Sygn. akt: KIO 2908/12

WYROK
z dnia 17 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Marek Szafraniec

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 stycznia 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 grudnia 2012 r.** przez wykonawcę **Zeto Świdnica Sp. z o.o., ul. Grodzka 15, 58-100 Świdnica** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Prokuratura Generalna, ul. Barska 28/30,02-315 Warszawa**

przy udziale **IT CULTURE Sp. z o.o. Sp. K.-A., ul. Pańska 98/52, 00-837 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2908/12 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Zeto Świdnica Sp. z o.o., ul. Grodzka 15, 58-100 Świdnica** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Zeto Świdnica Sp. z o.o., ul. Grodzka 15, 58-100 Świdnica** tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Zeto Świdnica Sp. z o.o., ul. Grodzka 15, 58-100**

Świdnica na rzecz **Prokuratury Generalnej, ul. Barska 28/30, 02-315 Warszawa,** która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

……

Członek:

……

……

Sygn. akt: KIO 2908/12

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Prowadzenie nadzoru autorskiego nad eksploatacją systemu, wsparcie techniczne dla użytkowników systemu oraz modyfikacje i rozbudowa Systemu Informatycznego Prokuratury Libra, Libra 2, wspomagającego pracę w powszechnych*

jednostkach organizacyjnych prokuratury", zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2012/S 134-223511 z dnia 14.07.2012 r. przez Prokuraturę Generalną, ul. Barska 28/30,02-315 Warszawa zwaną dalej: *„Zamawiającym".*

W dniu 19.12.2012 r. (faxem) Zamawiający przesłał zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej IT CULTURE Sp. z o.o. Sp. K.-A., ul. Pańska 98/52, 00-837 Warszawa zwanej dalej: *„IT CULTURE Sp. z o.o. Sp. K.-A."* albo *„Przystępującym".* Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert zajęta firma - Zeto Świdnica Sp. z o.o., ul. Grodzka 15, 58-100 Świdnica zwana dalej: *„Zeto Świdnica Sp. z o.o."* albo *„Odwołującym".*

W dniu 28.12.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp oraz art. 182 ust.1 pkt 1 w zw. z art. 179 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp"* odwołanie Zeto Świdnica Sp. z o.o. na w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 28.12.2012 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Wnosił odwołanie wobec czynności Zamawiającego: 1) Zaniechania wykluczenia z postępowania Wykonawcy IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K – A; 2) Wyboru oferty IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K - A jako najkorzystniejszej. Zaniechanie wykluczenia, a w konsekwencji odrzucenia Wykonawcy IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K - A z postępowania, a także czynność wyboru przez Zamawiającego ofert w/w Wykonawcy jako najkorzystniejszej narusza:
a) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców
b) art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp poprzez niewykazanie przez Wykonawcę IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K – A spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.
c) art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia a w konsekwencji odrzucenia Wykonawcy IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K – A z postępowania, w związku z niezłożeniem

---

przez Prezesa Spółki Panią K…….. ś…… informacji z KRK oraz informacji ZUS wystawionej na Spółkę.
d) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez złożenia przez IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K – A nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania
e) art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 5 Pzp poprzez nieodrzucenie oferty IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K – A, której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SIWZ",* jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji jak również ze względu na fakt. iż Wykonawca IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K – A powinien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania. W związku z tym, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu: a) unieważnienia wyboru oferty IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K – A; b) wykluczenie z postępowania IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K – A; c) wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący przedstawił opis czynności podjętych w postępowaniu oraz dokumentacji udostępnionej Odwołującemu, mających wpływ na naszą decyzję o złożeniu odwołania. W dniu 22.08.2012 r., tj. na dzień składania ofert do Zamawiającego wpłynęły dwie oferty, oferta firmy IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K – A oraz oferta Odwołującego. Firma IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K – A utajniła jej część od strony 16 do 25 jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Ta część oferty prezentowała dokumenty potwierdzające spełnienie podstawowych warunków udziału w postępowaniu z art. 22 Pzp żądane przez Zamawiającego doświadczenia, tj. wykaz wykonanych usług oraz fakt dysponowania zasobami ludzkimi o określonej wiedzy i doświadczeniu gwarantującym należyte wykonanie usługi nadzoru autorskiego. W dniu 23.08.2012 r. Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie oferty złożonej przez IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K-A. W dniu 23.08.2012 r. Zamawiający wysyła pismo do IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K-A o wyjaśnienie zastrzeżenia w części oferty tajemnicy przedsiębiorstwa. Odpowiedzi Odwołującemu, jak wskazał nie ujawniono. Odwołujący przedstawił ocena oferty IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K-A dokonaną przez Specjalistę ds. zam. publ. Panią K…… S…….. Zgodnie z nią - oferta prawidłowo podpisana. Wykonawca nie załączył do oferty:
1. aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłaceniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne. lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych

płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
2. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert dotyczącej Pani K…… ś…….. Nadto stwierdził, że należy wyjaśnić, czy osoby w załączonym do oferty *„Wykazie osób"* w poz. Nr 3,4 i 5 posiadają wymagane przez

Zamawiającego doświadczenie. o którym mowa w Rozdz. V pkt. 1 ppkt. 1.3b SIWZ w zakresie pkt 4. W załączonym do oferty *„Wykazie osób"* w poz. nr 6 i 7 w rubryce *„Doświadczenie"* brak informacji o posiadanym doświadczeniu, wymaganym przez Zamawiającego, o którym mowa w Rozdz. V pkt 1 ppkt 1.3b SIWZ w zakresie pkt 6. Ponadto wykonawca w załączonym do oferty: *„Wykazie wykonanych usług ..."* przedstawił 2 usługi, z których każda zawiera tylko 1 aplikację. Zamawiający zgodnie z zapisem rozdziału V pkt 1 ppkt 1 i 2 SIWZ wymagał *„co najmniej 1 usługi obejmującej wykonanie nowego oprogramowania oraz prowadzenia nadzoru autorskiego, wsparcia technicznego i modernizacji oprogramowania w zakresie co najmniej jednej aplikacji wykonanej w oparciu o architekturę klient - serwer, przy jednoczesnym wykorzystaniu następujących technologii:*
a) serwera aplikacyjnego MS SQL.
b) technologii Magic Deployment Open Client,
c) bazy danych MS SQL zainstalowanej na środowisku MAGIC Runtime firmy Magie Software Enterprises Ltd., oraz co najmniej jednej aplikacji wykonanej w oparciu o architekturę klient - serwer, przy jednoczesnym wykorzystaniu następujących urządzeń i technologii:
a) serwera aplikacyjnego MS SQL,
b) technologii NET
c) bazy danych MS SQL zainstalowanej na środowisku Framework firmy Microsoft. Przynajmniej jedna z aplikacji spełniających powyższe warunki powinna być eksploatowana w co najmniej 100 lokalizacjach, z co najmniej 15 użytkownikami w każdej lokalizacji".
Odwołujący przedstawił Zestawienie spełniania warunków sporządzone przez Komisję Przetargową z którego wynikało, że oferta Przystępującego nie spełniała warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Nadto, nie złożono wraz z ofertą aktualnego zaświadczenie właściwego oddziału ZUS oraz aktualnej informacji z KRK o osobie.

Ze sporządzonego zestawienia wynikało, w ocenie Odwołującego, że jedyną ofertą która spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ jest oferta Wykonawcy ZETO Świdnica Sp. z o.o. W dniu 05.09.2012 r. Zamawiający wystosował do IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K-A wezwanie do przedłożenia następujących dokumentów:
1) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, wystawionej na Panią K……. ś…….
2) aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych

płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.
3) wykazu wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert - a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum 1 usługę, z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentów potwierdzających , że usługi te zostały wykonane należycie,
4) wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywania przez nie czynności wraz z informacja o podstawie dysponowania tymi osobami. Zamawiający stwierdził, że do złożonej oferty nie zostały załączone dokumenty, o których mowa w Rozdz. V pkt 3 ppkt 8 i 9 SIWZ. Z kolei

w załączonym do oferty *„Wykazie osób"* stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ brak osób posiadających co najmniej 3 - letnie doświadczenie w zakresie wykonywania przedstawionych niżej prac:
1) analizy i systemów o zbliżonej architektury wielomodułowych informatycznych funkcjonalności i wielkości.
2) programowania w : technologii Magic Deployment Open Client, wersja 9.4. w celu naprawy, modyfikacji i tworzenia nowych elementów programu w ramach systemu SIP Libra, zgodnie z opisem technicznym systemu zamieszczonym w załączniku nr 1 do umowy *„Ogólny opis systemu informatycznego prokuratury".*
3) w zakresie programowania z wykorzystaniem każdego z narzędzi:
a. MS SQL.
b. Magic e Developer for Windows.
c. MS Visual Studio 2005. w języku C# firmy Microsoft.
d. Borland Delhi.

Zamawiający zgodnie z zapisem Rozdz. V pkt 1 ppkt 1.3 b) SIWZ wymagał, aby Wykonawca dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym: *co najmniej 5 osobowym zespołem projektantów i programistów, z minimum 3 letnim doświadczeniem w zakresie wykonywania przedstawionych niżej prac z czego:*
1) najmniej dwie osoby posiadają kwalifikacje w zakresie zarządzania bazą danych MS SQL uruchomioną w środowisku Magie Runtime v.9.4,
2) co najmniej dwie osoby posiadają kwalifikacje w zakresie zarządzania bazą danych MS SQL uruchomioną w środowisku Framework v.2.0,
3) co najmniej dwie osoby posiadają kwalifikacje w zakresie administrowania serwerów bazy danych MS SQL
4) co najmniej dwie osoby posiadają kwalifikacje analityków w zakresie analizy i architektury

wielomodułowych systemów informatycznych o zbliżonej funkcjonalności i wielkości,
5) co najmniej dwie osoby posiadają kwalifikacje projektantów systemów informatycznych o zbliżonej architekturze i funkcjonalności.
6) co najmniej dwie osoby posiadają kwalifikacje w zakresie programowania i technologii Magic Deployment Open Client, wersja 9.4. w celu naprawy, modyfikacji i tworzenia nowych elementów programu w ramach systemu SLP Libra, zgodnie z opisem technicznym systemu zamieszczonym w załączniku nr 1 do umowy „Ogólny opis systemu informatycznego prokuratury"
7) co najmniej dwie osoby posiadają kwalifikacje w zakresie programowania w technologii NET w celu naprawy, modyfikacji i tworzenia nowych elementów programu w ramach systemu SIP Libra2, zgodnie z opisem technicznym systemu zamieszczonym w załączniku nr 1 do umowy „Ogólny opis systemu informatycznego prokuratury "
8) w ramach wymienionych wyżej technologii, co najmniej dwie osoby posiadające kwalifikacje w zakresie programowania z wykorzystaniem każdego z narzędzi:
a. MS SQL,
b. Magic e Developer for Windows.
c. MS Visual Studio 2005, w języku C # firmy Microsoft.
d. Borland Delhi.
oraz zespołem co najmniej 3 testerów oprogramowania, z co najmniej rocznym doświadczeniem w zakresie testowania wielomodułowych systemów informatycznych o zbliżonej funkcjonalności i wielkości". Ponadto, Zamawiający zauważył w załączonym do oferty *„Wykazie wykonanych usług, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych"* stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, stwierdził brak usługi o wartości nie mniejszej niż 500 000.00 zł netto, obejmującej wykonanie nowego oprogramowania oraz prowadzenie nadzoru autorskiego, wsparcia technicznego i modernizacji oprogramowania w zakresie co najmniej jednej aplikacji wykonanej w oparciu o architekturę klient-serwer, przy jednoczesnym wykorzystaniu następujących technologii i:
a) serwera aplikacyjnego MS SQL.
b) technologii Magic Deployment Open Client
c) bazy danych MS SQL zainstalowanej na środowisku Magie Runtime firmy Magic Software Enterprises Ltd.
oraz co najmniej jednej aplikacji wykonanej w oparciu o architekturę klient-serwer, przy

jednoczesnym wykorzystaniu następujących urządzeń i technologii:
a) serwera aplikacyjnego MS SQL.
b) technologii NET.
c) bazy danych MS SQL zainstalowanej na środowisku Framework firmy Microsoft. Podał, że Wykonawca w załączonym do oferty *„Wykazie wykonanych usług, a w przypadku*

świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych" przedstawił dwie usługi, z których każda zawierała tylko 1 aplikację, natomiast Zamawiający w Rozdz. V pkt 1.2 SIWZ określił warunek udziału w postępowaniu: *„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 Ustawy dotyczące: posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali należycie co najmniej 1 usługę o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł netto obejmującą wykonanie nowego oprogramowania oraz prowadzenie nadzoru autorskiego, wsparcia technicznego i modernizacji oprogramowania w zakresie co najmniej jednej aplikacji wykonanej w oparciu o architekturę klient - serwer, przy jednoczesnym wykorzystaniu następujących technologii:*
a) serwera aplikacyjnego MS SQL.
b) technologii Magic Deployment Open Client
c) bazy danych MS SQL zainstalowanej na środowisku Magie Runtime firmy Magic Software Enterprises Ltd..
oraz co najmniej jednej aplikacji wykonanej w oparciu o architekturę klient - serwer, przy jednoczesnym wykorzystaniu następujących urządzeń i technologii:
a) serwera aplikacyjnego MS SQL,
b) technologii NET,
c) bazy danych MS SQL zainstalowanej na środowisku Framework firmy Microsoft. Przynajmniej jedna z aplikacji spełniających powyższe warunki powinna być eksploatowana w co najmniej 100 lokalizacjach, z co najmniej 15 użytkownikami w każdej lokalizacji."

Odwołujący następnie wyjaśnił w kontekście przywołanego powyżej wezwania Zamawiającego, że wymogi określone w SIWZ ze względu na unikatową technologię firmy Magic Software Enterprises wymagają posiadania specjalizowanych narzędzi tej firmy tj.:
1. Środowiska programistycznego MAGIC eDeveloper dla stworzenia i utrzymywania oprogramowania źródłowego otworzonych aplikacji
2. Środowiska uruchomieniowego Runtime (Magic Deploymen Open Client) dla każdego dedykowanego użytkownika w/w aplikacji.

Odwołujący wskazał także, że za podstawie udostępnionej w ograniczonym zakresie oferty firmy IT CULTURE oraz zapytań skierowanych przez ZETO do aktualnego (ASSECO) oraz wcześniejszego (KOMTECH) wyłącznego dystrybutora produktów firmy MAGIC Software Enterprises nie uzyskaliśmy potwierdzenia posiadania przez firmę IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K-A zarówno narzędzi programistycznych oraz realizowania jakichkolwiek zamówień dla użytkowników końcowych środowiska uruchomieniowego niezbędnego do używania stworzonych w tym środowisku aplikacji. W przypadku spełnienia wymogów (minimum 100 lokalizacji). jest niewyobrażalne aby w Bazie Klientów firmy MAGIC nie było

żadnych zapisów i potwierdzenia realizacji jakichkolwiek transakcji z firmą IT CULTURE. Ze względu na unikatową technologię programistyczną (paradygmat programistyczny MAGIC) jest rzeczą niemożliwą aby utrzymywać i rozwijać jakiekolwiek aplikacje w tym środowisku bez posiadania stosownych narzędzi programistycznych. W sekcji III.2.3 pkt. określającym kwalifikacje techniczne oraz konieczność posiadania wyspecyfikowanych narzędzi programistycznych i urządzeń technicznych niezbędne jest również dysponowanie przeszkolonymi w tym zakresie specjalistami. Wskazał, że z udostępnionej ZETO w dniu 21.12.2012 r. dokumentacji przetargowej wynika, że na dzień złożenia oferty wykaz osób dołączony do oferty IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K-A nie spełniał oczekiwanych wymogów, więc istnieją obawy, ze firma nie posiada kompetencji w tym zakresie.

W dalszej kolejności Odwołujący przywołał ekspertyzę Wiesława Jankowskiego sporządzoną na zlecenie Zamawiającego na okoliczność oceny dokumentów dołączonych

do oferty IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K-A i zawarte w niej zastrzeżenia co do wykazu prac i referencji oraz KRK dla Pani K…….. ś……... Nadto, wskazał na pismo Zamawiającego z dnia 11.10.2012 r. skierowane do Odwołującego informujące, że w ocenie Zamawiającego nie zachodzą przesłanki do odtajnienia części oferty firmy IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K-A, pismo Zamawiającego znak PGXF 292/18/12 skierowane do IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K-A odnośnie potwierdzenia oraz uzupełnienia złożonych informacji i oświadczeń ze względu na czasami niewiarygodne, nieprawdopodobne zapisy w ofercie, protokół z posiedzenia Komisji przetargowej z dnia 11.12.2012 r. wskazujący na konieczność wykluczenia z postępowania IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K-A i dokonania wyboru oferty ZETO Świdnica, jak i informację Zamawiającego z dnia 19.12.2012 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą złożył IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K-A. W następnej kolejności, Odwołujący przedstawił sformułowane w oparciu o dostępną Odwołującemu dokumentację, wnioski Komisji Przetargowej oraz opinię biegłego.

Względem tajemnica przedsiębiorstwa:

IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K-A zastrzegł w ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz wykonywanych usług oraz wykaz osób powołanych do realizacji usługi. Zastrzeżenie to podtrzymał Zamawiający. Przepisy dotyczące zwalczania nieuczciwej konkurencji definiują tajemnicę przedsiębiorstwa jako niepodane do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Wykaz miał potwierdzić wykonanie standardowych usług opisanych treścią SIWZ. Udostępnienie wykazu usług i osób w żaden sposób nie naruszyłoby relacji konkurencyjnych, a wręcz przeciwnie zastrzeżenie tajemnicy nie może być podejmowane tylko w celu nieudostępnienia weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu, z czym mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu (wyrok sygn. akt: KIO 776/12).

Względem KRK dla członków Zarządu Spółki Komandytowo - Akcyjnej:

Określając katalog dokumentacji, której dostarczenie zabezpieczać ma Zamawiającego przed występowaniem w procesie udzielania zamówienia publicznego osób prawomocnie skazanych za określone czyny, ustawodawca zdaje się nie uwzględniać w pełni sytuacji, w której ofert składa spółka komandytowa lub komandytowo - akcyjna, której wspólnikiem jest spółka kapitałowa. W takich wypadkach wyłączona jest możliwość żądania dokumentów zawierających informację o osobach wchodzących w skład organu zarządzającego wskazanej spółki kapitałowej. Nie ma też podstaw do wykluczenia oferentów; z tego powodu, iż zarządzani są przez spółki kapitałowe, wobec których orzeczony został zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia. W konsekwencji zamówienie publiczne może być realizowane przez Wykonawcę, w ramach którego faktyczne funkcje zarządcze pełnić będą osoby lub podmioty, objęte zakazem ubiegania się o udzielenia zamówienia bądź skazane za określone w art. 24.1-7) przestępstwa. Podobne wnioski zachowują swą aktualność w przypadku, gdy oferentem jest spółka, która zawarła umowę o zarządzanie przez inną spółkę kapitałową. Odwołujący uważa, iż powyższy pogląd reprezentowany przez doktrynerów prawa spółek handlowych powoduje w prawie zamówień publicznych nieszczelne zabezpieczenie Zamawiającego i na gruncie prawa zamówień publicznych nie może się ostać, a w szczególności w sytuacji gdy za powyższą formą prawną (Spółka Komandytowo - Akcyjna) kryje się jedna osoba fizyczna będąca jedynym udziałowcem i prezesem jednoosobowego zarządu komplementariusza - Spółki z o.o.

Względem Wiedza i doświadczenie oraz osoby zdolne do wykonywania zamówienia:

Zamawiający zadał Wykonawcy IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K-A następujące pytania:

„1. Prosimy o podanie, w jaki sposób wykonawca zdobył konieczne informacje potrzebne do właściwego przygotowania oferty, skoro nie zadał żadnego pytania odnośnie przedmiotu zamówienia, a system SIP Libra 2 nie jest ogólnodostępny.

2. Prosimy o podanie zwięzłego opisu każdej z aplikacji (moduły, funkcjonalność, przeznaczenie), które zostały wykonane dla ... wystawcy listu referencyjnego oraz opisu aplikacji (moduły. funkcjonalność, przeznaczenie), która została wykonana dla firmy ... wystawcy listu referencyjnego.

3. Prosimy o wyjaśnienie, z jakich względów jedna z aplikacji wymienionych w liście referencyjnym firmy ... została wykonana przy wykorzystaniu przestarzałej wychodzącej z użycia technologii Magic Deployment Open Client.

4. Prosimy o uprawdopodobnienie informacji zamieszczonej w obu dokumentach Wyżej

wykonanych usług ... złożonych w dniu 22.08.2012 r. oraz w dniu 11.09.2012 r. na temat lokalizacji z 16 (17) użytkownikami w każdej, poprzez przedstawienie wykazu lokalizacji dla każdej z wykazanych usług.
5. W celu uwiarygodnienia złożonych informacji prosimy o szczegółowe wyjaśnienie, jakie

elementy wchodziły w zakres usług na kwotę ... prowadzonych w lokalizacjach, przedstawionych w obu dokumentach Wykaz wykonanych usług .... Złożonych w dniu 22.08.2012 r. oraz w dniu 11.09.2012 r. wykonanych dla firmy .... oraz dla firmy ...
6. W celu potwierdzenia wymaganego doświadczenia osób wymienionych w Wykazie osób jako analityk, projektant, programista, prosimy o podanie dla każdej osoby zwięzłego opisu co najmniej jednego projektu (systemu) zbliżonego pod względem złożoności, funkcjonalności do SIP Libra. przy którego tworzeniu, a następnie serwisowaniu, dana osoba zdobywała doświadczenie.
7. W celu potwierdzenia wymaganego doświadczenia osób wymienionych w Wykazie osób przeznaczonych do zarządzania bazą danych / administrowania serwerami, prosimy o podanie dla każdej osoby zwięzłego opisu co najmniej jednego projektu (systemu) zbliżonego pod względem złożoności i funkcjonalności do SIP Libra, w którym realizował takie zadanie.
8. Prosimy o podanie zwięzłego opisu systemów, w ramach których zdobyły doświadczenie zawodowe w testowaniu wielomodułowych systemów zbliżonych pod względem złożoności i funkcjonalności do SIP Libra, osoby wymienione pod poz. 8-11 w Wykazie osób.
9. Prosimy o podanie, która z osób wymienionych w Wykazie osób pełniłaby funkcje Kierownika projektu i jakie ma doświadczenie.
10. Prosimy o informację od kiedy wykonawca dysponuje osobami wymienionymi w Wykazie osób i przy ilu zamówieniach te osoby świadczyły dla Wykonawcy usługi wymienione w kolumnie „Doświadczenie".
11. Prosimy o podanie podstawy dysponowania zasobami podanymi w Wykazie narządzi programistycznych, oprogramowań, technologii i urządzeń technicznych (Załącznik nr 7.. SIWZ). Zgodnie z udzielonymi, dotyczącymi przetargu, odpowiedziami z dnia 02.08.2012 r. w kolumnie Postawa dysponowania zasobami powinna być umieszczona informacja o posiadanych licencjach na dane narzędzie programistyczne."

Następnie Odwołujący wskazał, że z treści powyższych zapytań wynika, iż również po uzupełnieniu dokumentów IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K-A nie spełniał warunków udziału w postępowaniu. Stwierdził, że Odwołującemu nie udostępniono treści odpowiedzi IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K-A. Przywołał stanowisko członków Komisji Przetargowej: *„W odniesieniu do nowego oprogramowania wykonanego i wdrożonego w dwóch różnych technologiach dla firmy ... Wykonawca nie podał w jakiej technologii wykonano aplikację ... a także jaką aplikację wykonano w drugiej z wymaganych technologii odbiorca usługi, firma ... według ogólnodostępnych informacji ma tylko jedną siedzibę, więc uzasadnione wątpliwości budzi również fakt eksploatacji aplikacji ... i drugiej aplikacji w 110 lokalizacjach z 16 użytkownikami w każdej z nich. co daje 1760 użytkowników! Czy spółka z o.o. zajmująca się*

produkcją wyrobów metalowych zatrudnia aż 1760 użytkowników systemu informatycznego?". Przywołał w zakresie wyjaśnień treści oferty orzeczenia KIO 2451/11, KIO 531/12, czy też KIO 172/12. Konkludując, że oczywistym jest, iż wyjaśnienia nie mogą zmienić treści złożonej oferty.

W dalszej kolejności stwierdził, że wyjaśnienia złożone odnośnie doświadczenia wykazanych osób zostały przedstawione bardzo pobieżnie i brakuje w : nich informacji w jakiej technologii zostały wykonane wymienione systemy informatyczne. Także nie wskazano, który z wymienionych systemów informatycznych, jest systemem wielomodułowym o zbliżonej funkcjonalności i wielkości zbliżonej do SIP Libra, Libra 2. Natomiast z zamieszczonych informacji wynika, że wymienione przez Wykonawcę, systemy informatyczne są prostymi bazami danych zdjęć, opinii lub systemem obiegu dokumentów. Dlatego tez nasuwają się wątpliwości czy wskazane osoby rzeczywiście posiadają odpowiednie doświadczenia w zakresie wielomodułowych systemów informatycznych

o funkcjonalności i wielkości zbliżonej do systemu SIP Libra, Libra 2. Reasumując stwierdził, że IT CULTURE Sp. z o. o. Sp. K-A nie spełnia podstawowych warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz osób wskazanych do wykonania zamówienia, którego przedmiotem jest nadzór i ochrona skomplikowanego systemu wspomagającego pracę jednostek prokuratury, który tor system odgrywa znaczącą rolę w zakresie bezpieczeństwa Państwa.

Zamawiający w dniu 31.12.2012 r. wezwał (faxem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 03.01.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: IT CULTURE Sp. z o.o. Sp. K.-A. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Wnosił o oddalenie odwołania. Względem tajemnica przedsiębiorstwa. Wskazał, że pismem z dnia 11.10.2012 r. Odwołujący został poinformowany przez Zamawiającego, że w ocenie Zamawiającego nie zachodzą przesłanki do odtajnienia części oferty Uczestnika postępowania (str. 9 odwołania). Podnoszenie przez Odwołującego zarzutów dotyczących prawidłowości zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie Uczestnika postępowania jako tajemnicy przedsiębiorstwa w odwołaniu wniesionym dnia 28.12.2012 r. jest zatem spóźnione. Termin na wniesienie odwołania w powyższym zakresie należy bowiem liczyć od dnia 11.10.2012 r., tj. dnia odmowy udostępniania całości oferty gdyż jest to dzień, w którym odwołujący powziął wiadomości o okolicznościach jego wniesienia. Jakkolwiek Pzp nie przewiduje częściowego odrzucenia to jednak z uwagi na uchybienie ustawowemu terminowi wnoszę o pozostawienie powyższego zarzutu bez rozpoznania. Przywołał wyrok KIO z dnia

19.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2427/12. Z ostrożności procesowej zwrócił uwagę, że pismem z dnia 23.08.2012 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień czy i w jaki sposób zostały spełnione wszystkie przesłanki określone w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie informacji zastrzeżonych w ofercie Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przystępujący, w piśmie z dnia 24.08.2012 r. udzielił wyczerpujących wyjaśnień w powyższym zakresie. W wyjaśnieniach tych jednoznacznie, jak podkreślił, wykazano spełnianie przesłanek określonych w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do każdej z informacji zastrzeżonych w ofercie Przystępującego. Zarówno wykaz osób, wykaz usług jak i dokumenty złożone w celu potwierdzenia należytego wykonania usług zostały, zatem skutecznie zastrzeżone przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Względem KRK dla członków Zarządu Spółki Komandytowo - Akcyjnej. Podnoszone przez Odwołującego zarzuty dotyczące KRK dla członków Zarządu Spółki Komandytowo - Akcyjnej są bezpodstawne. Powyższe zostało potwierdzone przez Odwołującego, który w uzasadnieniu odwołania wskazał, iż *„W takich przypadkach wyłączona jest możliwość żądania dokumentów zawierających informację o osobach wchodzących w skład organu zarządzającego wskazanej spółki kapitałowej."* Wskazał, iż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Uczestnik postępowania udzielił obszernej i wyczerpującej odpowiedzi, w której wykazano, że przepisu art. 24 ust. 1 pkt 7 i 8 Pp nie można interpretować rozszerzająco, wbrew jego literalnemu brzmieniu i twierdzić, że skoro komplementariuszem Uczestnika postępowania (a więc podmiotem uprawnionym do reprezentacji spółki komandytowo-akcyjnej) jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, to Uczestnik postępowania miał także obowiązek przedłożyć zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością będącej komplementariuszem Uczestnika postępowania. Obowiązek złożenia informacji z KRK dotyczącej członków zarządu osoby prawnej uprawnionej do reprezentacji wykonawcy biorącego udział w postępowaniu nie wynika z żadnego z przepisów ustawy, w szczególności z żadnego z ustępów art. 24 Pzp. Obowiązek taki nie wynika również z przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Za nieuprawnione należy uznać argumenty odnoszące się do obecnej regulacji prawnej dotyczącej zaświadczenia z KRK dla członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością będącej komplementariuszem wykonawcy oraz *„nieszczelnego zabezpieczenia Zamawiającego".* Argumentacja ta może zostać uznana jedynie za postulaty *de legę ferenda,* niemniej jednak

jest ona bezpodstawna na gruncie obowiązującego stanu prawnego. Ponadto, bez znaczenia pozostaje fakt, iż za spotka komandytowo-akcyjną kryje się jedna osoba fizyczna będąca jedynym udziałowcem i prezesem jednoosobowego zarządu komplementariusza -

spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Sytuacja taka jest prawnie dopuszczalna i nie ma wpływu na możliwość udziału spółki komandytowo- akcyjnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przywołał wyrok KIO z dnia 11.05.2011 r., sygn. akt: KIO 854/11, wyrok KIO z dnia 17 maja 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 733/10, sygn. akt: KIO/UZP 734/10, jak i wyrok KIO z dnia 5.11.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1514/09. Względem wiedzy i doświadczenie oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia. Stwierdził, że za nieuzasadnione należy uznać wywodzenie przez Odwołującego, z treści skierowanych przez Zamawiającego do Przystępującego pytań, iż również po uzupełnieniu dokumentów Przystępujący nie spełniał warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zauważył, iż Odwołujący ograniczył się jedynie do przytoczenia treści pytań Zamawiającego. Nie przedstawił natomiast żadnej argumentacji i dowodów na potwierdzenie podnoszonych przez siebie twierdzeń. Zgodnie zaś z art. 6 Kc w zw. z art. 14 Pzp, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Podkreślił, że Przystępujący jednoznacznie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, co znajduje potwierdzenie zarówno w ofercie oraz złożonych wyjaśnieniach i uzupełnionych dokumentach. Względem wyjaśnienie treści oferty. Wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu osób Przystępujący udzielił odpowiedzi na wszystkie wskazane przez Zamawiającego kwestie. Wobec tego, wyjaśnienia złożone przez Przystępującego są wyczerpujące, a ponadto potwierdzają spełnianie przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Tym samym, również w tym przypadku argumentację formułowaną przez Odwołującego należy uznać za bezzasadną.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, w tym także z odpowiedzią z dnia 02.08.2012 r. na pytanie, ofertą Przystępującego, wezwaniem Zamawiającego z dnia 23.08.2012 r. w zakresie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego, odpowiedzią Przystępującego z dnia 24.08.2012 r., wnioskiem Odwołującego z dnia 08.10.2012 r. o odtajnienie załączników oferty Przystępującego objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, odmową Zamawiającego w tym zakresie - pismo z dnia 11.10.2012 r., wezwaniem Zamawiającego z dnia 05.09.2012 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oferty, jak i poprzedzającą

wezwanie oceną oferty dokonaną przez członków Komisji Przetargowej z 30.08.2012 r., odpowiedzią Przystępującego z dnia 07.09.2012 r. wraz z załącznikami, stanowiskiem członków Komisji Przetargowej w ramach indywidualnych ocen uzupełnionych dokumentów z września i października 2012 r., stanowiskiem biegłego powołanego przez Zamawiającego do oceny złożonych ofert, wezwaniem Zamawiającego z dnia 13.11.2012 r. wystosowanym do wystawcy referencji do zadania wykazanego w ramach uzupełnionego wykazu usług na wezwanie z dnia 05.09.2012 r., odpowiedzią z dnia 19.11.2012 r. wystawcy referencji, stanowiskiem radcy prawnego Zamawiającego z dnia 26.11.2012 r., wezwaniem Zamawiającego z dnia 04.12.2012 r. skierowanym do Przystępującego do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 oraz w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp, wyjaśnieniami Przystępującego z dnia 07.12.2012 r., ocenami uzyskanych odpowiedzi przez członków Komisji Przetargowej z dnia 13, 14 i 17.12.2012 r., wnioskiem Komisji Przetargowej z dnia 18.12.2012 r., stanowiskiem specjalisty ds. zamówień publicznych Sekretarza Komisji Przetargowej z dnia 18.12.2012 r., opinią radcy prawnego Zamawiającego z dnia 19.12.2012 r., ostatecznym stanowiskiem Przewodniczącego Komisji Przetargowej z dnia 19.12.2012 r.,

stanowiskiem Kierownika Zamawiającego z dnia 19.12.2012 r., informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19.12.2012 r., odwołaniem wraz z załącznikami, przystąpieniem, złożoną przez Zamawiającego na posiedzeniu odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta zajęła drugie miejsce w rankingu złożonych ofert, zaraz po ofercie najkorzystniejszej, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów wobec oferty najkorzystniejszej, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 2908/12, tj. przede wszystkim z postanowień SIWZ, w tym także odpowiedzi z dnia 02.08.2012 r. na pytanie do jej treści, oferty Przystępującego, wezwania Zamawiającego z dnia 23.08.2012 r. w zakresie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego, odpowiedzi Przystępującego z dnia 24.08.2012 r., wniosku Odwołującego

z dnia 08.10.2012 r. o odtajnienie załączników oferty Przystępującego objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, odmowy Zamawiającego w tym zakresie - pismo z dnia 11.10.2012 r., wezwania Zamawiającego z dnia 05.09.2012 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oferty przez Przystępującego, jak i poprzedzającej wezwanie oceny oferty dokonanej przez członków Komisji Przetargowej z 30.08.2012 r., odpowiedzi Przystępującego z dnia 07.09.2012 r. /stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa/ wraz z załącznikami, tj. nowym wykazem usług i referencją, nowym poszerzonym wykazem osób oraz aktualnym zaświadczeniem z dnia 20.07.2012 r. z ZUS-u Przystępującego o niezaleganiu w opłacaniu składek /w tym ostatnim wypadku - jedynym dokumentem nie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa/, stanowiska członków Komisji Przetargowej w ramach indywidualnych ocen uzupełnionych dokumentów z września i października 2012 r., stanowiska biegłego powołanego przez Zamawiającego do oceny złożonych ofert, wezwania Zamawiającego z dnia 13.11.2012 r. wystosowanego do wystawcy referencji do zadania wykazanego w ramach uzupełnionego wykazu usług na wezwanie z dnia 05.09.2012 r., odpowiedzi z dnia 19.11.2012 r. wystawcy referencji, stanowiska radcy prawnego Zamawiającego z dnia 26.11.2012 r., wezwania Zamawiającego z dnia 04.12.2012 r. skierowanego do Przystępującego do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 oraz w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp, wyjaśnień Przystępującego z dnia 07.12.2012 r., ocen przez członków Komisji Przetargowej z dnia 13, 14 i 17.12.2012 r. uzyskanych wyjaśnień, wniosku Komisji Przetargowej z dnia 18.12.2012 r., stanowiska specjalisty ds. zamówień publicznych Sekretarza Komisji Przetargowej z dnia 18.12.2012 r., opinii radcy prawnego Zamawiającego z dnia 19.12.2012 r., ostatecznego stanowiska Przewodniczącego Komisji Przetargowej z dnia 19.12.2012 r., stanowiska Kierownika Zamawiającego z dnia 19.12.2012 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19.12.2012 r., odwołania wraz z załącznikami, tj. korespondencją e-maliową z firmą Asseco Poland SA oraz Komtech Sp. z o.o., przystąpienia oraz złożonej przez Zamawiającego na posiedzeniu odpowiedzi na odwołanie.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

Zamawiający zgodnie z postanowieniami SIWZ – w Rozdz. V pkt 1, ppkt 1.2 wskazał, że *„ (…) O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 Ustawy dotyczące: (…)*

1.2 posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali należycie co najmniej 1 usługę o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł

netto obejmującą wykonanie nowego oprogramowania oraz prowadzenie nadzoru autorskiego, wsparcia technicznego i modernizacji oprogramowania w zakresie co najmniej jednej aplikacji wykonanej w oparciu o architekturę klient – serwer, przy jednoczesnym wykorzystaniu następujących technologii:
a) serwera aplikacyjnego MS SQL,
b) technologii Magic Deployment Open Client,
c) bazy danych MS SQL zainstalowanej na środowisku Magic Runtime firmy Magic Software Enterprises Ltd.,
oraz co najmniej jednej aplikacji wykonanej w oparciu o architekturę klient – serwer, przy jednoczesnym wykorzystaniu następujących urządzeń i technologii:
a) serwera aplikacyjnego MS SQL
b) technologii .NET
c) bazy danych MS SQL zainstalowanej na środowisku Framework firmy Microsoft. Przynajmniej jedna z aplikacji spełniających powyższe warunki powinna być eksploatowana w co najmniej 100 lokalizacjach, z co najmniej 15 użytkownikami w każdej lokalizacji,". Zaś, w pkt 1 ppkt 1.3 lit. b Rozdz. V, że *„(…) O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 Ustawy dotyczące: (…)*
b) co najmniej 5 osobowym zespołem projektantów i programistów, z minimum 3-letnim doświadczeniem w zakresie wykonywania przedstawionych niżej prac, z czego:
1) co najmniej dwie osoby posiadają kwalifikacje w zakresie zarządzania bazą danych MS SQL uruchomioną w środowisku Magic Runtime v.9.4,
2) co najmniej dwie osoby posiadają kwalifikacje w zakresie zarządzania bazą danych MS SQL uruchomioną w środowisku Framework v.2.0,
3) co najmniej dwie osoby posiadają kwalifikacje w zakresie administrowania serwerów bazy danych MS SQL,
4) co najmniej dwie osoby posiadają kwalifikacje analityków w zakresie analizy i architektury wielomodułowych systemów informatycznych o zbliżonej funkcjonalności i wielkości,
5) co najmniej dwie osoby posiadają kwalifikacje projektantów systemów informatycznych o zbliżonej architekturze i funkcjonalności,
6) co najmniej dwie osoby posiadają kwalifikacje w zakresie programowania w technologii Magic Deployment Open Client, wersja 9.4, w celu naprawy, modyfikacji i tworzenia nowych elementów programu w ramach systemu SIP Libra, zgodnie z opisem technicznym systemu zamieszczonym w załączniku nr 1 do umowy „Ogólny opis systemu informatycznego prokuratury"
7) co najmniej dwie osoby posiadają kwalifikacje w zakresie programowania w technologii .NET w celu naprawy, modyfikacji i tworzenia nowych elementów programu

w ramach systemu SIP Libra2, zgodnie z opisem technicznym systemu zamieszczonym w załączniku nr 1 do umowy „Ogólny opis systemu informatycznego prokuratury"
8) w ramach wymienionych wyżej technologii, co najmniej dwie osoby posiadają kwalifikacje w zakresie programowania z wykorzystaniem każdego z narzędzi:
b. MS SQL,
c. Magic eDeveloper for Windows,
d. MS Visual Studio 2005, w języku C # firmy Microsoft,
e. Borland Delphi,
oraz zespołem co najmniej 3 testerów oprogramowania, z co najmniej rocznym doświadczeniem w zakresie testowania wielomodułowych systemów informatycznych o zbliżonej funkcjonalności i wielkości.".

Z kolei, w ppkt 4 pkt 3 Rozdz. V Zamawiający określił, że: *„(…) W celu potwierdzenia spełniania warunków, o których mowa w ust. 1. oraz w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, Wykonawca ma obowiązek złożyć następujące dokumenty: (…) wykaz wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert- a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum 1 usługę, o której mowa w pkt 1 ppkt 1.2, z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, sporządzony według wzoru, który stanowi załącznik nr 6 do SIWZ, oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie. Jeżeli Wykonawcy*

wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia dokument ten składa przynajmniej jeden z nich". Nadto, stwierdził w ppkt 6 pkt 3 Rozdz. V, że: *„(…) W celu potwierdzenia spełniania warunków, o których mowa w ust. 1. oraz w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, Wykonawca ma obowiązek złożyć następujące dokumenty: (…) wykaz osób, o których mowa w pkt 1 ppkt 1.3b, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami, którego wzór stanowi załącznik nr 8 do SIWZ,".* Odpowiedź z dnia 02.08.2012 r. na pytanie dotyczyła potencjału technicznego, a ściśle minimalnego sposobu, w jaki należy wykazać podstawę dysponowania wykazanymi zasobami w ramach potencjału technicznego.

Przystępujący w ramach złożonej oferty załączył wykaz wykonanych usług (załącznik nr 6 do SIWZ) wraz z referencjami oraz Wykaz usług (załącznik nr 8 do SIWZ). Niniejsze zostały zastrzeżone w ofercie, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Pierwotny wykaz wykonanych usług zawierał dwie pozycje wraz z adekwatnymi referencjami. Z kolei wykaz osób składał się pierwotnie z 11 pozycji, tzn. osób wykazanych przez Przystępującego.

Zamawiający pismem z dnia 23.08.2012 r. wezwał Przystępującego na podstawie art.

26 ust. 4 Pzp do wyjaśnień w zakresie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie względem wykazu wykonanych osób oraz wykazu osób. Przystępujący udzielił stosownej obszernej (13 stron) odpowiedzi w ramach pisma z dnia 24.08.2012 r., jednocześnie zastrzegając, że udzielone wyjaśnienia stanowią także tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący pismem z dnia 08.10.2012 r. wystosował do Zamawiającego wniosek o odtajnienie tajemnicą załączników oferty Przystępującego objętych przedsiębiorstwa. W odpowiedzi Zamawiający odmówił pismem z dnia 11.10.2012 r. (przesłanym faxem) odtajnienia załączników oferty Przystępującego.

Zamawiający pismem z dnia 05.09.2012 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Przystępującego do uzupełnienia oferty m.in. w zakresie aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS-u lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, wykazu osób oraz wykazu wykonanych usług (treść wezwania została przywołana przez Odwołującego w ramach odwołania). Zamawiający nie uznał obu wskazanych w pierwotnym wykazie usług (uznając, że usługa z pierwszej pozycji nie spełnia wymagań SIWZ, zaś w druga usługa warunku finansowego – nie spełnia wymogów w oparciu o zastrzeżenia przez podane przez członków Komisji Przetargowej z 30.08. 2012 r.). Z kolei, w wykazie osób nie stwierdził figurowania osób posiadających minimum 3-letnie doświadczenie analityków w zakresie analizy i architektury wielomodułowych systemów informatycznych o zbliżonej funkcjonalności i wielkości /2 osoby - Rozdz. V pkt 1 ppkt 1.3 lit. b 4)/ oraz osób posiadających minimum 3-letnie doświadczenie w zakresie programowania w technologii Magic Deployment Open Client, wersja 9.4, w celu naprawy, modyfikacji i tworzenia nowych elementów programu w ramach systemu SIP Libra, zgodnie z opisem technicznym systemu zamieszczonym w załączniku nr 1 do umowy „Ogólny opis systemu informatycznego prokuratury"/ 2 osoby - Rozdz. V pkt 1 ppkt 1.3 lit. b 6)/. Nadto nie stwierdzono również 2 osób w zakresie wymogu wynikającego - z Rozdz. V pkt 1 ppkt 1.3 lit. b 8).

Powyższe, Izba stwierdziła również na podstawie oceny dokonanej przez członków Komisji Przetargowej z 30.08.2012 r.

W odpowiedzi Zamawiający otrzymał pismo Przystępującego /23 str./ z dnia 07.09.2012 r. /w całości stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa/ wraz z załącznikami, tj. nowym wykazem usług i referencją, nowym poszerzonym wykazem osób oraz aktualnym zaświadczeniem z dnia 20.07.2012 r. z ZUS-u o niezaleganiu przez Przystępującego

w opłacaniu składek /jedyny dokument nie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa/.

W ramach nowego wykazu usług (z dnia 21.08.2012 r.) wskazano jedną usługę (pozycję) /str. 15-16 uzupełnienia/, podano odbiorcę wykonanej usługi (nazwę i jego adres) – danego Wykonawcę, datę wykonania wykazanej usługi w zakresie wymaganym postanowieniami SIWZ oraz całkowitą wartość netto wykonanej usługi w złotych. Nadto, dołączono referencje do nowego wykazu / str. 17 uzupełnienia/.

Natomiast, w nowym poszerzonym wykazie osób (z dnia 21.08.2012 r.) /str. 18- 23 uzupełnienia/ – Przystępujący wykazał – 17 osób, w ramach każdej w pozycji podał informacje dotyczące kwalifikacji zawodowych zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu określonym w Rozdz. V pkt 1 ppkt 1.3 lit. b SIWZ, doświadczenia poszczególnych osób, zakresu czynności, które będą wykonywane przez osobę podczas realizacji przedmiotu zamówienia oraz informację o podstawie do dysponowania daną osobą.

Zamawiającego pismem z dnia 13.11.2012 r. wystosował wezwanie do wystawcy referencji załączonej do jedynego zadania wykazanego w ramach uzupełnionego wykazu usług na wezwanie z dnia 05.09.2012 r. W jego ramach wnosił o powtórne potwierdzenie, że osoba podpisująca załączoną referencję miała stosowne umocowanie do działania w jego imieniu. Nadto, wnosił o potwierdzenie zakresu, terminu wykonania i wartości wykazanej usługi. W odpowiedzi z dnia 19.11.2012 r. wystawca referencji potwierdził, wszystkie wykazane przez Przystępującego informacje, udzielając pozytywnej odpowiedzi Zamawiającemu.

Członkowie Komisji Przetargowej w ramach indywidualnych ocen uzupełnionych dokumentów z września i października 2012 r. wyrazili swoje wątpliwości co do treści nowego wykazu usług i osób, w zakresie m.in. literalnego potwierdzenia wymogu odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego, czy też konieczności dodatkowego uprawdopodobnienia treści wykazu usług i uzyskania dalszych wyjaśnień. Zamawiający 11.10.2012 r. powołał biegłego – W…… J……., który przedstawił swoją ekspertyzę odnośnie oceny złożonych ofert, wskazując na konieczność uzyskania dodatkowych wyjaśnień od Przystępującego. Radca prawny Zamawiającego pismem z dnia 26.11.2012 r. przedstawił swoje stanowisko, w którym wyraził swoje wątpliwości co celowości żądania dalszych wyjaśnień. Zamawiający pismem z dnia 04.12.2012 r. skierowanym do Przystępującego wezwał go do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 oraz w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp. Niniejsze wezwanie dotyczyło kwestii dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz posiadania wiedzy i doświadczenia przez Przystępującego. Wyrażono tam także wątpliwość co do prawdziwości danych dotyczących osoby wykazanej w poz. 5 pierwotnego wykazu, na podstawie informacji pochodzących z strony internetowej. Zamawiający uzyskał wyjaśnienia Przystępującego w piśmie z dnia 07.12.2012 r. Niniejsze

wyjaśnienia /Przystępujący zastrzegł wyjaśnienia, jako stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa/ dotyczyły zakresu dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym /od 1 do 2 str. pisma/, dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia /od 2 do 6 str. pisma/ oraz posiadania wiedzy i doświadczenia przez Przystępującego /od 6 do 13 str. pisma/. W zakresie wykazu osób – Przystępujący zwrócił uwagę na wynikające z SIWZ obowiązki, a w treści wyjaśnień, udzielił też informacji podając nazwy i przeznaczenie systemów informatycznych, przy realizacji których każda z osób wskazanych zdobyła doświadczenie. Podał szczegółowe informacje oddzielnie względem osób z poz. 1-5, 6-7, 14-17 oraz 8-13. Zwrócił też uwagę, że podstawą wątpliwości co do prawdziwości danych dotyczących osoby wykazanej w poz. 5 pierwotnego wykazu zawartych w wezwaniu jest informacja pochodząca ze strony internetowej, której walor dowodowy jest wątpliwy. Przywołał orzecznictwo KIO w tym zakresie. Odnośnie wykazu usług Przystępujący udzielił szczegółowych wyjaśnień odnośnie pierwotnego wykazu usług i przedłożonego na wezwanie. Dodatkowo podał bliższe informacje co do systemu, który był objęty wykazaną usługą. Wyjaśnił też, że żądanie przedłożenia dodatkowych dokumentów na potwierdzenie wykazanego doświadczenie nie ma oparcia w Pzp. Przywołał też orzecznictwo KIO w tym zakresie. Wyraził też wątpliwości, co do celowości i bezzasadności przedkładania wyjaśnień i dodatkowych dokumentów w zakresie wykazu pierwotnego zastąpionego nowym wykazem.

W ramach oceny uzyskanych wyjaśnień członkowie Komisji Przetargowej w dniach 13, 14 i 17.12.2012 r. wyrazili wątpliwości, które zostały podtrzymane we wniosku Komisji Przetargowej z dnia 18.12.2012 r. Wątpliwości te wskazywały na konieczność wykluczenia

Przystępującego z postępowania z uwagi na złożenie informacji nieprawdziwej w ramach wykazu usług i osób. Niniejsze wątpliwości oraz wniosek znalazły także swoje odzwierciedlenie w treści odwołaniu sformułowanego przez Odwołującego.

Stanowisko odmienne przedstawił specjalista ds. zamówień publicznych Sekretarz Komisji Przetargowej – pismo z dnia 18.12.2012 r. Podobnie odmienne stanowisko zawierała opinia radcy prawnego Zamawiającego z dnia 19.12.2012 r., ostateczne stanowisko Przewodniczącego Komisji Przetargowej z dnia 19.12.2012 r., oraz stanowisko Kierownika Zamawiającego z dnia 19.12.2012 r. W konsekwencji informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19.12.2012 r. wybrano ofertę Przystępującego, jako korzystniejszą cenowo. Zamawiający na posiedzeniu złożył odpowiedź na odwołanie w ramach, której podtrzymał swój wybór z dnia 19.12.2012 r.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

19

W pierwszej kolejności, Izba przypomina, że bierze za podstawę orzekania stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 Pzp). Zaś strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 190 ust.1 Pzp). Nadto, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zwarte w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp). Z kolei, odwołania przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami Pzp czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielnie zamówienia publicznego lub zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust.1 Pzp). Terminy na wniesienie odwołania mają charakter zawity i zostały uregulowane w art. 182 Pzp.

Odnośnie kwestii dotyczącej tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. niezasadności zastrzeżenia w w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa ofercie Przystępującego przedłożonego wykazu wykonywanych usług oraz wykazu osób powołanych do realizacji usługi, należy zauważyć, że bieg terminu na wniesienia odwołania na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez danego Wykonawcę w ofercie, rozpoczyna się, biorąc pod uwagę stan faktyczny w przedmiotowej sprawie, z momentem odmowy udostępnienia przez Zamawiającego zastrzeżonej części oferty Przystępującego. Jest to więc termin wynikający art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, który to przepis stanowi, iż wobec czynności innych niż wymienione w przepisach wcześniejszych (np. zaniechania udostępnienia informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i jako taka powinna być jawna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), odwołanie 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. Bieg tego terminu rozpoczął się wraz z odmową udostępnienia oferty Przystępującego przez Zamawiającego, tj. z dniem 11.10.2012 r., w konsekwencji zarzut ten został podniesiony przez Odwołującego po upływie terminie i nie podlega z tej przyczyny rozpoznaniu przez Izbę.

Podobne stanowisko wyraziła Izba w wyroku z dnia 16.11.2010 r. , sygn. akt: KIO 2324/10, KIO 2335/12, , czy też w wyroku z dnia 19.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2427/12 przywołanym przez Przystępującego w treści jego przystąpieniu.

Na marginesie Izba dodatkowo wskazuję, że niniejszy zarzut nie zawiera uzasadnienia prawnego, ani określonego skonkretyzowanego żądania, nie spełnia więc wymogów wynikających z art. 180 ust. 3 Pzp. Z odwołania nie wynika też, czy dotyczy on dokonanego przez Przystępującego uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego, czy też udzielonych wyjaśnień.

20

Odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia, a w konsekwencji odrzucenia oferty Przystępującego, tzn. w kwestii dotyczącej braku informacji z KRK dla członków Zarządu Sp. K.-A, tj. Pani K…….. ś…….. oraz braku informacji ZUS-u wystawionej na Przystępującego, Izba przychyla się do stanowiska wynikającego z dotychczasowego orzecznictwa KIO, m.in. wyroku KIO z dnia 22.11.2011 r., sygn. akt: KIO 2448/11, że brak jest uzasadnienia dla rozszerzającej interpretacji art. 24 ust.1 pkt 7 Pzp. Przepis ten pozwala bowiem na weryfikację pod kątem karalności jedynie komplementariusza spółki komandytowej oraz

spółki komandytowo–akcyjnej. W sytuacji gdy tym komplementariuszem pozostaje osoba prawna przepis, którego z racji jego restrykcyjności nie można interpretować rozszerzająco, nie pozwala na weryfikację członków organu zarządzającego tej osoby prawnej. Tym samym nieuzasadnione byłoby w tym zakresie wykluczenie wykonawcy z postępowania. Ewentualne tezy wynikające ze stanowiska wyrażonego przez Odwołującego odnośnie art. 24 ust.1 pkt 7 Pzp mogą, co najwyżej stanowić postulat *de lege ferenda.* W konsekwencji zarzut podlega oddaleniu w całości.

Izba nie stwierdziła również nieprawidłowości co do przedłożenia zaświadczenia z ZUS-u. Zaświadczenie to zostało skutecznie uzupełnione przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego w ramach żądania uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp /pismo z dnia 07.09.2012 r. - zaświadczeniem z dnia 20.07.2012 r. z ZUS-u Przystępującego o niezaleganiu w opłacaniu składek/.

Odnośnie niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, czyli naruszenia art. 22 ust.1 pkt 2 i 3 Pzp, Izba uznała przedmiotowe zarzuty za nie znajdujące potwierdzenia w uzupełnieniu dokonanym przez Przystępującego, ani w udzielonych wyjaśnieniach.

Co do wiedzy i doświadczenia, należy w pierwszej kolejności uściślić, że wobec wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, przedmiotem badania i oceny stał się tylko i wyłącznie nowy wykaz usług i załączony do niego list referencyjny. Niedopuszczalne jest dokonywanie łącznej oceny wykazu pierwotnego w kontekście wykazu uzupełnionego, podważa to bowiem celowość obligatoryjnej instytucji wynikającej z art. 26 ust. 3 Pzp. Izba wskazuje, że Przystępujący jednoznacznie potwierdził, tak w wykazie, jak i w liście referencyjnym wymóg sformułowany przez Zamawiającego w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia w sposób określony przez Zamawiającego. Nadto, Zamawiający potwierdził treść wykazu i referencji, bezpośrednio u wystawcy referencji. W ocenie Izby, w żadnym wypadku nie można wysuwać

negatywnych wniosków wobec Przystępującego z literalnego przepisania postanowień SIWZ /z Rozdz. V pkt 1 ppkt 1.2 SIWZ/ do wykazu usług, czy też załączonych do niego referencji.

Co do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w ocenie Izby, wykaz osób dostarczony przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego potwierdza spełnianie wymogu sformułowanego w Rozdz. V pkt 1 ppkt 1.3 lit. b SIWZ, czyli potencjału kadrowego. Powyższe dotyczy również wykazania się osobami mającymi doświadczenie w administrowaniu serwerami i zarządzania bazą danych MS SQL uruchamianą w środowisku Magic Runtme v. 9.4 (str. 3 wyjaśnień). Nadto, wykazano osoby posiadające minimum 3-letnie doświadczenie analityków w zakresie analizy i architektury wielomodułowych systemów informatycznych o zbliżonej funkcjonalności i wielkości /2 osoby - Rozdz. V pkt 1 ppkt 1.3 lit. b 4) – w poz. 12 i 13 wykazu/ oraz osoby posiadające minimum 3-letnie doświadczenie w zakresie programowania w technologii Magic Deployment Open Client, wersja 9.4, w celu naprawy, modyfikacji i tworzenia nowych elementów programu w ramach systemu SIP Libra, zgodnie z opisem technicznym systemu zamieszczonym w załączniku nr 1 do umowy *„Ogólny opis systemu informatycznego prokuratury”/2* osoby - Rozdz. V pkt 1 ppkt 1.3 lit. b 6) – poz.14 i 15 wykazu/. Poza tym, wskazano osoby wymagane /2 osoby – poz. 16 i 17 wykazu /zgodnie z Rozdz. V pkt 1 ppkt 1.3 lit. b 8)/. Poszerzony nowy wykaz w ten sposób usunął braki, które stwierdziła Komisja Przetargowa w wykazie pierwotnym /na podstawie oceny dokonanej przez członków Komisji Przetargowej z 30.08.2012 r./.

Izba wskazuje, że zgodnie z rubryką 3 wykazu osób należało podać informacje dotyczące kwalifikacji zawodowych zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu określonymi w Rozdz. V pkt 1 ppkt 1.3 lit. b SIWZ. Powyższe informacje zostały zawarte w wykazie osób, przy czym jako wiążący w toku badania i oceny ofert był wykaz osób złożony na wezwanie Zamawiającego. Doświadczenie osób wskazane w stosownej rubryce potwierdza literalnie wymagane kwalifikacje zawodowe, a więc w sposób określony przez Zamawiającego w ramach postanowień SIWZ. .

Nadto, Izba stwierdza, że odwołanie nie zawiera zarzutu w zakresie wymaganego

potencjału technicznego. Brak jest takiego zarzutu w *petitum* odwołania (str. 2), tzn. przy wskazaniu naruszenia art. 22 ust.1 pkt 2 i 3 Pzp. Zaś fragment ze str. 8 odwołania został podany w kontekście wykazu usług, czyli doświadczenia (wskazuje na to poruszona w odwołaniu kwestia – *„lokalizacji"),* z kolei fragment ze str. 9 został podany w kontekście wykazu osób, do tego w obu wypadkach, w ocenie Izby, względem zarzutu poświadczenia nieprawdy. Zarzut dotyczący zdolności technicznej został sformułowany dopiero na rozprawie, wobec powyższego, Izba podnosi, że nie może orzekać co do zarzutu, który nie był zawarty w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp).

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, tzn zaniechania wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, Izba uznała niniejszy zarzut za niepotwierdzony. Przy czym w pierwszej kolejności, Izba zwraca uwagę, że to na Odwołującym spoczywa ciężar dowodu, w szczególności w kontekście rozpatrywanego zarzutu. Nadto, należy potwierdzić, że Przystępujący w toku wyjaśnień, nie miał obowiązku przedłożenia dokumentów, które nie były wprost wymagane w SIWZ, a których dotyczyło wezwanie Zamawiającego, a celem uprawdopodobnienia informacji zawartych w wykazie usług i wykazie osób. Wobec potwierdzenia spełniania warunków w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do realizacji zamówienia, to twierdzący winien przedstawić wiarygodny dowód, że złożono informacje nieprawdziwe w zakresie potwierdzenia obu wymogów. Złożenie bowiem nieprawdziwych informacji, mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości. Powyższe wynika chociażby z wyroku KIO z dnia 29.03.2011 r., syn. akt: 513/11.

Przy czym, Izba przypomina za orzecznictwem m.in. wyrok KIO z dnia 14.04.2011 r., sygn. akt: KIO 706/11, że wszelkie niejasności, czy też brak precyzji postanowień SIWZ świadczą na korzyść danego Wykonawcy i tym bardziej nie mogą stanowić podstawy do uznania złożenia nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania (przykładowo w zakresie sposobu rozumienia sformułowania *„lokalizacje"* – dotyczącego wymaganego doświadczenia). Odwołujący nie może także przy interpretacji warunku, a w konsekwencji wykazywaniu poświadczenia nieprawdy opierać się na elementach opisu przedmiotu zamówienia. Przykładowo w ramach warunku dotyczącego wykazu osób jest mowa o testerach z co najmniej rocznym doświadczeniem w zakresie testowania wielomodułowych systemów informatycznych o zbliżonej, a nie takiej samej, jak w przedmiocie zamówienia funkcjonalności i wielkości. Takie osoby zostały wskazane w ramach uzupełnionego wykazu. Potwierdzają to także wyjaśnienia (str. 3 i 4) dotyczące objętego tajemnicą przedsiębiorstwa uzupełnionego wykazu osób. Należy także zauważyć, że Zamawiający wymóg dotyczący v. 9.4 Magic sformułował tylko odnośnie wykazu osób, przy czym takie osoby zostały wskazane w uzupełnionym wykazie osób – poz. 14 i 15. Izba wskazuje, że Przystępujący udzielił odpowiedzi, tzn. wyjaśnień w zakresie wezwania Zamawiającego z dnia 04.12.2012 r. Podał również nazwy i przeznaczenie systemów informatycznych, przy których każda z wymienionych osób w wykazie zdobyła opisane doświadczenie. Należy także zauważyć, że argumentacja ze str. 13 odwołania koreluje z wątpliwościami członków Komisji Przetargowej z dnia 13, 14 i 17.12.2012 r. w zakresie wykazu osób. Przy czym, Izba wskazuje, że w ramach wezwania w tym zakresie z dnia

04.12.2012 r. /str.1 i 2/, Zamawiający nie żądał podania technologii, w jakiej zostały wykonane systemy informatyczne, przy których każda z wymienionych osób w wykazie zdobyła doświadczenie, a jedynie podania, jak wskazywano powyżej, ich nazwy i przeznaczenia, do czego Przystępujący się zastosował /str. 3 i 4 wyjaśnień/. Wątpliwości budzi także stwierdzenie Odwołującego /zawarte na str.13 odwołania/, że wszystkie wymienione w ramach wyjaśnień systemy informatyczne, to proste bazy danych zwłaszcza te, które dotyczą systemów informatycznych obsługujących wskazane w wyjaśnieniach dwukrotnie ministerstwo (dwa systemy – poz. 6-7, 14-17 oraz 8-13), szkołę szczebla krajowego (jeden system – poz. 1-5), jednostkę kultury mającą siedzibę w Warszawie (jeden system – poz. 1-5), czy też inny podmiot (jeden system – str. 4 wyjaśnień, 2 i 3 wers od

góry). Izba wskazuje także, że Zamawiający wymagał wskazania w wyjaśnieniach w odniesieniu do osób wskazanych jako analityk, projektant, programista, tester nazwy i przeznaczenie wielomodułowego systemem informatycznego o zbliżonej funkcjonalności i wielkości do SIP Libra, Libra 2. Biorąc pod uwagę, że w ramach wyjaśnień wskazuje się na określone pozycje wykazu osób wymieniając zarazem nazwę i przeznaczenie danego systemu informatycznego można określić, które z wymienionych systemów informatycznych mają taki charakter, przy czym sformułowanie: *„(...) zbliżonej funkcjonalności i wielkości (...)”* jest nieostre i w razie wątpliwości należałoby wziąć tą okoliczność pod uwagę. Tym samym zatem pod zarzutem podania nieprawdziwych informacji mieści się raczej ocena spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a nie faktyczne obiektywne okoliczności wskazujące na korzystanie przez wykonawcę z nieprawdziwych informacji, które miały prowadzić danego wykonawcę do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Nie bez znaczenia także dla zarzutu dotyczącego poświadczenia nieprawdy, czyli złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, pozostaje fakt, że w zakresie wymogu wiedzy i doświadczenia, wystawca referencji przedłożonej do uzupełnionego wykazu – potwierdził na wyraźne wezwanie Zamawiającego, jej treść, czyli zgodność z prawdą. Należy także zauważyć, że Przystępujący udzielając wyjaśnień w zakresie wezwania Zamawiającego z dnia 04.12.2012 r., ponownie potwierdził informacje wskazane w wykazie, jednocześnie stwierdzając, że informacje w wykazie potwierdzają warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia (str. 7 wyjaśnień), nadto podał dane dotyczące nazwy, przeznaczenia systemu, jego zwięzłego opisu (moduły i funkcjonalności) /str. 7 i 8 wyjaśnień/. Należy zauważyć, że przywołane powyżej potwierdzenie było wynikiem oczekiwań w tym zakresie wyrażonych w wezwaniu Zamawiającego z dnia 04.12.2012 r. /str. 2 wezwania/, także w zakresie wątpliwości członków Komisji Przetargowej z dnia 13, 14 i 17.12.2012 r., które powtórzył Odwołujący. W konsekwencji Zamawiający po raz trzeci uzyskał potwierdzenie sformułowanego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia (po

pierwsze w uzupełnionym wykazie usług, po drugie od wystawcy referencji, po trzecie na wyraźne żądanie Zamawiającego w wyjaśnieniach – przy czym nie żądał w nich podania technologii, ale potwierdzenia, podania wymagał jedynie nazwy, przeznaczenia i opisu).

Względem złożenia nieprawdziwych informacji Izba wskazuje dodatkowo na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie Warszawa-Praga z dniu 19.07.2012 r., sygn. akt: o sygn. akt. IV Ca 683/12 stwierdzający, że wykluczenie w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji ma: *„(…) zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i -zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego.”.* W tym przypadku potwierdzeniem stanowiska Izby jest również wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15.01.2010 r., sygn. akt: XII Ga 420/09 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 06.12.2012 r., sygn. akt: VI Ga 134/12.

W tym kontekście, Izba wskazuje, oceniając wiarygodności i moc dowodową, że eksponowane przez Odwołującego dowody, tj. załączone do odwołania wydruki e-maili dotyczą po pierwsze kwestii dotyczących zdolności technicznej, a więc zarzutu, który został sformułowany *de facto* dopiero na rozprawie, po drugie budzą wątpliwości i nie są przekonywujące, jeśli uznać, że dotyczą poświadczenia nieprawdy względem wykazu usług i wykazu osób. Odwołujący sugeruje obu podmiotom negatywne nastawienie *„(…) firma wygląda podejrzanie (…)”.* Charakter uzyskanych odpowiedzi nie jest jednoznaczny: *„ (..) nie kojarzę takiego klienta (…)”, „(…)może po numerze uda się sprawdzić, bo po nazwie nic nie znalazłam(…)” , „(…)nie wydaje mi się żeby byli naszymi partnerami (…)”.* Nawet odpowiedź Asseco Poland SA: *„(…) MSE nie ma żadnych rekordów dla klienta, czy partnera (...)”* zawiera zdanie: *„(…) można założyć, że nie wykupili maintanance”u (…)”,* czyli nie jest do końca jednoznaczna.

Wskazanie przez Odwołującego w ramach zarzut dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp jest błędny, gdyż niniejszy przepis dotyczy postępowań wieloetapowych, właściwym byłoby wskazanie naruszenia art. 24 ust.4 Pzp, jako skutku wykluczenia. Przy czym wobec nie potwierdzenia się zarzutów, w wyniku których Wykonawca winien zostać wykluczony, nie znajduje potwierdzenia także zarzut, który uznaje

ofertę Wykonawcy wykluczonego za odrzuconą, czyli jest skutkiem wykluczenia.

25

Odnośnie wskazanego w *petitum* zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, ani na stronie 2 odwołania, ani w dalszej części uzasadnienia odwołania brak jest jakiejkolwiek argumentacji faktycznej w tym zakresie, czy też wskazania jakie fragmenty oferty nie odpowiadają postanowieniom SIWZ, Odwołujący nie odniósł się także do tego zarzutu na rozprawie, w konsekwencji zarzut niniejszy jest gołosłowny i z tej przyczyny podlega oddaleniu. W żadnym wypadku nie można odnosić tego zarzutu do argumentacji dotyczącej warunków w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, czy też dysponowania osobom zdolnym do realizacji zamówienia, tudzież poświadczenia nieprawdy, gdyż dotyczą niniejsze wymogów podmiotowych jakimi winien wykazać się Wykonawca, a nie merytorycznych postanowień zaoferowanej oferty.

Podobnie odnośnie wskazanego w *petitum* zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp, brak jest wskazania w odwołaniu, jaki fragment oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w żadnym wypadku nie można odnieść do niego argumentacji dotyczącej niewykazania warunków w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, czy też dysponowania osobom zdolnym do realizacji zamówienia, tudzież złożenia nieprawdziwej informacji mającej lub mogącej mieć wpływ na wynik postępowania.

Wobec niepotwierdzenia się sformułowanych przez Odwołującego w odwołaniu zarzutów, w ocenie Izby należy uznać, że niezasadnym jest także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp. Izba wyjaśnia, że przywołana podstawa prawna nie może być zgodnie z orzecznictwem samodzielną podstawą do formułowania zarzutów.

Izba dodatkowo zwraca uwagę, że Komisja Przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika Zamawiającego (art. 20 ust. 1 Pzp). Zaś przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielnie zamówienia publicznego odpowiada kierownik Zamawiającego (art. 18 ust.1 Pzp), stąd nie jest kierownik Zamawiającego związany decyzją Komisji Przetargowej i może ją zakwestionować. Tym bardziej, że to kierownik Zamawiającego powołuje członków Komisji Przetargowej i określa m.in. jej organizację (art. 21 ust.1 i 3 Pzp).

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji

26

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

……

Członek:

……

……

27