

Sygn. akt XXIII Zs 34/21

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 sierpnia 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie :

Przewodniczący: sędzia Arkadiusz Kucharski

Protokolant : Oliwia Malczyk

po rozpoznaniu w dniu 18 sierpnia 2021 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z udziałem

zamawiającego : Województwo (...)

odwołującego : konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) S.A. w K., (...) S.A. w K., (...) S.A. w K.

przy udziale wykonawcy : (...) sp. z o.o. sp. k. we W. (przystępującego po stronie zamawiającego),

na skutek skargi odwołującego od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W. z dnia 29.01.2021 r., sygn. akt (...)

1. oddala skargę,
2. zasądza od konsorcjum (...) S.A. w K., (...) S.A. w K., (...) S.A. w K. na rzecz Województwa (...) 12500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego,
3. oddala wniosek (...) sp. z o.o. sp. k. we W. o zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania skargowego,
4. zwraca konsorcjum (...) S.A. w K., (...) S.A. w K., (...) S.A. w K. ze Skarbu Państwa-Sądu Okręgowego w Warszawie 30 000 zł (trzydzieści tysięcy złotych) tytułem nadpłaconej opłaty od skargi,
5. zwraca (...) sp. z o.o. sp. k. we W. ze Skarbu Państwa-Sądu Okręgowego w Warszawie 9000 zł (dziewięć tysięcy złotych) tytułem całej opłaty od interwencji ubocznej.

Arkadiusz Kucharski

Sygn. akt XXIII Zs 34/21

UZASADNIENIE

Zamawiający - Województwo (...) (dalej : zamawiający) prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na przygotowanie, wdrożenie i utrzymanie platformy (...) w ramach projektu pn. „ (...) ((...))” (znak postępowania: (...)).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 grudnia 2019 r. pod numerem (...)

Zamawiający w dniu 10 grudnia 2020 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. (...) Sp. z o.o. Sp. k. we W. (dalej: (...)). W dniu 21 grudnia 2020 r. wykonawca Konsorcjum w składzie: (...) S A. w K. - Lider Konsorcjum, (...) S.A. w K. - Członek Konsorcjum, (...) S.A. w K. - Członek Konsorcjum, reprezentowane przez Lidera

Konsorcjum: (...) S.A. w K. (dalej: (...)) złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 193 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm, zwanej dalej : Pzp) poprzez niewykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2020 r. w sprawie (...), zgodnie z którym Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu przeprowadzenie badania i oceny oferty (...) wyraźnie wskazując, że katalog pytań sporządzony przez Krajową Izbę Odwoławczą jest katalogiem minimalnym i wynikającym z zakresu zaskarżenia w tej konkretnej sprawie, podczas gdy Zamawiający zaniechał samodzielnego, kompleksowego i obiektywnego przeprowadzenia badania i oceny oferty (...), w szczególności w zakresie rażąco niskiej ceny, a dodatkowo naruszył zasadę jednokrotności wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wielokrotnie wskazywał (...) na konieczność przedstawienia dowodów na poparcie twierdzeń, które padły we wcześniejszych wyjaśnieniach, a zatem ich przedstawienie przez (...) byłoby spóźnione, podpowiadał (...), co powinno być poprawione w kolejnych (trzecich) wyjaśnieniach wobec przedłużenia terminu na składanie wyjaśnień, co stanowi także o rażącym naruszeniu przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu oraz zasady uczciwej konkurencji, a także niezachowaniu bezstronności i obiektywizmu;

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy (...), którego cena oferty zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż Zamawiający błędnie ocenił złożone przez (...) wyjaśnienia oraz dowody w zakresie rażąco niskiej ceny: zarówno ceny jako całości, jak i istotnych części składowych ceny, nieprawidłowo przeanalizował i błędnie ocenił wyjaśnienia w zakresie czynników cenotwórczych (wycień kosztów), w szczególności pochodzących od podwykonawców, którzy łącznie realizują 65% zamówienia, a wykonawca (...) nie udowodnił realności zaoferowanej w postępowaniu ceny, nie udowodnił, iż możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów za zaoferowaną cenę;

3. art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a oraz ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22a ust. 1 - 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia (...), jako wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, a także art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania oferty (...) za odrzuconą/odrzuconia oferty (...), w sytuacji w której:

1) 75% zamówienia publicznego mają wykonać (...) i (...) S.A.(dalej: (...)), czyli podmioty nieposiadające żadnego doświadczenia wymaganego SIWZ i niewskazane jako podmioty posiadające doświadczenie wymagane SIWZ, bo takimi podmiotami są (...) S.A. i (...) sp. z o.o. (zwane dalej : (...) oraz (...)),

2) w zakresie dostaw sprzętu - 35% zamówienia w zakresie dostaw sprzętu ma wykonać (...), spółka nieposiadająca żadnego doświadczenia w dostawie sprzętu wymaganego SIWZ, przy 5% zamówienia w zakresie dostaw sprzętu, które ma wykonać (...) - spółka wskazana jako posiadająca doświadczenie w dostawie sprzętu wymaganego SIWZ,

3) ze zobowiązania (...) załączonego do oferty w żaden sposób nie wynika, aby podwykonawca (...) miał brać udział w usłudze konfiguracji infrastruktury techniczno- systemowej w klaster wysokiej dostępności, a jedynie, iż ma brać udział w dostawie sprzętu, a zdaniem Odwołującego Zamawiający w ogóle nie ustalił, który z podmiotów ((...)/ podwykonawca) wykonuje tę usługę i czy legitymuje się wymaganym doświadczeniem, co prowadzi do wniosku, iż podwykonawcy udostępniający zasoby realnie nie wykonują usług, w stosunku do których Zamawiający postawił wymagania w zakresie doświadczenia w ich wykonaniu, a konstrukcja oferty stanowi próbę wprowadzenia Zamawiającego w błąd i obejścia przepisów Pzp (w szczególności art. 22a ustawy Pzp), co zdaniem Odwołującego implikuje również zarzut, iż wykonawca (...) w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogący mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a zatem powinien podlegać wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - które to przepisy Zamawiający także naruszył, przy czym z daleko idącej ostrożności należy podnieść także zarzut zaniechania wezwania (...) do wyjaśnień i przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego

środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności (brak uruchomienia procedury self-cleaning), czym naruszono art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp,

4) oświadczenie Wykonawcy w wykazie usług (załącznik nr 5) oraz protokół odbioru z (...) (referencja (...)) potwierdza wykonanie zamówienia na dzień 22 lutego 2019 r., podczas gdy z treści publicznie dostępnych dokumentów wynika, iż termin wykonania tego zamówienia upływał w dniu 8 lutego 2019 r., co implikuje wewnętrzną sprzeczność pomiędzy treścią SIWZ w referencyjnym zamówieniu a treścią przedstawionego Zamawiającemu protokołu i świadczy o nieterminowym, a więc nienależytym wykonaniu tego zamówienia, przy czym zdaniem Odwołującego taki sposób opisu wykonania referencyjnego zamówienia w wykazie usług i przedstawienie tak sformułowanego protokołu odbioru oznacza, iż (...) w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a zatem powinien podlegać wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - które to przepisy Zamawiający także naruszył, przy czym z daleko idącej ostrożności należy podnieść także zarzut zaniechania wezwania (...) do wyjaśnień i przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności (brak uruchomienia procedury self-cleaning), czym naruszono art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp,

Z ostrożności procesowej Odwołujący zarzucili także:

a) zaniechanie wezwania (...) do wyjaśnień, celem zadośćuczynienia przez tego wykonawcę obowiązkowi udowodnienia Zamawiającemu, iż usługi, do realizacji których zdolności w zakresie doświadczenia są wymagane, wykonają podmioty, na których zdolnościach (...) polega, oraz celem zadośćuczynienia przez tego wykonawcę udowodnienia Zamawiającemu, iż (...), realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, a także zaniechanie wezwania (...) do zastąpienia tych podmiotów innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia zgodnie z ustawą Pzp, czym Zamawiający naruszył także art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a oraz ust. 1b pkt 3, art. 22a ust. 6 w zw. z art. 22a ust. 1 - 5 w zw. z art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp;

b) zaniechanie wezwania (...) do wyjaśnień rozbieżności pomiędzy terminem wykonania zamówienia wskazanego w wykazie usług oraz protokole z wykonania zamówienia a terminem wykonania zamówienia wynikającym z dokumentacji zamówienia będącego przedmiotem referencji (...), czym Zamawiający naruszył także art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a oraz ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, art. 22a ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 1 - 5 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp,

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wnieśli o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty (...);
2. unieważnienia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;
4. dokonania czynności odrzucenia oferty (...);
5. wykluczenia z postępowania (...), a w konsekwencji uznania oferty (...) za odrzuconą / odrzucenia oferty (...);
6. wezwania Odwołującego do przedstawienia oświadczeń i dokumentów podmiotowych na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku odrzucenia oferty (...) oferta Odwołującego jest najwyższej ocenioną, niepodlegającą odrzuceniu, ofertą w postępowaniu; a z daleko posuniętej ostrożności procesowej;
7. wezwania (...) do złożenia wyjaśnień - zgodnie z pkt. 3 lit. a) i b) powyżej, a także wniósł o:

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania lub przedłożonych w toku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania,
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 stycznia 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

KIO wyrokiem z dnia 29 stycznia 2021 r., sygn. akt: (...), w punkcie pierwszym odrzuciła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 193 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczy niewykonania wyroku KIO z dnia 21 września 2020 r, w sprawie sygn. akt: (...), w punkcie 2 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie (...) na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit b, c oraz d SIWZ, w punkcie 3. wyroku pozostałe zarzuty oddalono, a w pkt 4 orzeczono o kosztach postępowania.

W uzasadnieniu wskazanego wyżej wyroku KIO stwierdziła, że odrzuceniu podlegał zarzut naruszenia art. 90 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 193 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła niewykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2020 r. w sprawie o sygn. akt: (...). W tym zakresie KIO wskazała, iż zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Dalej KIO stwierdziła, że nie było sporne między Stronami postępowania odwoławczego, że pismem z dnia 23 września 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę (...) w trybie art. 87 ust. 1 oraz 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty oraz ceny oferty zgodnie z sentencją wyroku Izby z dnia 21 września 2020 r. sygn. akt: (...). W ww. wyroku Izba wskazała w sentencji katalog pytań, które należało skierować do wykonawcy (...), co też Zamawiający uczynił pismem z dnia 23 września 2020 r., wykonując tym samym wyrok Izby. W ocenie Izby okoliczność, iż Zamawiający w wezwaniu z dnia 23 września 2020 r. skierowanym do (...) ograniczył się wyłącznie do katalogu pytań wskazanych przez Izbę w ww. orzeczeniu nie oznacza, że Zamawiający nie dokonał powtórnej oceny i badania oferty wykonawcy (...), a w konsekwencji, że wyrok nie został wykonany prawidłowo. Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż przedmiotowy zarzut odnoszący się do ww. okoliczności faktycznych podlegał odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Dalej KIO uznała, że nie potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp jako zawierającej rażąco niską cenę, gdyż Zamawiający błędnie ocenił złożone przez ww. wykonawcę wyjaśnienia oraz dowody, jak również zarzut wadliwego przeprowadzenia procedury wyjaśnień ceny oferty wykonawcy (...) poprzez naruszenie zasady jednokrotnego wezwania wykonawcy do wyjaśnień.

W tym zakresie KIO wskazała, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stosownie do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177);

2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska oraz
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto stosownie do treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona (por. wyrok KIO z dnia 2 lutego 2016 r. sygn. akt: KIO 66/16). Sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (por. KIO w wyroku z dnia 19 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 722/16).

Dalej KIO zaznaczyła, że w postępowaniu odwoławczym Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość odrzucenia czy zaniechania odrzucenia oferty danego wykonawcy. Tym samym rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało ustalenia, czy na podstawie złożonych przez wykonawcę (...) wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do uznania, że cena zaoferowana przez ww. wykonawcę nie jest rażąco niska. W tym miejscu KIO podkreśliła, iż z uwagi na skuteczne (niewzruszone przez Odwołującego oraz nieodtajnione przez Zamawiającego) objęcie przez wykonawcę (...) tajemnicą przedsiębiorstwa zasadniczej części wyjaśnień z dnia 6 kwietnia 2020 r., 25 września 2020 r. oraz 9 października 2020 r. wraz z dowodami, brak jest możliwości szczegółowego odniesienia się do poszczególnych aspektów tych wyjaśnień.

Dalej KIO wskazała, że nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby przeprowadzona przez Zamawiającego procedura wyjaśnień ceny oferty wykonawcy (...), w szczególności dokonana po wyroku KIO z dnia 21 września 2020 r. sygn. akt: (...), była wadliwa wobec naruszenia zasady jednokrotnego wezwania do wyjaśnień ceny. Przepisy ustawy Pzp nie określają bowiem liczby wezwań do wyjaśnień ceny oferty, które mogą zostać wystosowane do wykonawcy. W orzecznictwie Izby wskazuje się, że brak jest przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie, jeśli pierwotne wyjaśnienia wykonawcy nie rozwiały wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską cenę lub gdy istnieje w danym zakresie potrzeba uzyskania bardziej szczegółowych wyjaśnień albo gdy wystosowane przez zamawiającego wezwanie miało charakter na tyle ogólny, że nie można z jego treści wyczytać, które elementy kalkulacyjne winny zostać przez wykonawcę wyjaśnione, czy też budziły wątpliwości zamawiającego (por. wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2020 r. sygn. akt: KIO 758/20, wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2019 r. sygn. akt: KIO 489/19, wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2019 r. sygn. akt: KIO 480/19, wyrok KIO z dnia 28 marca 2017 r. sygn. akt: KIO 466/17).

Ograniczeniem dla ponownego wszczęcia procedury wezwania wykonawcy do wyjaśnień ceny oferty jest sytuacja, gdy uprzednio złożone przez wykonawcę wyjaśnienia są ogólnikowe, lakoniczne, a wykonawca nie podjął nawet próby udowodnienia, że skalkulowana przez niego cena jest ceną realną oraz rynkową i gwarantuje prawidłową realizację przedmiotu zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 20 września 2017 r. sygn. akt: KIO 1847/17).

KIO podkreśliła jednak, że taka sytuacja nie miała miejsca w okolicznościach przedmiotowej sprawy. Wykonawca (...) w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego z 23 marca 2020 r., którego treść została skutecznie zakwestionowana na drodze środków ochrony prawnej, przedstawił szerokie, wielowątkowe, poparte dowodami wyjaśnienia ceny oferty. Treść złożonych przez (...) wyjaśnień wymagała jednak kontynuowania procedury poziomu ceny, o czym przesądziła Izba w wyroku z dnia 21 września 2020 r. sygn. akt: (...), jednoznacznie przy tym wskazując, iż Zamawiający nie jest ograniczony wyłącznie do wyjaśnienia okoliczności wskazanych przez Izbę, które z mocy prawa ograniczone są granicami postawionych zarzutów i wskazanymi przez Zamawiającego podstawami odrzucenia oferty (...). Dalej nie można pominąć, iż wezwanie skierowane do (...) po wyroku KIO z dnia 21 września 2020 r. sygn. akt: (...) obarczone było błędem polegającym na wyznaczeniu Wykonawcy zbyt krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień (2 dni), co zresztą przyznał sam Odwołujący. Tym samym nie można tracić z oczu tego, że wykonawca (...) składał Zamawiającemu wyjaśnienia ceny w terminie nierealnym (2 dni), co też skutkowało ponownym skorzystaniem przez (...) ze środków odwoławczych, w wyniku których Zamawiający uwzględnił żądanie (...) i przedłużył termin na złożenie stosownych wyjaśnień do 9 października 2020 r.

KIO wskazała, że mając na uwadze powyższe okoliczności, w tym w szczególności krótki termin na złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny sygnalizowany przez (...) w toku postępowania o udzielenie zamówienia, nie można zdaniem Izby czynić zarzutu, że w wezwaniu z dnia 29 września 2020 r. Zamawiający ponownie wskazał (...) na konieczność złożenia dowodów, które nie zostały złożone wraz z wyjaśnieniami z dnia 25 września 2020 r. Termin na złożenie dowodów na poparcie twierdzeń wynikających z pisma z 25 września 2020 r. upływał de facto 9 października 2020 r., bowiem do tego dnia Zamawiający wydłużył (...) termin na udzielenie wyjaśnień i złożenie dowodów, konwalidując tym samym czynność wezwania z dnia 23 września 2020 r. w zakresie wyznaczonego terminu. Trudno zatem uznać, iż dowody złożone przez (...) w wydłużonym przez Zamawiającego do 9 października 2020 r. terminie były spóźnione i winny zostać pominięte przy ocenie wyjaśnień poziomu ceny. Zdaniem KIO wyjaśnienia złożone przez (...) pismem z dnia 25 września 2020 r. pisane „pod presją czasu” oraz złożone w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, by uniknąć ewentualnego odrzucenia oferty, należy czytać kompleksowo i łącznie z wyjaśnieniami i dowodami złożonymi 9 października 2020 r.

W konsekwencji KIO stwierdziła, że w świetle powyższego nie można uznać, że wyjaśnienia złożone przez (...) pismem z dnia 25 września 2020 r. były niekompletne czy nierzetelne, skoro zostały złożone w ściśle określonych okolicznościach faktycznych zdeterminowanych w znaczącej mierze wyznaczonym przez Zamawiającego krótkim terminem. Co więcej, trudno postawić Zamawiającemu zarzut, iż przystąpił od razu do badania i oceny wyjaśnień złożonych przez (...) pismem z dnia 25 września 2020 r., a następnie wezwał (...) pismem z dnia 29 września 2020 r. do wyjaśnienia dalszych okoliczności, jakie zaistniały, wobec udzielonych uprzednio wyjaśnień. Z czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu można wywieść wnioski, iż Zamawiający oczekiwał złożenia przez (...) kompletnych wyjaśnień do 9 października 2020 r. KIO zaznaczyła, iż hipotetycznie możliwa i prawnie dopuszczalna byłaby sytuacja, w której po analizie złożonych przez (...) wyjaśnień z 9 października 2020 r. powstałyby dalsze wątpliwości wymagające wyjaśnienia, przy czym każdorazowo należy mieć na uwadze treść udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz zakres wezwania wystosowanego przez Zamawiającego.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby wezwanie skierowane do (...) pismem z dnia 29 września 2020 r., miało stanowić próbę ratowania oferty (...) przed jej odrzuceniem z postępowania oraz naruszało fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych. Analiza całokształtu czynności podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w tym treść wezwań kierowanych do (...), nieprawidłowe odrzucenie oferty ww. Wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę, kontynuowanie procedury wyjaśnień poziomu ceny potwierdza jedynie, że Zamawiający w sposób wyjątkowo wszechstronny zbadał cenę zaoferowaną przez (...) za wykonanie zamówienia.

Dalej Izba wskazała, że Odwołujący nie zakwestionował wezwania skierowanego do (...) w dniu 29 września 2020 r. w pełnym zakresie. Lektura odwołania doprowadziła KIO do wniosku, że jedyna okoliczność, którą Odwołujący skonkretyzował w ww. zakresie dotyczyła pytania zawartego w punkcie 1. przedmiotowego pisma, w którym Zamawiający wymagał wyjaśnienia, czy podane przez (...) w wyjaśnieniach z dnia 25 września 2020 r. kwoty były

kwotami netto czy brutto, w szczególności w zakresie ad. 3. Komentując tę kwestię KIO wskazała, że błędne są wyobrażenia Odwołującego, iż wykonawca (...) nie wskazał w składanych Zamawiającemu wyjaśnieniach cenowych, czy dane kwoty były kwotami netto czy brutto. Przeczy temu treść głównych wyjaśnień z dnia 6 kwietnia 2020 r., w których jednoznacznie wskazano (przede wszystkim w tabelach) jakimi kwotami posługuje się Wykonawca oraz dalsze wyjaśnienia składane przez (...). KIO zauważyła, iż nie można zgodzić się z Odwołującym, iż niewskazanie w jednym z punktów wyjaśnień ceny oferty sporządzanych w dużym reżimie czasowym, czy podane przez (...) kwoty są kwotami netto czy brutto świadczy o braku rzetelności złożonych wyjaśnień i winno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy. W ocenie Izby powyższe pytanie Zamawiającego zawarte w punkcie 1. pisma z dnia 29 września 2020 r. potwierdzało, że Zamawiający wnikliwie badał składane mu wyjaśnienia ceny. W końcu wskazać należy, iż sposób zbudowania ceny ofertowej (...) z uwzględnieniem kwot netto/brutto co do poszczególnych elementów obrazuje złożony przez Zamawiającego dowód pn. „Zestawienie czynników cenotwórczych oferty (...)” (objęty tajemnicą przedsiębiorstwa) opracowany właśnie na podstawie wyjaśnień (...).

Dalej Izba stwierdza, że pozostałe okoliczności faktyczne podnoszone przez Odwołującego dotyczące poszczególnych punktów wezwania z dnia 29 września 2020 r., szczegółowo omawiane podczas rozprawy w dniu 14 stycznia 2021 r., nie mogły zostać wzięte pod uwagę przez Izbę jako wykraczające poza podstawę faktyczną zarzutu (arg. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). KIO wskazała, że ogólnych twierdzeń Odwołującego dotyczących treści wezwania z dnia 29 września 2020 r. zawartych na stronie 15. odwołania nie sposób uznać za konkretyzację zarzutu dotyczącego wadliwie przeprowadzonej procedury wyjaśnień ceny oferty.

W konsekwencji powyższych rozważań KIO nie stwierdziła, by wezwanie z dnia 29 września 2020 r. skierowane do wykonawcy (...) w przedmiocie wyjaśnień ceny oferty stworzyło wykonawcy bezpodstawną szansę do wyjaśnienia i złożenia dowodów potwierdzających prawidłowość i rzetelność kalkulacji cenowej. Czynności Zamawiającego znajdowały umocowanie w przepisach ustawy Pzp oraz orzecznictwie Izby i prowadziły do wszechstronnego zbadania i oceny wyjaśnień złożonych przez (...).

W dalszej części swojego uzasadnienia KIO odniosła się do oceny złożonych przez (...) wyjaśnień ceny. W tym zakresie KIO wskazała, że nie dopatrzyła się po stronie Zamawiającego uchybień w zakresie przeprowadzonej oceny tych wyjaśnień. Wyjaśnienia te zostały przedstawione w sposób wyczerpujący i czyniły zadość wymaganiom wskazanym w treści wezwań Zamawiającego, a ich ocena została przeprowadzona przez Zamawiającego z dochowaniem należytej staranności. Izba podkreśla, iż wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie ograniczały się do lakonicznego przedstawienia poszczególnych elementów cenowych, których wyjaśnienia Zamawiający wymagał od wykonawcy, ale stanowiły szeroki wywód pozwalający w sposób pozytywny ocenić ich treść, jak również wywieść wniosek co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Złożone przez (...) wyjaśnienia zawierały konkretne wyczerpania poszczególnych pozycji składających się na cenę zaoferowaną przez wykonawcę za realizację zamówienia, stanowiących jednocześnie najważniejsze elementy cenotwórcze. Ponadto złożone przez (...) wyjaśnienia zaoferowanej ceny zostały poparte licznymi dowodami, korelującymi z treścią udzielonych wyjaśnień. Tym samym (...) sprostował ciężarowi dowodu i wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

KIO podkreśliła też, iż nie podzieliła akcentowanej przez Odwołującego kwestii, jakoby po stronie (...) istniał obowiązek szczegółowego wykazania Zamawiającemu sposobu kalkulacji cenowej przez podwykonawców, w szczególności (...) ((...)) oraz (...). W kontekście powyższego po pierwsze dostrzec należy, iż obowiązku w ww. zakresie nie nałożył na (...) Zamawiający treścią skierowanych wezwań do wyjaśnienia poziomu ceny. A po drugie należy wskazać, że na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wyjaśnienia ceny oferty, w tym sposób jej zbudowania składa wykonawca, który co do zasady ma prawo realizować zamówienie przy udziale podwykonawców oraz polegać na sporządzonych przez nich ofertach cenowych. KIO wskazała, iż nie istnieje jeden wzorzec, czy schemat konstruowania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Każdy z wykonawców przygotowując ofertę może zwrócić przy wycenie uwagę na inne aspekty zamówienia, każdy z wykonawców ma własne zasady polityki cenowej, funkcjonuje w innych realiach rynkowych, czy też współpracuje z różnymi podwykonawcami. Nie ma jednego katalogu minimalnego, ani zakresu maksymalnego zagadnień, do którego powinien odwoływać się dany wykonawca sporządzając kalkulację ceny oferty. Nie ma też jednego katalogu dokumentów składanych przez wykonawców na

potwierdzenie, iż zaoferowana przez nich cena nie jest ceną rażąco zaniżoną. Tym samym czynienie zarzutu, iż (...) kalkulując cenę oferty polegał na ofertach i oświadczeniach podwykonawców jest niewłaściwe. KIO wskazała też, iż złożone przez (...) wraz z wyjaśnieniami z dnia 6 kwietnia 2020 r. oferty podwykonawców nie ograniczały się do podania globalnej kwoty za wycenione usługi lub dostawy, czy też z treści ofert nie wynikało, że obejmują one „wszystkie koszty” jak przypuszczał Odwołujący. Oferty podwykonawców (...) zawierały zestawienia elementów objętych kalkulacją ofertową, w tym zakres oferowanych usług lub dostaw (załącznik nr 10, 11, 12, 13, 14 i 15 do wyjaśnień z 6 kwietnia 2020 r.), a część z nich obejmowała również wycenę poszczególnych usług lub dostaw (załącznik nr 11, 12, 13 do wyjaśnień z 6 kwietnia 2020 r.).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaakceptowania zaniżonej pracochłonności wykonania poszczególnych elementów oprogramowania oraz zaakceptowania zaniżonej wyceny osobodnia (osobogodziny) zarówno w ramach usługi rozwoju, jak i w ramach wszystkich innych usług i czynności wykonywanych w ramach realizacji zamówienia KIO wskazała, iż Odwołujący nie wskazał w treści odwołania żadnych wyliczeń, czy też danych matematycznych mających uzasadnić prezentowane stanowisko. W szczególności z treści odwołania nie wynika jaki - zdaniem Odwołującego - poziom pracochłonności przy realizacji niniejszego zamówienia należałoby uznać za prawidłowy dla jego należytej realizacji. Odwołujący nie wskazał także na jakim poziomie - w jego ocenie - winna kształtować się stawka wyceny osobodnia (osobogodziny) za świadczenie usług rozwojowych oraz innych wynikających z przedmiotu zamówienia, aby jej wysokość uznać za rynkową. Izba wskazała, iż wykonawca (...) w wyjaśnieniach ceny z dnia 6 kwietnia 2020 r. ujął koszty związane z realizacją usług rozwojowych (pkt 21), uwzględniając przy tym odpowiednie role w projekcie i odpowiedni etap zamówienia. (...) w punkcie 17 wyjaśnień z 6 kwietnia określił ilość przewidzianych prac programistycznych (rbh) z podziałem na poszczególne etapy zamówienia. Co więcej, stawki wynagrodzenia poszczególnych specjalistów zostały wskazane na stronie 2 i 3 wyjaśnień z 6 kwietnia 2020 r. i poparte stosownymi dowodami. Za nieuzasadnione Izba uznała stanowisko Odwołującego dotyczące wydzielenia ze stawki za usługi rozwoju ((...) zł brutto) kwoty z tytułu praw autorskich ((...) zł), co też miałoby przesądzać, że stawka na poziomie (...) zł netto jest stawką całkowicie nierealną i nierynkową. Odwołujący na poparcie powyższego stanowiska nie przedstawił żadnej argumentacji, jak również nie odparł w toku rozprawy twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego wskazujących, że prawa autorskie stanowią element wynagrodzenia nierozdzielnie zintegrowanego z tą stawką.

Za gołosłowne Izba uznała także twierdzenia Odwołującego, który wskazywał, że „niemożliwe jest, aby stawka (...) za usługę rozwoju pokrywała także koszty dojazdu do siedziby Zamawiającego, w sytuacji w której taka usługa musiałaby być świadczona w siedzibie Zamawiającego”. KIO zauważała w tym zakresie, że w wyjaśnieniach z dnia 6 kwietnia 2020 r. pkt 1 (...) ujął koszty związane z dojazdem do siedziby Zamawiającego, które poparte zostały dowodami stanowiącymi załącznik nr 16 i 17.

Dalej KIO wskazała, że analogicznie jak w przypadku usług rozwoju wykonawca (...) przedstawił w punkcie 12 wyjaśnień ceny z dnia 6 kwietnia 2020 r. koszty związane realizacją usług utrzymania, uwzględniając poszczególne role w projekcie i w rozbiciu na dany etap zamówienia zgodnie z postanowieniami specyfikacji. Z treści wyjaśnień wynika, że Wykonawca objął wyceną usługi utrzymania platformy przez zespół administratorów systemu, I-ej i II-ej linii wsparcia. Szczegółowe wyjaśnienia w tym zakresie zawarto także w punkcie 4 część II. wyjaśnień (...) z dnia 9 października 2020 r. W przypadku usług utrzymania warto również zauważyć, że Zamawiający nie wymagał od wykonawców podania w formularzu ofertowym stawki za ich świadczenie, jak w przypadku usług rozwoju, a sam Odwołujący poza twierdzeniem, że stawki za świadczenie usług utrzymania zostały zaniżone przez (...) nie podał i nie wykazał ich rynkowego poziomu. Jednocześnie szczegółowe wyjaśnienia w zakresie usług utrzymania zostały zawarte w punkcie 2 i 4 wyjaśnień (...) z dnia 25 września 2020 r. oraz w wyjaśnieniach z 9 października 2020 r. wraz z załącznikami. W kwestii rezerwy na wzrost wynagrodzeń specjalistów realizujących projekt (...) wyjaśnił, że przewidział trzy elementy marginesu dotyczące tego kosztu, co potwierdzają wyjaśnienia zawarte w pkt. 21, pkt. 22 ppkt 4 oraz pkt. 24 wyjaśnień z 6 kwietnia.

KIO stwierdziła, iż stanowiska Odwołującego co do zaniżonej stawki za usługi rozwoju nie potwierdza dowód nr 11 dotyczący zarobków programistów w pierwszej połowie 2019 r. Słusznie wskazał Zamawiający, że rzeczony dowód nie daje pełnego obrazu zarobków specjalistów w branży IT w Polsce z uwzględnieniem poziomu doświadczenia

i kompetencji zawodowych specjalistów (tzw. junior, mid, senior), bowiem stanowił tylko wyciąg z raportu (...). Przedłożony przez Odwołującego wyciąg z ww. raportu zawierał informacje nt. „Gdzie programiści zarabiali najwięcej w I poł. 2019 r.?” „W jakich kategoriach programiści zarabiali najwięcej w I poł. 2019 roku?” oraz „Zarobki programistów z I poł. 2019 r. wg technologii”, podczas gdy jak wskazał Zamawiający pełny raport określa stawki tzw. juniora na poziomie (...) zł, a tzw. mid'ów na poziomie (...) zł. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że w specyfikacji określono główne role kierownicze wymagane przy realizacji zamówienia, co nie oznacza, że całość zamówienia wykonawca obowiązany jest wykonać wyłącznie tzw. seniorami, czyli specjalistami posiadającymi największe doświadczenie i kompetencje. Powyższe twierdzenia Zamawiającego nie były przedmiotem repliki Odwołującego. Oceny Izby nie zmienił także dowód nr 7 stanowiący analizę kosztów świadczenia pracy w latach 2017 - 2020 w (...) S.A. opracowany na podstawie sprawozdań finansowych spółki, w szczególności dowód ten nie potwierdzał, że stawka zaoferowana przez (...) za usługi rozwojowe w kwocie (...) zł brutto jest rażąco zaniżona.

Za nieprzydatne do rozpoznania niniejszej sprawy Izba uznała dowody oznaczone nr 8, 9, 10 i 12 referujące od innych postępowań o udzielenie zamówień publicznych, w tym dotyczących jednego z największych systemów informatycznych w Polsce obsługiwanych przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w W. oraz składanych w tych postępowaniach ofert między innymi przez (...) S.A., (...) S.A. oraz (...) S.A. Powyższe dowody w ocenie Izby w żaden sposób nie przekładają się i nie podważają sposobu kalkulacji ceny oferty wykonawcy (...) wobec szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień poziomu ceny złożonych w niniejszym postępowaniu.

Odnosząc się do zarzucanej przez Odwołującego kwestii, iż Zamawiający wadliwie zbadał wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę (...), poprzez zaakceptowanie zaniżonej (rażąco niskiej) wyceny lub braku wyceny w zakresie (...) oraz usług około sprzętowych, licencji standardowych i obcych, szkoleń i warsztatów dedykowanych platformie oraz wytworzenia dokumentacji KIO wskazała, iż Odwołujący nie rozwinął powyższego stanowiska. W szczególności nie przedstawił w odwołaniu jakichkolwiek założeń kalkulacyjnych, które każdy wykonawca kalkulujący z należytą starannością cenę ofertową w niniejszym postępowaniu zdeterminowaną w szczególności opisem przedmiotu zamówienia winien uwzględnić i odzwierciedlić w cenie oferty. Odwołujący nie przedstawił żadnych wyliczeń matematycznych, czy też rynkowego poziomu ww. kosztów, przez co nie można podważyć wyliczeń i założeń kosztowych w zakresie kwestionowanych składników cenotwórczych przyjętych przez (...). Odwołujący nie przedłożył również jakichkolwiek dowodów, które uwiarygodniałyby prezentowane stanowisko.

Niemniej jednak, odnosząc się do poszczególnych elementów kosztotwórczych, których zaniżenie (rażące zaniżenie) albo brak wyceny zarzucał Odwołujący, Izba stwierdziła, że koszty infrastruktury sprzętowej oraz usług okolicznych zostały ujęte w cenie oferty (...), co potwierdzają wyjaśnienia ceny oferty z dnia 6 kwietnia 2020 r. zawarte w punkcie 4, 5, 14 i 20 wraz z ofertami podwykonawców (załącznik nr 11, 12 i 13 do wyjaśnień).

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez (...) potwierdzają także, iż w cenie oferty ujęto koszty licencji standardowych i obcych, o czym mowa w punkcie 17 i 23 wyjaśnień z dnia 6 kwietnia 2020 r. oraz ofertach podwykonawców (załącznik nr 10 i 14 do wyjaśnień).

Kalkulacja dotycząca szkoleń i warsztatów została ujęta przez (...) w punkcie 10 i 11 wyjaśnień z dnia 6 kwietnia 2020 r. Wykonawca (...) przedstawił w ww. zakresie składniki kosztowe, koszty organizacji warsztatów oraz poczynione założenia kalkulacyjne z uwzględnieniem różnych grup użytkowników systemu.

Kalkulacja dotycząca kosztów wytworzenia dokumentacji wraz z rozbiciem na oferty poszczególnych podwykonawców (załącznik nr 10, 12 do wyjaśnień) znajduje odzwierciedlenie w punkcie 2, 3, 7, 12 i 13 wyjaśnień z dnia 6 kwietnia 2020 r. Kalkulacja w powyższym zakresie obejmowała szczegółowe składniki kosztowe, przyjęte założenia kalkulacyjne z uwzględnieniem poszczególnych etapów realizacji projektu, jak również referowała do wymogów wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dalej KIO odniosła się do podnoszonych przez Odwołującego okoliczności irrelevantnych z punktu widzenia kalkulacji ceny dotyczących doświadczenia i personelu wykonawcy i podwykonawców, optymalizacji programowania i działalności, (...), ISO oraz posiadania gotowych komponentów i wolnego oprogramowania wskazując, iż nie jest

prawdą, że Odwołującemu nie jest znana treść wyjaśnień (...) w zakresie dotyczącym czynników umożliwiających wykonawcy obniżenie ceny ofertowej. KIO podkreśliła fakt, na który zwrócił uwagę Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 14 stycznia 2021 r., z czym nie polemizował w toku rozprawy Odwołujący, iż informacje dotyczące oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych czy wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia znajdowały się w jawnej części wyjaśnień z 6 kwietnia 2020 r., które zostały Odwołującemu udostępnione, co potwierdza pismo Zamawiającego z dnia 20 stycznia 2021 r. Skoro zatem Odwołujący nie zakwestionował jawnej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny (...) w powyższym zakresie, to brak jest podstaw do odmowy przyznania im wiarygodności. W ocenie Izby wykonawca (...) w złożonych wyjaśnieniach przedstawił, jakie obiektywne czynniki umożliwiły mu zaoferowanie ceny na danym poziomie, wykazał, iż realizacja niniejszego zamówienia nie przyniesie mu straty, jak również przedstawił sposób zbudowania zaoferowanej ceny za realizację zamówienia wraz z przyjętą przez siebie metodologią i właściwą wykonawcy polityką cenową.

Przechodząc do oceny pozostałych dowodów złożonych w toku rozprawy Izba wskazała, że nie podważają one sposobu kalkulacji ceny oferty przez (...). Złożone przez Odwołującego dowody w znaczącej mierze referowały do doświadczenia (...) S.A., (...) S.A. oraz innych wykonawców (...) S.A. oraz (...) S.A.) zdobytego podczas realizacji innych zamówień obejmujących regionalne platformy zdrowia wraz z dokumentami potwierdzającymi ich wykonanie (dowód nr 2 wraz z załącznikami, dowód nr 3, 4, 5 i 6). Okoliczność, że zarówno Odwołujący, jak i (...), posiadają stosowne doświadczenie do realizacji przedmiotowego zamówienia nie była osią sporu między Stronami. Z kolei to, że wykonawca (...) nie posiada własnego doświadczenia umożliwiającego mu samodzielną realizację przedmiotowego zamówienia publicznego i korzysta w tym zakresie z zasobów podwykonawców, którzy takim doświadczeniem się legitymują nie oznacza per se, iż cena oferty została skalkulowana nienależycie. KIO podkreśliła w tym zakresie, iż celem wprowadzenia prawa do podwykonawstwa w ramach zamówień publicznych było to, aby firmom z sektora MSP umożliwić udział w rynku zamówień publicznych, zdobywanie doświadczenia, czy też rozwijanie się, po to aby w przyszłości mogły one samodzielnie składać oferty.

Dalej KIO wskazała, że pismo procesowe Odwołującego z dnia 22 stycznia 2021 r. stanowiło niedopuszczalną po upływie terminu na wniesienie odwołania próbę rozszerzenia jego zarzutów, przez co nie mogło stanowić podstawy rozstrzygnięcia.

Powyższe rozważania doprowadziły KIO do konkluzji, że wykonawca (...) składając szczegółowe wyjaśnienia, poparte dowodami, udowodnił Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Tym samym brak było podstaw do uznania za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W dalszej części swojego uzasadnienia KIO stwierdziła, że potwierdził się podniesiony z ostrożności procesowej zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a oraz ust. 1b pkt 3, art. 22a ust. 6 w zw. z art. 22a ust. 1 - 5 w zw. z art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania (...) do wyjaśnień, celem zadośćuczynienia przez tego wykonawcę obowiązkowi udowodnienia Zamawiającemu, iż usługi, do realizacji których zdolności w zakresie doświadczenia są wymagane, wykonają podmioty, na których zdolnościach (...) polega, oraz celem zadośćuczynienia przez tego wykonawcę udowodnienia Zamawiającemu, iż (...), realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, a także zaniechanie wezwania (...) do zastąpienia tych podmiotów innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia zgodnie z ustawą Pzp.

W tym zakresie KIO odesłała do przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z których wynika, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp). Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji

finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych (art. 22a ust. 1 ustawy Pzp). Zgodnie zaś z ust. 2 ww. przepisu, wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Dalej, zgodnie z ust. 3 ww. przepisu, zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5. Nadto, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 22a ust. 4 ustawy Pzp). Z kolei w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, ustawodawca przewidział sytuację, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykáže zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Izba wskazała, że w świetle art. 22a ust. 4 ustawy Pzp podmiot trzeci zobowiązany jest do zrealizowania robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu w sytuacjach określonych niniejszym przepisem zobowiązany jest zatem do zaangażowania podmiotu trzeciego w sposób rzeczywisty i bezpośredni w realizację tego przedmiotu zamówienia. Tylko i wyłącznie wtedy wiedza i doświadczenie, które posiada podmiot trzeci, znajdzie jakiegokolwiek przełożenie na realizację zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 4 września 2017 r., sygn. akt KIO 1755/17). Celem ww. przepisu jest, aby udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie został wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia.

KIO odwołała się też do wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 lipca 2016 r. (sygn. akt X Ga 331/16), który wskazał, że wykorzystanie zasobów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (obecnie art. 22a ustawy Pzp), musi być jednoznaczne i nie może być domysłem lub domniemaniem. Wykonawca ma obowiązek udowodnienia, a nie tylko uprawdopodobnienia, że dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wykonawca winien dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, ale także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełnienia danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 25 października 2016 r., sygn. akt KIO 1911/16). Dyspozycja art. 22a ust. 4 ustawy Pzp wymaga zatem, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób innego podmiotu zostanie realnie udostępniony (por. wyrok KIO z 10 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 661/16).

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba wskazała, iż obowiązkiem wykonawcy (...), który powoływał się na potencjał podmiotów trzecich, tj. (...) oraz (...) w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. a, b, c oraz d SIWZ było wykazanie, iż ww. podmioty trzecie zrealizują zamówienie w takim zakresie, w jakim powołano się na ich doświadczenie. Tym samym w przypadku (...) winno zostać wykazane, że podmiot ten wykona usługę skonfigurowania infrastruktury techniczno - systemowej w klastrze wysokiej dostępności, a w przypadku (...) należało wykazać, że podmiot ten wykona usługę polegającą na zaprojektowaniu, budowie lub dostosowaniu i wdrożeniu produkcyjnym systemu informatycznego realizującego elektroniczną wymianę jednostkowych danych medycznych i/lub dokumentacji medycznej w postaci

elektronicznej za pośrednictwem interfejsów komunikacyjnych pomiędzy podmiotami wykonującymi działalność leczniczą, usługę polegającą na zaprojektowaniu, budowie lub dostosowaniu i wdrożeniu produkcyjnym systemu informatycznego umożliwiającego elektroniczną rejestrację na świadczenia zdrowotne oraz usługę utrzymania systemu informatycznego przez okres co najmniej 12 miesięcy, polegającą na zapewnieniu jego niezawodnej pracy zgodnie z założonymi dla systemu parametrami dostępności na poziomie co najmniej 99%. Tylko bowiem wówczas można byłoby uznać, iż udostępnienie zasobów jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a nie miało jedynie wymiar czysto formalny.

KIO podkreśliła, że wykonawca (...) nie wykazywał się w toku postępowania własnym doświadczeniem, a jedynie polegał na doświadczeniu podmiotów trzecich. Tym samym tylko realny i adekwatny udział (...) oraz (...) w zakresie prac wymaganych przez Zamawiającego w ramach warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. a, b, c oraz d SIWZ w realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego mogłyby zapewniać Zamawiającemu rękojmię jego należytego wykonania.

Dokonując oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. a, b, c i d specyfikacji KIO wskazał, iż Odwołujący nie twierdził, że podmioty trzecie ((...) oraz (...)), na zasoby których powołuje się (...) w powyższym zakresie, nie legitymują się stosownym doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego, w tym nie podważał treści wykazu usług (załącznik nr 3 do SIWZ). Odwołujący stał na stanowisku, że procentowy zakres zamówienia powierzony do wykonania (...) (20%) oraz (...) (5%) wynikający z załącznika nr 6 do SIWZ nie potwierdza, że ww. podmioty, na których doświadczenie powołuje się (...), zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Za nieuzasadnioną w okolicznościach rozpoznawanej sprawy Izba uznała argumentację Odwołującego, który wskazał, że „aby uznać, iż interes Zamawiającego jest należyście zabezpieczony, a zamówienie wykonają rzeczywiście podmioty, które mają zdolności do realizacji - to zasadniczą część zamówienia w zakresie usług związanych z oprogramowaniem winno wykonać (...), tak samo jako zasadniczą część dostawy sprzętu oraz usługę konfiguracji sprzętu w klastrze wysokiej dostępności powinno wykonać (...). Tymczasem (...) ma zrealizować (...) całości zamówienia, a (...) (...) całości zamówienia”. Izba wskazała, iż Odwołujący nie przedstawił szerszej argumentacji merytorycznej w ww. zakresie, w szczególności nie wyjaśnił i nie wykazał, na jakim procentowym poziomie obiektywnie powinien kształtować się udział podmiotów trzecich w realizacji przedmiotowego zamówienia, w sytuacji gdy wykonawca powołuje się na doświadczenie innych podmiotów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. a, b, c i d specyfikacji. Odwołujący nie przeprowadził także żadnej analizy jawnego załącznika nr 6 do SIWZ złożonego przez (...) w zakresie referującym do części zamówienia, które Przystępujący zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom pod kątem podanego w tym załączniku procentowego zaangażowania oraz w odniesieniu do ww. warunku udziału w postępowaniu i przedmiotu zamówienia.

Mimo tego, KIO wobec podniesionego z ostrożności procesowej zarzutu zawartego w punkcie 3 lit. a petitum odwołania i uwzględniając skuteczne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa treści zobowiązania podmiotu trzeciego ((...)) stwierdziła, że analiza oświadczenia tego podmiotu prowadzi do wniosku, że z jego treści nie wynika w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, iż podmiot trzeci realnie wykona usługi objęte warunkiem udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. b i d SIWZ, tzn. że będzie rzeczywiście zaangażowany w usługę polegającą na zaprojektowaniu, budowie lub dostosowaniu i wdrożeniu produkcyjnym systemu informatycznego umożliwiającego elektroniczną rejestrację na świadczenia zdrowotne oraz usługę utrzymania systemu informatycznego, przez okres co najmniej 12 miesięcy, polegającą na zapewnieniu jego niezawodnej pracy zgodnie z założonymi dla systemu parametrami dostępności na poziomie co najmniej 99%. Dlatego KIO uznała, że konsekwencją powyższego stanu rzeczy jest brak możliwości stwierdzenia, iż (...) spełnił ww. warunek udziału w postępowaniu.

Co do usługi wskazanej w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. a SIWZ Izba Stwierdziła, iż biorąc pod uwagę, że Odwołujący nie kwestionował treści jawnego załącznika nr 6 złożonego przez (...) w zakresie w jakim dotyczył on powierzenia (...) wykonania części oprogramowania i usług, szczególnie w zakresie Rejestru (...) ((...)) oraz Rejestru

(...) oraz uwzględniając oświadczenie Przystępującego złożone w toku jawnej rozprawy, iż „rejestr (...) i rejestr (...) to dwa kluczowe komponenty systemu (...) stanowiące dostawę wraz z usługą”, a także mając na względzie treść objętego tajemnicą przedsiębiorstwa zobowiązania (...), brak było podstaw do stwierdzenia, że podmiot trzeci nie wykona usługi objętej ww. warunkiem udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do załączonej do wyjaśnień rażąco niskiej ceny (...) oferty podwykonawcy (załącznik nr 10 do wyjaśnień z 6 kwietnia 2020 r.) KIO wskazała, iż jej zdaniem, nieprawidłowe jest wywodzenie i ustalanie faktycznego zaangażowania podmiotu trzeciego w realizację zamówienia z innych dokumentów składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w innym momencie czasowym oraz na potwierdzenia innych okoliczności faktycznych niż określone art. 22a ustawy Pzp. Skoro wykonawca (...) wraz z ofertą przedłożył stosowne zobowiązania podmiotów trzecich mające potwierdzać ich faktyczny udział podczas wykonywania zamówienia, to z tych dokumentów powinien w sposób jednoznaczny i skonkretyzowany wynikać zakres udziału tych podmiotów przy świadczeniu usług objętych zamówieniem. Niemniej jednak Izba wskazała, że chybione jest stanowisko Odwołującego, jakoby z wyjaśnień rażąco niskiej ceny (...) wynikało, że usługi utrzymaniowe oprogramowania, jak również usługi zaprojektowania, budowy lub dostosowania i wdrożenia produkcyjnego systemu informatycznego mają być wykonane samodzielnie przez (...) lub przez podwykonawców (...) czy (...). Przeczy temu choćby treść oferty podwykonawcy (załącznik nr 10 do wyjaśnień z 6 kwietnia 2020 r. pkt 3 lit. b oraz g).

Odnosząc się do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. c SIWZ KIO stwierdziła, iż Odwołujący nie kwestionował doświadczenia (...) wskazanego w wykazie usług (poz. 6 i 7 załącznika nr 3 do SIWZ). Rację miał jednak Odwołujący, iż z treści zobowiązania (...) nie wynika, że (...) będzie brał udział w usłudze skonfigurowania infrastruktury techniczno - systemowej w klaster wysokiej dostępności. Z treści złożonego zobowiązania wynika tylko tyle, że spółka (...) będzie brała udział w realizacji zamówienia w obszarze dostawy sprzętu. KIO podkreśliła, że aby uznać warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. c specyfikacji za spełniony, wykonawca winien wykazać się dostawą infrastruktury techniczno - systemowej (zawierającej co najmniej serwery, urządzenia sieciowe, macierz dyskową) wraz z usługą skonfigurowania jej w klaster wysokiej dostępności o łącznej wartości dostawy wraz z usługą skonfigurowania co najmniej (...)zł brutto. Tym samym wobec braku jednoznacznego wskazania, iż (...) będzie brał udział w usłudze konfiguracji infrastruktury techniczno - sprzętowej w klaster wysokiej dostępności, nie można uznać, że wykonawca (...) spełnił ww. warunek udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby bez znaczenia dla oceny spełniania przedmiotowego warunku była podnoszona przez (...) okoliczność, iż zasadniczym przedmiotem warunku jest dostawa, która obejmuje w praktyce usługi wkalkulowane w tą dostawę, mające charakter służebny wobec głównego przedmiotu zamówienia, a wartość konfiguracji urządzeń w klaster wysokiej dostępności jest pomijalna w stosunku do wartości samego sprzętu. Jak już wskazano powyżej, obowiązkiem wykonawcy korzystającego z potencjału podmiotu trzeciego jest jednoznaczne wykazanie realności udostępnianych zasobów. Tym samym sposób wykorzystania udostępnianych zasobów, ich zakres czy też okres udziału podmiotu udostępniającego swój potencjał przy wykonywaniu zamówienia winien wynikać z przedstawionych dokumentów w sposób jednoznaczny. Zdaniem Izby stanowiska Przystępującego, jakoby wykonawca wykazał się realnością udostępnionych zasobów nie potwierdzała także treść załącznika nr 6 do SIWZ, z którego wynikało, iż (...) powierzy (...) do realizacji zamówienie w obszarze dostawy i instalacji sprzętu. W kontekście powyższego KIO stwierdziła, iż załącznik nr 6 do SIWZ nie stanowił oświadczenia (...), lecz oświadczenie wykonawcy (...). Dodatkowo, nie zostało wyjaśnione i wykazane, aby instalacja sprzętu była równoznaczna z usługą konfiguracji infrastruktury techniczno - systemowej w klaster wysokiej dostępności.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba stwierdziła, że zakres udziału podmiotów trzecich, tj. (...) oraz (...) wynikający ze złożonych zobowiązań był zbyt wąski w zestawieniu z treścią warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. b, c i d, przez co nie można uznać, że wykonawca (...) warunek spełnił. Wobec tego Izba uznała przedmiotowy zarzut za zasadny i w tej części uwzględniła odwołanie, nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Przystępującego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. b, c i d SIWZ.

KIO zaznaczyła przy tym, iż wykonawca (...) w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma jednokrotną możliwość przedłożenia Zamawiającemu wymaganych dokumentów niezawierających błędów dotyczących zgłoszonych już podmiotów trzecich, co w okolicznościach niniejszej sprawy może mieć miejsce, w sytuacji przedłożenia przez (...) prawidłowych zobowiązań podmiotów trzecich, bądź też złożenia wszystkich dokumentów wymaganych w SIWZ dotyczących ewentualnie nowego podmiotu trzeciego (łącznie ze zobowiązaniem do udostępnienia zasobu) albo samodzielnego potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. KIO wskazała też, iż art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie wprowadza odrębnej od art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zasady uzupełnienia dokumentów dla podmiotów trzecich. Innymi słowy, treść skierowanego do (...) wezwania do uzupełnienia stosownych oświadczeń lub dokumentów w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. b, c oraz d SIWZ winna uwzględniać zarówno możliwość uzupełnienia przez (...) prawidłowych zobowiązań podmiotów trzecich, jak i ewentualne zastąpienie podmiotów trzecich innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązaniem się (...) do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykonawca wykaże wymagane przez Zamawiającego zdolności techniczne lub zawodowe.

W końcu Izba zaznaczyła, iż ocena okoliczności faktycznych wskazanych powyżej nie potwierdza, że wykonawca (...) wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie dotyczącym spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, w tym oceny realności i zakresu udostępnionych zasobów, warunkujący wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Przesłanka wykluczenia wykonawcy uregulowana w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp stanowi samodzielną podstawę prawną wykluczenia wykonawcy z przetargu, odrębną wobec przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zatem niewykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwagi na zbyt wąski zakres udostępnionych zasobów w stosunku do określonego warunkiem udziału w niniejszym postępowaniu, nie oznacza automatycznego ziszczenia się przesłanki wykluczenia uregulowanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. KIO przypomniała też, iż sam Odwołujący nie zakwestionował doświadczenia zarówno (...), jak i (...) zawartego w załączniku nr 3 do SIWZ (poza referencją wystawioną przez (...) na rzecz (...)), przez co nie można stwierdzić, że (...) wprowadził Zamawiającego w błąd powołując się na stosowne doświadczenie podmiotów trzecich. Z kolei zbyt wąski zakres zobowiązań złożonych podmiotów trzecich nie może na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia skutkować wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, skoro oświadczenie to podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba nie znalazła również podstaw do uwzględnienia podniesionego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 8 ustawy Pzp sformułowanego wyłącznie w petitum odwołania dotyczącego zaniechania wezwania (...) do wyjaśnień i przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Dalej KIO wskazała, iż nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a oraz ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22a ust. 1-5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia (...), jako wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, a także art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania oferty (...) za odrzuconą/odrzuconia oferty (...), w sytuacji w której oświadczenie wykonawcy w wykazie usług (załącznik nr 3) oraz protokół odbioru z (...) (referencja (...)) potwierdza wykonanie zamówienia na dzień 22 lutego 2019 r., podczas gdy z treści publicznie dostępnych dokumentów wynika, iż termin wykonania tego zamówienia upływał w dniu 8 lutego 2019 r., co implikuje wewnętrzną sprzeczność pomiędzy treścią SIWZ w referencyjnym zamówieniu a treścią przedstawionego Zamawiającemu protokołu i świadczy o nieterminowym, a więc nienależytym wykonaniu tego zamówienia. Jednocześnie zdaniem Odwołującego taki sposób opisu wykonania referencyjnego zamówienia w wykazie usług i przedstawienie tak sformułowanego protokołu odbioru oznacza, iż (...) w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a zatem powinien podlegać wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Z daleko idącej ostrożności Odwołujący podniósł także zarzut zaniechania wezwania (...) do wyjaśnień i przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności (brak uruchomienia procedury self-cleaning), czym naruszono art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp oraz zaniechania wezwania (...) do wyjaśnień rozbieżności pomiędzy terminem wykonania zamówienia wskazanego w wykazie usług oraz protokole z wykonania zamówienia a terminem wykonania

zamówienia wynikającym z dokumentacji zamówienia będącego przedmiotem referencji (...), czym Zamawiający naruszył art. 22a ust. 6 w zw. z art. 22a ust. 1 pkt 1 - 5 w zw. z art. 7 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do ww. zarzutu KIO wskazała, iż Odwołujący pominął, że wykonawca (...) w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. b specyfikacji, wykazał się trzema usługami zrealizowanymi przez podmiot trzeci, tj. (...) (usługa nr 3, 4 oraz 5 wykazu usług), podczas gdy Zamawiający wymagał wykazania się co najmniej 1 usługą polegającą na zaprojektowaniu, budowie lub dostosowaniu i wdrożeniu produkcyjnym systemu informatycznego umożliwiającego elektroniczną rejestrację na świadczenia zdrowotne. Tym samym, gdyby nawet hipotetycznie przyjąć, że usługa wskazana w poz. 4 wykazu usług nie potwierdzała spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, to dla uznania, że wykonawca (...) nie wykazał, że spełnia postawione w SIWZ doświadczenie, koniecznym byłoby podważenie pozostałych usług, których jednak nie zakwestionował odwołujący się Wykonawca.

Następnie Izba stwierdziła, iż z treści złożonego przez (...) protokołu wdrożenia wystawionego przez (...) jednoznacznie wynika, że zamawiający (...) potwierdził, że (...) S.A. wykonała przedmiot zamówienia z należytą starannością, a wystawiony protokół stanowił podstawę do wystawienia faktury za wykonane prace. W ocenie Izby odwołujący się Wykonawca nie podważył treści protokołu wdrożenia końcowego wystawionego przez (...). Odwołujący w zakresie przedmiotowego zarzutu nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, w tym nie przedstawił jakichkolwiek dokumentów dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez (...). Odwołujący nie wykazał również, by prowadził z (...) jakąkolwiek korespondencję dotyczącą terminu realizacji ww. zadania publicznego przez (...), w tym jego ewentualnego wydłużenia oraz przyczyn takiego stanu rzeczy. Odwołujący nie odparł także twierdzeń Przystępującego, który w piśmie z dnia 14 stycznia 2021 r. wskazał, iż podczas realizacji zamówienia na rzecz (...) nie wystąpiły z winy wykonawcy żadne opóźnienia.

Z uwagi na powyższe okoliczności Izba nie znalazła podstaw do uznania zasadności podniesionych zarzutów, w tym do nakazania Zamawiającemu wezwania wykonawcy (...) do wyjaśnienia terminu wykonania zamówienia wynikającego z dokumentacji zamówienia będącego przedmiotem referencji (...). Brak było również podstaw do stwierdzenia, że wykonawca (...) powołując się na protokół wdrożenia końcowego wystawiony przez (...) w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie było też podstaw do wszczęcia wobec (...) procedury self- cleaningu.

Na końcu swojego uzasadnienia KIO wyjaśniała podstawy faktyczne i parawnego swojego rozstrzygnięcia co do kosztów postępowania.

Zrelacjonowany wyżej wyrok KIO zaskarżył (...) w części, w jakiej Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie oraz w części, w jakiej Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie w zakresie zarzutów wskazanych w treści odwołania, podnosząc 6 niżej wskazanych zarzutów.

1) naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 5 PZP poprzez odrzucenie przez Izbę odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 193 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP w zakresie, w jakim jego podstawa faktyczna dotyczy niewykonania przez Zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2020 r. w sprawie o sygn. akt: (...), w sytuacji gdy Zamawiający pominął wynikający z sentencji obowiązek powtórzenia czynności badania i oceny ofert (w szczególności badania i oceny oferty (...) pod kątem zawierania przezeń rażąco niskiej ceny) i wykonał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej tylko częściowo - w zakresie zadania 10 pytań wykonawcy (...) wskazanych przez Krajową Izbę Odwoławczą w sentencji wyroku z dnia 21 września 2020 r., a pominął wynikający z wyroku obowiązek samodzielnego ponownego zbadania i oceny oferty (...), co miało istotny wpływ na wynik postępowania odwoławczego, gdyż w tym zakresie zarzut nie został merytorycznie rozpoznany, wskutek czego została wypaczona podstawa faktyczna zarzutów, o których mowa w pkt B1 i B2 Skargi,

2) naruszenie art. 192 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 3 ustawy PZP poprzez błędne uznanie, iż rozwinięcie argumentacji przez Odwołującego, dotyczące poszczególnych 12 punktów wezwania z dnia 29 września 2020 r., dokonane podczas

rozprawy w dniu 14 stycznia 2021 r., nie mogło zostać wzięte pod uwagę przez Izbę jako wykraczające poza podstawę faktyczną zarzutu nr 2 odwołania, co wypaczyło podstawę faktyczną wyroku, a w konsekwencji miało istotny wpływ na wynik sprawy,

3) naruszenie art. 190 ust. 1 a pkt 1 PZP w zw. z art. 192 ust. 1 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 1 PZP w zw. z art. 192 ust. 1 PZP poprzez oddalenie odwołania wskutek błędnego uznania, iż Zamawiający prawidłowo przeprowadził procedurę wyjaśnień rażąco niskiej ceny,

4) art. 187 ust. 1 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez nierozpoznanie istoty sprawy przez Izbę wskutek błędnego przyjęcia, iż rozpoznanie przez Izbę odwołania na czynność Zamawiającego polegającą na badaniu i ocenie złożonych przez wykonawcę (...) wyjaśnień rażąco niskiej ceny i czynność zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy (...) mogła zostać dokonana przez Izbę bez jednoczesnego badania ceny oferty i bez weryfikacji, czy Zamawiający potrafi uzasadnić prawidłowość dokonanego wyboru oferty, w tym uzasadnić dlaczego Zamawiający uznał konkretne wyjaśnienia (...) przedstawione przez (...) (w zakresach kwestionowanych odwołaniem) za spełniające wymogi art. 90 ust. 1, 2 i 3 PZP, także wskutek błędnego uznania, iż pismo procesowe Odwołującego z dnia 22 stycznia 2021 r. stanowiło niedopuszczalną po upływie terminu na wniesienie odwołania próbę rozszerzenia jego zarzutów, przez co nie mogło stanowić podstawy rozstrzygnięcia, co wypaczyło podstawę faktyczną wyroku (a de facto doprowadziło do nierozpoznania istoty sprawy), a w konsekwencji miało istotny wpływ na wynik sprawy, co implikuje naruszenie art. 192 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 3 ustawy PZP,

5) naruszenie art. 190 ust. 1 a pkt 1 PZP w zw. z art. 192 ust. 1 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 192 ust. 1 PZP poprzez oddalenie odwołania wskutek błędnego uznania, iż oferta (...) nie zawiera rażąco niskiej ceny i nie podlega odrzuceniu, a wykonawca (...) zadośćuczynił ciężarowi dowodu w niniejszej sprawie,

6) naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a oraz ust. 1b pkt 3, art. 22a ust. 6 w zw. z art. 22a ust. 1 - 5 w zw. z art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy PZP oraz w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy PZP poprzez oddalenie odwołania w zakresie zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wezwania (...) do wyjaśnień, celem zadośćuczynienia przez tego wykonawcę obowiązkowi udowodnienia Zamawiającemu, iż usługi, do realizacji których zdolności w zakresie doświadczenia są wymagane, wykonują podmioty, na których zdolnościach (...) polega, oraz celem zadośćuczynienia przez tego wykonawcę udowodnienia Zamawiającemu, iż (...), realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, a także zaniechanie wezwania (...) do zastąpienia tych podmiotów innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia zgodnie z ustawą Pzp w zakresie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. a SIWZ, wskutek nieuwzględnienia istotnego dla oceny spełniania warunku wynikającego z przedstawionego przez Skarżącego dowodu (którego wiarygodność nie została zakwestionowana ani przez Izbę, ani przez Zamawiającego, ani przez Przystępującego) przyporządkowania poszczególnych komponentów (...) do usług realizowanych w ramach zamówienia publicznego oraz błędnego przyjęcia za podstawę faktyczną wyroku gołosłownego oświadczenia Przystępującego złożonego na rozprawie, które nie znajduje odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania, czym Izba naruszyła także art. 190 ust. 7 ustawy PZP.

Z uwagi na powyższe, Skarżący wnosi o:

1) zmianę wyroku w pkt 3 poprzez uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, dokonania czynności odrzucenia oferty (...),

b. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy (...) Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą we W. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień

publicznych do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. a SIWZ,

2) zmianę wyroku w pkt 4 poprzez obciążenie Zamawiającego całością kosztów postępowania odwoławczego, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwoływającego

3) zasądzenie na rzecz Skarżącego kosztów sądowych, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W reakcji na powyższą skargę stanowiska zajęli zarówno zamawiający jak i (...) wnosząc o oddalenie skargi i zasądzenie na ich rzecz kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy zważył co następuje :

Skarga nie była zasadna.

Sąd Okręgowy podziela ustalenia faktyczne i ocenę prawną zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Żaden z 6 zarzutów sformułowanych w skardze nie był trafny. Poniżej Sąd odniesie się do każdego z nich zachowując numerację tych zarzutów zastosowaną w skardze. Sąd nie będzie w tej części uzasadnienia powielał dokładnego brzmienia przedmiotowych zarzutów, bowiem w sposób ścisły zostały już one przytoczone we wcześniejszym fragmencie (odnoszącym się do skargi), do którego Sąd w tym zakresie odsyła.

Zarzut nr 1 (dotyczył twierdzeń skarżącego o rzekomym nie wykonaniu przez zamawiającego wcześniejszego wyroku KIO)

Sąd tego zarzutu nie podziela, bowiem w przedmiotowym wyroku KIO wskazała w sentencji katalog pytań, które należało skierować do wykonawcy (...), co też Zamawiający uczynił pismem z dnia 23 września 2020 r., wykonując tym samym wyrok Izby. Sąd podziela stanowisko Izby z wyroku (...), w którym wskazano, że ograniczenie się wyłącznie do katalogu pytań wskazanych przez Izbę w ww. orzeczeniu nie oznacza, że Zamawiający nie dokonał powtórnej oceny i badania oferty wykonawcy (...), a w konsekwencji, że wyrok nie został wykonany prawidłowo. Zdaniem Sądu Zamawiający wykonał wyrok KIO o sygn. (...) zgodnie z jego literalnym zakresem wskazanym w sentencji tego orzeczenia. W ocenie Sądu skarżący nie ma racji twierdząc, , jakoby wykonanie wyroku przez zamawiającego polegało wyłącznie na wezwaniu (...) pismem z dnia 23 września 2020 r. do złożenia stosownych wyjaśnień. Istotą powtórzonej czynności badania i oceny ofert było wykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, a przede wszystkim doprecyzowanie oraz dalsze wyjaśnienie wątpliwości, jakie pojawiły się wobec złożonych przez wykonawcę (...) wyjaśnień na wezwanie z dnia 23 września 2020 r.

Nie był też dla Sądu przekonujący argument skarżącego co do tego, że wskazane wyżej wezwanie zamawiającego (z 23.09.2020) miało miejsce zbyt szybko w stosunku do daty ogłoszenia orzeczenia przez KIO z czego miało by wynikać, że zamawiający w ogóle ponownie nie badał i nie oceniał ofert.

W ocenie Sądu to, że między ogłoszeniem wyroku KIO, a pismem wykonawcy z 23.09.2020 r. minęły tylko 2 dni wcale nie oznacza, iż wykonawca nie dokonał ponownie badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu. Zdaniem Sądu pismo wykonawcy z 23.09.2020 r. stanowiło wykonanie wyroku KIO w tym zakresie jaki literalnie wynikał z sentencji tego orzeczenia. Badanie i ocena ofert nastąpiła zaś niezależnie od tego pisma. Rację ma przy tym zamawiający argumentując, że ani z ustawy ani ze wskazań orzecznictwa nie wynika jak długo powinna trwać czynność oceny oferty w zakresie rażąco niskiej ceny. Tym bardziej, iż wskazane przez KIO w sentencji orzeczenia pytania stanowiły podsumowanie okoliczności podnoszonych na rozprawach przed KIO w opisywanej sprawie, nie były to zatem żadne nowe okoliczności. W konsekwencji sama sekwencja czasowa zdarzeń wskazywanych przez skarżącego w uzasadnieniu do zarzutu nr 1 skargi nie może przesądzać o jego zasadności.

Zarzut 2 (dotyczący dopuszczalności rozwinięcia, na rozprawie przed KIO, argumentacji (...) w zakresie 12 punktów z wezwania z dnia 29 września 2020 r.)

Zdaniem Sądu KIO słusznie uznała, że „uzupełnianie” argumentacji (...) dotyczące poszczególnych 12 punktów wezwania z dnia 29 września 2020 r. (skierowanego przez Zamawiającego do (...)) dokonane podczas rozprawy w dniu 14 stycznia 2021 r. nie mogło zostać wzięte pod uwagę przez Izbę jako wykraczające poza podstawę faktyczną zarzutu nr 2 odwołania (...).

Sąd podziela w tym zakresie stanowisko KIO z uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia, co do tego, iż (...) zaniechał zakwestionowania wezwania skierowanego przez Zamawiającego do (...) z dnia 29 września 2020 r. w pełnym zakresie - o czym przesądza brak stosownej konkretyzacji zarzutu w uzasadnieniu odwołania. W konsekwencji KIO słusznie uznała za niedopuszczalne rozszerzanie w toku rozprawy przedmiotowego zarzutu, wskazując, że twierdzeń zawartych na stronie 15 odwołania nie sposób uznać za konkretyzację zarzutu dotyczącego rzekomo wadliwie przeprowadzonej procedury wyjaśnień ceny oferty.

Sąd podziela też stanowisko KIO, iż wezwanie z dnia 29 września 2020 r. nie zostało zakwestionowane w pełnym zakresie przez skarżącego w odwołaniu. Jedynymi okolicznościami, które skarżący skonkretyzował w swoim odwołaniu dotyczyły bowiem pytania zawartego w punkcie 1. przedmiotowego pisma, w którym wymagano wyjaśnienia czy podane przez (...) w wyjaśnieniach z dnia 25 września 2020 r. kwoty były kwotami brutto czy netto, jak również w zakresie zarzutu w przedmiocie zaakceptowania zaniżonej pracochłonności wykonania poszczególnych elementów oprogramowania oraz zaakceptowania zaniżonej wyceny osobodnia (osobogodziny) zarówno w ramach usługi rozwoju, jak i w ramach wszystkich innych usług i czynności wykonywanych w ramach realizacji zamówienia. Słusznie też KIO zauważyła, że zamawiający w toku postępowania odwoławczego skutecznie wykazał, iż zarzut ten jest bezpodstawny i niepoparty żadnymi konkretnymi wyliczeniami ani dowodami. Zamawiający tym samym wykazał, że dokonał min. oceny pracochłonności oferty (...) oraz oferty (...) względem własnych założeń i nie uznał, aby zakładana w obu tych ofertach pracochłonność istotnie odstępowała od analiz Zamawiającego. Ponadto na wykazanie ww. faktu Zamawiający przed KIO w odpowiedzi na odwołanie przedłożył (tylko do wiadomości KIO ze względu na zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach (...) obu wykonawców) szczegółowe porównanie zakładanych pracochłonności oraz innych czynników cenotwórczych. W konsekwencji, zdaniem Sądu, KIO miała pełne podstawy ku temu, ażeby skonstatować, że zarzut nr 2 z odwołania (w takiej postaci jak został tam przedstawiony) nie był zasadny. Dlatego wszelkie zarzuty (...), co do nieprawidłowego skalkulowania pracochłonności np. w zakresie dostosowywania do zmian prawnych czy w innych obszarach były słusznie uznane przez KIO za bezpodstawne.

Biorąc powyższe pod uwagę należy zgodzić się z KIO co do tego, iż zakres zarzutu nr 2 z odwołania (będący przedmiotem rozpoznania przez KIO -w granicach zarzutu postawionego w tym odwołaniu) został w istocie, w sposób nieuprawniony rozszerzony przez Skarżącego pismem procesowym złożonym podczas rozprawy w dniu 22 stycznia 2021r., gdzie odwołujący próbował wywieść nowe zarzuty w przedmiocie treści pisma z dnia 29.09.2020 r. Rację miała w tym zakresie KIO wskazując, iż w toku rozprawy przed KIO, odwołujący jest związany zarzutami sformułowanymi w treści odwołania, może jedynie w trybie przepisu art. 190 ust. 1 ustawy, przedstawiać dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej aż do zamknięcia rozprawy, w ramach gromadzenia i przedkładania materiału dowodowego. Zgodnie z treścią art. 180 ust 3 Pzp zarzut musi być postawiony wyraźnie, tzn. wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia, gdyż po upływie terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie, ani doprecyzowywanie treści zarzutów odwołania. Istotne jest, aby zarzut został w pełni sprecyzowany w odwołaniu, gdyż umożliwia to zarówno zamawiającemu jak i potencjalnym uczestnikom postępowania, odniesienie się do kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego, tym samym wskazanie konkretnych uchybień określa ramy postępowania odwoławczego. Podnoszone w toku rozprawy nowe okoliczności - pomimo, iż mieszczą się w wskazanej w odwołaniu podstawie prawnej, winny być traktowane, jako nowy zarzut, który jako spóźniony nie

może być podstawą orzekania i wyrokowania przez Izbę (por. uzasadnienie wyroku KIO z dnia 11 kwietnia 2013 r., KIO 589/13).

W konsekwencji Sąd uznał, iż Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo przyjęła, że pismo skarżącego z dnia 22 stycznia 2021 r. stanowiło niedopuszczalną, po upływie terminu na wniesienie odwołania, próbę rozszerzenia jego zarzutów.

Zarzut nr 3 (dotyczył naruszenie zasady jednokrotnego wezwania do wyjaśnień)

Zdaniem Sądu ten zarzut również nie był trafny, bowiem abstrahuje on od przebiegu całego postępowania o udzielenie zamówienia. W sensie faktycznym zamawiający rzeczywiście wystosował do (...) kilka pism dotyczących wyjaśnień (...) : z 23 marca, 23 września i 29 września 2020 r.

Nie oznacza to jednak, że wskazany wyżej zarzut ze skargi był trafny, bowiem te kolejne pisma zamawiającego następowały w specyficznych okolicznościach.

Pierwsze z tych wezwań zostało przez (...) zaskarżone do KIO i (...) uzyskał w tym zakresie korzystne dla siebie rozstrzygnięcie (wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2020 r. o sygn. (...)).

Po tym wyroku zamawiający, pismem z dnia 24 lipca 2020 r. poinformował o odrzuceniu oferty (...).

Czynność tą również zakwestionował (...) odwołując się do Krajowej Izby Odwoławczej, która po raz kolejny przyznała rację wykonawcy. W wyroku (...) Izba stwierdziła, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty (...) na wskazanych w informacji o odrzuceniu oferty podstawach i nakazała zwrócić się do (...) z dodatkowymi pytaniami, wprost wskazanymi w sentencji wyroku. Zamawiający, realizując ten właśnie wyrok KIO, skierował do (...) pismo z 23.09.2020 r.

Zdaniem Sądu oznacza to, że pismo z 23.09.2020 r. nie stanowiło ponownego zwrócenia się o wyjaśnienia (...), a było jedynie czynnością, do której zobowiązała zamawiającego Krajowa Izba Odwoławcza we wskazanym wyżej wyroku.

Dalej przypomnieć trzeba, iż w wezwaniu z 23.09.2020 r. zamawiający określił (...) bardzo krótki termin na odpowiedź – 2 dni. (...) wniosła o wydłużenie tego terminu (składając odwołanie), ale niezależnie od tego udzieliła odpowiedzi na przedmiotowe żądanie zamawiającego (z 23.09.2020 r.).

Zamawiający uwzględnił to odwołanie (...) (co do 2 dniowego terminu na odpowiedź), a równocześnie, poprzez pismo z 29.09.2020 zadał (...) dodatkowe pytania.

Z powyższego opisu wynika, że nie sposób zgodzić się z twierdzeniem skarżącego jakoby zamawiający wielokrotnie dopytywał (...) o to samo (naruszając zasadę jednokrotności wezwania do wyjaśnień). Każde z kierowanych do (...) wezwań w zakresie (...) i treści oferty skutkowało lub poprzedzało odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej i co najistotniejsze, w każdym z przypadków (za wyjątkiem odwołania z dnia 29 września 2020 r. uwzględnionego przez samego Zamawiającego) Izba przyznawała rację (...). Słusznie w tym zakresie wskazuje (...) (w ramach pisma z 16.08.2021 r.), iż w opisanych wyżej wyrokach KIO nigdy nie nakazała unieważnić czynności wezwania do wyjaśnień w pełnym zakresie, dlatego de facto za aprobatą KIO procedura wyjaśnień obejmowała jakby „trzy rundy” (tj. wskazywane już wcześniej przez Sąd pisma zamawiającego z 23 marca, 23 września i 29 września 2020 r.). W wypadku pierwszego odwołania Izba nakazała wyłącznie unieważnić wezwanie (z 23.03.2020) w zakresie w jakim Zamawiający narzucił (...) sposób przygotowania wyjaśnień. W wypadku drugiego odwołania Izba stwierdziła brak podstaw do odrzucenia oferty i nakazała zadać dodatkowe, wskazane w sentencji wyroku pytania. Na skutek trzeciego odwołania uwzględnionego przez Zamawiającego przyznano (...) realny termin na udzielenie wyjaśnień. Wyjaśnienia złożone przez (...) z ostrożności zostały - pomimo braku takiego żądania (...), decyzją Zamawiającego włączone do oceny oferty.

Ta, wyżej opisana, specyfika stanu faktycznego w niniejszej sprawie pozwala, zdaniem Sądu, przyjąć, iż opisywany zarzut (nr 3 ze skargi) nie był trafny.

Zarzut nr 4 (dotyczył rzekomych nieprawidłowości po stronie zamawianego w ramach badania (...) oraz tego, iż KIO uznała pismo procesowe (...) z dnia 22 stycznia 2021 r. za niedopuszczalną próbę rozszerzenia zarzutów z odwołania)

Zdaniem Sądu także ten zarzut nie był trafny. Sąd podziela pogląd KIO, co do tego, że stanowisko zamawiającego przedstawione w ramach postępowania przed KIO, w szczególności zaś wyjaśnienia zamawiającego zawarte w jego piśmie z 13.01.2021 r.(stanowiącym odpowiedź na odwołanie) potwierdzają, iż dokonał on badania i oceny wyjaśnień wykonawcy (...) co do (...) w sposób rzetelny i wyczerpujący.

Nie miał przy tym racji skarżący zarzucając KIO brak konkretów. Z treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika bowiem, że KIO (co do (...)) odwoływała się do faktów i dowodów jak najbardziej konkretnych. Sąd odsyła w tym zakresie do fragmentów przedmiotowego uzasadnienia od str 38 do 43. Szczegółowe przytaczanie w tym zakresie argumentacji KIO nie wydaje się być konieczne, bowiem sama lektura treści uzasadnienia KIO w tym zakresie wprost dezawuuje zarzut skarżącego o braku konkretów. Hasłowo jedynie należy wskazać, że w powoływanym fragmencie uzasadnienia KIO bardzo drobiazgowo odniosła się do :

- rzekomo zaniżonej pracochłonności wykonania poszczególnych elementów oprogramowania oraz zaakceptowania rzekomo zaniżonej wyceny osobodnia (osobogodziny) zarówno w ramach usługi rozwoju, jak i w ramach wszystkich innych usług i czynności wykonywanych w ramach realizacji zamówienia (str. 39-40 uzasadnienia KIO). KIO nie poprzestała tu na żadnych ogólnych sformułowaniach, ale odwołała się do faktów i dowodów (załączniki nr 16,17) z wyjaśnień (...) z 6.04.2020 r.,

- rzekomego zniżenia kosztów związanych z realizacją usług utrzymania (str. 40 uzasadnienia KIO). Tutaj KIO też nie poprzestała na ogólnikach, ale odwołała się do faktów opisanych w konkretnych punktach wyjaśnień (...) z 6.04.2020 r., 25 września i 9 października 2020 r.,

- rzekomo zaniżonej wyceny w zakresie (...) oraz usług około sprzętowych, licencji standardowych i obcych, szkoleń i warsztatów dedykowanych platformie oraz wytworzenia dokumentacji (str. 41-42 uzasadnienia KIO). Także tutaj KIO nie poprzestała na ogólnych sformułowaniach, ale odwołała się do punktów 4, 5, 14 i 20 z wyjaśnień (...) z 6 kwietnia 2020 r. oraz dowodów do niech załączonych (załącznik nr 11, 12 i 13).

Równie konkretnie KIO wskazała, iż w cenie oferty (...) ujęto koszty licencji standardowych i obcych, o czym mowa w punkcie 17 i 23 wyjaśnień z dnia 6 kwietnia 2020 r. oraz ofertach podwykonawców (załącznik nr 10 i 14 do wyjaśnień). Kalkulacja dotycząca szkoleń i warsztatów została ujęta przez (...) w punkcie 10 i 11 wyjaśnień z dnia 6 kwietnia 2020 r. Wykonawca (...) przedstawił w ww. zakresie składniki kosztowe, koszty organizacji warsztatów oraz poczynione założenia kalkulacyjne z uwzględnieniem różnych grup użytkowników systemu. Kalkulacja dotycząca kosztów wytworzenia dokumentacji wraz z rozbiciem na oferty poszczególnych podwykonawców (załącznik nr 10, 12 do wyjaśnień) znajduje zaś odzwierciedlenie w punkcie 2, 3, 7, 12 i 13 wyjaśnień z dnia 6 kwietnia 2020 r.

W tym kontekście nie sposób podzielić zarzutu skarżącego co do rzekomym braku konkretów w uzasadnieniu KIO co do sporu w zakresie (...).

W konsekwencji uprawniona była ocena dokonana w tym zakresie przez KIO, iż opisane wyżej fakty i dowody potwierdzają, że zamawiający przeprowadził czynność badania i oceny oferty (...) w zakresie (...) w sposób rzetelny, pełny, z należytą starannością i w oparciu o analizę oświadczeń i dokumentów przedłożonych przez wykonawcę (...), a znajdujących się w aktach sprawy.

Pamiętać też należy, iż część wyjaśnień (...) co do (...) (wraz z dowodami) była skutecznie objęta tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2020.1913 t.j.) wobec czego zamawiający był ustawowo zobowiązany do nieujawniania skutecznie zastrzeżonych informacji stanowiących podstawę badania i oceny oferty na okoliczność rażąco niskiej ceny.

Nie oznacza to jednak, że zamawiający tej części wyjaśnień (...) nie badał. Przeciwnie, z pisma zamawiającego z 13.01.2021 r. (odpowiedź na odwołanie) wynika, że zamawiający te właśnie dane analizował szczególnie wnikliwie (na co wskazuje nawet przyjęcia w tym zakresie metodologia – tabelaryczne porównanie zakładanych pracochłonności oraz innych czynników cenotwórczych) i także w oparciu o nie uznał, iż cena zaproponowana przez B. nie jest zaniżona.

Mając powyższe na uwadze Sąd uznał, że opisywany wyżej zarzut nr 4 ze skargi (co do (...)) nie był zasadny.

Zarzut ten nie był też trafny w części gdzie skarżący kwestionował decyzję KIO, która uznała, że pismo procesowe (...) z dnia 22 stycznia 2021 r. stanowiło niedopuszczalną, bo po upływie terminu na wniesienie odwołania, próbę rozszerzenia jego zarzutów, przez co nie mogło stanowić podstawy rozstrzygnięcia. Zdaniem Sądu porównanie treści zarzutów (...) z odwołania (które zostały już przez Sąd szczegółowo powołane w poprzedniej części niniejszego uzasadnienia) z treścią zarzutów (...) ze wspomnianego wyżej pisma (...) z 22.01.2021 r. potwierdza słuszność stanowiska KIO, że nie ma tożsamości tych zarzutów. Przedmiotowe pismo procesowe (...) niewątpliwie więc stanowiło niedopuszczalną próbę rozszerzenia zarzutów z odwołania, dlatego KIO trafnie uznała, że nie mogło ono stanowić podstawy rozstrzygnięcia.

Zarzut nr 5 (dotyczył także (...), ale w odniesieniu do podwykonawców z oferty B.)

Zarzut nie był zasadny, Sąd podziela bowiem stanowisko KIO, że wyjaśnienia (...) pochodzące od (...) w sposób szczegółowy przedstawiły kalkulacje cenową poszczególnych obszarów zamówienia z uwzględnieniem udziału w nich danego podwykonawcy tj. w zakresie jakim wynika to z art. 90 ust. 1 pkt 5 Pzp. Nadto, (...) do wyjaśnień (...) załączył dowody w postaci ofert wszystkich podwykonawców, które zgodne są z przyjętymi założeniami kalkulacji.

Nie ma racji skarżący twierdząc, iż nie można zaakceptować sytuacji w której wykonawca nie składa wyjaśnień co do wyliczenia ceny lub kosztu gdyż podwykonawca oświadcza, iż w inny sposób skalkulował cenę lub koszt. Nie jest uprawniony pogląd skarżącego, że w takim przypadku wykonawca winien przedstawić ten inny sposób kalkulacji, ponieważ pogląd taki nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa. W szczególności z art. 90 ust. 1 pkt 5 Pzp nie wynika, aby obowiązkiem wykonawcy było przedstawianie elementów cenotwórczych ofert podwykonawców, zaś przepis art. 36b ust. 1 Pzp przewiduje jedynie, że zamawiający może żądać podania przez wykonawcę firm podwykonawców, którzy będą brali udział w realizacji zamówienia. Wykonawca ma zatem obowiązek wskazać w ofercie firmy podwykonawców, którzy będą brali udział w realizacji zamówienia, ale tylko wtedy, gdy dokonał on już ich wyboru, na dzień składania oferty. Wykonawca (...) złożył oświadczenie w przedmiotowym zakresie, podkreślić należy natomiast, iż żaden przepis ustawy nie stanowi o tym, iż oświadczenie to ma odzwierciedlać rzeczywisty udział podwykonawców w wykonaniu zamówienia, co więcej, w trakcie realizacji zamówienia publicznego wykonawca może zmienić podwykonawców przy jednoczesnym założeniu, że nowy podmiot spełnia postawione przez zamawiającego warunki. Kolejna regulacja ustawowa dotycząca podwykonawców to art. 22a ust. 4 Pzp, z którego wynika, iż w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W przedmiotowym postępowaniu wykonawca (...) oświadczył, że polega na zdolnościach innych podmiotów, tj. (...) S.A., (...) Sp. z o.o., (...) S.A., przedkładając jednocześnie zobowiązania tychże podmiotów w przedmiocie powierzenia realizacji odpowiedniej części zamówienia wraz ze wskazaniem zakresów oraz okresu udziału tych podmiotów przy wykonywaniu zamówienia publicznego przez wykonawcę (...).

Z powyższego opisu wynika, że te wymagania formalne co do podwykonawców, które wyraźnie wynikają z (powołanych wyżej) uregulowań Pzp zostały zrealizowane przez (...). Nie istnieje natomiast ustawowy obowiązek składania przez wykonawcę (tu (...)) wyjaśnień co do wyliczenia ceny lub kosztu dotyczących podwykonawców, w sytuacji w której podwykonawca oświadcza, iż w inny sposób skalkulował cenę lub koszt.

Dlatego opisywany zarzut nr 5 ze skargi nie był trafny.

Zarzut nr 6

Treść akurat tego zarzutu Sąd przywołał w tym miejscu ponownie, w całości, ponieważ co do niego słuszne jest stanowisko przeciwnika skargi oraz (...), iż zarzut ten wykracza poza granice odwołania.

Skarżący w punkcie 6 skargi zarzucił Izbie naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a oraz ust. 1b pkt 3, art. 22a ust. 6 w zw. z art. 22a ust. 1-5 w zw. z art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy PZP oraz w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy PZP poprzez oddalenie odwołania w zakresie zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wezwania (...) do wyjaśnień, celem zadośćuczynienia przez tego wykonawcę obowiązkowi udowodnienia Zamawiającemu, iż usługi, do realizacji których zdolności w zakresie doświadczenia są wymagane, wykonują podmioty, na których zdolnościach (...) polega, oraz celem zadośćuczynienia przez tego wykonawcę udowodnienia Zamawiającemu, iż (...), realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, a także zaniechanie wezwania (...) do zastąpienia tych podmiotów innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia zgodnie z ustawą PZP w zakresie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppk. 3.2.2.1 lit a SIWZ, wskutek nieuwzględnienia istotnego dla oceny spełnienia warunku wynikającego z przedstawionego przez Skarżącego dowodu (którego wiarygodność nie została zakwestionowana ani przez Izbę, ani przez Zamawiającego, ani przez Przystępującego) przyporządkowania poszczególnych komponentów (...) do usług realizowanych w ramach zamówienia publicznego oraz błędnego przyjęcia za podstawę faktyczną wyroku głośownego oświadczenia Przystępującego złożonego na rozprawie, które nie znajduje odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania, czym Izba naruszyła także art. 190 ust. 7 PZP.

Co do tego zarzutu Sąd, po porównaniu jego treści z treścią odwołania, przyznaje rację przeciwnikowi skargi oraz (...), iż (...) w odwołaniu nie postawił wprost zarzutu jakoby (...) nie spełnił warunku, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppk. 3.2.2.1 lit a SIWZ, wobec czego jego formułowanie na etapie postępowania skargowego jest spóźnione i niedopuszczalne.

Z przepisów art. 582 i 583 ustawy z 11.09.2019 prawo zamówień publicznych (dalej : Nowe Pzp) wynika, że tego rodzaju zarzut nie może być przedmiotem postępowania skargowego. Skoro warunek wskazany w rozdziale XI pkt 3 ppk. 3.2.2.1 lit. a SIWZ nie stanowił przedmiotu odwołania, a zarzut dotyczący ww. warunku udziału w postępowaniu został podniesiony dopiero na etapie skargi, to oznacza, że został on podniesiony wadliwie, tj. po upływie terminu na wniesienie odwołania. Pamiętać przy tym należy, iż nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie, jak i doprecyzowywanie treści zarzutów odwołania po upływie terminu do jego złożenia.

Z tych przyczyn zarzut nr 6 ze skargi także nie mógł mieć wpływu na treść rozstrzygnięcia Sądu.

Mając powyższe na uwadze Sąd, na podstawie art. 588 ust. 1 ustawy Nowe Pzp, orzekł jak w pkt. 1 wyroku.

W pkt 2 Sąd orzekł o kosztach postępowania skargowego zgodnie z art. 589 ust. 1 ustawy Nowe Pzp w zw. z art. 98 i 99 kpc, przyznając przeciwnikowi skargi jako stronie wygrywającej to postępowanie 12 500 zł tytułem kosztów zastępstwa prawnego obliczone stosownie do treści § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych. Sąd Okręgowy w Warszawie od dawna bowiem prezentuje pogląd, iż nie ma sprawy podobnej do spraw z zakresu skarg na orzeczenie KIO. Ustawodawca jednocześnie nie przewidział stawek dla radców prawnych/adwokatów do tej kategorii spraw. Dlatego też zasądzone koszty zostały oszacowane w oparciu o wartość przedmiotu sporu, który w tym wypadku został utożsamiony z wartością przedmiotu zamówienia.

W pkt 3 Sąd oddalił wniosek (...) co do zasadzenia na jej rzecz zwrotu kosztów postępowania skargowego, bowiem w ocenie Sądu (...) nie była stroną tego postępowania w rozumieniu art. 589 ust. 1 ustawy Nowe Pzp. Z tego zaś przepisu wynika, że orzeczenie o kosztach w ramach postępowania skargowego dotyczy wyłącznie stron postępowania, a contrario nie dotyczy wykonawców, którzy byli tylko przystępującymi na etapie postępowania przed KIO. Oznacza to ustawową niedopuszczalność żądania zwrotu kosztów przez uczestników postępowania nie będących stronami sporu.

W tym zakresie Sąd Okręgowy podziela pogląd prawny co do tego, iż postępowanie inicjowane skargą do sądu jest postępowaniem dwustronnym, opartym na strukturze typu procesowego. Stroną postępowania jest : skarżący (którym może być również zamawiający) oraz przeciwnik skargi (odwołujący się wykonawca albo zamawiający). Przepisy ustawy Nowe Pzp nie dają podstawy do konstruowania postępowania ze skargi jako postępowania, w którym występuje mnogość stron. W konsekwencji nie ma dostatecznego argumentu na rzecz poglądu, że przeciwnikiem skargi jest także wykonawca, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie przeciwnika skargi. Wykonawca, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego staje się uczestnikiem tego postępowania. Byłoby też nadmiernym uproszczeniem przyjmowanie, że jest on interwenientem ubocznym w postępowaniu skargowym. Zgłoszenie przystąpienia podyktowane jest interesem prawnym wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie, niekoniecznie tożsame z interesem prawnym strony, do której przystępuje. Przystępujący wykonawca działał we własnym interesie i zajmuje samodzielną pozycję w postępowaniu. Nie jest więc tylko pomocnikiem strony, do której przystąpił (por. uchwała SN z 24.2.2009 r.,III CZP 147/08).

Dodać też trzeba, że Sąd nie miał podstaw do ewentualnego zasądzenia na rzecz (...) kosztów postępowania skargowego w oparciu o odpowiednio stosowany art. 107 kpc, bowiem (...) na rozprawie 18.08.2021 r. cofnął swoją interwencję uboczną.

W pkt 4 Sąd zwrócił nadpłaconą opłatę od skargi (art. 80 ust. 1 ustawy z 28.07.2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych).

W pkt 5 Sąd zwrócił całą opłatę od cofniętej interwencji ubocznej (art. 79 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy z 28.07.2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych).

sędzia Arkadiusz Kucharski