między ceną ofertową a oszacowaniem wskazuje, że PROCOM SYSTEM S.A., jako autor dokumentacji przetargowej, mógł celowo zawyżyć wartość zamówienia, aby stworzyć pozory konkurencyjności, jednocześnie mając pewność, że dzięki posiadanemu już produktowi będzie w stanie złożyć ofertę znacznie poniżej tego poziomu.* Potwierdzeniem tej tezy miałyby być potwierdzenie tej kwoty w ramach tzw. aktualizacji szacowania wartości zamówienia. Nie jest jednak jasne w jaki sposób rzekomo: Powyższe, niewątpliwie wpłynęło na ograniczenie konkurencji, dając wykonawcy znaczącą przewagę.

Po pierwsze, teza ta jest niczym niepopartym przypuszczeniem Odwołującego. Podanie wyższej kwoty w ramach szacowania wartości zamówienia i niższej w ofercie nie ma żadnego wpływu na konkurencyjność. Kwota szacunkowej wartości zamówienia pozwala Zamawiającemu na określenie sposobu postępowania. Wykonawca, który miałby rzekomo przewagę konkurencyjną nie ma żadnego interesu w jej zawyżaniu. Może jedynie w ten sposób doprowadzić do tego, że Postępowanie prowadzone jest w trybach unijnych i wydłużenia terminu składania oferty – w tym czasu na zapoznanie się pozostałych wykonawców z dokumentami zamówienia.

Dlatego niezrozumiałe jest w jaki sposób wskazanie wyższej kwoty w ramach rozeznania rynku (czynności szacowania wartości zamówienia) miałyby świadczyć o konieczności odrzucenia oferty Przystępującego z powodu zakłócania konkurencji.

Przeciwnie, Przystępujący mając świadomość, że opis przedmiotu zamówienia został stworzony w sposób otwarty na

konkurencję, na etapie składania ofert musiał dokonać starań w celu obniżenia kosztów i marż, aby obniżyć cenę oferty. Gdyby konkurencja była ograniczona, a wykonawca nie spodziewałby się konkurentów w Postępowaniu, działanie takie nie byłoby konieczne, a cena oferty byłaby wyższa.

Stąd też udział Przystępującego w szacowaniu wartości zamówienia nie ma żadnego wpływu na konkurencyjność w Postępowaniu.

O tym, że argumentacja Odwołującego jest nietrafna świadczą chociażby bardzo zbliżone ceny ofert Odwołującego i Przystępującego. Odwołujący nie zgłaszał zastrzeżeń co do możliwości wyceny świadczenia na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, zatem jako profesjonalny uczestnik rynku miał możliwość dokonania własnej wyceny – co uczynił.

IV. W zakresie braku wykazania na czym miałyby polegać rzekome zakłócenia konkurencji:

19. Poza ogólnym stwierdzeniem, że wymienione w odwołaniu rozwiązania występują w oprogramowaniu Przystępującego, Odwołujący nie wskazał na czym miałyby polegać przewaga tego wykonawcy. Czy chodzi o czas niezbędny do ich wdrożenia, czy koszt tego wdrożenia, czy konieczna jest pomoc podwykonawcy, czy podraża to cenę oferty (jeśli tak to dlaczego i o ile).

Brak tak istotnego elementu zarzutu (w warstwie uzasadnienia faktycznego), czyni ten zarzut blankietowym. Nie jest bowiem podstawą wykluczenia wykonawcy sam fakt udziału w przygotowaniu postępowania, ale wynikające z tego faktu zakłócenie konkurencji; dopiero te dwie przesłanki spełnione łącznie mogą stanowić podstawę do dalszych rozważań co do tego, czy zakłócenie takie zostało wyeliminowane i w jaki sposób. Odwołujący w ogóle elementu tego nie wykazał (nawet o nim nie wspomniał).

Jednocześnie sam powołuje się na treść wyroku KIO 2640/21, podkreślając część odnoszącą się do wywierania wpływu na warunki zamówienia, pomijając zupełnie ostatnie przytoczone przez Odwołującego zdanie ww. orzeczenia: Takie zaangażowanie wykonawcy musi ostatecznie spowodować zakłócenie konkurencji w postępowaniu.

Podobnie w wyroku z dnia 21.04.2021 r., KIO 793/21: Udział w przygotowaniu postępowania nie jest samoistną i automatyczną przesłanką wykluczenia wykonawcy, ponieważ pomiędzy udziałem pracownika wykonawcy a uzyskaniem nieuprawnionej przewagi konkurencyjnej musiałby istnieć związek przyczynowo- skutkowy polegający na tym, że osoba ta pozwoliła uzyskać wykonawcy przewagę w stosunku do pozostałych uczestników postępowania, np. poprzez możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach lub uzyskania informacji mających znaczenie dla wykonania umowy, które nie wynikają z dokumentacji postępowania i nie są możliwe do uzyskania w ramach SIWZ danego postępowania.

W wyroku z dnia 07.04.2021 r., KIO 732/21 Izba wskazuje, że: Do wykluczenia wykonawcy (...) dojdzie, gdy udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będzie naruszał konkurencję. To oznacza, że wykonawca będzie w posiadaniu takich informacji, które dają mu przewagę konkurencyjną pozwalając na łatwiejsze, szybsze czy też tańsze złożenie korzystniejszej oferty. Jak wyjaśnia KIO w wyroku z dnia 21.09.2022 r., KIO 2354/22: Przepis art. 85 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy sytuacji, w której podmiot biorący udział w postępowaniu (tj. podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu) to jednocześnie podmiot, zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia. Ziszczenie się tego warunku jest zatem niezbędne, by zamawiający był obowiązany do podjęcia odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji. Artykuł 108 ust. 1 pkt 6 ww. ustawy określa kiedy wykonawca określony w art. 85 ust. 1 ustawy ma zostać wykluczony z postępowania. Musi dojść do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy oraz to zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy.

W niniejszym postępowaniu wbrew głośnym twierdzeniom Odwołującego nie doszło do zakłóceń konkurencji. Przystępujący nie ma żadnej dodatkowej wiedzy o przedmiocie zamówienia w stosunku do pozostałych wykonawców. Nie jest rolą Izby, Zamawiającego czy Przystępującego snucie domysłów na temat charakteru zakłócenia konkurencji i znaczenia. Sam fakt zbieżności niektórych rozwiązań z rozwiązaniem oferowanym przez Przystępującego na rynku nie jest wystarczający dla uznania, że doszło do zakłócenia konkurencji, zważywszy, że Odwołujący nie kwestionuje potrzeby ich wprowadzenia.

V. W zakresie działań podjętych przez Zamawiającego

20. Odwołujący nie odniósł się również do kwestii działań podejmowanych przez Zamawiającego w celu wyeliminowania ewentualnych zakłóceń konkurencji.

W ocenie Przystępującego oznacza to, że Odwołujący nie kwestionuje ich skuteczności. Tymczasem z dokumentów zamówienia jasno wynika, że:

a) Zamawiający przedłużył termin składania ofert na wniosek wykonawców.

Ogłoszenie opublikowano w dniu 19.04.2024 r. Pierwotny termin składania ofert został ustalony na dzień 24.05.2024 r. a ostatecznie w wyniku wniosków wykonawców przesunięty na dzień 04.06.2024 r.

Sam Odwołujący w przedstawionym przez siebie kosztorysie ofertowym nie zakładał rezerw, co w ocenie Przystępującego wskazuje na to, że miał dostateczny czas na wnikliwą analizę opisu przedmiotu zamówienia i dokonanie rzetelnej wyceny.

b) Zamawiający zapewnił dostęp do wszystkich załączników Projektu CBDT, w tym dokumentów zawierających dane wrażliwe:

Pytanie nr 64

Wnoskujemy o zapewnienie przez Zamawiającego dostępu do wszystkich materiałów i dokumentów stanowiących załączniki do projektu CBDT.

Zakładamy, iż dostęp mógłby zostać zapewniony zdalnie lub w siedzibie Zamawiającego, po uprzednim podpisaniu przez Oferenta, stosownej umowy NDA lub z zastosowaniem innych procedur zapewniających bezpieczeństwo przekazywanych danych.

Odpowiedź nr 64

Zamawiający informuje, że udostępni do wglądu materiały o których mowa w projekcie (stanowiące załączniki do projektu które są nieopublikowane) po podpisaniu oświadczenia o zachowaniu poufności.

Pytanie nr 85

W załączonych plikach nie ma wszystkich wymienionych w Projekcie Centralnej Bazy Danych Technologicznych załączników. Czy Zamawiający udostępni brakujące załączniki lub pozwoli się z nimi zapoznać?

Odpowiedź nr 85

Zamawiający informuje, że udostępni wszystkie wymienione w projekcie (a nieopublikowane) załączniki podczas wizji lokalnej, po podpisaniu oświadczenia o zachowaniu poufności. Jednocześnie Zamawiający informuje, że wszystkie załączniki będą udostępnione Wykonawcy na Etapie realizacji.

c) Zamawiający zapewnił nieograniczoną liczbę wizji lokalnych, podczas których Oferenci mogli zapoznać się z aktualnymi warunkami infrastruktury teleinformatycznej Zamawiającego oraz wszystkimi materiałami stanowiącymi załączniki do projektu CBDT.

Pytanie nr 65

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający zapewni odpowiednią liczbę wizji lokalnych (minimum 2), pozwalających Oferentom na zapoznanie się z udostępnionymi materiałami oraz bieżącym stanem środowiska, w którym zostanie zainstalowana, skonfigurowana i uruchomiona CBDT (Centralna Baza Danych Technologicznych). Odpowiedź nr 65

Zamawiający informuje że zgodnie z punktem 4.2 SWZ zapewni możliwość dokonania wizji lokalnej. Zamawiający nie ogranicza ilości przeprowadzania wizji lokalnej.

d) Zamawiający zmieniał postanowienia Projektu CBDT w wyniku wniosków o wyjaśnienie treści SWZ np.:

Pytanie nr 83

W rozdziale 1.2 Wykaz Skróków i Terminów podana jest definicja Bazy Wartości Pomiarowych. Czy zamawiający dopuszcza przechowywanie pomiarów w relacyjnej bazie danych (RDBMS) ?

Odpowiedź nr 83

Zamawiający dopuszcza pod warunkiem, że nie wpłynie to negatywnie na wymagania wydajnościowe dla systemu CBDT.

Pytanie nr 138

Dotyczy server. Punkt 2 Minimalna specyfikacja serwerów

Mając na uwadze dostępność wyspecyfikowanego CPU/platform w których jest dostępny zwracamy się z prośbą o informację, czy możliwe jest zaoferowanie rozwiązania z nowszymi CPU min. 8 rdzeniowymi o wyższym taktowaniu, cechujących się inną maksymalną liczbą kanałów pamięci?

Odpowiedź nr 138

Zamawiający informuje, że nie może odpowiedzieć na tak zadane pytanie, w którym nie wskazano proponowanego modelu procesora. Jednocześnie Zamawiający informuje, że dopuszcza rozwiązania o parametrach nie gorszych niż wskazane w projekcie, w tym te z nowszymi CPU z min. 8 rdzeniami o taktowaniu nie niższym niż wskazane w specyfikacji zawartej w Tabeli 11 projektu.

Pytanie nr 140

Dotyczy server. Punkt 10 Minimalna specyfikacja serwerów

Zwracamy się z prośbą o zmianę wymagań dotyczących „1 x wewnętrzny slot na kartę microSD/SD z obsługą kart o pojemności minimum 16GB.” na rozwiązanie bazujące na wewnętrznym kluczu USB z slotem/slotami na kartę/ty micro SD.

Odpowiedź nr 140

Zamawiający dopuszcza zaproponowane rozwiązanie.

Pytanie nr 141

Dotyczy server. Punkt 10 Minimalna specyfikacja serwerów

Zwracamy się z prośbą o zmianę wymagań dotyczących „• możliwość równoczesnej obsługi przez 6 administratorów.” na minimum 2 administratorów jednocześnie.

Odpowiedź nr 141

Zamawiający dopuszcza możliwość równoczesnej obsługi przez minimum 2 administratorów.”

Podobnie odpowiedzi na pytania 79, 94, 105, 136.

e) Zamawiający już na etapie Analizy Rynku udostępnił OPZ, w tym Projekt CBD, Harmonogram, kosztorys. Oznacza to, że uczestnicy rynku już od **10.05.2023** mogli zapoznać się z przedmiotem zamówienia, oszacować swoje koszty, przygotować szczegółowy zestaw pytań technicznych, wnioskować o dokonanie zmian. .

VI. W zakresie obowiązku wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień przed ewentualnym odrzuceniem jego oferty

21. Wreszcie Odwołujący zupełnie pominął treść art. 85 ust. 2 ustawy PZP, z której jednoznacznie wynika nakaz wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień przed ewentualnym odrzuceniem jego oferty.

2. Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Norma ta wskazuje, na dwa elementy, których zaistnienie jest konieczne, aby odrzucić ofertę wykonawcy, który brał udział w postępowaniu:

- spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy
- wykonawca (na wezwanie zamawiającego) nie udowodnił, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji

Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 24.09.2020 r., KIO 2256/20: W ocenie Izby do powstania zakłócenia konkurencji nie dochodzi wówczas, gdy podmiot zamawiający uprzednio dokonał działań niwelujących przewagę konkurencyjną takiego wykonawcy, czy to przez udostępnienie pozostałym wykonawcom określonych informacji, czy przez ustalenie adekwatnego terminu składania ofert, bądź też na skutek podjęcia innych czynności zaradczych. Wówczas zakłócenie to jest eliminowane już na etapie przygotowania postępowania przez samego zamawiającego.

W wyroku z dnia 07.04.2021 r., KIO 732/21 Izba wskazuje, że: Ustawodawca określił, że wykluczenie wykonawcy z postępowania nie następuje, jeżeli zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie. To natomiast wymaga od zamawiającego przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania - obowiązek zamawiającego - zapewnić takiemu wykonawcy możliwość wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie naruszył konkurencji. Wykonawca winien wykazać brak naruszenia konkurencji za pomocą dowodów. Dlatego też powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania może być zastosowana, gdy Zamawiający wyczerpie regulacje z art. 24 ust. 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (obecnie art. 85 ust. 2 ustawy PZP). W wyroku z dnia 06.06.2018 r., KIO 992/18, Izba uznała równie że: (...) *nie jest dopuszczalne wykluczenie wykonawcy bez uprzedniego wezwania go do złożenia wyjaśnień. Automatyczne wykluczenie wykonawcy za udział w przygotowaniu postępowania prowadziłoby do złamania zasady proporcjonalności. Zasadnym jest wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnienia celem udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zakłóci konkurencji*". Podobnie w wyroku z dnia 22.03.2021 r., KIO 484/21, Izba uznała, że: *Udział wykonawcy w przygotowaniu zamówienia co do zasady uznaje się za zakłócenie konkurencji w postępowaniu, skutkujące koniecznością wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania, chyba że zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z postępowania. Jeżeli zamawiający uzna, że zakłócenie konkurencji spowodowane (potencjalnym) udziałem w postępowaniu jednego z wykonawców biorących udział w przygotowaniu postępowania może zostać wyeliminowane w inny sposób niż wykluczenie tego wykonawcy, jest on obowiązany podjąć odpowiednie działania, a informacje o tych działaniach winien przedstawić w protokole postępowania. W takiej sytuacji zarzut konkurencyjnego wykonawcy powinien być nakierowany nie tyle na zaistnienie okoliczności udziału innego wykonawcy w przygotowaniu postępowania czy brak zasadności wyjaśnień przedstawionych przez tego wykonawcę, lecz na niewystarczający charakter działań podjętych przez zamawiającego celem wyeliminowania zakłócenia konkurencji. Zakładając nawet hipotetycznie, że doszło do zakłócenia konkurencji, Zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu ma obowiązek zapewnienia możliwości udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóci konkurencji. Odwołujący nie był do takich wyjaśnień wzywany. Nie ma zatem podstaw do nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego bez uprzedniego wezwania*".

VII. Podsumowanie

W ramach podsumowania warto również zwrócić uwagę na wyrok KIO z dnia 04.10.2021 r. KIO 2640/21, gdzie Izba wskazała, że: Przygotowanie dokumentacji stanowiącej opis przedmiotu zamówienia zawsze będzie wiązało się ze znajomością po stronie tworzącej takie dokumenty pewnych założeń i przyjęciu określonych rozwiązań. Nie powoduje to jeszcze uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami, którzy z zastosowanymi rozwiązaniami mogli zapoznać się na etapie ogłoszonego postępowania. Opracowana koncepcja stanowi ogólny zarys przedmiotu zamówienia, na bazie którego ma powstać dopiero szczegółowa i kompleksowa dokumentacja projektowa. To wykonany przez wybranego wykonawcę projekt, w tym specyfikacja techniczna będzie precyzowała właściwości materiałów i technologii. Przepis art.

85 Prawa zamówień publicznych reguluje kwestię zakłócenia konkurencji na etapie uczestnictwa w postępowaniu. Postępowanie kończy się z momentem zawarcia umowy, a więc okoliczności odnoszące się do jej realizacji co do zasady nie mają związku z uzyskaniem przewagi w procesie ofertowania i uzyskania zamówienia.

Z ostrożności Przystępujący wskazuje, że niniejsze pismo odnosi się do argumentów, które podniesiono w odwołaniu oraz okoliczności, które pominięto, a są niezbędne dla wykazania, że wobec Odwołującego zachodzi podstawa wykluczenia. Posługując się wyrokiem KIO z dnia 29.09.2023 r., KIO 2342/23, KIO 2353/23, wskazać należy, że wszelkie dalsze faktyczne podstawy zarzutu zgłaszane przez odwołującego uznać należy za spóźnione.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10) Pzp „odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”, a Izba, mając na względzie art. 555 Pzp, stanowiący, że „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, wydając wyrok orzeka w granicach tych okoliczności faktycznych i prawnych. Nie mogą być więc brane pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie ww. przepisów, które nie zostały zawarte w Odwołaniu, a zostały powołane w piśmie Odwołującego datowanym na 28 sierpnia 2023 r. (po upływie terminu na wniesienie odwołania – przyp. autora).

Ponadto, w świetle art. 534 ust. 1 Pzp, stanowiącym że „strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne”, na Odwołującym spoczywał obowiązek wskazania dowodów dla stwierdzenia, iż Przystępujący doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie Postępowania oraz że w wyniku owego wcześniejszego zaangażowania Przystępującego doszło do zakłócenia konkurencji, a tym samym i ciężar udowodnienia (wykazania) tych okoliczności. W niniejszej sprawie Odwołujący wymogom tym nie sprostał, a wszelkie ewentualne argumenty mające na celu rozszerzenie podstaw faktycznych odwołania należy uznać za spóźnione. W ocenie Przystępującego całokształt działań Odwołującego nakierowany jest na cel w postaci odrzucenia oferty Przystępującego. Odwołujący nie zgłaszał uwag wobec wskazanych w odwołaniu funkcjonalności, nie wnosił o ich zmianę. Pismo o zbieżnościach systemu z rozwiązaniem Przystępującego zgłosił dopiero po otwarciu ofert, pomimo tego, że nazwa Przystępującego widnieje na każdej stronie Projektu CBDT. Składając odwołanie wskazuje na pewne punktowe podobieństwa Projektu i rozwiązań Przystępującego domagając się odrzucenia jego oferty, bez żadnego uzasadnienia w zakresie zakłócenia konkurencji licząc prawdopodobnie, że wystarczy to dla uzyskania zamówienia.

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 24.07.2024 r. podał: (...)

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 19.07.2024 r. oraz na pismo Przystępującego PROCOM SYSTEM S.A., z dnia 24.07.2024 r. wskazujemy, że:

1. Argumentacja Zamawiającego dotycząca rzekomego przekroczenia terminu na wniesienie odwołania jest całkowicie chybiona, gdyż:

a. Nasze odwołanie dotyczy bezpośrednio czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a nie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ). Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W tym przypadku, odwołanie dotyczy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, która nastąpiła znacznie później niż publikacja SWZ.

b. Nasze odwołanie opiera się na nowych okolicznościach i informacjach, które ujawniły się dopiero po otwarciu ofert. Dopiero na tym etapie możliwe było zapoznanie się z listą firm, które złożyły oferty w postępowaniu. W związku z tym, Odwołujący skierował do Zamawiającego pisma datowane na 14.06.2024 r. oraz 19.06.2024 r., zawierające istotne pytania i wątpliwości dotyczące postępowania. Niestety, Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na te pisma. W konsekwencji, skuteczne wniesienie odwołania stało się możliwe dopiero po dokonaniu przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, gdy pełen obraz sytuacji stał się jasny dla Odwołującego.

c. Zamawiający w pkt. I pisma z dnia 19.07.2024 r. bezpodstawnie próbuje wykazać rzekome przekroczenie terminu na wniesienie odwołania.

d. Zamawiający w pkt. I pisma z dnia 19.07.2024 r. podejmuje się recenzji czynności, które co prawda wydarzyły się w toku postępowania przetargowego, analizy rynku i opracowywania dokumentacji projektowej, lecz nie stanowią one w żaden sposób odpowiedzi na sprecyzowane przez nas, konkretne zarzuty merytoryczne.

2. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji poprzez ukształtowanie projektu pod konkretne rozwiązanie Przystępującego PROCOM SYSTEM S.A.:

a. Analiza dokumentacji przetargowej ujawnia liczne zbieżności między wymaganiami projektu a funkcjonalnościami oferowanymi przez produkt Platforma Proman firmy PROCOM SYSTEM S.A.

b. PROCOM SYSTEM S.A., jako autor projektu, miał możliwość ukształtowania jego wymagań w sposób odpowiadający funkcjonalnościom swojego produktu, co stanowi naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

c. Mimo że PROCOM SYSTEM S.A. nie jest autorem treści całego postępowania, a jedynie autorem projektu, to właśnie realizacja oprogramowania zgodnie z projektem stanowi główny czynnik kosztogenny dla tego postępowania. Przy czym należy zaznaczyć, iż:

i. Oprogramowanie posiadające wymagane funkcjonalności w standardzie (Platforma Proman) jest znacząco tańsze w implementacji niż integracja wielu odrębnych systemów, co stawia innych wykonawców w niekorzystnej pozycji ekonomicznej.

ii. Warianty i alternatywne rozwiązania przedstawione w projekcie tworzą jedynie pozory konkurencyjności, gdyż nie niwelują przewagi ekonomicznej PROCOM SYSTEM S.A.

d. PROCOM SYSTEM S.A. podnosi, że "strony zawarły Aneks nr 1, w którym zwrócono uwagę na konieczność zaspokojenia dodatkowych potrzeb zwiększających funkcjonalność CDBT". Jednakże, jako projektant, PROCOM SYSTEM S.A. miał możliwość wpływania na określenie potrzeb przez prezentowanie rozwiązań sprzyjających posiadanemu przez siebie rozwiązaniu. Fakt ten został wykazany poprzez analizę zbieżności wymagań projektu z funkcjonalnościami Platformy Proman.

e. Możliwość kształtowania projektu przez PROCOM SYSTEM S.A. nie ograniczała się tylko do początkowej fazy, ale rozciągała się na cały proces projektowy, włącznie z wprowadzaniem zmian i rozszerzeń funkcjonalności przez Aneks nr 1. Ta ciągła możliwość wpływu na kształt projektu dodatkowo wzmacnia przewagę konkurencyjną PROCOM SYSTEM S.A.

f. Mimo że Zamawiający udostępnił informacje wszystkim uczestnikom postępowania, istnieją poważne wątpliwości co do zachowania zasad uczciwej konkurencji, gdyż:

i. Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów na to, że podjął skuteczne środki w celu zniwelowania potencjalnej przewagi, jaką mógł uzyskać PROCOM SYSTEM S.A. jako autor projektu systemu. Brak jest informacji o działaniach mających na celu weryfikację, czy wymagania projektowe nie faworyzują rozwiązań charakterystycznych dla jednego konkretnego produktu.

ii. Analiza dokumentacji przetargowej ujawniła liczne zbieżności między wymaganiami projektu a funkcjonalnościami oferowanymi przez produkt Platforma Proman firmy PROCOM SYSTEM S.A.

iii. Mając wiedzę o tym, że PROCOM SYSTEM S.A. posiada gotowy produkt spełniający znaczną część wymagań, oraz nie zamierzając wykluczyć tej firmy z postępowania, Zamawiający był bezwzględnie zobowiązany do podjęcia ponadstandardowych środków w celu zapewnienia równego traktowania wszystkich oferentów. Standardowe działania zastosowane w tym postępowaniu są ewidentnie niewystarczające do zniwelowania znaczącej przewagi PROCOM SYSTEM S.A.

iv. W zaistniałej sytuacji (brak zamiaru wykluczenia projektanta, zbieżność projektu z produktem oferowanym przez PROCOM SYSTEM S.A.) Zamawiający powinien był zastosować bardziej rygorystyczne rozwiązania, takie jak rozdzielenie postępowania na dwa odrębne etapy: pierwszy na zakup licencji oprogramowania, drugi na wykonanie systemu w oparciu o zakupione licencje. Takie podejście zapewniłoby wszystkim oferentom równe szanse i wyeliminowałoby nieuczciwą przewagę wynikającą z posiadania gotowego produktu.

v. Brak zastosowania takich środków stanowi rażące naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i jednoznacznie potwierdza faworyzowanie PROCOM SYSTEM S.A. w postępowaniu, co podważa jego ważność.

3. Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na nasze pisma z dnia 14.06.2024 r. oraz 19.06.2024 r., które zawierały istotne pytania i wątpliwości dotyczące postępowania. To rażące zaniechanie stanowi naruszenie zasady transparentności postępowania i równego traktowania wykonawców, określonej w art. 16 pkt 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, gdyż:

a. Działania Zamawiającego, w szczególności akceptacja oferty znacząco odbiegającej od pierwotnych szacunków, budzą poważne wątpliwości co do zgodności z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych. Przepis ten wymaga, aby wydatki publiczne były dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.

b. Analiza dokumentacji projektowej, w szczególności rozdziału 6, str. 94 "Opis możliwych kierunków rozwoju CDBT", wskazuje, że część potencjalnie istotnych funkcjonalności została pominięta w projekcie ze względu na zawyżony kosztorys przedstawiony przez PROCOM SYSTEM S.A. na etapie projektowania. To ograniczenie może skutkować nieosiągnięciem optymalnego zwrotu z inwestycji w długim okresie.

4. Pragniemy zwrócić szczególną uwagę Krajowej Izby Odwoławczej na kwestię monopolizacji rynku, która będzie bezpośrednim rezultatem wyboru oferty PROCOM SYSTEM S.A. Zamawiający w swojej odpowiedzi nie odniósł się do naszego zarzutu dotyczącego braku dystrybutorów i integratorów rozwiązania oferowanego przez PROCOM SYSTEM S.A. Ta sytuacja rodzi poważne obawy o długoterminowe konsekwencje dla konkurencyjności rynku i interesu publicznego, gdyż:

a. Z publicznie dostępnych informacji wynika, że PROCOM SYSTEM S.A. nie posiada sieci dystrybutorów ani certyfikowanych integratorów swojego rozwiązania - Platformy Proman. To oznacza, że Zamawiający będzie uzależniony od jednego dostawcy w zakresie wsparcia, rozwoju i modyfikacji systemu.

b. Brak możliwości korzystania z usług innych firm w zakresie utrzymania i rozwoju systemu efektywnie eliminuje konkurencję w przyszłych zamówieniach związanych z tym systemem. To może prowadzić do nieuzasadnionego wzrostu kosztów w długim terminie.

c. Sytuacja ta nosi znamiona klasycznego "vendor lock-in", gdzie Zamawiający zostaje "uwięziony" w rozwiązaniu jednego dostawcy, co jest sprzeczne z zasadami efektywnego zarządzania systemami IT w sektorze publicznym.

d. Akceptacja takiej sytuacji przez Zamawiającego narusza art. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który zakazuje praktyk ograniczających konkurencję.

e. Wybór rozwiązania bez otwartego ekosystemu partnerskiego jest sprzeczny z dobrymi praktykami w zakresie zamówień publicznych, które zalecają preferowanie rozwiązań umożliwiających konkurencję na etapie utrzymania i rozwoju systemu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący - Biuro Inżynierskie Automatyki Przemysłowej Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu w odwołaniu wskazał na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, art. 85 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, żądając uwzględnienia odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: a) unieważnienia czynności wyboru oferty PROCOM SYSTEM S.A., b) wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 p.z.p. wykonawcy PROCOM SYSTEMS.A. z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty, c) powtórzenia czynności badania i oceny ofert..

Z kolei Zamawiający jak i Uczestnik PROCOM kwestionując wskazane naruszenie przepisów ustawy Pzp wnieśli w pierwszej kolejności o odrzucenie odwołania wskazując na art. 528 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z jej art. art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp

Izba zatem rozpatrując w pierwszej kolejności wniosek o odrzucenie odwołania, stwierdziła, że wniosek Zamawiającego jak i Uczestnika PROCOM SYSTEM S.A (Uczestnik PROCOM) o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp nie jest zasadny. Wskazane bowiem w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 tej ustawy oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp związane są z badaniem i oceną ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, w tym oferty wykonawcy PROCOM SYSTEM S.A., które to czynność zostały definitywnie zakończone wyborem najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy. O tej decyzji uczestnicy zostali powiadomieni w dniu 28 czerwca 2024r. a odwołanie zostało wniesione w dniu 8 lipca 2024r. Tym samym również wskazywane naruszenie art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie jest zasadne, albowiem odwołanie – uwzględniając literalnie podnoszone w nim zarzuty - zostało wniesione w wymaganym terminie 10 dni.

Rozpoznając następnie podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, art. 85 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że nie podlega on uwzględnieniu.

W odwołaniu w uzasadnieniu wskazany zarzut naruszenia 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 tej ustawy oraz art. 85 ust.1 i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp Odwołujący oparł na twierdzeniu, że (...) *wykonawca PROCOM SYSTEM S.A., jako autor dokumentacji przetargowej, w tym projektu Centralnej Bazy Danych Technologicznych, przewidującego rozwiązania będące elementem platformy Proman znajdującej się w ofercie PROCOM SYSTEM S.A. spowodował zakłócenie konkurencji, którego nie można było wyeliminować inny sposób niż poprzez wykluczenie tego wykonawcy z udziału w postępowaniu*".

Podnoszone w odwołaniu w zakresie tego zarzutu przepisy ustawy Pzp stanowią:

a) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp:

1. *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:* 2) *została złożona przez wykonawcę:* a) *podlegającego wykluczeniu z postępowania lub art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP;*

b) art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp:

1. *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:*

6) *jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

c) art. 85 ust. 1 ustawy Pzp:

1. *Jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275, z 2022 r. poz. 2581 i 2640 oraz z 2023 r. poz. 852), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia,*

zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

d) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp:

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Izba ponadto zwraca uwagę na ust. 2 art. 85 ustawy Pzp zgodnie z którym:

„2. Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji”.

Tak jak prawidłowo wskazywał Zamawiający i Uczestnik PROCOM rekonstrukcja normy prawnej wynikającej z cytowanych przepisów, których dotyczy odwołanie prowadzi do wniosku, że odrzuceniu podlega oferta wykonawcy, który doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, czego skutkiem doszło do zakłócenia konkurencji i, które to zakłócenie konkurencji wynikało z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy, o ile spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż poprzez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dalej z tych przepisów wynika, że Zamawiający jest zobowiązany podjąć odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności: (1) przekazać pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz (2) wyznaczyć odpowiedni termin na złożenie ofert. Tylko w sytuacji, gdy te środki nie są skuteczne lub wystarczające, możliwe jest odrzucenie oferty wykonawcy uczestniczącego w przygotowaniu postępowania, jednakże również konieczne jest zapewnienie wykonawcy – tak jak stanowi art. 85 ust.2 ustawy Pzp - możliwości udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji.

Odwołujący w odwołaniu skoncentrował się tylko na jednym, pierwszym elemencie przesłanki, wskazując, że wykonawca PROCOM był zaangażowany w przygotowanie dokumentacji przetargowej, w tym projektu Centralnej Bazy Danych Technologicznych, przewidującego rozwiązanie będące elementem platformy Proman znajdującej się w ofercie PROCOM SYSTEM S.A. dalej podnoszonej argumentacji Odwołujący wskazał, że: (a) przewidziane w projekcie funkcjonalności systemu nie są standardem w systemach monitorowania i raportowania parametrów technologicznych; (b) Projektant założył wariantowość rozwiązania, dopuszczając przy tym zróżnicowane metody wdrożenia, w tym m.in. integracji danych z systemami zewnętrznymi Zamawiającego; (c) w projekcie wprowadzono pozycje generujące wysokie koszty dla dostawców rozwiązań specjalizujących się w monitorowaniu i raportowaniu parametrów technologicznych, które jednocześnie są elementem Platformy Proman znajdującej się w ofercie PROCOM SYSTEM S.A. (d) w toku przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, wykonawca PROCOM SYSTEM S.A. uczestniczył również w oszacowaniu kosztów realizacji zamówienia. W ramach tychże czynności dokonał on wyceny przedmiotu zamówienia na kwotę 5.929.000,00 zł netto, a w postępowaniu złożył najniższą ofertę opiewającą na kwotę 2.248.400,00 zł netto.

Z przytoczonych przepisów jednoznacznie wynika, że uczestnictwo wykonawcy w przygotowaniu postępowania, które polega na opracowaniu dokumentacji projektowej, nie oznacza automatycznie zaistnienia przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, w którym zamawiający udzielać będzie zamówienia na jego wykonanie na podstawie tej dokumentacji. Tym samym również przygotowanie Projektu CBDT przez PROKOM SYSTEM S.A. nie oznacza automatycznie wykluczenia tego wykonawcy z przedmiotowego postępowania.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 534 ust. 1 Pzp: (...) „strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne”. W niniejszym postępowaniu ciężar udowodnienia (wykazania), że Uczestnik PROKOM doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie Postępowania oraz, że w wyniku tego zaangażowania doszło do zakłócenia konkurencji, które nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu, spoczywał niewątpliwie na Odwołującym.

Odwołujący nie kwestionuje w odwołaniu skuteczności działań podejmowanych przez Zamawiającego w celu wyeliminowania ewentualnych zakłóceń konkurencji na które zwracał uwagę Zamawiający, także w odpowiedzi na odwołanie jak również Uczestnik, a co znajduje potwierdzenie w dokumentacji tego postępowania. Z dokumentów zamówienia wynika, że Zamawiający: (a) przedłużył termin składania ofert na wniosek wykonawców; (b) zapewnił dostęp do wszystkich załączników Projektu CBDT, w tym dokumentów zawierających dane wrażliwe; (c) zapewnił

nieograniczoną liczbę wizji lokalnych, podczas których Oferenci mogli zapoznać się z aktualnymi warunkami infrastruktury teleinformatycznej Zamawiającego oraz wszystkimi materiałami stanowiącymi załączniki do projektu CBDT; (d) zmieniał postanowienia Projektu CBDT w wyniku wniosków o wyjaśnienie treści SWZ; (e) już na etapie Analizy Rynku udostępnił OPZ, w tym Projekt CBDT, harmonogram, kosztorys. Z kolei Odwołujący nie wykazywał, że nie wszystkie informacje dostępne wykonawcy PROKOM zostały mu udostępnione.

Izba zwraca też uwagę, że argumenty związane z opisem przedmiotu zamówienia jak również przedkładane dowody nie mogły być przedmiotem szczegółowej analizy przez Izbę i decydować o rozstrzygnięciu w tej sprawie. Przed złożeniem oferty Odwołujący nie zgłaszał uwag wobec wskazanych w odwołaniu funkcjonalności, nie wnosił o ich zmianę. Pismo o zbieżnościach systemu z rozwiązaniem Uczestnika PROCOM zgłosił dopiero po otwarciu ofert i na etapie ich oceny. Jest to tym samym działanie spóźnione na co zwracał uwagę Zamawiający i Uczestnik PROCOM we wnioskach o odrzucenie odwołania. Ponadto o znajomości projektu przez Odwołującego – szerszej nawet wiedzy niż innych wykonawców - niewątpliwie świadczy złożony przez Uczestnika PROCOM dowód w postaci aneksu nr 1 do Umowy nr 1005/US/PW/PZP-DRZ-WRP/U/21 z dnia 20.09.2021 r., która to umowa dotyczyła wykonania projektu dla Centralnej Bazy Danych Technologicznych. W tym przypadku bowiem podpisującymi ten aneks ze strony PROCOM SYSTEM były osoby aktualnie reprezentujące wykonawcę wnoszącego odwołanie Biuro Inżynierskie Automatyki Przemysłowej Sp. z o.o. Ta okoliczność, tym samym obiektywnie mogła również świadczyć, że Odwołujący miał podstawy mieć przekonanie o uczestnictwie wykonawcy PROCOM w tym przetargu jak również o dostępnych dla tego wykonawcy funkcjonalnościach możliwych do zastosowania w tym projekcie.

Izba mając na uwadze także wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 01.10.2021r., XXIII Zs 53/21 stwierdza, że Odwołujący dysponując wiedzą o okolicznościach, które jego zdaniem mogły wpłynąć na potencjalną przewagę jednego z wykonawców powinien sformułować przed złożeniem oferty – po ogłoszeniu przetargu w dniu 19.04.2024 r. i udostępnieniu przez Zamawiającego dokumentacji - odwołanie z żądaniem modyfikacji SIWZ z uwagi na okoliczności, o których wówczas wiedzę powziął lub mógł powziąć wiedzę. Izba zwraca uwagę na brzmienie przepisu art. 515 ust.3 pkt 1: „3. *Odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie: 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia;*(...). Brak takiego działania stanowi zaniechanie, którego konsekwencje ponosi podmiot profesjonalny. Nie można bowiem zgodzić się, że profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych może najpierw zaniechać wniesienia odwołania przed złożeniem ofert na postanowienia SWZ w sytuacji, gdy już wówczas powziął lub mógł powziąć wiedzę, że postanowienia SWZ nie zapewniają – jego zdaniem - równego traktowania wykonawców z uwagi na okoliczności faktyczne sprzyjające tylko jednemu z wykonawców, którego udział w postępowaniu jest obiektywnie niewątpliwy, a następnie wskazywać na takie okoliczności w odwołaniu wniesionym po złożeniu ofert. W konsekwencji uznać należy, że z opisu stanu faktycznego i dowodów złożonych także przez Odwołującego wynika, że było możliwe złożenie odwołania przed dniem 19.04. 2024 r. na funkcjonalności uznawane przez wykonawcę w tym odwołaniu wniesionym po wyborze oferty wykonawcy PROKOM za świadczące o preferowaniu tego wykonawcy. Niewątpliwie podnoszenie w odwołaniu z dnia 8 lipca 2024 r. zarzutów do dokumentacji udostępnionej w dniu 19.04.2024r. nie może być drogą do przywrócenia wykonawcy terminu na kwestionowanie legalności działań Zamawiającego związanych ze wskazanym w odwołaniu zarzutem naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, art. 85 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Tak jak wskazał Sąd w wyroku, (...) *ustawodawca wprowadził odpowiednie terminy na składanie odwołań, aby uniknąć sytuacji, w której wykonawca nagle zacznie kwestionować zdarzenia, które miały miejsce na dużo wcześniejszych etapach postępowania*”.

Odnosnie udziału wykonawcy PROCOM w szacowaniu wartości zamówienia, Izba zwraca uwagę na niewielką, a 6% różnicę w cenach wynikających z oferty wykonawcy PROCOM System S.A. (2.765.532 zł) w stosunku do ceny z oferty wykonawcy wnoszącego odwołanie Biuro Inżynierskie Automatyki Przemysłowej Sp. z o.o. (2.939.700 zł) i tym samym ta okoliczność nie może świadczyć, że w projekcie CBDT wprowadzono pozycje generujące wysokie koszty i w konsekwencji nie może to świadczyć, że udział wykonawcy PROCOM w szacowaniu wartości zamówienia i następnie w przetargu powodował zakłócenie konkurencji.

Odnosnie argumentu związanego z dokumentem JEDZ złożonym przez wykonawcę PROCOM SYSTEM S.A. powołanego na okoliczność: *podania nieprawdziwych danych przez wykonawcę, istotnego zakłócenia konkurencji w postępowaniu*, Izba zwraca uwagę, że rozpoznając odwołanie Izba musi mieć na względzie dyrektywy wskazane w przepisach ustawy Pzp. W tym przypadku wynikające z art. 555 tej ustawy w myśl którego: „*Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*”. Zarzut podania nieprawdziwych informacji nie został podniesiony w odwołaniu, a ponadto tych twierdzeń nie poparto żadnym dowodem. Zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp „*odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności*”.

W konkluzji, Izba zwraca uwagę na cytowany już art. 85 ust.2 ustawy Pzp jego zdanie drugie zgodnie z którym

zastosowanie wskazywanej w odwołaniu podstawy prawnej wykluczenia wykonawcy wymaga od zamawiającego przed podjęciem takiej decyzji zapewnienia takiemu wykonawcy możliwości wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie naruszył konkurencji. Zakładając zatem nawet hipotetycznie, że doszło do zakłócenia konkurencji, Zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu miałby obowiązek w pierwszej kolejności zapewnienia możliwości udowodnienia wykonawcy PROKOM, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóci konkurencji. Odwołujący nie był do takich wyjaśnień wzywany. Nie byłoby zatem podstaw do nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego bez uprzedniego wezwania. Z tych też również względów podnoszony w odwołaniu zarzut zaniechania wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 p.z.p. wykonawcy PROCOM SYSTEM S.A. z postępowania w konsekwencji odrzucenia jego oferty, nie mógł podlegać uwzględnieniu.

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

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

.....