

Sygn. akt: KIO 2105/23

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2023 r. przez Odwołującego **ZETO Lublin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Diamentowa 2, 20-447 Lublin, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gmina Poniatowa** ul. Młodzieżowa 2, 24-320 Poniatowa

przy udziale

Wykonawcy **MIKROBIT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Zana 39, 20-601 Lublin zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 5 – zaniechania odtajnienia wyjaśnień MIKROBIT Sp. z o.o. dotyczących oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 5 Ustawy.

2 Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – ZETO Lublin Sp. z o.o. i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset 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 Zamawiającego;
- 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 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 2105/23

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Poniatowa, w trybie podstawowym *nadstawę, wdrożenie i integrację systemów informatycznych z dostawą serwera dla Gminy Poniatowa w ramach projektu „Cyfrowa Gmina”* (sygn. postępowania: INP.271.10.2023), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11.05.2023 r., 2023/BZP 00211807/01, wobec czynności polegającej na badaniu, ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej (MIKROBIT Sp. z o.o.), wniesione zostało w dniu 18.07.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy ZETO Lublin Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie.

Zamawiający poinformował o podjętych czynnościach pismem z 13.07.2023 r.

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 266 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a), lit. b) i lit. c), art. 109 ust. 1 pkt 5), 7) i pkt 10), art. 109 ust. 3, art. 110 ust. 2 i 3, art. 111 pkt 4), art. 119 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej jako „PZP”) poprzez zaniechanie wykluczenia MIKROBIT oraz odrzucenia oferty MIKROBIT w sytuacji, gdy:
 - a. wykonawca ten podlegał wykluczeniu z Postępowania w związku z treścią pkt 8 Specyfikacji Warunków Zamówienia, albowiem podmiot, na którego zasoby Wykonawca się powoływał (MADKOM S.A. z siedzibą w Gdyni, „MADKOM”) podlegał wykluczeniu w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 5), 7) i 10) PZP,
 - b. nadto zaś MIKROBIT przedstawił w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, w szczególności poprzez zatajenie okoliczności świadczących o podleganiu MADKOM

wykluczeniu w oparciu o powyższy przepis art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7) PZP, co mogło mieć i miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu,

c. MIKROBIT nie spełniał jednego z warunków udziału w postępowaniu, nie mogąc wykazać się odpowiednią zdolnością techniczną i zawodową (pkt 9.1.1.2 SWZ);

d. brak było podstaw w oparciu o (niedopuszczalne) wyjaśnienia MIKROBIT do oceny, że podjęte czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 PZP, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy jak również brak było podstaw do uznania, że wykluczenie byłoby nieproporcjonalne.

2. art. 128 ust. 1 i ust. 4 PZP oraz art. 110 ust. 2 i 3 PZP poprzez:

a. zastosowanie instytucji żądania wyjaśnień do sytuacji, w której MIKROBIT uprzednio przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd, polegające na niezgodnym z prawdą oświadczeniu, iż względem podwykonawcy MADKOM nie zachodzą przesłanki wykluczenia, podczas gdy procedura wyjaśnień nie może służyć do zastąpienia informacji nieprawdziwych prawdziwymi;

b. wystąpienie przez Zamawiającego z żądaniem wyjaśnień z dnia 3 lipca 2023, podczas gdy przedstawienie oświadczenia o podleganiu wykluczeniu oraz o podjętych działaniach w obszarze *self-cleaning* powinny być rolą wykonawcy, którego obowiązkiem ustawowym jest notyfikowanie z własnej inicjatywy Zamawiającemu przesłanki wykluczenia, nawet w sytuacji, w której wykonawca subiektywnie nie uznaje się za podlegającego wykluczeniu;

c. uwzględnienie złożonych przez MIKROBIT w odpowiedzi na pismo z dnia 3 lipca 2023 wyjaśnień, podczas gdy brak było do tego podstaw prawnych,

3. art. 16 pkt 1) w zw. z art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a), lit. b) i lit. c), art. 109 ust. 1 pkt 5), 7), 8) i pkt 10), art. 109 ust. 3, art. 110 ust. 2 i 3, art. 111 pkt 4), art. 119, art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości wskutek w szczególności uprzywilejowania MIKROBIT w ten sposób, że Zamawiający (a) wystąpił o wyjaśnienia w obszarze *self-cleaning*, o które nie mógł wystąpić (b) uwzględnił wyjaśnienia MIKROBIT, których nie mógł uwzględnić (c) pominął okoliczność, iż został wprowadzony wcześniej przez MIKROBIT w błąd odnośnie braku przesłanki wykluczenia – podczas gdy w ramach postępowania nie można dopuszczać do tego, aby informacje nieprawdziwe dotyczące przesłanki wykluczenia zostały zastąpione prawdziwymi;

4. ewentualnie – naruszenie art. 122 PZP poprzez zaniechanie żądania, aby MIKROBIT w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił MADKOM innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu w sytuacji, gdy wskutek złożenia nierzetelnego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu przez MADKOM, zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia;

5. naruszenie art. 74 ust. 1 i 2 pkt 1 PZP w zw. z art. 18 ust. 1 PZP, art. 73 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu na jego wniosek informacji i dokumentów stanowiących odpowiedź MIKROBIT na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 128 ust. 4 PZP (wezwanie o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 5 PZP w zakresie informacji o braku podstaw wykluczenia wobec podmiotu trzeciego).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty MIKROBIT, przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności: odrzucenia oferty MIKROBIT wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 10 w zw. z art. 110 ust. 3, art. 111 pkt 4 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b, c Pzp, ewentualnie nakazanie wezwania przez Zamawiającego Wykonawcy MIKROBIT do zastąpienia MADKOM innym podmiotem lub podmiotami, lub samodzielnego wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, a także nakazanie odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień MIKROBIT złożonych na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp (wyjaśnienia dotyczące treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 5 Pzp w zakresie informacji o braku podstaw wykluczenia wobec podmiotu trzeciego).

Zarzuty w odwołaniu sprowadzają się do twierdzenia, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu na podstawie fakultatywnej przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, w związku z powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego podlegającego wykluczeniu w oparciu o wskazaną przesłankę, tj. MADKOM S.A. która z dnia 31 sierpnia 2022 r. Nr OR-IV.273.2.20.2022 na dostarczenie i uruchomienie Innowacyjnej Platformy Internetowej, zawarta pomiędzy Województwem Podkarpackim jako Zamawiającym, a MADKOM S.A. w Gdyni, nie została wykonana w

sposób należyty, co uzasadniało naliczenie temu podmiotowi kar umownych tytułem odszkodowania, na podstawie przesłanek umownych, w łącznej wysokości 263 528,78 zł. Wysokość naliczonej kary stanowiła blisko 25% całkowitej wartości brutto wynagrodzenia umownego. Na tej podstawie Zarząd Województwa Podkarpackiego w Rzeszowie podjął uchwałę Nr 481/9984/23 (załączoną do niniejszego odwołania) z dnia 18 kwietnia 2023 r. w sprawie odstąpienia ze skutkiem natychmiastowym od umowy Nr OR-IV.273.2.20.2022.

MADKOM S.A. złożył niezgodnie z prawdą oświadczenie, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawach wskazanych w pkt 8.2.2 swz. Dokonanie selfcleaningu przez MIKROBIT w tej sytuacji jest wykluczone. Sytuacja ta kwalifikuje MIKROBIT do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy.

Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu korespondencji prowadzonej w celu wyjaśnienia okoliczności związanych z umową realizowaną przez MADKOM S.A.

W związku z powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego podlegającego wykluczeniu Wykonawca nie wykazał również doświadczenia w realizacji co najmniej dwóch zamówień, zgodnie z pkt 9.1.1.2 swz. MIKROBIT wykazał się samodzielną realizacją wyłącznie jednego zamówienia w dziedzinie dostawy i wdrożenia elektronicznego obiegu dokumentów w Gminie Grybów. Stanowi to samodzielną podstawę do odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Ustawy.

Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 wezwał MIKROBIT do udzielenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 5 Ustawy w zakresie podstaw wykluczenia MADKOM z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Ustawy, co zdaniem Odwołującego było działaniem nieuprawnionym, gdyż wyjaśnienia nie mogły prowadzić do zastąpienia informacji nieprawdziwych prawdziwymi.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca MIKROBIT Sp. z o.o.

Zamawiający złożył w dniu 01.08.2023 r. odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W związku z czynnością Zamawiającego podjętą po wniesieniu odwołania, polegającą na przekazaniu Odwołującemu wyjaśnień, jakie Mikrobit złożył w zakresie dotyczącym oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 5 Ustawy, zarzut z pkt 5, tj. naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 pkt 1 w zw. z art. 18 ust. 1, a także art. 73 ust. 1 Ustawy stał się bezprzedmiotowy. Czynność Zamawiającego czyniła bowiem zadość żądaniu wskazanemu w pkt 3.3 odwołania. Odwołujący w stanowisku pisemnym i na posiedzeniu przed Izłą wnosił o umorzenie w tym zakresie postępowania odwoławczego. W świetle powyższego rozpoznaniu podlegały pozostałe zarzuty w całości podtrzymane przez Odwołującego.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym ofertę Mikrobit Sp. z o.o., wyjaśnień złożone w odpowiedzi na wezwanie z 3.07.2023 r. oraz pozostałe dowody przeprowadzone na rozprawie.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie podstawowym bez prowadzenia negocjacji na dostawę, wdrożenie i integrację systemów informatycznych z dostawą serwera dla Gminy Poniatowa w ramach projektu „Cyfrowa Gmina”.

W pkt 8.2.2 swz Zamawiający wskazał na podstawę do wykluczenia z postępowania objętą art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy mającą zastosowanie do wykonawcy, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękopisami.

W przetargu złożone zostały dwie oferty.

Wykonawca Mikrobit Sp. z o.o. w ofercie powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej z pkt 9.1.1.2 i 9.1.2.3 swz, tj. spółki MADKOM S.A. Podmiot ten złożył oświadczenie o tym, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie wskazanych w rozdziale 8 swz podstawach wykluczenia.

Odwołujący w dniu 28.06.2023 r. poinformował Zamawiającego, iż MADKOM S.A. w sposób nienależyty wykonał umowę zawartą w dniu 31.08.2022 r., nr OR-IV.273.2.20.2022 z Województwem Podkarpackim na dostarczenie i uruchomienie Innowacyjnej Platformy Internetowej. Zamawiający – strona umowy, kierując się uchwałą Zarządu Województwa

Podkarpackiego z 18.04.2023 r. odstąpił ze skutkiem natychmiastowym od umowy z powodu okoliczności leżących po stronie wykonawcy i naliczył karę w łącznej wysokości 263.528,78 zł, co stanowiło blisko 25% całkowitej wartości brutto wynagrodzenia umownego. W dniu 27.06.2023 r. powołany został z inicjatywy Zamawiającego zespół mediacyjny.

Zamawiający wezwał na podstawie art. 128 ust. 4 Ustawy MIKROBIT do wyjaśnienia treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 5 Ustawy w zakresie informacji o braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy wobec podmiotu trzeciego, tj. MADKOM S.A., w tym przedstawienia szczegółowych wyjaśnień dotyczących powodów oraz podstaw naliczenia kar umownych.

W odpowiedzi MIKROBIT w dniu 6.07.2023 r. przekazało wyjaśnienia MADKOM również z 6.07.2023 r. skierowane do MIKROBIT w związku z wezwaniem. MADKOM wskazał na prowadzone obecnie rozmowy pomiędzy stronami umowy w celu polubownego rozwiązania sporu, zainicjowane przez stronę zamawiającą. Jednocześnie wskazał na zaniechania w realizacji zobowiązań przez stronę zamawiającą, które uniemożliwiły wykonanie prac, kwestionując istnienie podstawy do odstąpienia przez zamawiającego od umowy i naliczenia kar umownych. W tych okolicznościach podmiot nie był zobowiązany do złożenia oświadczenia, którym potwierdzałby istnienie przesłanki do wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, jak również podejmowania samooczyszczenia. Załącznikami do tych wyjaśnień są pisma MADKOM kierowane do zamawiającego, w tym odpowiedź z 23.05.2023 r. na odstąpienie od umowy, jak również pisma w sprawie mediacji.

Zamawiający skierował również do Urzędu Marszałkowskiego w Rzeszowie pismo z wnioskiem o przekazanie informacji niezbędnych do oceny, w tym przedstawienia szczegółowych wyjaśnień dotyczących powodów oraz podstaw naliczenia kar umownych. Odpowiedź została przekazana pismem z 12.07.2023 r., w którym zreferowano przyczyny prowadzące do uznania przez zamawiającego, iż to okoliczności leżące po stronie wykonawcy uzasadniały odstąpienie od umowy przez zamawiającego. Ponadto, wskazane zostało, iż kary nie zostały na tą chwilę zapłacone, a strony wyraziły zgodę na polubowne rozwiązanie sporu w drodze mediacji.

W dniu 13.07.2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Mikrobit Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z umową Nr OR-IV.273.2.20.2022, termin realizacji określony został na 240 dni od dnia zawarcia umowy, realizacja nastąpić miała zgodnie z Harmonogramem Ramowym przedstawionym do akceptacji w terminie 7 dni roboczych od zawarcia umowy. Przewidziane zostały dwa rozliczeniowe etapy, tj. częściowy i końcowy z uwzględnieniem wymagania, że pierwszy etap zostanie zrealizowany w terminie 90 dni od zawarcia umowy (§ 5 ust. 3 umowy). Strony deklarowały współpracę w celu realizacji umowy. Beneficjentami projektu stanowiącego przedmiot umowy i stronami umowy byli oprócz Zamawiającego, wymienieni Partnerzy (13 gmin i Stowarzyszenie ROF – Rzeszowski Obszar Funkcjonalny). Zasady odbioru częściowego i końcowego określone zostały w § 10 umowy.

MADKOM zgłaszał gotowość odbioru etapu pierwszego w dniu 29.11.2022 r., 9.01.2023 r., 10.02.2023 r., 31.03.2023 r., realizując pomiędzy tymi zgłoszeniami zastrzeżenia co do zgodności realizowanych prac z przedmiotem Umowy. Zamawiający czterokrotnie odmówił dokonania odbioru częściowego uznając za każdym razem, iż stan realizacji dotychczas wykonanych prac nie dawał możliwości merytorycznej oceny przedstawionej dokumentacji analizy przedwdrożeniowej (zwaną DAP), wskazując każdorazowo na przyczyny negatywnej oceny. Zastrzeżenia Zamawiającego odnosiły się do udzielonych przez Wykonawcę licencji, uzgodnień z Partnerami Projektu, kompletności danych w DAP. W dniu 9.01.2023 r. Wykonawca przedstawił zmienioną koncepcję odbiegającą od analizowanego wcześniej rozwiązania, co do której Zamawiający negatywnie się odniósł nakazując zaprzestanie jej dalszego procedowania, zalecając powrót do wcześniej analizowanej koncepcji przy wykorzystaniu serwerów lokalnych opartych o infrastrukturę poszczególnych Partnerów wraz z uwzględnieniem wszystkich zaleceń określonych podczas spotkania w dniu 3.01.2023 r.- (pismo Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego z 18.01.2023 r. nr RR-IV.052.106.2020.MF). W kolejnym piśmie zawierającym negatywną ocenę zgłoszonego do odbioru częściowego systemu Zamawiający wezwał do *zaprojektowania założeń konfiguracji i parametryzacji oferowanego oprogramowania na infrastrukturze Zamawiającego z wyszczególnieniem założeń dla poszczególnych Partnerów projektu oraz koncepcji połączeń sieciowych oferowanego oprogramowania w kontekście działania całego systemu dla oprogramowania narzędziowego spełniającego wymagania Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 2. (...) Zamawiający zaleca przeprowadzenie przez Wykonawcę uzgodnień nowej, uwzględniającej zalecenia Zamawiającego oraz zapewniającej zgodność ze Szczegółowym Opiszem Przedmiotu Zamówienia koncepcji infrastruktury oferowanego systemu, a dopiero następnie przypisanie systemowi w konsultacji z Zamawiającym możliwych obciążeń i dobranie odpowiednich testów wydajnościowych w kontekście potencjalnego użycia, w tym także przez zewnętrznych użytkowników.* Ostatnia z odpowiedzi Zamawiającego z dnia 12.04.2023 r. na zgłoszenie gotowości odbioru wskazywała, m.in. na negatywną ocenę koncepcji oprogramowania narzędziowego, które miało być oprogramowaniem typu Desktop GIS, którego wszystkie moduły były zintegrowane i dostępne z poziomu jednego spójnego oprogramowania wdrożonego

u każdego Partnera indywidualnie – Wykonawca nie przedstawił jak realizowana będzie logika biznesowa oraz jak będą realizowane poszczególne warstwy oczekiwanej architektury narzędziowej, z uwzględnieniem zapewnienia spójności dla interfejsu użytkownika.

W piśmie z 19.04.2023 r. zamawiający na podstawie § 19 ust. 2 pkt 2 i 4 Umowy złożył oświadczenie MADKOM o odstąpieniu od umowy ze skutkiem natychmiastowym z powodu okoliczności leżących po stronie wykonawcy. Zamawiający uznał, iż żadna z koncepcji połączeń sieciowych określająca architekturę oprogramowania narzędziowego, zgłoszona do odbioru nie spełniła warunków i cech aplikacji typu desktop, w tym Desktop GIS. Zamawiający uznał, iż nie ma realnej możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w terminie umownym, a jego dalsze przesunięcie, o które występował wykonawca w pismach, o kolejne 120-150 dni kalendarzowych nie mogło być zaakceptowane.

W odpowiedzi na to oświadczenie MADKOM w piśmie z 2.05.2023 r. uznał za niewywołujące skutków prawnych dla umowy oświadczenie o odstąpieniu przez zamawiającego od umowy, sygnalizując uchybienia występujące po stronie zamawiającego, które miały uniemożliwić wykonawcy ukończenie prac w ramach etapu pierwszego. Stanowisko swoje rozwinął w piśmie z 7.03.2023 r., w którym szczegółowo opisał przebieg współpracy wynikający z zaleceń jakie otrzymywał od zamawiającego. Jednym z zaleceń było wykonanie prac na infrastrukturze zamawiającego, jednocześnie wykonawca nie otrzymał potwierdzenia, jaką infrastrukturą dysponuje zamawiający na cele realizacji umowy, co miało wpływ nie tylko na zapisy dokumentacji analizy przedwdrożeniowej będącej przedmiotem odbioru, ale również na zaakceptowany przez wszystkich Partnerów harmonogram realizacji prac. Informacje techniczne na temat serwera centralnego oraz dostępu są niezbędne do pozyskania przez Partnerów Projektu certyfikatów EPUAP oraz Węzła Krajowego. Ponadto, zasadniczym zastrzeżeniem wobec stanowiska Komisji Odbiorowej było wskazanie, które z zapisów SOPZ nakładały na wykonawcę realizację funkcji oprogramowania narzędziowego bez użycia internetu, co miało związek z wyłączeniem przez zamawiającego w trakcie prac dostępu do serwera centralnego bez informowania, że środowisko zamawiającego zostało udostępnione tylko na cele pilotażu. Ponieważ zamawiający nie zdefiniował technologii oprogramowania narzędziowego, a funkcjonalność jednego z modułów (do tworzenia i przeprowadzania geoankiet) wymusza zastosowanie technologii z wykorzystaniem przeglądarki internetowej, wykonawca wskazywał, iż przedstawione rozwiązanie zapewnia możliwość realizacji celów projektu, a całość zamówienia to wykonanie i wdrożenie Platformy Internetowej. Wykonawca wskazał również na konsekwencje, jakie należy wiązać z wyborem oferty i pozytywną oceną próbki przedstawionej w postępowaniu przetargowym, zawierającej tożsame rozwiązania jak w opisie dokumentacji stanowiącej przedmiot odbioru etapu pierwszego.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwołanie zasadniczo zostało oparte na ocenie znaczenia, jakie dla oświadczenia złożonego przez podmiot udostępniający zasoby Wykonawcy MIKROBIT miało odstąpienie w kwietniu 2023 r. od umowy realizowanej przez ten podmiot (MADKOM) na rzecz Województwa Podkarpackiego. Odwołujący wskazując na podstawę do wykluczenia MIKROBIT z art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 10 Ustawy jednocześnie odnosił się wyłącznie do okoliczności mających wyczerpywać przesłankę z pkt 7. Na posiedzeniu Odwołujący potwierdził, iż uzasadnienie zarzutu związane jest z odstąpieniem od umowy i ustaleniem, iż powodem tego odstąpienia były okoliczności, za które odpowiadał wykonawca, co odnosiło się do art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Również w oparciu o ten przepis Odwołujący ostatecznie zakreślił żądanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania w związku z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd.

Punktem odniesienia stało się zatem ustalenie, czy składając oświadczenie w ofercie podmiot udostępniający zasoby wprowadził Zamawiającego w błąd co do braku podstaw wykluczenia z postępowania w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, czego konsekwencje miały również znaczenie dla samego Wykonawcy, podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy. Odwołujący wskazywał w tym zakresie, iż działania Zamawiającego miały prowadzić do umożliwienia Wykonawcy przeprowadzenia procedury samooczyszczenia – składanymi wyjaśnieniami, co nie było możliwe w sytuacji, gdy w oświadczeniu o którym mowa w art. 125 ust. 5 Ustawy podmiot udostępniający zasoby nie potwierdził istnienia podstawy do wykluczenia. Zasadniczo Odwołujący wskazywał na brak możliwości zastąpienia nieprawdziwego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, co powinno prowadzić do wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Ocena oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby była również powiązana z oceną spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, na potrzeby którego Wykonawca korzystał z potencjału podmiotu trzeciego.

Odwołujący przedstawił dowody wskazujące na fakt odstąpienia ze skutkiem natychmiastowym od umowy realizowanej przez MADKOM na rzecz Województwa Podkarpackiego i naliczenia przez zamawiającego kar umownych. Oświadczenie zamawiającego, którym ten wskazuje na odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, które prowadziły do braku realizacji umowy, miało w ocenie Odwołującego być przesądzające dla oceny spełnienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, zgodnie z którą wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który z przyczyn leżących po

jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Odwołujący uznając, iż czynności podjęte w postępowaniu w celu wyjaśnienia przyczyn, prowadzących do odstąpienia od umowy nie mogły mieć miejsca, wnosił również o pominięcie nowych dowodów złożonych na rozprawie przez Przystępującego w celu odparcia zarzutów niezgodności oświadczenia złożonego w ofercie.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych na rozprawie i dotyczących realizowanej przez MADKOM umowy Nr OR-IV.273.2.20.2022, w tym korespondencję pomiędzy stronami kontraktu wskazującą na zdarzenia, które poprzedzały złożenie oświadczenia o odstąpieniu przez zamawiającego ze skutkiem natychmiastowym od umowy. Zgromadzony materiał dowodowy wykraczał poza informacje przekazane przez Odwołującego Zamawiającemu w postępowaniu przetargowym, jak również załączone do odwołania. Jednocześnie należy zauważyć, iż sam Odwołujący wskazał, iż dokonał selekcji materiału uzyskanego w drodze dostępu do informacji publicznej, co uprawniało do przyjęcia dodatkowej korespondencji, jaka miała miejsce pomiędzy stronami kontraktu.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż postępowanie przetargowe prowadzone jest na podstawie przepisów dla zamówień o wartości poniżej progów unijnych, a w ofertach składane były oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia, sporządzane na wzorze stanowiącym element swz. Tym samym wykonawcy, jak i podmioty udostępniające swoje zasoby nie składali oświadczeń w JEDZ, a tym samym nie było oświadczenia wstępnego, do którego miały mieć odniesienie wypracowane w orzecznictwie tezy, w tym związane z oceną prawdziwości udzielonej odpowiedzi na pytania, które nie mają identycznego brzmienia jak przesłanki wykluczenia, w tym objęta normą art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Powyższe oznaczało, że ocenie pod kątem możliwego wprowadzenia w błąd, podlegało oświadczenie podmiotu udostępniającego zasób, tj. MADKOM o braku podstaw do wykluczenia wskazanych w rozdziale 8 swz, tj. z pkt 8.2.2 swz, referującej do art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Jednocześnie należy zaznaczyć, iż w ramach oferty, jak i wyjaśnienia treści oświadczenia nie doszło do wszczęcia procedury samooczyszczenia, która jak słusznie podnosiły strony, dedykowana jest wykonawcy, który podlega wykluczeniu. W niniejszej sprawie spornym było to, czy MADKOM był uprawniony do pominięcia faktu odstąpienia od umowy Nr OR-IV.273.2.20.2022.

Oddalając w całości zarzuty Izba uznała za bezpodstawne zarówno tezy co do wadliwości czynności Zamawiającego polegających na wyjaśnieniu treści oświadczenia MADKOM, jak również wywodzone z faktu odstąpienia od umowy wnioski o spełnieniu przesłanki do wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy.

Odnosząc się zatem do samego działania Zamawiającego polegającego na wezwaniu do złożenia wyjaśnień treści oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, skierowanego zarówno do Wykonawcy, jak i strony umowy, która złożyła oświadczenie o odstąpieniu, skład orzekający uznał, iż wezwanie to nie stanowiło próby obejścia przepisu nakazującego wykluczenie z postępowania, ale miało wyłącznie na celu pozyskanie szerszej informacji, niż przekazana przez Odwołującego w ramach prowadzonej procedury przetargowej. Mając na uwadze faktyczną podstawę czynności Zamawiającego Odwołujący błędnie wnioskował o niedopuszczalności wyjaśnienia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia podmiotu na zasoby, którego MIKROBIT powołał się w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W szczególności błędne są wnioski Odwołującego co do rzekomego umożliwienia tym wyjaśnieniem zastąpienia oświadczenia złożonego w ofercie, czy też zastosowania procedury selfcleaningu. Okoliczności wynikające z dokumentacji postępowania wskazują natomiast, iż na skutek wyjaśnienia okoliczności w jakich doszło do odstąpienia od umowy przez Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego zawartej z MADKOM, Zamawiający jedynie uzyskał dodatkowe informacje, na podstawie których mógł odnieść się do zarzutu podniesionego w piśmie złożonym w toku postępowania, przed podjęciem decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej lub ewentualnym wykluczeniu Wykonawcy z postępowania. Czynności te należy traktować jako mieszczące się w badaniu oferty przed jej wyborem, pozwalające na zachowanie zasad uczciwej konkurencji, w szczególności, gdy informacje pochodzące od wykonawcy ubiegającego się o to samo zamówienie, miałyby prowadzić do eliminacji konkurencyjnej oferty. Czynności te nie prowadziły do zmiany oświadczeń złożonych w ofercie, a tym samym nie może być mowy o jakimkolwiek ingerowaniu Zamawiającego w treść oświadczenia. Konieczność wyjaśnienia okoliczności, w jakich doszło do odstąpienia od umowy była podyktowana wyłącznie informacją przekazaną przez Odwołującego, a dla zapewnienia prawidłowości czynności w postępowaniu Zamawiający słusznie umożliwił Wykonawcy odniesienie do podniesionych zarzutów. Nie mając szerszej wiedzy na temat przebiegu realizacji umowy Zamawiający, na którym spoczywałby ciężar wykazania podstaw wykluczenia z postępowania, mógł podjąć pochopną decyzję. Ponieważ to Zamawiający odpowiada za prawidłowość czynności, jakie podejmuje w postępowaniu, samo zawiadomienie od uczestnika przetargu, nie zwalnia go z obowiązku

rzetelnej oceny przekazanych informacji.

Przechodząc dalej już do oceny spełnienia przesłanki do wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy należy na wstępie zauważyć, iż to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania zasadności zarzutu zaniechania wykluczenia MIKROBIT z postępowania, co w niniejszej sprawie zasadniczo wymagało odniesienia się do ustalenia, czy uprawnionym było twierdzenie, iż prowadzącymi do odstąpienia od umowy były okoliczności leżące po stronie wykonawcy. Przepis Ustawy tylko do takich podstaw nawiązuje wskazując na konsekwencje w postaci odstąpienia od umowy, jej wypowiedzenia, czy też odszkodowania, wykonania zastępczego, realizacji uprawnień z tytułu rękojmi. Samo stwierdzenie, że miało miejsce odstąpienie od umowy, jak i pozostałe wskazane w przepisie skutki, nie jest wystarczające dla stwierdzenia, iż wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy również zauważyć, iż w przepisie mowa jest o okolicznościach leżących po stronie wykonawcy, a zatem jeżeli nie można przypisać odpowiedzialności tej stronie kontraktu, a odpowiedzialność rozkłada się na obie strony umowy, nie jest możliwe ustalenie, że prowadzącymi do odstąpienia od umowy (i pozostałych wskazanych w przepisie skutków) były okoliczności leżące po stronie wykonawcy. Niebudzącym wątpliwości jest stanowisko doktryny i orzecznictwa, iż przesłanki wykluczenia z postępowania nie podlegają wykładni rozszerzającej. Jak wskazał w wyroku z dnia 17.06.2022 r., sygn. akt XXIII Zs 71/22 Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych, *Wykluczenie z postępowania jest, w ocenie sądu okręgowego, quasi sankcją karną, zatem wszystkie przesłanki dotyczące niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania oraz przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy powinny być szczegółowo zbadane*. Zgodnie z tym stanowiskiem nie można opierać się na samym fakcie rozwiązania umowy z wykonawcą i konieczne jest wykazanie, iż do tego rozwiązania doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę.

Przenosząc powyższe na stan sprawy, spornym pozostawało pomiędzy stronami ustalenie, czy można przypisać odpowiedzialność wykonawcy za niepowodzenie kontraktu w sytuacji gdy okoliczności ustalone na podstawie dokumentów wskazują, że przyczyny mogły być spowodowane przez okoliczności niezawinione przez wykonawcę. Odwołujący wyłącznie opierał się na uzasadnieniu odstąpienia od umowy i fakcie naliczenia znaczących kar umownych, tymczasem Zamawiający ocenił wyjaśnienia, które zawierały korespondencję prowadzoną pomiędzy stronami kontraktu jeszcze przed jego zakończeniem.

Izba po zapoznaniu się ze złożonymi dowodami uznała, iż przyczyny, które miały prowadzić do odstąpienia od umowy, a w konsekwencji niewykonania umowy przez MADKOM nie obciążają jednoznacznie wykonawcy. Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego udowodniono fakt odstąpienia od umowy przez zamawiającego, naliczenie kar, jak również powstanie sporu i jego podstaw faktycznych w zakresie oceny strony, której należy przypisać odpowiedzialność za brak wykonania umowy. Zebrany materiał dowodowy nie pozwala natomiast na ustalenie faktów, które mogłyby stanowić podstawę do rozstrzygnięcia jak ten spór się zakończy. Innymi słowy, zgromadzone dowody dają podstawy do przyjęcia istnienia sporu, ale nie pozwalają na ustalenie, która ze stron ma w tym sporze rację, co jest konieczne do wykazania zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy (podobnie w wyroki KIO z 25.01.2021 r. sygn. akt KIO 3301/20).

W szczególności podane w piśmie z 23.05.2023 r. stanowisko jakie MADKOM skierował do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego wskazuje na istnienie niezależnych od wykonawcy przeszkód, które prowadziły do wydłużenia realizacji I etapu, co miało związek przede wszystkim ze środowiskiem, w tym wyłączeniem przez zamawiającego dostępu do serwera centralnego, na którym wykonawca wcześniej pracował. Zmiana ta miała znaczenie również dla wykonania zobowiązań Partnerów Projektu w zakresie pozyskania certyfikatów integracyjnych z systemami zewnętrznymi. Ponadto, wykonawca wskazał na narzucone przez zamawiającego zmiany zasad konsultacji z Partnerami Projektu w stosunku do przyjętych w dniu 25.10.2023 r., tj. już bez udziału Zamawiającego, co spowodowało konieczność tworzenia 15 modeli oprogramowania aplikacyjnego, w miejsce jednego dla Partnerów Projektu, dostosowanych do indywidualnych środowisk każdego z Partnerów Projektu. Wykonawca już w dniu 14.11.2022 r. zaprezentował wyniki konsultacji społecznych na Konferencji Konsultacyjnej, gdzie nie było zgłaszanych uwag. Te pojawiły się dopiero od momentu pierwszego zgłoszenia gotowości odbioru etapu I, co miało miejsce 29.11.2022 r. Dalsze komplikacje miały wynikać, m.in. z wskazanych powyżej zmian zasad realizacji prac, konieczności dostosowywania się wykonawcy do zgłaszanych uwag, czy też braków sprzętowych po stronie Partnerów Projektu.

Jest to tylko niewielka część przyczyn jakie wskazuje wykonawca, które nie znalazły w zasadzie żadnego odniesienia w piśmie przekazanym przez Województwo Podkarpackie do Zamawiającego. Wskazana w tym stanowisku przyczyna związana z negatywną oceną koncepcji, która miała nie spełniać warunków i cech aplikacji typu desktop, w tym Desktop GIS, spotkała się z odmienną oceną drugiej strony, gdzie wskazano na zaakceptowaną na etapie wyboru oferty próbką rozwiązania, jakie opracował następnie wykonawca, jak również brakiem zapisów w swz jednoznacznie wyłączających

możliwość wykorzystania sieci internet. Jak wskazał wykonawca, sieć ta była wykorzystywana w początkowym okresie prac, do czasu gdy zamawiający wyłączył serwer centralny bez wskazania, że środowisko zamawiającego zostało udostępnione tylko na cele pilotażu.

Oceniając te okoliczności należy przyznać rację Zamawiającemu, na którym ewentualnie spoczywałby obowiązek wykazania podstaw do wykluczenia MIKROBIT z postępowania. Faktycznie Zamawiający nie miał możliwości skonfrontowania stanowisk stron umowy w takim stopniu, aby wyłonił się jednoznaczny obraz okoliczności, którymi można byłoby obciążyć wyłącznie wykonawcę. Przy zamówieniu wymagającym współpracy, a ta była konieczna tak ze strony Partnerów Projektu, jak i samego Zamawiającego, innowacyjnym charakterze przedmiotu umowy, który miał być wykonany w oparciu o zaoferowane w ofercie oprogramowanie, weryfikowane w oparciu o próbkę ocenianą w przetargu, nie można było w sposób obiektywny uznać, iż do odstąpienia od umowy faktycznie prowadziły przyczyny leżące po stronie wykonawcy. Jak wynika z całości materiału dowodowego wykonawca przygotowywał koncepcje, odpowiadając również na zgłaszane uwagi, zgłaszając czterokrotnie gotowość do odbioru a dopiero końcowe efekty współpracy stron umowy zakończyły się ze strony zamawiającego stwierdzeniem, iż przedstawiane do odbioru prace nie były zgodne z opisem przedmiotu zamówienia. Jednocześnie druga strona podnosiła, iż ta niezgodność nie wynika z konkretnych postanowień swz, w których miałyby być wyłączone korzystanie z sieci internet przy tworzeniu Platformy Internetowej. Bardzo często uwagi prezentowane w pismach od zamawiającego miały charakter ogólnych zastrzeżeń co do braku zgodności z przedmiotem zamówienia, bez szczegółowego określenia na czym miała ona polegać z odniesieniem do konkretnego parametru przedmiotu zamówienia. Uwzględniając koncepcyjny charakter przedmiotu dostawy, należało oczekiwać, iż stwierdzenie niezgodności rozwiązania z cechami aplikacji typu desktop, powinno mieć miejsce jak nie na etapie oceny próbki, to co najmniej w początkowym etapie realizacji etapu I. Tymczasem przebieg procesu mającego poprzedzać wdrożenie systemu wskazuje, że wnioski zamawiającego co do zgodności oferowanego oprogramowania były efektem szeregu uzgodnień i samego procesu, na który wpływ miał szereg czynności, w tym również dostępność infrastruktury na której system ten miał pracować.

Podstawą wykluczenia z postępowania nie mogą być domysły, czy też niejasne przesłanki, których charakter wskazywać może na konieczność uwzględnienia również innych przyczyn, niż te za jakie odpowiadać miał wyłącznie wykonawca. W sytuacji gdy zamawiający nie może w sposób przekonujący wskazać, iż to przyczyny leżące po stronie wykonawcy prowadziły do odstąpienia od umowy, wykluczenie z postępowania prowadziłoby do naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy.

W konsekwencji Izba oddaliła odwołanie w całości. W sytuacji, gdy nie zostało wykazane przez Odwołującego, iż wobec MADKOM zachodziła podstawa do wykluczenia objęta art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, nie było uzasadnienia dla twierdzenia, iż oświadczenie, w którym jako podmiot trzeci potwierdzić, że nie zachodzą podstawy do jego wykluczenia z postępowania, mogło wprowadzać Zamawiającego w błąd. Tym samym, nie było również podstawy do uznania na tej podstawie, że Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd, jak również, że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust 2 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis, a także koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i obciążyła nimi Odwołującego.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: