Sygn. akt: KIO 2826/23

WYROK

z dnia 10 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko

Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2023 r. przez wykonawcę **GeoTechnologies Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Lubuskie - Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego w Zielonej Górze**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: COMP S.A. z siedzibą w Warszawie, Designers Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i GIAP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Umarza postępowanie w zakresie zarzutów:

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie wymogu „Wysuwana klawiatura zintegrowana z monitorem o przekątnej minimum 18";
- naruszenia art. 74 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieudostępnienie Odwołującemu całości zebranego w sprawie materiału dowodowego, nieobjętego tajemnicą, tj. fotografii, powołanej w protokole z posiedzenia komisji ws. odrzucenia oferty Odwołującego po przeprowadzeniu prezentacji próbki, w związku art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuczciwe warunki przeprowadzenia próbek;

- naruszenie art. 18 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuprawnione utajnienie informacji z Krajowego Rejestru Karnego, dotyczących podmiotów udostępniających zasoby;

- naruszenie art. 18 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuprawnione utajnienie informacji zawartych w wykazie usług wraz z dowodami, dotyczących podmiotów udostępniających zasoby;

- naruszenie art. 18 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuprawnione utajnienie informacji zawartych w wykazie osób, dotyczących podmiotów udostępniających zasoby.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3.Kosztami postępowania obciąża GeoTechnologies Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez GeoTechnologies Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……...

Sygn. akt: KIO 2826/23

U z a s a d n i e n i e

Województwo Lubuskie – Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego w Zielonej Górze (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie
o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie Lubuskiego Centrum Kompetencji Cyfrowych i Usług Wspólnych - Data Center, realizowanego w ramach projektu pn. „Lubuskie Centrum Kompetencji Cyfrowych i Usług Wspólnych - Data Center". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 139-444759.

W dniu 25 września 2023 r. wykonawca GeoTechnologies Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postaci:

1. nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego,

2. wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: COMP S.A. (Lider, Pełnomocnik), GIAP Sp. z o.o. (Partner),Designers Sp. z o.o. (Partner), zwanych dalej: „Konsorcjum", jako najkorzystniejszej, pomimo tego, iż oferta ta powinna zostać odrzucona jako złożona przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu,

- alternatywnie - zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień co do złożonych dokumentów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami Zamówienia, podczas gdy ze złożonych przez Odwołującego przedmiotowych środków dowodowych oraz prezentacji próbki wynika, iż oferta spełnia postawione warunki;

2. naruszenie art. 74 ustawy Pzp poprzez nieudostępnienie Odwołującemu całości zebranego w sprawie materiału dowodowego, nieobjętego tajemnicą, tj. fotografii, powołanej w protokole z posiedzenia komisji ws. odrzucenia oferty Odwołującego po przeprowadzeniu prezentacji próbki, w związku art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez nieuczciwe warunki przeprowadzenia próbek;

3. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo tego, iż Konsorcjum nie potwierdziło spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych wymaganych w zakresie Usług 1, Usługi 2 oraz Usługi 3, gdyż referencje przedstawione przez Konsorcjum nie potwierdzają spełnienia warunków postawionych przez Zamawiającego;

4. naruszenie art. 124 pkt. 1 ustawy Pzp w zw. z par. 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez brak zażądania od podmiotów udostępniających zasoby oświadczeń o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej;

5. naruszenie art. 18 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione utajnienie informacji z Krajowego Rejestru Karnego, dotyczących podmiotów udostępniających zasoby;

6. naruszenie art. 18 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione utajnienie informacji zawartych w wykazie usług wraz z dowodami, dotyczących podmiotów udostępniających zasoby;

7. naruszenie art. 18 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione utajnienie informacji zawartych w wykazie osób, dotyczących podmiotów udostępniających zasoby.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie Odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2. odrzucenia oferty Konsorcjum ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum, alternatywnie w przypadku uznania braku przesłanek do odrzucenia oferty Konsorcjum - nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w kwestii spełniania przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu;

3. wezwania Konsorcjum do złożenia dokumentów w postaci oświadczeń o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej;

4. odtajnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego, dotyczących podmiotów udostępniających zasoby;

5. odtajnienia informacji w wykazie usług wraz z dowodami, dotyczących podmiotów udostępniających zasoby;

6. odtajnienia informacji w wykazie osób, dotyczących podmiotów udostępniających zasoby;

7. udostępnienia Odwołującemu całości materiału dowodowego, w tym załącznika do protokołu z posiedzenia komisji dokonującej oceny próbki – fotografii, zawierającej rzekomą rekonfigurację systemu Odwołującego;

8. dokonanie ponownej oceny złożonych dokumentów i oceny ofert.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego argumentując jak następuje.

W zakresie twierdzenia Zamawiającego o niedozwolonej rekonfiguracji oprogramowania, do której miało dojść w czasie prezentacji próbki Odwołujący podał, że pismem z dnia 17 sierpnia 2023 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o rejestrowanie za pośrednictwem audio i wideo przebiegu prezentacji próbek. Zamawiający poinformował jednak Odwołującego, że ze względów technicznych i organizacyjnych nie będzie rejestrował przebiegu badania próbki za pomocą środków audio i wideo.

Jak wskazał Odwołujący, podczas prezentacji próbki przez Odwołującego nie zostały zgłoszone żadne uwagi przez członków komisji, poza jedną dotyczącą wymagania dodatkowego (wymaganie REQF-SDP-28), które nie zostało zaprezentowane w pełni, tzn. zostało zaprezentowane wyłącznie dla użytkownika, będącego administratorem systemu, za co ostatecznie w zakresie tego wymagania dodatkowego nie przyznano punktu Odwołującemu. Potwierdzeniem powyższego jest treść protokołu, która nie zawiera żadnych uwag poza uwagą dotyczącą ww. wymagania dodatkowego w kontekście jego niespełnienia. Odwołujący zaznaczył, że w protokole z przeprowadzenia próbki nie zanotowano żadnych innych uwag, uchybień ani wątpliwości, które mogłoby budzić jakiekolwiek obawy któregokolwiek z członków komisji i mogłyby wymagać omówienia i rozstrzygnięcia w drodze dodatkowych konsultacji/posiedzeń powołanej przez Zamawiającego oraz Inżyniera Kontraktu – komisji. Komisja oceniła próbkę Odwołującego pozytywnie i przyznała Odwołującemu 32,81 pkt. nie wskazując na żadne uchybienia podczas prezentacji. Odwołujący podkreślił, że stwierdzenie Zamawiającego, zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego jakoby „Komisja jednoznacznie zaobserwowała prowadzone modyfikacje (…)" nie znajduje potwierdzenia w Protokole z przeprowadzonej próbki. Przeciwnie, na stronie nr 3 Protokołu, nad podpisami członków komisji, wskazano adnotację „Prezentacja próbki przebiegła prawidłowo".

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niejednoznaczność w opracowaniu protokołu i zebranie w nierównych (niekonkurencyjnych) warunkach materiału dowodowego, a tym samym naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nieuczciwe warunki przeprowadzenia próbek, na co sam Zamawiający wskazał w odpowiedzi na pismo Odwołującego, twierdząc:

„Zamawiający nie jest w stanie zapewnić jednakowych warunków technicznych w zakresie rejestracji obrazu i dźwięku".

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu naruszenie art. 74 ustawy Pzp przez nieudostępnienie Odwołującemu całości zebranego w sprawie materiału dowodowego, nieobjętego tajemnicą, tj. fotografii, przywołanej w protokole z posiedzenia komisji ws. odrzucenia oferty Odwołującego po przeprowadzeniu prezentacji próbki. Odwołujący zauważył, że Zamawiający w protokole ze spotkania zdalnego członków komisji z dnia 29 sierpnia 2023 r., w którym opisano rekomendację Inżyniera Kontraktu odrzucenia oferty Odwołującego, powołał się na fotografię, która rzekomo wskazuje na rekonfigurację kodu podczas prezentacji próbki przez Odwołującego w zakresie wymagania obligatoryjnego. Jednocześnie fotografia nie została dołączona do protokołu jako materiał dowodowy, a domniemana rekonfiguracja nie skutkowała odrzuceniem oferty Odwołującego na etapie badania ofert (prezentacji). Odwołujący zwrócił uwagę, że Inżynier Kontraktu dopiero po trzech tygodniach od daty prezentacji próbki, rekomendował ostateczne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Odwołujący podniósł, że nie miał możliwości zapoznania się z powołanym dowodem (zdjęciem), który stanowi kluczowy dowód rzekomej rekonfiguracji, gdyż nie zostało ono formalnie włączone do protokołu i nie zostało ono Odwołującemu udostępnione. Jednocześnie, jak zauważył Odwołujący, nie mogły pojawić się nowe okoliczności w okresie od przeprowadzenia prezentacji próbki do rekomendacji Inżyniera Kontraktu, ponieważ próbka, która została przeprowadzona w dniach 23-24 sierpnia nie podlegała poprawie/powtórce ani uzupełnieniu.

Odwołujący stwierdził, że ma uzasadnione wątpliwości co do wiarygodności tego dowodu, który pojawił się *post factum* tylko w formie przywołanej w protokole z 29 sierpnia 2023 r., a nie fizycznej w dokumentacji postępowania. Odwołujący, z uwagi na brak możliwości zapoznania się z fotografią, stwierdzenia co się na niej znajduje, w jakich warunkach została utrwalona, nie może odnieść się do zarzutu rzekomej rejestracji rekonfiguracji.

Jednocześnie Odwołujący podniósł, że fotografia warunkująca odrzucenie oferty w zakresie próbki, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, nie może wskazywać na modyfikację (zmianę kodu lub rekonfigurację), gdyż pojedynczy obraz (zdjęcie) może np. przedstawiać wyświetlanie kodu w celu identyfikacji przyczyny ewentualnego błędu, a modyfikację można jednoznacznie stwierdzić wyłącznie w procesie dynamicznym, który mógłby przedstawiać materiał audio i wideo, czego Odwołujący żądał w piśmie poprzedzającym prezentację próbki, a na co Zamawiający nie wyraził zgody.

Zdaniem Odwołującego, modyfikacja kodu, przedstawiająca cały proces rekonfiguracji, gdyby wystąpiła, zostałaby

zauważona przez członków komisji i odnotowana w protokole
z próbki (tak jak w przypadku wymagania REQF-SDP-28, które zostało przez członków komisji dostrzeżone i opatrzone uwagami w protokole). Tymczasem komisja w protokole
z przeprowadzenia próbki wskazała, iż nie ma żadnych uwag (poza jedną powyższą) do przeprowadzonej prezentacji.

Odwołujący wskazał na nierównie i nietransparentne warunki procesu przeprowadzenia prezentacji próbek oraz niewykluczoną manipulację materiałem dowodowym. Odwołujący stwierdził, że odrzucenie oferty na podstawie nierównych warunków jest wadliwą czynnością Zamawiającego i jako taka nie może mieć miejsca. Odwołujący podkreślił, że protokół z przeprowadzenia prezentacji jednoznacznie wskazuje na brak uwag członków komisji w odniesieniu do elementów obligatoryjnych systemu.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego
i przywrócenia oferty do ponownej oceny.

Odwołujący podał, że wymóg „Wbudowane po.in.m.in.: 4xUSB 3.0 Type-A port" został zrealizowany poprzez dołączenie do oferowanej stacji roboczej zamiast dodatkowego urządzenia w postaci HUB'a USB – klawiatury USB wyposażonej w odpowiednią ilość portów. Odwołujący wskazał, iż na stronie 59, Załącznika 7B do SWZ (złożonego przez Wykonawcę wraz z ofertą) w kolumnie „Link do specyfikacji i opisu gwarancji producenta oferowanego sprzętu/oprogramowania oraz opis i parametry oferowanego sprzętu i oprogramowania", klawiatura USB została wymieniona jako oferowane urządzenie.

Odwołujący zauważył, iż w ofercie nie wpisano modelu i parametrów ww. klawiatury, bowiem nie istniał taki wymóg. Tym samym, jak stwierdził Odwołujący, oferta Odwołującego od samego początku spełniała wszystkie postawione przez Zamawiającego wymogi – w tym wymóg dot. „4x USB 3.0 Type-A port.

W ocenie Odwołującego, odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający powinien uprzednio rozważyć zastosowanie procedury opisanej w art. 223 ustawy Pzp (wyjaśnienie treści oferty). Odwołujący wskazał, że w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwości co do treści oferty, powinien był formalnie wezwać Odwołującego do wyjaśnień wskazanych wątpliwości i zastrzeżeń. Odwołujący podkreślił, że oferta Odwołującego w tym zakresie od początku spełniała wszelkie wymogi postawione przez Zamawiającego.

W opinii Odwołującego, Zamawiający mając wiedzę o tym, iż w kolumnie „Link do specyfikacji i opisu gwarancji producenta oferowanego sprzętu/oprogramowania oraz opis
i parametry oferowanego sprzętu i oprogramowania" Załącznik 7b do SWZ, klawiatura USB została wymieniona jako oferowane urządzenie, powinien był wezwać Odwołującego do wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty, jeśli powziął wątpliwości co do oferowanego sprzętu.

Odwołujący wskazał, że cena wskazanego „dodatkowego urządzenia (klawiatury USB)" jest minimalna, w stosunku do wartości całego zamówienia, co również potwierdza, że w przedmiotowej sprawie nie doszłoby w żadnym wypadku do istotnych zmian w treści oferty.

W zakresie podstawy odrzucenia oferty Odwołującego dotyczącej kwestii przekątnej monitora Odwołujący wskazał, iż kierując się linkiem do specyfikacji KVM'a, wskazanym
w Załączniku 7B złożonym przez Odwołującego, tj.

https://www.aten.com/global/en/products/kvm/lcd-kvm-switches--consoles/kl1516ai/

Model KL1516Ai występuje w dwóch wersjach, tj.:

a) w wersji 17" (symbol P/N KL1516AiM) oraz

b) w wersji 19" (symbol P/N- KL1516AiN).

Odwołujący stwierdził, że zaoferowane przez Odwołującego urządzenie z ekranem
o przekątnej 19", wskazane w ofercie Odwołującego w kolumnie „PartNumber Bazowy" spełnia minimalne wymagania SWZ, bowiem posiada monitor o przekątnej większej niż 18". Odwołujący wyjaśnił, że zapis w kolumnie w Załączniku 7B, złożonym przez Odwołującego „Link do specyfikacji…" „ Wysuwana klawiatura zintegrowana z monitorem o przekątnej 18"
i rozdzielczości minimalnej 1366x768 pikseli z układem klawiatury QWERTY i językiem US International i wbudowanym w klawiaturę Touchpadem" w wyniku pomyłki wykonawcy nie zawiera słowa „minimum". Poza tym, zapis ten jest w całości przeniesiony z wymagań określonych w OPZ, zapis z kolumnie PartNumber Bazowy wskazuje jednoznacznie na oferowany sprzęt i pozwala na jednoznaczną identyfikację zaoferowanego sprzętu.

Odwołujący oświadczył, że od początku intencją wykonawcy było zaoferowanie urządzenia z przekątną ekranu

19” (a więc powyżej minimum 18”), czego dowodzi wymieniony P/N urządzenia KL1516AIN-AXA-AG.

Argumentując zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo tego, że Konsorcjum nie potwierdziło spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych
i zawodowych wymaganych w zakresie usług 1, 2 i 3, bowiem referencje przedstawione przez Konsorcjum nie potwierdzają spełniania warunków postawionych przez Zamawiającego, Odwołujący argumentował jak poniżej.

Odwołujący zauważył, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w zakresie Usługi nr 1, Usługi nr 2 oraz Usługi nr 3 Konsorcjum złożyło referencją udzieloną przez Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie stanowiącą, że firma GIAP jako członek konsorcjum wykonała czynności związane z umową konsorcjum zawartą na poczet wspólnej realizacji umowy głównej zawartej na podstawie udzielonego zamówienia na Budowę
w Województwie Podkarpackim Systemu Informacji Przestrzennej (PSIP) realizowanego
w ramach RPO WP na lata 2014-2020 na rzecz Zamawiającego: Województwo Podkarpackie. Wartość zrealizowanej umowy przez GIAP Sp. z o.o. wynosiła: 10 367 662,72 zł brutto.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie weryfikacji oświadczenia Konsorcjum oraz przedstawionych referencji w zakresie spełnienia warunku realizacji usług
o przedmiocie wskazanym w Usłudze nr 1, 2 oraz 3.

Odnośnie Usługi nr 1:

Odwołujący stwierdził, że analiza dokumentacji postępowania na Budowę
w Województwie Podkarpackim Systemu Informacji Przestrzennej (PSIP) realizowanego
w ramach RPO WP na lata 2014-2020 na rzecz Zamawiającego: Województwo Podkarpackie, w tym w szczególności opisu przedmiotu zamówienia wskazuje, że wdrożony w ramach projektu system nie umożliwiał realizacji wymienionych funkcjonalności w kryterium funkcjonalności z poziomu przeglądarki internetowej i wymagał do ich realizacji aplikacji klasy desktop zainstalowanych na komputerach użytkowników końcowych.

Jak zauważył Odwołujący, system informacji przestrzennej wymagany do wdrożenia
w ramach projektu „Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie Lubuskiego Centrum Kompetencji Cyfrowych i Usług Wspólnych – Data Center”, tj. przedmiotowego postępowania, ma działać w pełni w przeglądarce internetowej bez konieczności instalowania jakichkolwiek wtyczek. Odwołujący zauważył, iż wymagano, aby wykonawcy potwierdzili swoją zdolność techniczną, a co za tym idzie, zdobyte doświadczenie w realizacji analogicznych rozwiązań technicznych.

Tymczasem, jak wskazał Odwołujący, z referencji przedstawionych przez Konsorcjum jednoznacznie wynika, iż w ramach wskazywanego projektu „Budowa Wojewódzkiego Podkarpackiego Systemu Informacji Przestrzennej” członek Konsorcjum wykonał „Wdrożenie aplikacji DesktopGIS do zarządzania zasobem informacji przestrzennej na poziomie wojewódzkim”. W referencjach z dnia 28 listopada 2022 r. wystawionych dla GIAP Sp. z o.o. w pkt. 4) wskazano, iż wdrożony został system DesktopGIS, a nie system przeglądarkowy.
Z uwagi na powyższe, zdaniem Odwołującego, warunek postawiony przez Zamawiającego nie może zostać uznany za spełniony przez Konsorcjum.

W wyniku porównania opisów przedmiotu zamówienia obu ww. postępowań Odwołujący podał, że Zamawiający wymaga wprost, aby „tworzenie przestrzennej bazy danych poprzez import danych z popularnych formatów GIS tj. SHP, GML, GeoJSON” było możliwe z poziomu przeglądarki internetowej. Odwołujący zauważył, że z opisu przedmiotu zamówienia PWSIP (woj. podkarpackie) wprost wynika, że analogiczna funkcjonalność jest realizowana przez aplikację typu desktop, a nie przeglądarkę internetową. Jednocześnie,
z przedłożonych referencji jednoznacznie również wynika, że oprogramowanie zarządzanie zasobem informacji przestrzennej to aplikacja DesktopGIS. Dodatkowo, jak wskazał Odwołujący, nie zidentyfikowano w OPZ PWSIP innych funkcjonalności, które mogłyby pozwolić na spełnienie warunku stawianego przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Ponadto, jak zauważył Odwołujący, Zamawiający również wymaga, aby funkcjonalność „publikacji zbiorów danych i aplikacji jako zasobów internetowych, publicznych i ograniczonych do określonych użytkowników lub ich grup” była możliwa z poziomu przeglądarki internetowej. Z opisu przedmiotu zamówienia PWSIP wprost wynika, że do zrealizowania analogicznej funkcjonalności konieczne jest wykorzystanie aplikacji typu desktop. Nie zidentyfikowano również w OPZ innych funkcjonalności, które mogłyby pozwolić na spełnienie warunku stawianego przez Zamawiającego.

Odwołujący w dniu 29 sierpnia 2023 r. zwrócił się do Marszałka Województwa Podkarpackiego z wnioskiem o

udostępnienie informacji publicznej dotyczącej projektu „Budowa w województwie podkarpackim Systemu Informacji Przestrzennej (PSIP) realizowanego w ramach RPO WP na lata 2014-2020" w zakresie prośby o „jednoznaczne potwierdzenie czy dostarczone w ramach przedmiotu umowy oprogramowanie posiada funkcjonalność (…) umożliwiającą tworzenie przestrzennej bazy danych poprzez import danych z popularnych formatów GIS tj. SHP, GML, GeoJSON".

W odpowiedzi udzielonej 22 września 2023 r. Marszałek Województwa Podkarpackiego poinformował że „Zamawiający nie wymagał posiadania przez oprogramowanie funkcjonalności umożliwiającej użytkownikom z poziomu przeglądarki internetowej na tworzenie przestrzennej bazy danych przez import danych z formatów GIS tj. SHP, GML oraz GeoJson". Zdaniem Odwołującego, pismo to potwierdza w sposób jednoznaczny i niezaprzeczalny, że Konsorcjum nie może legitymować się referencją
z realizacji usługi na rzecz Województwa Podkarpackiego, a więc nie posiada wymaganej
w SWZ zdolności technicznej. W ocenie Odwołującego, nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, iż członek Konsorcjum dostarczył podkarpackiemu zamawiającemu, choć nie był do tego zobowiązany, sporne funkcjonalności, to oznaczałoby to, iż funkcjonalności te nie zostały zweryfikowane przez zamawiającego. Nie zostały również wdrożone, bo choćby – nie przeprowadzono z ich obsługi szkoleń czy nie przeprowadzono niezbędnych testów pod kontrolą zamawiającego, są to niezbędne elementy wdrożenia.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, potwierdza, iż przedstawione referencje nie potwierdzają spełnienie przez Konsorcjum warunku udziału w zakresie Usługi 1.

Odnośnie Usługi nr 2:

Odwołujący podniósł, że na podstawie dokumentacji postępowania, – oświadczeń złożonych przez Konsorcjum - nie można jednoznacznie stwierdzić, że warunek realizacji usługi o charakterze postawionym w zakresie Usługi nr 2 został wykonany. Odwołujący zwrócił uwagę, że referencja (udzielona na rzecz GIAP Sp. z o.o.) mająca potwierdzić spełnienie warunku realizacji zakresu wskazanego dla Usługi nr 2 zawiera szeroki i dość szczegółowo opisany zakres prac, zrealizowany w ramach tego zadania, ale w żaden sposób nie odnosi się do zakresu wymaganego w warunku określonym w Usłudze nr 2.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie zweryfikował należycie czy dana usługa została zrealizowana w zamówieniu, na które Konsorcjum się powołuje. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie tylko zaniechał weryfikacji czy usługa ta została zrealizowana, ale także tego czy ewentualna wartość zrealizowanej usługi odpowiada progowi, który Zamawiający
w warunkach udziału w postepowaniu określił.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający na podstawie posiadanych dokumentów, dostarczonych przez Konsorcjum, nie mógł:

1) ocenić czy usługa została zrealizowana,

2) ocenić wartości zrealizowanej usługi.

Odwołujący podniósł, że z przedłożonych przez Konsorcjum referencji od podkarpackiego zamawiającego nie sposób uzyskać informacji ani o zakresie wykonanej usługi, ani też nie można zweryfikować wartości wykonanej usługi, bowiem w referencji wpisano tylko jedną wartość – 10 367 662,72 zł, jako wartość całości zrealizowanej usługi. Tymczasem nie cały przedmiot usług potwierdzanych referencją dotyczył realizacji usługi, która jest tożsama z Usługą nr 2.

Z Załącznika nr 7a (Wykaz usług) do oferty Konsorcjum wynika, że całość objętych Referencją usług warta była 10 367 662,72 zł, z czego wartość prac, które mają być tożsame z zakresem Usługi nr 2 (z warunku) to 7 870 000,00 zł, a więc dokładnie taka sama kwota, jak w przypadku Usługi nr 1. W ocenie Odwołującego, nie sposób stwierdzić, jaką rzeczywiście wartość miały usługi, które mają potwierdzać spełnienie warunków określonych w Usłudze nr 1 oraz Usłudze nr 2.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zobowiązany był do odpowiedniej weryfikacji wartości wykonanych usług oraz ich zakresu merytorycznego – wezwania do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów w postaci np. dokumentacji technicznej i/lub dokumentacji powdrożeniowej zamówienia, na które Konsorcjum się powołuje. Odwołujący zaznaczył, że w Opisie Przedmiotu Zamówienia postępowania, którego realizacja dotyczyła,
i na które Konsorcjum się powołuje, nie ma określonego wymogu zastosowania środowiska
z wykorzystaniem konteneryzacji.

Odwołujący zauważył, że zakres prac, który został wyszczególniony w ramach realizacji zadania i opisany w

referencji, na którą Konsorcjum się powołuje nie dość, że nie wskazuje jednoznacznie, że wykorzystanie środowiska konteneryzacji miało miejsce, to dodatkowo w wielu punktach, odnoszących się do zakresu prac, jego wykorzystanie byłoby pozbawione sensu - np. w środowisku desktopowym, a które zostało wykorzystane w ramach tego zamówienia w znaczącym zakresie (np. „Wdrożenie aplikacji DesktopGIS do zarządzania zasobem informacji przestrzennej na poziomie wojewódzkim", „Wdrożenie systemu PZGIK
i Systemu Zarządzania Bazą BDOT10k dla Wojewódzkiego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej w Rzeszowie") .

Według SWZ postępowania podkarpackiego, wdrożone aplikacje desktopowe, pracować powinny w środowisku lokalnym, przeznaczonym dla użytkownika końcowego i być wykorzystywane produkcyjnie. Odwołujący podał, że wymienione poniżej zakresy wdrożonego systemu oparte są o środowisko desktopowe.

• Aplikacja Desktop do zarządzania zasobem informacji przestrzennej na poziomie wojewódzkim

• System PZGiK i system zarządzania Bazą BDOT10k dla Wojewódzkiego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej Kartograficznej w Rzeszowie,

• Portal Inwestora (część administracyjna, oparta o aplikacje desktop).

Jak podał Odwołujący, takie aplikacje, aby mogły funkcjonować najbardziej wydajnie
i być przyjazne w użyciu dla użytkownika końcowego, są instalowane bezpośrednio jako aplikacje na systemie operacyjnym. Ten sposób instalacji zapewnia użytkownikowi pełne wykorzystanie zasobów urzędu bez dodatkowych konfiguracji, tj. zapisywanie/odczytywanie plików na serwerach/dyskach lokalnych, korzystanie z preferencyjnych urządzeń do drukowania, skanowania, faxu itp., którymi każdy użytkownik końcowy indywidualnie dysponuje. Konteneryzacja jest zaś dodatkową warstwą, która zwiększa poziom złożoności architektury oraz wpływa na korzystanie z aplikacji. Stosowanie konteneryzacji uzasadnione jest w przypadku systemów chmurowych, systemów zawierających rozwiązania webowe
i aplikacji do samodzielnego rozwijania, zarządzania jej elementami, aktualizowania
i testowania przez administratorów systemów. Dodatkowo, aby móc zarządzać elementami aplikacji – mikrousługami, każdy użytkownik końcowy musiałby posiadać wiedzę
i kompetencje w zakresie obsługi platformy kontenerowej, np. Docker.

W związku z powyższym, jak stwierdził Odwołujący, we wdrożeniach systemów opartych o środowiska desktopowe ze względu na komfort i wydajność pracy Użytkownika Końcowego nie powinno stosować się rozwiązań z wykorzystaniem platformy do konteneryzacji. Dodatkowo zakresy wdrożenia odpowiadające szkoleniom i instruktażom oraz świadczeniom usług gwarancyjnych i serwisu technicznego z założenia nie dotyczą konteneryzacji.

• Przeprowadzenie instruktaży stanowiskowych dla ponad 500 Użytkowników Systemu,

• Świadczenie usług gwarancyjnych oraz serwisu technicznego dla wdrożonego Systemu,
a w tym dla wdrożonego systemu PZGiK i Systemu Zarządzania Bazą BDOT10k dla Wojewódzkiego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej w Rzeszowie przez okres 5 lat od daty zakończenia realizacji zamówienia.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie mógł ocenić spełnienia realizacji tego wymagania bez dodatkowych wyjaśnień i dowodów pozyskanych od Konsorcjum.

Odnośnie Usługi nr 3:

Odwołujący podniósł, że na podstawie dokumentów złożonych przez Konsorcjum nie można ocenić czy usługa w zakresie migracji została zrealizowana, ponieważ w referencji przedłożonej przez Konsorcjum (ta sama referencja, która miała udowadniać zakres z Usługi 1 oraz Usługi 2), na potwierdzenie spełnienia warunku, nie ma określenia „migracji".

Podobnie, jak zauważył Odwołujący, nie ma określenia wartości zrealizowanej usługi w zakresie oczekiwanym przez Zamawiającego. Co za tym idzie, zdaniem Odwołującego, referencja nie potwierdza spełnienia warunku postawionego przez Zamawiającego.

Jak wskazał Odwołujący, z dokumentacji postępowania – oświadczeń złożonych przez Konsorcjum - nie można jednoznacznie stwierdzić, że usługa w oczekiwanym zakresie została wykonana. Odwołujący zwrócił uwagę, że referencja potwierdzająca spełnianie Usługi nr 3 zawiera szeroki i dość szczegółowo opisany zakres prac, zrealizowany w ramach tego zadania, a w żaden sposób nie odnosi się do usługi, która dotyczy rzeczowego warunku Usługi nr 3, dopuszczającego do udziału w postępowaniu.

Jednocześnie, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie dokonał należytej weryfikacji czy dana usługa została zrealizowana w zamówieniu, na które Konsorcjum się powołuje. Zamawiający nie tylko zaniechał weryfikacji czy usługa

ta została zrealizowana, ale także tego czy ewentualna wartość zrealizowanej usługi odpowiada progowi, który zamawiający
w warunkach udziału w postepowaniu określił.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający na podstawie posiadanych dokumentów nie mógł:

a) Ocenić czy usługa została zrealizowana

b) Ocenić wartości zrealizowanej usługi

Powyższe, zdaniem Odwołującego, wyklucza możliwość uznania, iż Konsorcjum spełniło warunki udziału w postępowaniu.

Ponadto, jak podał Odwołujący, OPZ postępowania, którego dotyczy referencja (Woj. Podkarpackie), nie potwierdza spełnienia warunku realizacji zakresu wymaganego w Usłudze nr 3. Z OPZ wynika, że przedmiotem projektu była tylko i wyłącznie migracja jednego źródła danych, tj. bazy danych BDOT10k od jednego dysponenta, tj. Wojewódzkiego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej, a nie jak oczekiwał Zamawiający w niniejszym postępowaniu „z co najmniej 10 (dziesięciu) różnych źródeł danych (rejestrów/baz danych) pochodzących od minimum 5 zewnętrznych dysponentów danych". Z postanowienia tego nie wynika, że warunek ten został spełniony w rzeczowym zamówieniu, gdyż SWZ wskazuje wyłącznie na migrację danych z jednego źródła – Wojewódzkiego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej.

Odwołujący stwierdził, że podobnie jak w zakresie zarzutu do Usługi nr 2, tak samo
w odniesieniu do Usługi nr 3, referencja nie potwierdza również wartości zrealizowanej usługi. Zamawiający w warunku określonym w Usłudze nr 3 oczekiwał wykazania zrealizowania usługi migracji o „wartość usługi migracji danych nie może być mniejsza niż 100 000,00 PLN brutto".

Odwołujący uznał, że w referencji brak wskazania nie tylko wartości usługi migracji (lub tożsamej przedmiotowo), ale brak również wskazania wykonania takiej usługi lub tożsamej co do charakteru. Jak zauważył Odwołujący, tylko z Załącznika nr 7a (kolumna 5), złożonego przez Konsorcjum wynika, że wartość prac w oczekiwanym przez Zamawiającego zakresie wynosiła 170.000 zł brutto. Referencja jednak nie potwierdza takiej kwoty, zatem Zamawiający nie mógł mieć wiedzy o spełnieniu przez Konsorcjum warunku postawionego w zakresie Usługi nr 3 co do wartości.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że zważywszy na wszystkie powyższe okoliczności, Zamawiający nie miał podstaw aby uznać złożone przez Konsorcjum dokumenty (referencje) jako potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie realizacji Usług 1, 2 oraz 3. Zamawiający pozostawał w obowiązku odpowiedniej weryfikacji – wezwania do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów w postaci np. dokumentacji technicznej i/lub dokumentacji powdrożeniowej zamówienia, na które Konsorcjum się powołuje. Odwołujący podał, że niespełnienie warunków udziału w postępowaniu skutkuje wg. art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy Pzp odrzuceniem oferty, która została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Na wypadek, gdyby Izba uznała, że odrzucenie oferty Konsorcjum byłoby przedwczesne, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert, unieważnienie czynności wyboru wykonawcy oraz nakazanie wezwania Konsorcjum do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie spełnienia warunków udziału
w postępowaniu.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 124 pkt. 1 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia ministra rozwoju, pracy i technologii z dnia 23 grudnia 2020 r.
w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez brak zażądania od podmiotów udostępniających zasoby oświadczeń o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej Odwołujący podniósł, że Zamawiający nieprawidłowo przeprowadził weryfikację pod względem podmiotowym Konsorcjum.

Jak wskazał Odwołujący, przesłanka wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest przesłanką obligatoryjną, od której badania Zamawiający nie może odstąpić. Ponadto, art. 119 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego dodatkowy obowiązek badania przesłanek wykluczenia przewidzianych względem wykonawcy w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby. Dyspozycja powyższego przepisu determinuje zatem konieczność badania względem podmiotu trzeciego również przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, nie przewidując w tym zakresie wyjątków. Uregulowanie wynikające z art. 119 ustawy Pzp pozostaje w zgodności z obowiązkiem wynikającym z art. 124 pkt. 1 ustawy Pzp żądania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia oraz art. 125 ust. 5 ustawy Pzp żądania od podmiotu trzeciego jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, a więc również wstępnego oświadczenia co do braku wszystkich przesłanek wykluczenia, które zostały przewidziane w dokumentacji

postępowania względem wykonawcy, w tym przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – Część III sekcja C o treści „czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji". Regulacje ustawowe w tym zakresie są spójne i jednoznaczne co do obowiązków nałożonych na Zamawiającego w zakresie badania przesłanek wykluczenia względem podmiotu udostępniającego zasoby.

W kontekście oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej Odwołujący wskazał na regulacje unijne – motyw 84 oraz art. 63 dyrektywy 2014/24/UE, z których jednoznacznie wynika obowiązek weryfikacji podmiotu udostępniającego zasoby na tożsamych warunkach jak weryfikacja wykonawcy. Odwołujący podkreślił, że § 5 ust. 1 ww. rozporządzenia, regulując katalog podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw wykluczenia względem podmiotu trzeciego, których zamawiający może żądać pomija § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, a więc oświadczenie wykonawcy, „w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej".

Odwołujący zwrócił uwagę na rozbieżność co do żądania podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstawy wykluczenia podmiotu trzeciego z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w treści samego rozporządzenia, które jednak w § 5 ust. 1 przewiduje możliwość żądania od podmiotu trzeciego w par. 2 ust. 1 pkt 7 lit. c: „7) oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w: c) art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji." W świetle powyższego oczywistym jest, iż w zakresie żądania od podmiotu udostępniającego zasoby podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, uregulowanie wykonawcze pozostaje w sprzeczności z przepisami ustawowymi i unijnymi. Niewątpliwie kolizja norm ustawowych i wykonawczych powinna zostać rozwiązana zgodnie z regułą hierarchiczną *lex superior derogat legi inferiori*, nadającą prymat uregulowaniu ustawowemu, a w konsekwencji prowadzić do uznania, iż przesłanki wykluczenia przewidziane względem wykonawcy muszą zostać zbadane również w stosunku do podmiotu udostępniającego zasoby, w tym podstawa wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z art. 119 ustawy Pzp. W konsekwencji żądanie podmiotowego środka dowodowego określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia od podmiotu udostępniającego zasoby należało uznać za nie tylko za zgodne z ustawą Pzp, ale za obligatoryjne.

Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie przedmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415), wydane na podstawie art. 128 ust. 6 ustawy Pzp może regulować wyłącznie kwestie przypisane mu przez ustawę, a ta w art. 119 ustawy Pzp jednoznacznie stanowi o obowiązku badania przesłanek wykluczenia względem podmiotu trzeciego w zakresie identycznym jak przewidziane dla wykonawcy, nie stanowiąc w tym zakresie wyjątków.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 ustawy Pzp przez nieuprawnione utajnienie informacji z KRK dotyczącego podmiotów udostępniających zasoby, informacji zawartych w wykazie usług wraz z dowodami dotyczących podmiotów udostępniających zasoby oraz informacji zawartych w wykazie osób dotyczących podmiotów udostępniających zasoby Odwołujący podniósł, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa zaprezentowane przez Konsorcjum ma charakter ogólny i odnosi się wyłącznie do teorii prawa w zakresie możliwości zastrzeżenia dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa. Konsorcjum nie wykazało również wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Utrzymanie ww. dokumentów jako niejawnych jest, zdaniem Odwołującego, bezzasadne również z uwagi na okoliczność, że Zamawiający ujawnił zobowiązania podmiotów udostępniających zasoby.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło Konsorcjum.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części i udostępnia Odwołującemu:

1. Materiał dowodowy w postacie fotografii powołanej w protokole z posiedzenia komisji ws. Odrzucenia oferty Odwołującego (zarzut 2 odwołania),

2.Informacje z KRK dotyczące podmiotów udostępniających zasoby (zarzut 5 odwołania),
3.Informacje zawarte w wykazie usług dotyczące podmiotów udostępniających zasoby (zarzut 6 odwołania),
4.Informacje zawarte w wykazie osób dotyczące podmiotów udostępniających zasoby (zarzut 7 odwołania),
5.Zarzut dotyczący zaoferowanej przez Odwołującego wielkości monitora (część zarzutu 1 odwołania) .

Konsorcjum złożyło oświadczenie, że nie zgłasza sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w ww. części.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron
i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Za zasadny Izba uznała zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na dokonane rekonfiguracje oprogramowania, jakie miały mieć miejsce podczas demonstracji próbki.

Izba stwierdziła, że okoliczności przedmiotowej sprawy nie dowodzą w sposób jednoznaczny, że w toku prezentacji próbki doszło do modyfikacji kodu. O dokonaniu takiej modyfikacji przez Odwołującego nie może stanowić fotografia złożona przez Zamawiającego. W ocenie Izby, okoliczność, że Zamawiający wykonał fotografię podczas prezentacji próbki nie narusza przepisów ustawy Pzp. Jednak zdjęcie to nie przesądza o takim niedozwolonym działaniu Odwołującego. O takiej modyfikacji nie może świadczyć okoliczność, że w rzędzie 19 na widocznym na fotografii monitorze wykonawca wpisał myślnik, skoro poprzednie rzędy również zaczynają się od myślnika. Izba miała na uwadze, że protokół z prezentacji próbki nie potwierdza stanowiska Zamawiającego, iż „Komisja jednoznacznie zaobserwowała prowadzone modyfikacje". Treść protokołu z posiedzenia Komisji Oceniającej Próbkę z 23 i 24 sierpnia 2023 r. nie zawiera jakiejkolwiek adnotacji, że w toku prezentacji próbki przez Odwołującego członek Komisji dostrzegł działanie wykonawcy niezgodne z postanowieniami SWZ, brak jest informacji, że członkowie Komisji choćby powzięli wątpliwości co do przebiegu prezentacji próbki. W ocenie Izby, gdyby taka czynność została istotnie dostrzeżona, powinna ona znaleźć odzwierciedlenie w protokole. Tymczasem protokół z prezentacji próbki przez Odwołującego takiej informacji nie zawiera. Przeciwnie, w treści protokołu stwierdzono, że „Komisja w składzie wskazanym w załączniku nr 1 do protokołu oceniła badaną próbkę POZYTYWNIE". Nie ulega przy tym wątpliwości, że protokół zawierał miejsce na uwagi członków Komisji, nic nie stało zatem na przeszkodzie, aby członkowie Komisji wskazali w nim swoje wątpliwości co do prawidłowości przebiegu prezentacji próbki. Niezrozumiała jest
w ocenie Izby sytuacja, w której w protokole z posiedzenia Komisji Oceniającej Próbkę
z 23 i 24 sierpnia 2023 r. brak choćby wzmianki o spostrzeżeniach członków Komisji co do działań wykonawcy w toku prezentacji próbki, zaś w protokole z posiedzenia zdalnego Komisji Przetargowej z 29 sierpnia 2023 r. wskazano na podstawę odrzucenia oferty Odwołującego m.in. z uwagi na ingerencję w kod oprogramowania podczas prezentacji próbki w dniu
23 sierpnia 2023 r. Izba miała na względzie, że czynność prezentacji próbki została dokonana podczas posiedzenia Komisji Oceniającej Próbkę i do czasu posiedzenia Komisji Przetargowej w dniu 29 sierpnia 2023 r. nie mogły zaistnieć w tym zakresie nowe okoliczności. Izba stwierdziła, że opisane powyżej okoliczności nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego. Dana okoliczność, jeśli ma stanowić o odrzuceniu oferty wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, nie może budzić wątpliwości.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut dotyczący spełnienia przez Odwołującego wymagania, aby oferowana stacja robocza stacjonarna posiadała wbudowane porty: 4xUSB 3.0 Type-A port (pkt 4.1.2. OPZ poz. 16).

Bezsporna była między stronami okoliczność, że zaoferowana przez Odwołującego stacja robocza stacjonarna producenta Dell model: OptiPlex All-in-One 7410 nie posiada wymaganej liczby wbudowanych portów USB 3.0 Type-A. Odwołujący stwierdził, że wymóg ten został zrealizowany przez dołączenie do oferowanej stacji roboczej klawiatury USB wyposażonej w odpowiednią liczbę portów (Załącznik 7B do SWZ).

Izba stwierdziła, że dołączenie klawiatury USB nie wypełnia wymogu Zamawiającego, który dotyczył wbudowanych portów USB. Tego rodzaju niezgodność nie może zostać uznana za omyłkę podlegającą poprawieniu. Nie ulega bowiem wątpliwości, że poprawienie ww. niezgodności musiałoby polegać na zaoferowaniu innego urządzenia, co

wykracza poza dyspozycję przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Brak jest również podstaw do wdrożenia procedury wyjaśnień – treść oferty nie budzi wątpliwości, a stanowisko Odwołującego przedstawione w odwołaniu potwierdza prawidłowość decyzji Zamawiającego. W świetle powyższego, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu pozostaje złożona przez Odwołującego karta katalogowa zaoferowanej klawiatury.

Z uwagi na potwierdzoną powyżej niezgodność oferty Odwołującego z treścią SWZ w zakresie spełniania wymogu wbudowane porty: 4xUSB 3.0 Type-A, którą zasadnie Zamawiający uczynił podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, uwzględnienie zarzutu dotyczącego przebiegu prezentacji próbki pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

W ocenie Izby, nie potwierdziły się zarzuty Odwołującego dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Izba nie dopatrzyła się uchybień w ocenie przez Zamawiającego dokumentów złożonych przez Konsorcjum w zakresie posiadanego doświadczenia.

Na potwierdzenie warunku dotyczącego Usługi 1 Konsorcjum wskazało usługę zrealizowaną przez GIAP Sp. z o.o. na rzecz Województwa Podkarpackiego. Izba stwierdziła, że okoliczność, iż opis przedmiotu zamówienia określony przez Województwo Podkarpackie nie wymagał, aby wdrożony system umożliwiał realizację poszczególnych funkcjonalności w kryterium funkcjonalności z poziomu przeglądarki internetowej nie stanowi o niespełnianiu przedmiotowego wymagania przez Konsorcjum.

Jak wyjaśniło Konsorcjum, OPZ opracowany przez Województwo Podkarpackie umożliwiał dokonanie wyboru przez wykonawcę – czy dostarczy oprogramowanie dedykowane czy produkt gotowy. Wykonawca zrealizował zamówienie wybierając dostarczenie oprogramowania gotowego, w którym kwestionowana funkcjonalność jest standardem. Co za tym idzie, pomimo braku wymogu dostarczenia ww. funkcjonalności, wykonawca ją dostarczył i wdrożył, co potwierdza uprawnienie do legitymowania się przedmiotowym doświadczeniem. Spełnianie przedmiotowego wymagania zostało zweryfikowane przez Zamawiającego m.in. przez analizę systemu faktycznie wdrożonego w Województwie Podkarpackim. Powyższemu nie przeczy oświadczenie Marszałka Województwa Podkarpackiego z 22 września 2023 r., z którego można wywieść, że dana funkcjonalność nie była wymagana. Powyższe nie oznacza jednak, że funkcjonalność ta nie została zrealizowana. Posiadanie przez Konsorcjum odpowiedniego doświadczenia zostało ostatecznie potwierdzone w piśmie Dyrektora Departamentu Społeczeństwa Informacyjnego Województwa Podkarpackiego z 3 października 2023 r.

W odniesieniu do wymagań dotyczących Usługi 2 Izba stwierdziła, że nie można oczekiwać, że referencja potwierdzająca realizację danego zamówienia będzie posiadała treść, która potwierdzi wszelkie wymogi postawione w przyszłych postępowaniach, w których wykonawca postanowi powołać się na ten dokument. Zadaniem referencji jest jedynie potwierdzenie, że dane zamówienie zostało wykonane należycie. Referencję należy czytać wraz z oświadczeniem wykonawcy złożonym w ofercie, w tym np. w wykazie doświadczenia. To deklaracja wykonawcy co do zakresu wykonanych prac czy ich wartości stanowi potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Brak jest podstaw do twierdzenia, że informacje podane przez wykonawcę w ofercie powinny znaleźć odzwierciedlenie w treści referencji.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał nieprawidłowości badania doświadczenia Konsorcjum w zakresie Usługi 2, że usługa, którą legitymuje się Konsorcjum nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Wykonanie przez Konsorcjum w ramach usługi referencyjnej systemu działającego z wykorzystaniem środowiska konteneryzacji zostało potwierdzone w korespondencji z Województwem Podkarpackim z dnia 28 września 2023 r. oraz w piśmie Dyrektora Departamentu Społeczeństwa Informacyjnego Województwa Podkarpackiego z 3 października 2023 r.

Wskazane powyżej twierdzenia odnośnie treści referencji należy odnieść również do zarzutu dotyczącego Usługi 3. Potwierdzenie spełniania wymogu dotyczącego migracji można odnaleźć nie tylko w oświadczeniu wykonawcy, ale także w treści referencji złożonej przez Konsorcjum. Potwierdzeniem prawidłowości oceny oferty przez Zamawiającego jest również pismo Dyrektora Departamentu Społeczeństwa Informacyjnego Województwa Podkarpackiego z 3 października 2023 r., a także złożona przez Konsorcjum korespondencja Z Województwem Podkarpackim z 28 września 2023 r. Podkreślenia ponownie wymaga, że to treść wykazu sporządzonego przez wykonawcę służy potwierdzeniu spełniania warunku udziału w postępowaniu, zaś dodatkowe dokumenty, jak referencje, mają stanowić o należytym wykonaniu zamówienia.

Izba bez rozpoznania pozostawiła zarzut dotyczący zaniechania wezwania Konsorcjum do złożenia dokumentów w postaci oświadczeń o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej złożonych przez podmioty udostępniające zasoby. Zarzut ten dotyczy treści specyfikacji i na obecnym etapie postępowania jest zarzutem spóźnionym.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 3 pkt 2 w zw. z § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie").

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzpw wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie
z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia, w przypadku umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w części, zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli odwołanie w pozostałej części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało przez Izbę oddalone w całości – do ponoszenia i rozliczania kosztów stosuje się odpowiednio § 8 ust. 2 pkt 1. Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę, koszty ponosi odwołujący.

W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący:……...