

WYROK
z dnia 10 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 grudnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 26 listopada 2010 r. przez **NetLine Group spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 53-012 Wrocław, ul. Wyścigowa 56F** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, 02-781 Warszawa, ul. Pileckiego 63**

przy udziale:

PENTEGY Spółki Akcyjnej, 00-609 Warszawa, Al. Armii Ludowej 26

M2 NET Spółki Akcyjnej, 01-698 Warszawa, ul. Smoleńskiego 1

Comp Spółki Akcyjnej, 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża NetLine Group spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 53-012 Wrocław, ul. Wyścigowa 56F i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – kwoty wpisu uiszczonego przez **NetLine Group spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 53-012 Wrocław, ul. Wyścigowa 56F,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **NetLine Group spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 53-012**

Sygn. akt KIO 2565/10

Wrocław, ul. Wyścigowa 56F na rzecz **Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, 02-781 Warszawa, ul. Pileckiego 63**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, 02-781 Warszawa, ul. Pileckiego 63 – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Rozbudowa funkcjonalności Aplikacji e-Posterunek w obszarze Ruchu Drogowego, dla potrzeb usług świadczonych za pośrednictwem portalu ePUAP oraz świadczenie usług asysty technicznej”.

17 listopada 2010 r. (pismem z 16 listopada 2010 r.) Zamawiający, „działając na podstawie art. 51 ust. 1a ustawy (...)” pzp poinformował za pośrednictwem faksu Odwołującego – NetLine Group sp. z o.o. o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych przez wykonawców ocenach spełniania tych warunków, zamieszczając tabelę, w której dla kolejnych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wskazano „status wykonawcy” i „liczbę punktów przyznanych wykonawcy”. Z przesłanego zestawienia wynika, iż wykonawcy PENTEGY S.A. z siedzibą w Warszawie przyznano 61,28 pkt, z kolei wykonawcom: BiG Vent S.A. z siedzibą w Warszawie, Comp S.A. z siedzibą w Warszawie, M2 NET S.A. z siedzibą w Warszawie, jPalio S.A. z siedzibą w Warszawie oraz ENIGMA Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, przyznano po 60,00 pkt. – dla wszystkich 6 określono, iż posiadają status wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do złożenia oferty, natomiast wykonawcy ISOLUTION Dziemidowicz, Medyński, Mikołajczyk spółka jawna z Warszawy przyznano 41,05 pkt. ze wskazaniem, iż nie zostanie zaproszony do złożenia oferty, wreszcie Odwołującemu przyznano 10,05 pkt. i również wskazano jego status jako wykonawcy, który nie zostanie zaproszony do złożenia oferty. Nadto Zamawiający wskazał w tym piśmie: „Zgodnie z art. 51 ust. 2 Ustawy, Zamawiający informuje, że Zamawiający zaprosi do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jako wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia”.

26 listopada 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie „od niezgodnej z przepisami pzp czynności Zamawiającego, podjętych w postępowaniu (...), a polegających na zakwalifikowaniu do dalszego postępowania i zaproszeniu do złożenia ofert przez wykonawców: 1) BiG Vent SA, ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa; 2) Comp SA, ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa, 3) M2 NET SA, ul. Smoleńskiego 1, 01-698 Warszawa, 4)

Sygn. akt KIO 2565/10

jPalio SA, ul. Joteyki 20, 02-317 Warszawa; 5) ENIGMA Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa; PENTEGY SA, Al. Armii Krajowej 26, 00-609 Warszawa i zaniechaniu przez Zamawiającego czynności wykluczenia tych wykonawców z przedmiotowego postępowania, względnie odrzucenia ich wniosków o dopuszczenie do udziału w (...) postępowaniu oraz zaniechaniu przez Zamawiającego wykluczenia z (...) postępowania ISOLUTION Dziemidowicz, Medyński, Mikołajczyk Spółka Jawna (wykonawca nie zaproszony do składania ofert)”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, tj. niewykluczenie z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców BIG Vent S.A., Comp S.A., M2 NET S.A., jPalio S.A., ENIGMA Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o., PENTEGY S.A., ISOLUTION Dziemidowicz, Medyński, Mikołajczyk Spółka Jawna, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania, a dotyczące wykazu wykonanych dostaw i usług.
2. Naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców: BIG Vent S.A., Comp S.A., M2 NET S.A., jPalio S.A., ENIGMA Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o., PENTEGY S.A., ISOLUTION Dziemidowicz, Medyński, Mikołajczyk Spółka Jawna, chociaż wykonawcy ci nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.
3. Naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 pzp w związku z art. 82 ust. 1 pkt 1 pzp oraz art. 14 pzp i art. 58 § 1 kc, jak również naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp, poprzez nieodrzućenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez wykonawców BIG Vent S.A., Comp S.A., M2 NET S.A., jPalio S.A., ENIGMA Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. (zwanych przez Odwołującego „Grupą COMP”),
4. Naruszenie przepisu art. 7 pzp, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez zaproszenie do składania ofert wykonawców, którzy podlegają wykluczeniu, bądź których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu winny być odrzucone.

W związku z podniesionym zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności polegającej na zaproszeniu do złożenia ofert wykonawców: BIG Vent S.A., Comp S.A., M2 NET S.A., jPalio S.A., ENIGMA Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o., PENTEGY S.A.,
2. Nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny wniosków wykonawców o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i złożonych wraz z nim oświadczeń i dokumentów, a następnie w wyniku tej czynności wykluczenie z niniejszego postępowania wykonawców:

Sygn. akt KIO 2565/10

BIG Vent S.A., Comp S.A., M2 NET S.A., jPalio S.A., ENIGMA Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o., PENTEGY S.A., ISOLUTION Dziemidowicz, Medyrński, Mikołajczyk Spółka Jawna, względnie odrzucenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez członków tzw. Grupy COMP i dokonania ponownej klasyfikacji wykonawców zaproszonych do kolejnego etapu postępowania.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący podniósł, iż przedmiotowe zamówienie jest kontynuacją zrealizowanego już na rzecz Zamawiającego (Odbiorca – Komenda Główna Policji) zamówienia na „Wykonanie i dostarczenie specjalistycznej aplikacji informatycznej zapewniającej elektroniczną obsługę dokumentacji procesowej w ramach usługi e-POSTERUNEK udostępnianej na platformie ePUAP (nr postępowania 9-CPI-WA-2244/09" (zamówienia pierwotnego). Odwołujący wskazał, że wdrożona aplikacja ePosterunek została stworzona na potrzeby obsługi spraw w postępowaniu przygotowawczym, będącym etapem procesu karnego, realizowanym przez służby dochodzeniowo-śledcze Policji, z uwzględnieniem pełnej specyfiki pracy tych użytkowników. Mając powyższe na uwadze wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia na rozbudowę tej aplikacji winni byli uwzględnić specyfikę zamówienia pierwotnego i ściśle interpretować wszelkie wymagania Zamawiającego zawarte w Ogłoszeniu o zamówieniu w kontekście tej specyfiki, w tym opisany przez Zamawiającego warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia w pkt. III.2.1) ppkt 1.1. ogłoszenia o zamówieniu. Za powyższym przemawia również odpowiedź na pytanie zadane przez jednego z wykonawców, a dotyczące treści ogłoszenia w zakresie tego warunku (pismo z 29 września 2010 roku), w której Zamawiający podtrzymał treść warunku określonego w treści ogłoszenia o zamówieniu, a tym samym w sposób nie budzący żadnych wątpliwości uniemożliwił dopuszczenie innej interpretacji tego postanowienia. Mając powyższe na uwadze oraz brzmienie warunku dotyczącego wymaganego doświadczenia, wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie i będący profesjonalistami branży IT w zakresie budowy i wdrażania takich rozwiązań, winni byli wykazać się, że posiadają wiedzę z zakresu: uwarunkowań, procedur i zasad prowadzenia postępowania przygotowawczego, sposobu prowadzenia spraw przez służby dochodzeniowo-śledcze, rejestracji i obsługi druków procesowych, sposobu wykorzystania kartotek w procesie dokumentowania sprawy, procedur warunkujących uznanie materiału jako dowód w sprawie (w tym materiałów multimedialnych).

Odwołujący wskazał, iż wykonawcy, których zaliczył do tzw. Grupy COMP jako potwierdzenie warunku dotyczącego wymaganego doświadczenia w wykazie zrealizowanych usług wskazali, po pierwsze, zrealizowanie zamówienia dla Ministerstwa Sprawiedliwości na „Usługę utworzenia, wdrożenia i eksploatacji Systemu Dozoru Elektronicznego"

Sygn. akt KIO 2565/10

Przedmiotem tego zamówienia, jeszcze niezrealizowanego na dzień składania wniosków o dopuszczenie do niniejszego postępowania (koniec realizacji 31 sierpnia 2014 roku), jest zbudowanie kompletnej infrastruktury i świadczenie usługi zarządzania procesem dozoru elektronicznego osób skazanych. Jednym z elementów tego zamówienia jest system informatyczny SDE (System Dozoru Elektronicznego), który umożliwia kontrolę wykonywania kary pozbawienia wolności przez skazanych poza zakładem karnym, polegającej na przestrzeganiu przez skazanych obowiązków nałożonych przez sądy penitencjarne pozostawania w wyznaczonym czasie w określonym miejscu przebywania oraz przestrzegania przez skazanych obowiązków powstrzymywania się od zbliżania się do określonych osób lub przebywania w określonych miejscach, z możliwością bieżącego określania i rejestrowania miejsc pobytu skazanego. Podstawowym celem i funkcjonalnością tego rozwiązania jest więc organizacja i fizyczna realizacja procesu montowania urządzeń (nadajników) umożliwiających zdalny dozór elektroniczny oraz monitorowanie osób objętych dozorem i ewentualne reagowanie również fizyczne w sytuacji, gdy pojawiają się problemy z „widocznością” dozorowanej osoby, bądź też monitorowana osoba łamie zakaz zbliżania się do określonych osób lub przebywania w określonych miejscach. System ten służy do zupełnie innych celów i posiada zupełnie inną specyfikę niż zdefiniowane przez zamawiającego „zamówienie podobne”. Całe postępowanie składa się z wielu elementów, a elementem wskazanym przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunku jest tylko system informatyczny SDE. Uznać zatem należy, że wskazana wartość zamówienia dotyczy całego zamówienia, w tym części jeszcze realizowanej i nie jest prawdą, że odnosi się do zrealizowanego systemu informatycznego SDE.

Po drugie, wykonawcy ci wskazali zamówienie zrealizowane dla Komendy Głównej Policji na „Zakup i instalację 99 stanowisk pełnofunkcyjnych do rejestracji elektronicznej danych identyfikacyjnych osób. Są to specjalizowane stanowiska wraz z dedykowanym, ściśle związanym z urządzeniami oprogramowaniem, jako takie są elementami infrastruktury, takimi jak drukarka czy skaner, a nie są aplikacją w rozumieniu powszechnej wiedzy informatycznej. Wykazane zamówienie w ogóle nie jest podobne ani rodzajowo, ani przedmiotowo do przedmiotowego zamówienia gdyż nie można go uznać za budowę systemu informatycznego, tym bardziej w architekturze klient/serwer.

Wykonawca PENTEGY S.A. w odpowiedzi na warunek dotyczący wymaganego doświadczenia w wykazie zrealizowanych usług wskazał zrealizowane zamówienia, których treść ze względu na zastrzeżenie tego wykonawcy i uznanie wykazu za tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest jawna. Jednakże z treści jawnych wyjaśnień wykonawcy do tego dokumentu (pismo z dnia z dnia 25 października 2010 r.) wynika wprost, że wykazane na

Sygn. akt KIO 2565/10

potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt. III.2.1) ppkt 1.1. ogłoszenia o zamówieniu zamówienia zostały zrealizowane dla podmiotów finansowych.

Wykonawca ISOLUTION spółka jawna w odpowiedzi na warunek dotyczący wymaganego doświadczenia w wykazie zrealizowanych usług wskazał: 1) kompleksowy system wspomagający procesy obsługi przelewów i zleceń stałych dla Projekt Albis -Bank DnB NORD Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, 2) kompleksowy system wspomagający procesy obsługi przelewów i zleceń stałych dla Gerling Polska Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A. z siedzibą w Warszawie, 3) portal społecznościowy o bardzo rozbudowanych możliwościach dla Right People Development Center Sp. z o.o. - spółka już nie istniejąca na terenie RP, 4. Realizację części systemu Centralnej Ewidencji Pojazdów dla Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, 5) system scentralizowany w architekturze JEE z klientami opartymi o Swing/Java web dla Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie.

Wykazane zamówienia (ich przedmiot) nie odpowiadają specyfice niniejszego postępowania i warunkowi udziału w nim postawionemu. Wymagana przez Zamawiającego w ramach niniejszego postępowania funkcjonalność rejestracji spraw i dokumentacji procesowej jest specyficzna dla procesu karnego i nie występuje w rozwiązaniach stosowanych przez klientów, których dotyczyły wykazane realizacje.

Zdaniem Odwołującego wszystkich 7 wykonawców złożyło we wnioskach o dopuszczenie ich do udziału w przedmiotowym postępowaniu nieprawdziwe informacje dotyczące ich doświadczenia – nie wykonali, wbrew twierdzeniom zawartym w „Wykazie wykonanych dostaw”, usług odpowiadających czynnościom opisanym precyzyjnie przez Zamawiającego w pkt. III.2.1) ppkt 1.1. ogłoszenia o zamówieniu, a tym samym złożyli nieprawdziwe oświadczenia w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, że wskazani wykonawcy winni zostać wykluczeni z niniejszego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, przepis ten zobowiązuje Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania w razie podania informacji nieprawdziwych, przez które należy rozumieć, zgodnie z orzecznictwem i piśmiennictwem, informacje, które przedstawiają odmienny stan od rzeczywistości, o ile złożone informacje mają wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Niewątpliwie informacje zawarte we wnioskach wskazanych wykonawców w wykazie wykonanych dostaw – nie odpowiadają faktom. Jednocześnie nie budzi wątpliwości, iż te nieprawdziwe informacje mogą mieć wpływ na wynik postępowania, skoro pozytywna ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wskazanych wykonawców umożliwiła zaproszenie ich do składania ofert.

Ponieważ przepisy pzp nie wskazują szczególnej procedury w odniesieniu do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, stosując wykładnię celowościową należy przyjąć, że skoro wniosek stanowi oświadczenie woli wykonawcy w danym

Sygn. akt KIO 2565/10

postępowaniu poprzedzające złożenie oferty na dalszym etapie postępowania, to w zakresie, w którym ustawa nie stanowi inaczej, może mieć zastosowanie posiłkowo przepis dotyczący odrzucenia oferty (wyrok KIO z 29 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1455/08). W ocenie Odwołującego wnioski należy badać także pod kątem ich ewentualnego odrzucenia z punktu widzenia regulacji przepisu art. 89 ust. 1 pzp. Przepis art. 82 ust. 1 pzp stanowi, że wykonawca może złożyć jedną ofertę, co oznacza również, że wykonawca może złożyć tylko jeden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W niniejszej sprawie o udzielenie zamówienia ubiegają się m.in. wykonawcy BIG Vent S.A., Comp S.A., M2 NET S.A., jPalio S.A., ENIGMA Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o., które to spółki są ze sobą powiązane. Jednocześnie wykonawcy ci w przedmiotowym postępowaniu powołują się wyłącznie na ten sam potencjał kadrowy i doświadczenie COMP S.A. Fakt wykazywania się przez wszystkich tych wykonawców personelem kluczowym i doświadczeniem COMP S.A. oznacza w sposób nie budzący wątpliwości, iż w tym przypadku spółka ta będzie realizować cały przedmiot zamówienia, w razie wygrania przetargu przez którąkolwiek ze spółek z tzw. Grupy COMP, co oznacza w skutkach *de facto* uzyskanie zamówienia przez Spółkę COMP S.A. Taka sytuacja nie jest prawnie akceptowalna jako naruszająca przepis art. 82 ust. 1 pzp w związku z art. 58 § 1 kc, który stanowi bowiem, że nieważna jest czynność prawna nie tylko sprzeczna z ustawą, ale także mająca na celu obejście ustawy. W ujęciu powołanego przepisu chodzi o czynności, które nie są wprost zakazane i ich treść nie zawiera elementów sprzecznych z ustawą, ale zmierzają do osiągnięcia skutków prawnie zakazanych. W ocenie Odwołującego złożenie wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu przez tzw. Grupy COMP w opisanych okolicznościach faktycznych i prawnych zmierza właśnie do obejścia powołanych przepisów pzp, zwiększając tym samym szansę COMP S.A. na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Z tego względu wnioski wszystkich wykonawców wchodzących w skład tzw. Grupy COMP winny zostać odrzucone jako zmierzające do obejścia przepisu art. 82 ust.1 pzp i przez to jednocześnie nieważne na podstawie art. 58 § 1 kc.

Opisane działanie tzw. Grupy COMP wyczerpuje jednocześnie, w ocenie Odwołującego, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uzna”) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z art. 1 i 2 uznk czyn nieuczciwej konkurencji może zostać popełniony w obrocie gospodarczym (działalności gospodarczej). Dla wypełnienia dyspozycji przepisu art. 3 ust. 1 uznk konieczne jest, aby zachowanie przedsiębiorcy naruszało lub zagrażało interesom wymienionym w art. 1 uznk. Działanie przedsiębiorcy musi być bezprawne, tzn. kolidować z przepisami prawa lub sprzeczne z dobrymi

Sygn. akt KIO 2565/10

obyczajami. Nie chodzi przy tym o pojęcie ogólne dobrych obyczajów, ale o obyczaje kupieckie, a więc tylko obyczaje dotyczące obrotu gospodarczego i tylko te, które są uczciwe. Za czyn nieuczciwej konkurencji należy uznać naruszenie prawa, jeśli dzięki temu naruszeniu dopuszczający się go przedsiębiorca uzyskuje korzyści w sferze gospodarczej, w szczególności uzyskuje przewagę nad swymi konkurentami, wskutek czego zaczyna zagrażać ich interesom lub interesom ich klientów albo je narusza. Z taką sytuacją mamy właśnie do czynienia w odniesieniu do tzw. Grupy COMP. Nie może bowiem budzić wątpliwości, w szczególności przy procedurze przetargu ograniczonego, że działanie tzw. Grupy COMP ma na celu utrudnienie dostępu do przedmiotowego zamówienia innym wykonawcom. Tym samym działanie Grupy COMP ma charakter zmowy przetargowej. W ocenie bowiem Sądu Najwyższego (wyrok z 14 stycznia 2009 r., sygn. akt III SK 26/08, publik. SSNP 2010/13-14/179) zmowy przetargowe co do zasady mogą wpływać na strukturę konkurencji na danym rynku, blokować możliwość wejścia na rynek innych podmiotów i nie ma potrzeby badania celowości działania uczestników zmowy przetargowej, jeżeli z ustaleń faktycznych opartych także na domniemaniach faktycznych wynikało, że doszło do uzgodnienia zasad udziału w postępowaniu przetargowym.

2 grudnia 2010 r. (pismami z tej daty), na skutek wezwania Zamawiającego z 29 listopada 2010 r., PENTEGY S.A. z siedzibą w Warszawie, M2 NET S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Comp S.A. zgłosiły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Po sprawdzeniu w toku czynności formalno-sprawdzających, iż odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp i braku zgłoszenia w tym zakresie odmiennych wniosków Stron i Uczestników, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Uczestnicy zajęli następujące stanowiska: Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, Przystępujący poparli to stanowisko, natomiast Odwołujący podtrzymał wniosek o uwzględnienie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 7 września 2010 r. nr 2010/S 173-264887, w tym samym dniu Zamawiający

Sygn. akt KIO 2565/10

zamieścić ogłoszenie w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.cpi.mswia.gov.pl).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

W sekcji III.2.1) pkt 1.1. ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający określił, iż w ramach wymaganych warunków „Wykonawca musi wykazać się niezbędną wiedzą i doświadczeniem, tj. należytym wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi odpowiadającej swym rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia, tzn. zaprojektowaniem i wykonaniem systemu informatycznego w architekturze klient/serwer, który:

- a) obsługuje kartoteki w sprawie i kartoteki ogólne oraz umożliwia rejestrowanie spraw i dokumentacji procesowej,
- b) obsługuje rejestrację danych na potrzeby różnych rodzajów druków procesowych i dokumentów wykorzystywanych podczas czynności procesowych według zasady jednokrotnego wprowadzania danych,
- c) umożliwia zapis materiałów multimedialnych w sprawie w sposób umożliwiający wykorzystanie ich jako dowód;”.

Jednocześnie w sekcji III.2.1) pkt 2.1. ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, iż „W celu wykazania spełniania warunków określonych w pkt. 1.1, wykonawcy są zobowiązani przedłożyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku określonego w pkt. 1.1, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców (wykaz należy sporządzić zgodnie z załącznikiem nr 3 do wzoru Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu). Do ww. wykazu należy załączyć dokumenty potwierdzające, że wymagane usługi w nim ujęte zostały wykonane lub są wykonywane należycie”.

16 września 2010 r. do Zamawiającego wpłynęło od wykonawcy Agata Kaczyńska WebCube.pl z Nieporętu pismo o następującej treści:

Sygn. akt KIO 2565/10

„Działając na podstawie Prawa Zamówień Wykonawca składa do Zamawiającego zapytanie do przedmiotowego postępowania przetargowego.

Zamawiający żąda, aby Wykonawca wykazał się świadczeniem obejmującym zaprojektowanie i wykonanie systemu informatycznego w architekturze klient-serwer, który obsługuje kartoteki w sprawie i kartoteki ogólne oraz umożliwia rejestrowanie spraw i dokumentacji procesowej, oraz obsługuje rejestrację danych na potrzeby różnych rodzajów druków procesowych i dokumentów wykorzystywanych podczas czynności procesowych według zasady jednokrotnego wprowadzania danych, oraz umożliwia zapis materiałów multimedialnych w sprawie w sposób umożliwiający wykorzystanie ich jako dowód.

Ustawodawca tworząc uprawnienie Zamawiającego do wymagania od Wykonawców doświadczenia niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia miał na myśli możliwość sprawdzenia przez Zamawiającego, że w przedmiot zamówienia zostanie wykonany przez Wykonawcę, który posiada stosowne doświadczenie. Zatem Wykonawca pragnie złożyć zapytanie odnośnie tego obszaru:

1) Czy jeżeli wykonawca wykaże się świadczeniami obejmującymi zaprojektowanie i wykonanie systemu informatycznego w architekturze klient-serwer, który potrafi obsługiwać kartoteki, umożliwia rejestrowanie wszelkiego rodzaju dokumentacji, oraz jest zdolny do obsługi rejestracji danych na różne potrzeby wykorzystywanych podczas wszelkiego rodzaju czynności według nie tylko zasady jednokrotnego, ale i wielokrotnego wprowadzenia danych, oraz umożliwia zapis wszelkiego typu danych w tym multimedialnych – to czy Wykonawca nie wykaże się doświadczeniem niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia?

2) Jeżeli na powyższe pytanie odpowiedź Zamawiającego brzmi: nie, to prosimy o odpowiedź na pytanie: Dlaczego Zamawiający tak dogłębnie precyzuje jakiego rodzaju są dokumentami, których realizacją należy się wykazać? Czym akta sprawy/dochożenia różnią się od akt klienta w banku z punktu widzenia wprowadzania danych do formularzy/przechowywania skanów odnośnie świadczeń, którymi należy się wykazać? Jaki szczególny element doświadczenia Zamawiający pragnie w ten sposób wykazać w aspekcie realizowanego projektu? Proszę wyjaśnić dlaczego należy wykazać się, że stworzony w przeszłości system rejestrował sprawę, a nie inny zbiór informacji?

Taki zapis może zostać uznany przez KIO jako naruszający art. 7 PZP, tj. zasadę uczciwej konkurencji. W związku z powyższym prosimy o dopuszczenie zaprezentowanej interpretacji świadczenia z pytania 1 jakim należy się wykazać. Taka interpretacja spełnia wszystkie warunki jakie są niezbędne do tego, aby wykonane świadczenie było wykonane rzetelnie”.

Sygn. akt KIO 2565/10

29 września 2010 r. Zamawiający nie ujawniając źródła pytania zamieścił treść obu powyżej wskazanych pytań oraz udzielił na nie następującej odpowiedzi w *Wyjaśnieniach ogłoszenia nr 1* skierowanych do wszystkich wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu:

„Zamawiający informuje, iż podtrzymuje treść warunku określonego w pkt III.2.1) ppkt 1.1 Ogłoszenia o zamówieniu nr 2010/S 173-264887. Powyższe wynika z faktu, iż przedstawione przez Zamawiającego wymogi w zakresie usługi odpowiadającej swym rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia stanowią wymagania minimalne. Zamawiający dopuści do udziału w postępowaniu Wykonawcę, który wykaże się wskazanym w pkt. 1 doświadczeniem”.

Do wniosków załączonych przez wykonawców: BIG Vent S.A., Comp S.A., M2 NET S.A., jPalio S.A., ENIGMA Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. załączono *Wykaz wykonanych dostaw w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 25-CPI-WA-2244/10*, w którym w ramach „usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunków określonych w Sekcji III.2.1) pkt. 1.1. Ogłoszenia o zamówieniu:

W pozycji 1. wskazano w kolumnie *Przedmiot usług*, iż „W ramach projektu na budowę i wdrożenie Systemu Dozoru Elektronicznego (SDE) został zaprojektowany i wykonany system informatyczny w architekturze klient serwer”, określając *Wartość usług* na 200.000.000,00 zł (brutto), daty wykonania na 8 stycznia 2009 r. (początek) i 21 kwietnia 2010 r. (zakończenie), a odbiorcą usług jako Ministerstwo Sprawiedliwości Departament Informatyzacji i Rejestrów Sądowych.

W pozycji 2. wskazano w kolumnie *Przedmiot usług*, iż „W ramach projektu na dostawę i instalację 99 stanowisk pełno funkcyjnych do rejestracji elektronicznej danych identyfikacyjnych osób został zaprojektowany i wykonany system informatyczny w architekturze klient-serwer”, określając *Wartość usług* na 10.097.940,00 zł (brutto), daty wykonania na 28 października 2009 r. (początek) i 12 marca 2010 r. (zakończenie), a odbiorcą usług jako Komendę Główną Policji Biuro Łączności i Informatyki.

W obu przypadkach wpisano nadto wpisano, iż cechy systemu w sposób identyczny jak w lit. a-c warunku opisanego w sekcji III.2.1) pkt 1.1. ogłoszenia o zamówieniu.

Na potwierdzenie poz. 1 wykazu załączono referencję z 21 kwietnia 2010 r., w której wskazano między innymi, iż Comp S.A. jako lider konsorcjum realizuje prace zgodnie z zawartą umową, której przedmiotem jest „utworzenie oraz wdrożenie Systemu Dozoru Elektronicznego (SDE); „do 1 sierpnia 2009 roku forma COMP S.A. dostarczyła i uruchomiła część centralną systemu: centralę monitorowania SDE; środki techniczne SDE dla 500 skazanych; system informatyczny SDE; serwis internetowy (...); procedury działania

Sygn. akt KIO 2565/10

podmiotu dozorującego; uruchomienie ekspozytury Wykonawcy, ośrodek szkoleniowy dla użytkowników SDE. Wdrożony System Dozoru Elektronicznego działa zarówno przez serwis internetowy WWW w architekturze klient-serwer. Dotychczas wykonane prace zostały wykonane z należytą starannością i w zakładanym terminie. Całkowita wartość kontraktu wynosi ponad 200 000 000,00 zł brutto”.

Na potwierdzenie poz. 2 wykazu załączono referencję z 26 lipca 2010 r., w której potwierdzono, iż Comp S.A. „zrealizowała w marcu 2010 r. dostawę i instalację 99 stanowisk pełno funkcyjnych do rejestracji elektronicznej danych identyfikacyjnych osób (...). W ramach Umowy (...) zostały wykonane następujące prace: dostawa i instalacja 99 kompletnych stanowisk składających się m.in. z kabin sygnalitycznych, skanerów linii papilarnych, sprzętu komputerowego oraz dedykowanego oprogramowania, uruchomienie stanowisk, przeprowadzenie szkoleń, wykonanie dokumentacji technicznej,(...) Wszystkie prace zostały zrealizowane z należytą starannością. Całkowita wartość powyższych prac wyniosła 10 097 940,00 zł brutto”.

Do wniosków załączonych przez wykonawców: BIG Vent S.A., M2 NET S.A., jPalio S.A., ENIGMA Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. załączono również oświadczenie Comp S.A. , iż zobowiązuje się jako podwykonawca udostępnić wiedzę i doświadczenie oraz osoby niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia na okres korzystania z nich przy jego realizacji, wskazując iż zostaje ono złożone na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy pzp.

Wykonawca PENTEGY zastrzegł we wniosku, iż informacje zawarte na stronach od 8 do 19, tj. 5 referencji oraz wykaz usług i wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W wykazie objętym tajemnicą wykonawca wykazał 6 pozycji na łączną kwotę 6.700.000,00 PLN oraz załączył 5 referencji, z czego dwie ostatnie, zamieszczone na stronach 18 i 19 są w całości w językach obcych, odpowiednio: rosyjskim i angielskim.

20 października 2010 r. Zamawiający wystosował do PENTEGY S.A. pismo, w którym wskazując, iż działa na podstawie art. 26 ust. 4 pzp, wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego wykazu usług, wskazującego „czy przedmiot usług wskazany w ww. wykazie (pkt 1-6) obejmuje wymaganie Zamawiającego określone w Sekcji III.2.1) pkt 1.1 Ogłoszenia o zamówieniu”, przytaczając treść warunku z ogłoszenia.

25 października 2010 r. wykonawca w odpowiedzi wskazał, iż „Wykazane przez nas usługi, realizowane dla podmiotów finansowych w charakterze swej implementacji opierają się na wykorzystaniu wszelkiego typu instrumentów odpowiadających zbiorom kartotecznym wspierającym procesy decyzyjne i dokumentacyjne. Systemy te uwzględniają wykorzystanie różnego typu danych (w tym multimedialnych) w nich zgromadzonych dla potrzeb ewentualnych

Sygn. akt KIO 2565/10

sytuacji procesowych z uwzględnieniem przeprowadzania mechanizmów dowodowych. Charakter pracy operacyjnej instytucji finansowych wymusza na systemach informatycznych niezaprzeczalność wprowadzanych danych, z uwzględnieniem historii zmian i archiwizacji całych procesów. Przejawia się to głównie w jednokrotnym wprowadzaniu danych bez możliwości ich późniejszej zmiany czy usunięcia. Każda zmiana w kartotece czy zapisie powoduje ponowne wprowadzenie zmienianych informacji z zachowaniem wersji archiwalnej."

Wykonawca ISOLUTION spółka jawna w wykazie zrealizowanych usług wskazał 5 pozycji, dla których przy określeniu wartości usług wskazał kwoty netto, nie podając informacji o stawce VAT oraz załączył 6 referencji potwierdzających ich należyte wykonanie. W poz. 1 kompleksowy system wspomagający procesy obsługi przelewów i zleceń stałych dla Projekt Albis -Bank DnB NORD Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie. W poz. 2 kompleksowy system wspomagający procesy obsługi przelewów i zleceń stałych dla Gerling Polska Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A. z siedzibą w Warszawie. W poz. 3 portal społecznościowy o bardzo rozbudowanych możliwościach dla Right People Development Center Sp. z o.o. W poz. 4. realizację części systemu Centralnej Ewidencji Pojazdów dla Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie. W poz. 5 system scentralizowany w architekturze JEE z klientami opartymi o Swing/Java web dla Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania, która została również przekazana w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, a w szczególności: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., protokołu postępowania, wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu nieograniczonym oraz innych przywołanych pism i dokumentów

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, w tym również złożone na rozprawie przez Przystępującego Comp S.A. pisma oraz opinię eksperta jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestników postępowania zawarte w treści odwołania, zgłoszeniach przystąpienia a także złożone ustnie w toku rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 7 września 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach

Sygn. akt KIO 2565/10

sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, który w razie potwierdzenia się zasadności postawionych w odwołaniu zarzutów, zapewniłby mu dalszy udział w postępowaniu, a zatem realną szansę na uzyskanie zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Jednocześnie zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania wykonawców wskazanych w odwołaniu naraża Odwołującego na szkodę z powodu niemożności uzyskania tego odpłatnego zamówienia publicznego.

Żadna ze Stron nie kwestionowała interesu wykonawców: Simple PENTEGY S.A. z siedzibą w Warszawie, M2 NET S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Comp S.A. w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, po stronie którego każdy z tych wykonawców zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie z zachowaniem wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (art. 185 ust. 2, 3 i 4 pzp).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podtrzymanych w toku postępowania odwoławczego, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie może zostać uwzględnione

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż zarzuty odwołania, wbrew stanowisku Zamawiającego zaprezentowanemu na rozprawie, nie są przedwczesne. Zamawiający co prawda rozdzielił zawiadomienie o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków od skierowania zaproszenia do składania ofert, tym niemniej już w zawiadomieniu z 16 listopada 2010 r., informując o wynikach tej oceny, jednocześnie wskazał wprost, którzy wykonawcy zostaną zaproszeni, a którzy nie, wraz z pouczeniem, że wykonawcę niezaproszonego traktuje się jak wykluczonego z postępowania. Ponieważ Odwołujący został wskazany jako wykonawca, który nie zostanie zaproszony do składania ofert, to jego odwołanie od czynności Zamawiającego „polegających na zakwalifikowaniu do dalszego postępowania i zaproszeniu do złożenia ofert przez wykonawców (...) i zaniechaniu (...) czynności wykluczenia (...) wykonawców”, nie jest przedwczesne. Nie budzi wątpliwości, iż Odwołujący zarzuca Zamawiającemu niewłaściwą ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, którzy otrzymali wyższą od Odwołującego ocenę spełniania tych warunków,

Sygn. akt KIO 2565/10

pomimo tego, że powinni zostać wykluczeni z postępowania jako w ogóle niespełniający warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Wobec tego zwlekanie przez Odwołującego ze złożeniem odwołania do momentu dokonania przez Zamawiającego zaproszenia do składania ofert, mogłoby spowodować, iż mogłoby ono zostać uznane za złożone z uchybieniem terminu na jego wniesienie lub jako złożone przez podmiot nieuprawniony.

Istotniejsze z punktu widzenia rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy jest jednak ustalenie przez Izbę, iż w granicach zarzutów odwołania nie mieści się ocena spełniania warunków wykraczająca poza stwierdzenie ich spełniania na poziomie wystarczającym dla udziału w postępowaniu, a dotycząca jej wyników w postaci przyznanej punktacji będącej podstawą sporządzenia rankingu wykonawców i ustalenia, którzy z nich zostaną zaproszeni do składania ofert. Odwołujący konsekwentnie w zaskarżanych czynnościach, zarzutach, żądaniach i w uzasadnieniu pisma procesowego obejmującego odwołanie wskazuje na zaniechanie czynności wykluczenia, przepisy art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 pzp, domaga się wykluczenia wykonawców oraz podnosi okoliczności wyłączenie na uzasadnienie twierdzenia, że wykonawcy ci niespełniają w ogóle warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, względnie, że złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Rozpatrując sprawę w granicach tak określonych przez Odwołującego zarzutów, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Na podstawie ustaleń faktycznych i zebranego materiału dowodowego, Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, iż nie potwierdził się zarzut zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania 7 wykonawców na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 pzp, z uwagi na niewykazanie przez nich spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Pomimo niemal jednomyślnego odmiennego stanowiska Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, Izba zważyła, iż opisany w pkt. III.2.1) ppkt 1.1 ogłoszenia o zamówieniu warunek został w istotny sposób zmieniony udzieloną 29 września 2010 r. przez Zamawiającego pisemną odpowiedzią na dwa powiązane ze sobą pytania dotyczące tego warunku, w kierunku znaczącego jego złagodzenia oraz zastąpienia kryteriów ostrych i jednoznacznych kryteriami nieostrymi i nie tak jednoznacznymi. Z treści pierwszego z pytań w powiązaniu z treścią drugiego pytania oraz z kontekstu w jakim zostały zadane, ewidentne jest, iż pytający zmierzał do złagodzenia rygorystycznego warunku, w razie odmowy ze strony Zamawiającego domagając się szczegółowego uzasadnienia adekwatności tak wysokich wymagań wobec przedmiotu zamówienia oraz powołując się na Izbę jako organ, który negatywnie oceniły te wymagania w kontekście art. 7 ust. 1 pzp. Pierwotnie

Sygn. akt KIO 2565/10

Zamawiający wymagał bowiem od wykonawców wykazania się zaprojektowaniem i wykonaniem systemu informatycznego w architekturze klient serwer, który spełnia trzy kryteria: po pierwsze – obsługuje kartoteki w sprawie i kartoteki ogólne oraz umożliwia rejestrowanie spraw i dokumentacji procesowej, po drugie – obsługuje rejestrację danych na potrzeby różnych rodzajów druków procesowych i dokumentów wykorzystywanych podczas czynności procesowych według zasady jednokrotnego wprowadzania danych, po trzecie – umożliwia zapis materiałów multimedialnych w sprawie w sposób umożliwiający wykorzystanie ich jako dowód.

Natomiast udzielona przez Zamawiającego odpowiedź, choć zaczyna się od stwierdzenia, iż podtrzymuje on postawiony w ogłoszeniu warunek w końcowej części ewidentnie wskazuje na coś zupełnie przeciwnego – Zamawiający potwierdził bowiem, iż będzie uznawał doświadczenie opisane w pytaniu 1 za wystarczające. Nie zmienia tego prezentowane przez Zamawiającego paradoksalne rozumowanie, iż skoro w warunku opisał wymóg wykonania systemów wspierających czynności specyficzne wyłącznie dla postępowań procesowych, to jest to rzekomo warunek minimalny, którego spełnieniem będzie również uprzednia realizacja jakichkolwiek systemów wspierających czynności na potrzeby jakiegokolwiek zorganizowanej działalności. Bez znaczenia dla wiążącego charakteru udzielonej odpowiedzi jest również okoliczność, iż Zamawiający dokonał w ten sposób zmiany warunku z naruszeniem przepisu art. 12a ust. 2 ustawy pzp. W wyniku udzielonej odpowiedzi dla spełnienia warunku wystarczające stało się bowiem wykazanie się przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia zaprojektowaniem i wykonaniem systemu informatycznego w architekturze klient serwer, który: po pierwsze – potrafi obsługiwać jakiegokolwiek kartoteki, umożliwia rejestrowanie wszelakiego rodzaju dokumentacji, po drugie – jest zdolny do obsługi rejestracji danych na różne potrzeby, wykorzystywanych podczas wszelakiego rodzaju czynności, według nie tylko zasady jednokrotnego, ale i wielokrotnego wprowadzania danych, po trzecie – umożliwiającego zapis wszelakiego typu danych, w tym multimedialnych.

Wobec zniknięcia elementu odniesienia do postępowania procesowego, obszerna argumentacja Odwołującego wskazująca na konieczność uwzględnienia przy interpretacji tego warunku specyfiki przedmiotu wcześniejszego zamówienia dotyczącego aplikacji e-Posterunek, stworzonej na potrzeby obsługi spraw w postępowaniu przygotowawczym, będącym etapem procesu karnego, realizowanym przez służby dochodzeniowo-śledcze Policji – jest zupełnie nietrafna i nieadekwatna w ustalonych okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy. Natomiast biorąc pod uwagę literalną treść zmienionego w powyżej wskazany sposób warunku, Izba zważyła, iż Odwołujący nie wykazał jego niespełnienia w stosunku do żadnego z 7 wykonawców wskazanych w odwołaniu. W szczególności oba

systemy informatyczne wykonane przez Comp S.A. z pewnością odpowiadają warunkowi w postaci zmodyfikowanej przez Zamawiającego. W ocenie Izby w toku rozprawy Odwołujący nie udowodnił bowiem tezy, iż zamówienie dotyczące dostawę i instalację 99 stanowisk pełnofunkcyjnych do rejestracji elektronicznej danych identyfikujących osób nie jest w ogóle podobne przedmiotowo, gdyż nie dotyczyło budowy systemu informatycznego, a stanowisk wraz z dedykowanym oprogramowaniem, będących elementem infrastruktury, a nie aplikacją w rozumieniu informatycznym. Natomiast Przystępujący Comp S.A. złożył na rozprawie w tym zakresie dodatkową informację od zamawiającego wraz z opinią eksperta, które potwierdzają, iż w ramach tego zamówienia wykonano system w technologii klient- serwer. Zupełnie niezrozumiałe jest natomiast stanowisko Odwołującego, wskazujące, iż ze złożonej również na rozprawie informacji od zamawiającego system SDE wynika, iż nie został on zaprojektowany i wykonany przez COMP S.A., wbrew literalnemu brzmieniu pierwszego zdania tego pisma. Z kolei zarzuty stawiane przez Odwołującego realizacjom wykazanym przez PENTEGY S.A. i ISOLUTION sp. j. dotyczą wyłącznie braku uwzględnienia w tych systemach informatycznych realizowanych na rzecz podmiotów finansowych lub informatycznych funkcjonalności specyficznych wyłącznie dla procesu karnego, co wobec poczynionych powyżej ustaleń jest zupełnie bez znaczenia, gdyż wykonawcy Ci przedstawili co najmniej 1 usługę odpowiadającą obowiązującemu ostatecznie warunkowi dotyczącemu doświadczenia.

Izba stwierdziła, iż nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania 7 wykonawców na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 3 pzp, z uwagi na złożenie przez nich we wnioskach o dopuszczenie ich do udziału w tym postępowaniu nieprawdziwych informacji dotyczących ich doświadczenia.

Odwołujący podnosząc zarzut dotyczący niespełniania przez 7 wykonawców, w tym Przystępujących, opisanego powyżej warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, skonstruował ten zarzut na założeniu, iż każdy przypadek niespełniania warunku udziału w postępowaniu oznacza jednocześnie złożenie przez danego wykonawcę nieprawdziwych informacji, a wobec sklasyfikowania 6 wykonawców jako takich, którzy zostaną zaproszeni do złożenia ofert oraz dodatkowo sklasyfikowania jeszcze 1 wykonawcy przed Odwołującym – należy uznać, że może to mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie Izby takie generalne założenie i niejako automatyczne przejście od wynikającego ze złożonych przez wykonawcę dokumentów niespełniania merytorycznego warunku udziału w postępowaniu na przesłankę wykluczenia z tytułu złożenia nieprawdziwych informacji jest w ogóle nieuprawnione. Natomiast w okolicznościach przedmiotowej sprawy, wobec braku stwierdzenia niespełniania tego warunku przez któregokolwiek z 6 wykonawców –

Sygn. akt KIO 2565/10

podniesiony zarzut jest bezpodstawny, gdyż nie doszło do złożenia nieprawdziwych informacji. Natomiast podniesione przez Odwołującego zastrzeżenia dotyczące prawidłowości wykazania przez Comp S.A. w wykazie wykonanych zamówień dla usługi dotyczącej zaprojektowania i wykonania systemu informatycznego w ramach projektu na budowę i wdrożenie Systemu Dozoru Elektronicznego jako wartości usługi kwoty 200 mln zł brutto, gdyż jest to wartość całego zamówienia na SDE, które nie zostało jeszcze w całości wykonane, nie stanowi złożenia nieprawdziwej informacji dotyczącej spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji III.2.1) pkt 1.1 ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający nie wskazał bowiem żadnego progu minimalnego wartości usług dotyczących zaprojektowania i wykonania systemu informatycznego w architekturze klient-serwer, a ponadto Comp S.A. przedstawił również w wykazie wykonanie drugiego systemu informatycznego tego typu w ramach projektu na dostawę i instalację 99 stanowisk pełnofunkcyjnych do rejestracji elektronicznej danych identyfikujących osób – na kwotę 10.097.940,00 zł, potwierdzonej stosowną referencją. Wobec tego, że z załączonej referencji dotyczącej pierwszej z usług wprost wynika, iż całkowita wartość kontraktu na utworzenie i wdrożenie SDE wynosi ponad 200 mln zł, Zamawiający w celu przydzielenia liczby punktów w sposób zgodny z sekcją IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu powinien był wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4 pzp czy kwota 200 mln zł dotyczy zrealizowanej części usługi. Natomiast Izba nie podziela zastrzeżeń Odwołującego co do wykazywania przez wykonawców systemów informatycznych, które były integralnym elementem zamówień obejmujących powiązane ze sobą oprogramowanie, sprzęt oraz dostawy i usługi. Zamawiający nie wskazał bowiem w ogłoszeniu o zamówieniu jakie elementy będzie uznawał w takim przypadku jako kwalifikujące się do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz przyznawanej punktacji. Odwołujący natomiast nie udowodnił, iż w stosunku do któregośkolwiek z wykonawców, iż wykazany system informatyczny nie był integralną częścią ujętego w wykazie zamówienia.

W odwołaniu podniesiono również zarzut zaniechania odrzucenia wniosków o dopuszczenie złożonych przez 5 wykonawców z tzw. Grupy Comp, to jest Comp S.A. oraz wykonawców, którzy posłużyli się doświadczeniem i wiedzą tej spółki oraz jej potencjałem kadrowym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Izby art. 89 ust. 1 pzp określający przesłanki odrzucenia oferty nie może być stosowany w drodze analogii przy ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Generalnie należy wskazać, iż na gruncie prawa publicznego przy korzystaniu z *analogii legis* należy ograniczyć do niezbędnego minimum, stosując ją tylko tam gdzie skąpa regulacja normatywna oraz jej ogólnikowość wynikająca z użycia klauzul

Sygn. akt KIO 2565/10

generalnych tworzy konieczność precyzowania w drodze wykładni przepisów wymagań wobec uczestników obrotu prawnego oraz wskazówek dla organów orzekających w sprawach dotyczących tak uregulowanych gałęzi prawa, jak np. prawo energetyczne czy prawo telekomunikacyjne. Prawo zamówień publicznych zawiera co prawda klauzule generalne, jednak w przeważającej większości składa się z przepisów bezwzględnie obowiązujących, które powinny być stosowane wyłącznie wprost, zwłaszcza jeżeli regulują instytucje wpływające niekorzystnie na sytuację wykonawców. Ustawa wyraźnie odróżnia od siebie mające taki charakter instytucje wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty, formułując dla każdej z nich enumeratywny katalog przesłanek, które powinny być interpretowane literalnie, a nie rozszerzająco. Wobec tego w obowiązującym porządku prawnym zamówień publicznych tym bardziej niedopuszczalne jest stworzenie w drodze wykładni instytucji odrzucenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nieuregulowanej w ustawie pzp, wyłącznie w oparciu o założenie, iż tak jak oferta stanowi ono oświadczenie woli wykonawcy.

Z kolei, choć nie wynika to w żaden sposób z przepisu art. 82 ust. 1 pzp, należy uznać za oczywiste, iż jeden wykonawca może złożyć tylko jeden wniosek o dopuszczenie do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący nie wykazał jednak, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło do takiej sytuacji. Po pierwsze, na podstawie treści odwołania i przebiegu rozprawy Izba nie stwierdziła realnego istnienia bytu wykonawcy w postaci tzw. Grupy COMP. Odwołujący był w stanie wskazać w odwołaniu na powiązania kapitałowe i personalne dotyczące osób wchodzących w skład władz wyłącznie pomiędzy Comp S.A. a BIG VENT S.A. i ENIGMA SOI sp. z o.o. Na rozprawie Przystępujący Palio S.A. oraz M2 NET S.A. stanowczo oświadczyli, iż powiązania tego typu nie istnieją w odniesieniu do ich spółek. Przede wszystkim należy jednak stwierdzić, iż obowiązujące przepisy ustawy pzp, odmiennie niż w przypadku strony zamawiającej, nie zawierają żadnej regulacji dotyczącej skutków takich dozwolonych przez przepisy prawa gospodarczego i handlowego zależności pomiędzy wykonawcami uczestniczącymi w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia, co czyni stwierdzoną okoliczność faktyczną prawnie irrelevantną. Po drugie, nie można również stwierdzić, iż tym jednym wykonawcą, który złożył 5 wniosków jest Comp S.A., gdyż oprócz złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, udostępnił swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, a także kluczowego personelu 4 innym wykonawcom, którzy bez tego nie byłiby w stanie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Przepisy ustawy pzp nawet statuując od początku w przepisie art. 82 ust. 1 pzp zakaz składania więcej niż jednej oferty przez jednego wykonawcę, w żaden sposób nie ograniczają możliwości wskazania tego samego wykonawcy jako podwykonawcy w kilku ofertach, również w sytuacji, gdy wykonawca ten sam ubiega się o udzielenie zamówienia. Z

Sygn. akt KIO 2565/10

kolei wprowadzony niedawną nowelizacją przepis art. 26 ust. 2b pzp dopuścił w celu zwiększenia konkurencyjności postępowań na szeroką skalę możliwość posługiwania się przez wykonawców przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu potencjałem podmiotów trzecich. Również z tego przepisu nie wynika jednak zakaz równoległego ubiegania się w przez taki podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby innym wykonawcom swoim imieniem i na swoją rzecz o udzielenie zamówienia jako wykonawca. Należy również wskazać, iż pierwotne rygorystyczne brzmienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia (sposobu dokonania oceny jego spełnienia), uznawanego zresztą przez Odwołującego za nadal wiążący, jak również specjalistyczne wymagania dotyczące personelu siłą rzeczy ograniczało liczbę podmiotów, które mogły wykazać się posiadaniem tak specjalistycznego doświadczenia i potencjału kadrowego, a tym samym udostępnić go zainteresowanym wykonawcom. Samo wskazanie już na etapie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Comp S.A. jako podwykonawcy przez wszystkich 4 wykonawców, należy wiązać z dbaniem o nienarażenie się na zarzut braku realnego dysponowania zasobami dotyczącymi wiedzy i doświadczenia, opartego o oficjalne stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych w tej mierze. Wszystkie powyżej opisane okoliczności ani z osobna ani razem łącznie nie tworzą zatem żadnej sytuacji prawnie nieakceptowanej, która podlegałaby ocenie z punktu widzenia przepisu art. 58 § 1 kc w zw. z art. 14 pzp, jako czynności zmierzające do obejścia prawa.

Wbrew stanowisku odwołującego, *de lege lata* brak jest również podstaw do brania pod uwagę przy ocenie zarzutów dotyczących wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) oraz ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331). Izba wskazuje, iż ustawa pzp nie zobowiązuje zamawiających do dokonywania ustaleń czy złożenie przez danego wykonawcę wniosku stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – brak jest w tym zakresie regulacji odpowiadającej przepisowi art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp nakazującemu odrzucić ofertę, jeśli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający badając i oceniając wniosek ustala na podstawie załączonych do niego dokumentów czy wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu i ewentualnie przyznaje odpowiednią punktację, nie ma natomiast podstaw prawnych, aby ustalać czy złożenie takiego wniosku stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Również Izba nie jest organem powołanym do uznawania czynności złożenia wniosków za nieważną z mocy prawa na podstawie przepisu art. 58 § 1 kc w związku z naruszeniem przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Sygn. akt KIO 2565/10

Zatem podnoszone przez Odwołującego okoliczności wskazujące na naruszenie tych przepisów mogą być przedmiotem badania organów, którym przywołane ustawy wprost przyznały takie kompetencje: sądu powszechnego lub Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Nie sposób jednak nie zauważyć, iż stawiając tezę, iż „działanie Grupy COMP ma charakter zмовы przetargowej”, Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie, iż doszło do zawarcia pomiędzy 5 wykonawcami porozumienia, o którym mowa w art. 5 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a tym samym do zaburzenia konkurencji i naruszenia zasady uczciwej konkurencji, jak również że naruszony został art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – poprzestając na konstruowaniu domniemań faktycznych, co jest daleko niewystarczające w kontekście wagi stawianych zarzutów. Izba nie znalazła zatem podstaw do podważenia oświadczeń złożonych przez dwóch Przystępujących, rzekomo wchodzących w skład tzw. Grupy COMP, iż nie uzgadniali oni między sobą zasad uczestnictwa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w celu utrudnienia dostępu do zamówienia innym wykonawcom.

Mając powyższe na uwadze, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – orzekła jak w sentencji.

Na marginesie Izba zauważa, iż niezależnie od wyniku postępowania odwoławczego, każdy zamawiający dążący do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego winien na każdym etapie postępowania rozważyć czy popełnione w toku postępowania uchybienia nieobjęte zarzutami odwołania, nie spowodują, iż zawarta umowa będzie podlegała unieważnieniu na skutek nie tylko przesłanek określonych w ust. 1 ale i ust. 6 art. 146 pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z przepisem § 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), obciążając kosztami postępowania Odwołującego, przy uwzględnieniu jako uzasadnionych, kosztów Zamawiającego poniesionych na wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie rachunku (faktury VAT) przedłożonego do akt sprawy, ograniczając jego wysokość do 3 600 zł – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....