

Sygn. akt: KIO 2647/17

## WYROK

z dnia 2 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Anna Osiecka  
Katarzyna Odrzywolska  
Andrzej Niwicki

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą**

**w Warszawie oraz Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Gminę Miasta Gdańska z siedzibą w Gdańsku**, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **EUVIC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach oraz Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. z siedzibą w Krakowie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnoszących sprzeciw w części wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości

**orzeka**

1. Uwzględni odwołanie w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty; wezwanie Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z § 14 ust. 2 i 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia do uzupełnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego, dotyczącej Pani A. D. J.; powtórzenie badania i oceny ofert oraz dokonanie powtórnie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **EUVIC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach oraz Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. z siedzibą w Krakowie** i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **EUVIC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach oraz Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. z siedzibą w Krakowie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Orange Polska S.A.** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący: .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Gmina Miasta Gdańska, dalej: „Zamawiający” prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Przygotowanie, wdrożenie i świadczenie usługi udostępniania systemu informatycznego służącego do obsługi Gdańskiego Centrum Kontraktu (GCK) w modelu SaaS”, sygnatura postępowania: BZP.271.9.2017.MSz, dalej: „Postępowanie”. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 kwietnia 2017 r. pod numerem 2017/S 066-124487.

W dniu 14 grudnia 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej: „Odwołujący”. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku ze wskazanymi niżej przepisami ustawy Pzp, poprzez:

- 1) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EUVIC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach oraz Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. z siedzibą w Krakowie, dalej: „Konsorcjum”, w sytuacji, gdy nie wniosło ono skutecznie wadium, z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp,
- 2) zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum z uwagi na przedstawienie polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej jedynie w zakresie prowadzonej przez Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. działalności niezwiązanej z przedmiotem niniejszego zamówienia, przez co Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej, z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co jednocześnie spełnia przesłanki do uznania, że wykonawcy ci w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełniają oni warunki udziału w postępowaniu lub nie są w stanie przedstawić

wymaganych dokumentów, z naruszeniem art. 24 ust. pkt 16 ustawy Pzp,

- 3) zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej Pani A. D. J., gdyż kopia złożona w wykonaniu wezwania do przedstawienia dokumentów podmiotowych nie została poświadczona za zgodność z oryginałem, z naruszeniem przepisów art. 26 ust. 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy oraz § 14 ust. 2 oraz 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126), dalej: „Rozporządzenie”,
- 4) zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymienionych w pkt 4.1. lit. a-g Rozdziału 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej: „SIWZ”, dotyczących spółek IT Works S.A. oraz Apius Technologies S.A., jako podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby, gdyż kopie złożone w wykonaniu wezwania Zamawiającego do przedstawienia oświadczeń i dokumentów podmiotowych nie zostały poświadczane za zgodność z oryginałem, z naruszeniem przepisów art. 26 ust. 3 oraz art. 22a ust. 6 ustawy Pzp oraz § 14 ust. 2 oraz 3 Rozporządzenia, z powodu braku właściwego umocowania do dokonania tej czynności,
- 5) zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo że jego oferta jest najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ oraz dokonanie oceny jego oferty w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w Rozdziale 9 SIWZ, tj. kryterium „Koncepcja budowy systemu” podkryterium „Sposób integracji z systemami zewnętrznymi” i przyznanie ofercie Odwołującego w ww. kryterium zbyt małej liczby punktów, tj. przyznanie 2 punktów, podczas gdy oferta Odwołującego w ww. podkryterium powinna otrzymać 10 punktów, a tym samym przyznanie ofercie Odwołującego w ramach łącznej punktacji przyznanej w ramach wszystkich dwóch kryteriów oceny ofert zaniżonej liczby punktów, co jest równoznaczne z prowadzeniem postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, co narusza jednocześnie przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp,
- 6) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum, pomimo że oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza spośród ofert złożonych w postępowaniu, a niepodlegających odrzuceniu, a dodatkowo wykonawcy ci winni zostać wykluczeni z postępowania, a ich oferta winna zostać odrzucona, co również stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym także oferty Odwołującego w sposób zgodny z kryteriami oceny ofert określonymi w Rozdziale 9 SIWZ i przyznania dodatkowych 8 punktów ofercie Odwołującego w zakresie kryterium „Koncepcja budowy systemu” podkryterium „Sposób integracji z systemami zewnętrznymi”,
- 3) wykluczenia z postępowania Konsorcjum,
- 4) odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum,
- 5) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, co następuje.

#### **Zarzut nr 1.**

Konsorcjum wraz z ofertą przedstawiło gwarancję bankową wystawioną przez ING Bank Śląski S.A. z siedzibą w Katowicach. Z treści dokumentu wynika, że bank wystawił gwarancję na potrzeby oferty składanej przez EUVIC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach w Postępowaniu. Jednocześnie w dokumencie gwarancji brak jest wzmianki wskazującej, że EUVIC Sp. z o.o. ma zamiar ubiegać się o udzielenie zamówienia wspólnie z jakimkolwiek innym wykonawcą. Brak jest także postanowień potwierdzających, że udzielona gwarancja ma zabezpieczać ewentualne roszczenia Zamawiającego wynikające ze wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez EUVIC Sp. z o.o. oraz innego wykonawcy. W dalszym toku postępowania, z uwagi na dokonane przedłużenie terminu składania ofert, EUVIC Sp. z o.o. przedstawił Zamawiającemu kolejne aneksy do wystawionej wcześniej gwarancji.

Problem wadium wnoszonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego stanowi przedmiot rozbieżnego orzecznictwa, nie tylko Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok o sygn. akt 1833/16 oraz 1839/16), ale także sądów okręgowych. Odwołujący stoi na stanowisku, że właściwymi są tezy wynikające m.in. z wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 września 2015 r. sygn. akt XXIII Ga 1041/15 oraz Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 22 stycznia 2016 r., sygn. akt XII Ga 697/15, Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 13 listopada 2009 r. sygn. akt XII Ga 350/09 stąd opiera na nich omawiany zarzut. Odwołujący wskazywał na charakter prawny gwarancji bankowej, przywołując art. 81 ust. 1, art. 82, art. 86 oraz art. 87 ust. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawa bankowego (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r. poz. 1876),

Istotnym zatem jest, że całokształt okoliczności związanych ze złożeniem oferty przesądzać musi o prawidłowości złożenia wadium w postaci gwarancji bankowej wystawionego na jednego tylko z konsorcjantów. Jednak w treści przedstawionej gwarancji bankowej nie tylko nie został wymieniony drugi z wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A., ale nawet nie wskazano, że EUVIC Sp. z o.o. ma zamiar przystąpić do przetargu w konsorcjum.

Należy więc uznać, że gwarant może odmówić wypłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium w sytuacji, gdy przesłanki zatrzymania wadium dotyczyć będą Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. jako członka konsorcjum. Podkreślić należy, że w przypadku składania oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wadium może być wniesione przez każdego z tych wykonawców, jednak w dokumencie wadium powinno być wyraźnie wskazane, w imieniu jakich wykonawców wadium jest wnoszone. Brak wskazania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składających wspólną ofertę powoduje trudność w przypisaniu wadium do konkretnej oferty. Zachodzi też ryzyko, że gwarant w ogóle nie jest świadom, że wystawiona przez niego gwarancja została wykorzystana do zabezpieczenia oferty nie EUVIC Sp. z o.o., ale dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Co więcej, brak jest możliwości przypisania solidarnej odpowiedzialności wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Ustawa Prawo zamówień publicznych opiera się na znacznym formalizmie. Służy on jednak określonym, istotnym celom. Restrykcyjny charakter przepisów wymaga od podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia dużej ostrożności i staranności w działaniu, co odnosi się do złożenia wadium w poszczególnych, dopuszczonym prawem formach - w tym do gwarancji bankowej.

Ponadto, SIWZ w żadnej części nie wskazywała, aby wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogli przedstawić dokument wadium, w którym wymieniony będzie tylko jeden z nich. Dodatkowo, pełnomocnictwo konsorcjalne zostało wystawione w dniu 22 maja 2017 r., tj. przed datą wystawienia gwarancji bankowej. Próżno w nim szukać postanowień umożliwiających uznanie, że wystawienie gwarancji bankowej odbyło się w celu zabezpieczenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W szczególności dokument pełnomocnictwa nie zawiera żadnych postanowień, które pozwoliłyby oprzeć sam fakt wystawienia gwarancji na udzielonym wcześniej pełnomocnictwie, gwarancja została bowiem wystawiona, wyłącznie na EUVIC Sp. z o.o., pomimo tego, że wykonawca ten w dacie wystawienia gwarancji był umocowany do reprezentowania obydwu członków konsorcjum. Samo pełnomocnictwo nie zawiera też

żadnych postanowień, które wykluczałyby możliwość samodzielnego ubiegania się EUVIC Sp. z o.o. o udzielenie zamówienia, z pominięciem drugiego konsorcjanta.

## **Zarzut nr 2.**

Jednym z warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej było wykazanie, że wykonawca posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 3 000 000 zł. W złożonych wraz z ofertą Jednolitych Europejskich Dokumentach Zamówienia, dalej: „JEDZ”, obydwaj członkowie Konsorcjum oświadczyli, iż spełniają warunki udziału w postępowaniu. Następnie, w wykonaniu wezwania Zamawiającego zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Konsorcjum złożyło kopie polis ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej jednego z konsorcjantów - Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. oraz dowody opłacenia składek. Obydwie polisy wystawione odpowiednio: 30 maja 2016 r. i 25 maja 2017 r. obejmują identyczny zakres ubezpieczonej działalności.

Zgodnie z treścią przedłożonych polis, wykonawca Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. jest ubezpieczony w zakresie następujących rodzajów działalności:

- 1) handel, sprzedaż, serwis, projektowanie i wykonywanie instalacji systemów teletechnicznych i elektrycznych,
- 2) wynajem powierzchni biurowych,
- 3) kontrola techniczna systemów dozoru,

przy czym dodatkowo spod ochrony ubezpieczeniowej wyłączone są usługi ochrony i dozoru osób i mienia.

W ocenie Odwołującego całość przedmiotu zamówienia sprowadza się faktycznie do świadczenia usług w dziedzinie programowania, ewentualnie dostaw gotowego oprogramowania oraz świadczenia usług internetowych. Tak zresztą przedmiot zamówienia został określony przez pryzmat kodów Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) zawartych w SIWZ. W ocenie Odwołującego nie można uznać, aby którakolwiek z działalności objętych ubezpieczeniem była związana z przedmiotem niniejszego zamówienia. W przypadku działalności obejmującej handel, sprzedaż, serwis, projektowanie i wykonywanie instalacji systemów teletechnicznych i elektrycznych Odwołujący za zasadne uważał zdefiniowanie pojęcia instalacji systemów teletechnicznych, aby uniknąć wątpliwości interpretacyjnych.

Odwołujący powoływał się na liczne akty prawne zawierające przepisy odnoszące się do kwestii związanych z instalacjami telekomunikacyjnymi, które jego zdaniem po zestawieniu z przedmiotem działalności Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A.

ujawnionym w Rejestrze Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzą do wniosku, iż ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej objęta jest działalność tego wykonawcy związana z wykonywaniem robót budowlanych dotyczących instalacji telekomunikacyjnych oraz elektrycznych.

Celem postawienia ww. warunku jest weryfikacja przez Zamawiającego sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawców, przy czym związek ubezpieczonej działalności z przedmiotem zamówienia pozwala mu na zweryfikowanie zdolności wykonawcy do ubezpieczenia działalności adekwatnej do przedmiotu zamówienia, a więc wiążącej się z podobnym ryzykiem ubezpieczeniowym i kosztami ubezpieczenia. Czym innym jest ocena ryzyka wystąpienia szkody w zakresie działalności polegającej na handlu, sprzedaży, serwisie, projektowaniu i wykonywaniu instalacji systemów teletechnicznych i elektrycznych, a czym innym ocena ryzyka wystąpienia szkody w przypadku świadczenia usług informatycznych związanych z zaawansowanym programowaniem. Inna będzie również wycena takiego ryzyka przejawiająca się w wysokości należnej składki.

Odwołujący podnosił również, że Konsorcjum powinno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, bowiem w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności finansowej lub ekonomicznej dotyczącej posiadanego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

W wyniku złożenia oświadczenia w JEDZ o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu Zamawiający, zdaniem Odwołującego, pozostawał w błędnym przekonaniu co do spełnienia przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej o odpowiednich parametrach i w związku z tym dokonywał badania i oceny oferty, pomimo iż warunek udziału w postępowaniu nie był spełniony. Bezsprzecznie błąd ten dotyczy informacji co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, a działaniu Konsorcjum, w ocenie Odwołującego, można przypisać działanie co najmniej wynikające z rażącego niedbalstwa, z pogwałceniem reguł jakie powinny cechować profesjonalistę.

### **Zarzut nr 3.**

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału 3 SIWZ ust. 4 wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej, zobowiązany był do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Jednym z tych dokumentów jest informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art.



24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu. Z kolei pkt 13.5. SIWZ zawiera zapis, że dokumenty, o których mowa w Rozporządzeniu, inne niż oświadczenia, o których mowa w punkcie 13.3., składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Jak wynika z pkt 13.6 poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawcy, w zakresie dokumentów, którego każdego z nich dotyczą.

W niniejszym postępowaniu Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawiło informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą Pani A. D. J. bez zachowania odpowiedniej formy, gdyż na kopii dokumentu widnieje jedynie pieczętka imienna Pana A. K., brakuje jednak jego podpisu. Tym samym ww. dokument nie spełnia warunków uznania go za kopię dokumentu równoważną oryginałowi, gdyż kopia ta nie została uwierzytelniona.

Kserokopię dokumentu można uznać za uwierzytelnioną jedynie wówczas gdy zawiera ona łącznie dwa niezbędne elementy, to jest adnotację „poświadczam za zgodność oryginałem” oraz podpis osoby upoważnionej. Zamawiający powinien był wezwać Konsorcjum do uzupełnienia kopii informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej Pani A. D. J., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w sytuacji, gdyby ww. dokument nie został uzupełniony, do wykluczenia Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

#### **Zarzut nr 4.**

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału 3 SIWZ pkt 10.5. na wezwanie Zamawiającego wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, zobowiązany jest do przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 4.1. lit. a-g Rozdziału 3 SIWZ. Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia ww. dokumentów dotyczących spółki Apius Technologies S.A. oraz IT Works S.A.

W odpowiedzi na wezwanie przedstawiono, według Odwołującego, dokumenty bez zachowania odpowiedniej formy, gdyż co prawda na kopiach widnieje pieczętka imienna Pana A. K. i nieczytelny podpis, jednak z uwagi na brak pełnomocnictwa dla P. A. K. do dokonania ww. czynności uwierzytelnienia w imieniu podmiotów trzecich, należy uznać, że dokumenty i oświadczenia w ogóle nie zostały złożone.

W ocenie Odwołującego Pan A. K. nie posiadał pełnomocnictwa do dokonania czynności poświadczenia za zgodność z oryginałem w imieniu podmiotów trzecich Apius

Technologies S.A. oraz IT Works S.A., tym samym Konsorcjum powinno zostać wezwane do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z uwzględnieniem konieczności powołania się także na przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp.

#### **Zarzut nr 5.**

Oferta Konsorcjum, która jest ofertą droższą od oferty Odwołującego, uzyskała łączną liczbę 94,98 punktów, w tym 37 pkt w kryterium „Koncepcja budowy systemu”. Ofercie Odwołującego przyznano natomiast łącznie 92 punkty, w tym 32 pkt w kryterium „Koncepcja budowy systemu”. Zamawiający, w ocenie Odwołującego, bezpodstawnie zaniżył ocenę oferty Odwołującego w ww. podkryterium przyznając zamiast 10 pkt jedynie 2 pkt, co skutkowało w konsekwencji zaniżeniem łącznej oceny oferty Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, iż przygotowany przez niego opis sposobu integracji z systemami zewnętrznymi uwzględnia wszystkie systemy wskazane w OPZ do integracji. Ponadto, w podrozdziale pn. „Interoperacyjność” potwierdził i wymienił możliwości integracji.

Bezsporne jest to, iż Zamawiający dopuszczał rozwiązanie polegające na udostępnieniu Web Service do obsługi API, takie też rozwiązanie zostało przedstawione przez Odwołującego. Natomiast, wymaganie Zamawiającego, na co wskazuje w treści uzasadnienia oceny, aby w Koncepcji budowy systemu dla przyznania 10 pkt w podkryterium „Sposób integracji z systemami zewnętrznymi” znajdował się opis dotyczący tego jak Odwołujący zamierza zaimplementować mechanizmy pozwalające na przekazywanie informacji, czy wymaganie przez Zamawiającego udokumentowania w Koncepcji budowy systemu sposobu pozwalającego stronom trzecim na bezproblemowe podłączenie się, nie znajdują swojego odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania.

Powyższe oczekiwania Zamawiającego co do Koncepcji budowy systemu nie mają uzasadnienia w treści SIWZ i udzielonych wyjaśnieniach w piśmie z dnia 10 maja 2017 r. pytanie nr 61. W opinii Odwołującego, Zamawiający nie miał prawa oczekiwać od wykonawcy jakiegokolwiek udokumentowania odnoszącego się do zaproponowanego w Koncepcji budowy systemu rozwiązania już na etapie przedstawienia Koncepcji. Ponadto, Zamawiający stwierdził między innymi, że w przedstawionej przez Odwołującego koncepcji zabrakło na przykład takich elementów jak:

- 1) metodyka integracji z uwzględnieniem analizy biznesowej potrzeb i zakresu,
- 2) diagramów (komunikacji z systemami zewnętrznymi),
- 3) modelu danych dla poszczególnych metod,
- 4) mapowania danych,

- 5) opisu interfejsów,
- 6) szczegółowego opisu integracji.

Co jednak istotne, Zamawiający opisując w SIWZ w Rozdziale 9 „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” nigdzie nie zawarł wymogu, aby sposób integracji z systemami zewnętrznymi uwzględniał ww. elementy. Zdaniem Odwołującego, szczegółowość opisu proponowanych rozwiązań w Koncepcji budowy systemu winna być oceniana przez Zamawiającego z uwzględnieniem zastosowanej przez Zamawiającego w SIWZ szczegółowości wymagań postawionych wobec rozwiązań projektowanego systemu.

Wykonawcy zwracali uwagę Zamawiającemu, że do realizacji zadania integracji dostarczonego przez siebie rozwiązania z systemami Zamawiającego wskazanymi w części 3. OPZ niezbędne są takie informacje jak specyfikacja oraz ilości metod integracyjnych Webservice (specyfikacja interfejsów) poszczególnych systemów obecnie pracujących u Zamawiającego, z którymi oferent musi się integrować w trakcie wdrożenia (pytanie nr 10 z dnia 10 maja 2017 r.). Zamawiający nie dysponował na dzień składania ofert szczegółowymi specyfikacjami interfejsów (odpowiedź na pytanie nr 5, nr 10, nr 64 z dnia 10 maja 2017 r.).

Zamawiający zarzucał koncepcji Odwołującego zbytnią ogólność co do opisanych w niej możliwości integracji z EZD, MS CRM, RFK, Mapą Porządku z wykorzystaniem Web Service. Odwołujący zwracał uwagę, iż stopień szczegółowości opisu integracji, który przedstawił w swojej ofercie był adekwatny do informacji jakie przekazał Zamawiający w treści SIWZ. Nie był to opis ogólny, ale opis uwzględniający wszystkie systemy wskazane w OPZ do integracji, wskazujący dla poszczególnych systemów sposób integracji, wykazujący skuteczność i adekwatność (do zdefiniowanych w opisie przedmiotu zamówienia potrzeb) zaproponowanego rozwiązania. Ciężar przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ciąży na zamawiającym i to zamawiający powinien opisać kryteria oceny ofert w taki sposób, aby nie pozostawiały żadnych wątpliwości co do ich znaczenia.

#### **Zarzut nr 6.**

W ocenie Odwołującego oferta Konsorcjum nie powinna być w ogóle rozpatrywana z uwagi na konieczność jej odrzucenia lub wykluczenia samych wykonawców, względnie nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w przypadku potwierdzenia się zarzutu zaniżenia oceny punktowej oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili w dniu 18 grudnia 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia

EUVIC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach oraz Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. z siedzibą w Krakowie, dalej: „Przystępujący”.

W dniu 19 grudnia 2017 r. wpłynęło do Izby uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów zawartych w treści odwołania. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że dokona ponownej oceny ofert.

W dniu 22 grudnia 2017 r., wpłynęło do Izby oświadczenie o zgłoszeniu sprzeciwu w części przez Przystępującego od uwzględnienia przez Zamawiającego w całości wniesionego odwołania, w zakresie uwzględnienia zarzutów:

1. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp,
2. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp,
3. naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu i dokonania jej oceny w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w Rozdziale 9 SIWZ, tj. „Kryteria budowy systemu” podkryterium „Sposób integracji z systemami zewnętrznymi”,
4. naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

#### Przystępujący przedstawił następującą argumentację.

Przystępujący wskazywał, że odwołanie w części dotyczącej zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu i dokonania jej oceny w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w Rozdziale 9 SIWZ tj. „Kryteria budowy systemu” podkryterium „Sposób integracji z systemami zewnętrznymi”, jest zarzutem spóźnionym.

Zwrócił uwagę, że w Postępowaniu zastosowana jest procedura odwrócona wynikająca z art. 24aa ust. 1 Pzp (Rozdział 3 pkt 3.1). Informacja o zakończonej ocenie ofert i dokonanym przydziale punktów została przesłana przez Zamawiającego do wszystkich wykonawców wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 21 września 2017 roku. To jest zatem dzień, w którym Odwołujący dowiedział się o przyznaniu punktów, jego zdaniem, w sposób naruszający zasady określone w SIWZ.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 ustawy Pzp termin do wniesienia odwołania w zakresie postawionego zarzutu upływał w dniu 1 października 2017 r. Również już w dniu 21 września 2017 r. (jak również w dniu 1 października 2017 r.) Odwołujący miał interes we

wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, szczególnie, że był przystępującym do odwołania wniesionego w dniu 2 października 2017 r., którego celem było wykluczenie z udziału w Postępowaniu wówczas sklasyfikowanego na pozycji pierwszej wykonawcy Pirios S.A. jako niespełniającego warunków udziału w Postępowaniu. Nic nie stało zatem na przeszkodzie, by już wówczas Odwołujący kwestionował liczbę przyznanych mu punktów, tym bardziej, że dla uzyskania lepszej pozycji w Postępowaniu niż Przystępujący wystarczyłoby jedynie zwiększenie liczby punktów z przyznanych 2 pkt na wnioskowane 10, nie zaś wnoszenie odwołania dotyczącego oceny oferty Przystępującego.

Oznacza to, że Odwołujący znając wynik oceny ofert i liczbę przyznanych jemu i innym wykonawcom punktów, w dniu 21 września 2017 r. zgodził się z takim wynikiem czynności Zamawiającego i nie widział podstaw do jego kwestionowania. Zauważyć również należy, że Zamawiający podjął w Postępowaniu czynności w związku z uwzględnieniem przez Izbę odwołania Przystępującego, i zgodnie z informacją z dnia 4 grudnia 2017 r. dokonał nakazanego przez Izbę wyrokiem z dnia 19 października 2017 r. w sprawie o sygnaturze KIO 2056/17 powtórnego badania i oceny ofert, którego wynik jednak — w obszarze oceny merytorycznej ofert — nie odbiega od pierwotnej oceny (o ile w tym zakresie czynności przez Zamawiającego w ogóle były dokonywane).

Zamawiający zatem, jeżeli nawet dokonane przez niego czynności dotyczyły powtórnej oceny oferty merytorycznej i powtórnego przyznawania punktów, zastosował kryteria oceny ofert w sposób analogiczny do pierwszej oceny, co do której Odwołujący nie wnosił żadnych zastrzeżeń. Zatem z punktu widzenia czynności ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 4 grudnia 2017 r., sytuacja Odwołującego nie uległa zmianie, nie dokonano nowej czynności w Postępowaniu, od której Odwołujący mógłby wnieść odwołanie.

Podkreślenia wymaga również fakt, że już na tamtym etapie Postępowania, popieranie odwołania wniesionego przez Przystępującego w zakresie oferty Pirios, a także wniesienie przez Odwołującego odwołania od nieprawidłowej oceny jego oferty dawało Odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia w Postępowaniu. Wniesienie odwołania w kwestionowanym zakresie dopiero na tym etapie jest nie tylko spóźnione zgodnie z przepisami Pzp, ale również niezgodne z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej.

Zdaniem Przystępującego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp jest niezasadny. Jednocześnie, w związku ze stosowaniem procedury wynikającej z art. 24 aa ust. 1 Pzp oraz treścią przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b fakt wniesienia wadium oraz jego poprawność była badana przez Zamawiającego na etapie

oceny ofert. W dniu 21 września 2017 r., kiedy to Zamawiający poinformował wykonawców o przyznanej punktacji nieodrzuconych ofert, a także o wyborze oferty najkorzystniejszej, Odwołujący mógł i powinien być wnieść odwołanie w tym zakresie, czego jednak nie uczynił. Zauważa również, że wadium, którego dotyczy odwołanie zostało zwrócone do Przystępującego w dniu 6 października 2017 r. na podstawie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Pirios S.A. Następnie, zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, Przystępujący na żądanie Zamawiającego o wniósł wadium w gotówce. Z ostrożności procesowej, na wypadek gdyby Izba nie podzielała opinii Przystępującego odnośnie spóźnionego zarzutu dotyczącego wadium, Przystępujący wnosi o oddalenie tego zarzutu jako bezpodstawnego.

Przystępujący, w odróżnieniu od Odwołującego, stoi na stanowisku, że wniesione przez niego wadium jest prawidłowe i w pełni zabezpiecza Zamawiającego W przypadku zaistnienia przesłanek do jego realizacji, co potwierdza chociażby wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2016 roku w sprawie o sygn. XXIII Ga 2031/15, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r. sygn. akt XXIII Ga 1313/15, wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 5 grudnia 2016 r. sygn. akt XIII Ga 1094/16, i starsze jak chociażby wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 1 października 2007 r. sygn. akt XIX Ga 408/07, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 20 maja 2008 r. sygn. akt V Ca 903/08.

Nie sposób również przyznać racji Odwołującemu, gdy stawia znak równości pomiędzy konsorcjum a wykonawcą. Z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że jeden z uczestników konsorcjum reprezentuje w sposób wiążący pozostałych wykonawców wobec zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo w tym postępowaniu i na etapie zawarcia umowy. Z kolei przepis art. 23 ust. 3 ustawy Pzp statuuje zasadę, w świetle której przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Regulacja ta ma decydujące znaczenie w kontekście wnoszenia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro bowiem obowiązki wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp dotyczą wykonawcy, odpowiednio dotyczą również wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, traktowanych w określonych sytuacjach, jak jeden wykonawca.

Członkowie konsorcjum wspólnie ubiegający się o zamówienie odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum. Zauważa również, że „choćby wzmianka” w treści gwarancji o tym,

że EUVIC Sp. z o.o. ubiega się o udzielanie zamówienia w Postępowaniu wraz z innym podmiotem nie zmieniłaby w żaden sposób istniejącego zobowiązania, a w szczególności nie spowodowałaby, że byłoby ono wiążące w inny sposób czy też wywoływałoby inny skutek dla Zamawiającego niż wadium przedstawione przez Przystępującego. Nadal bowiem byłoby to wadium wystawione na EUVIC Sp. z o.o. jako wykonawcę w Postępowaniu.

Podkreślić należy również, że ustawa Pzp poza obowiązkiem wyznaczenia przez wykonawców występujących wspólnie pełnomocnika, nie narzuca i nie reguluje zasad współpracy takich wykonawców do czasu zawarcia przez nich umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie oznacza to jednak, że przepis art. 23 ust. 3 ustawy Pzp nie mógłby być traktowany jako ogólna zasada dotycząca wykonawców występujących wspólnie, jako podstawa do zaistnienia zobowiązania solidarnego. Z całokształtu bowiem przepisów ustawy Pzp czytanych w kontekście art. 23 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że nie jest słuszne twierdzenie, jakoby z pełnomocnictwa ustanawiającego pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia załączonego do oferty miałyby wynikać inna treść niż uprawnienie do działania wobec osoby trzeciej w określonym celu i stosunku prawnym. Pełnomocnictwo złożone z ofertą jest konsekwencją zawartej w dniu 22 maja 2017 roku umowy konsorcyjnej i stanowi do niej załącznik.

W treści umowy zaś strony dokonały w szczególności ustaleń dotyczących wniesienia wadium. Co więcej ustanowiły wprost odpowiedzialność solidarną już na etapie składania oferty, kierując się właśnie przepisem art. 23 ust. 3 ustawy Pzp. Przystępujący zgadza się w tym miejscu z Odwołującym, że zobowiązanie solidarne może powstać wyłącznie z mocy przepisu prawa, lub czynności prawnej. Przystępujący stoi na stanowisku, iż nawet gdyby strony nie zawarły odpowiedniego postanowienia dotyczącego odpowiedzialności solidarnej bezpośrednio w treści umowy konsorcjum, to pozostałoby to bez wpływu na fakt powstania takiej odpowiedzialności z chwilą samego tylko zawarcia umowy konsorcjum i ustalenia celu zawartej umowy jako wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego a w przypadku jego uzyskania — wspólnej realizacji.

Jednocześnie Przystępujący podkreślał, że Zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnych postanowień dotyczących wnoszenia wadium przez wykonawców występujących wspólnie, które uprawniałyby go do żądania wniesienia wadium oraz powołał się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17.

Według Przystępującego również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp jest niezasadny.

Przystępujący twierdzi, że przedstawiona przez niego polisa OC w pełni potwierdza spełnianie warunku udziału. Polisa ta jest ważna i obowiązująca, została wystawiona na

wymaganą przez Zamawiającego kwotę, a zakres ubezpieczonej działalności gospodarczej jest związany z przedmiotem zamówienia. Rozumienie terminu „związana z przedmiotem zamówienia” nie oznacza, że jest z nim tożsama, a do takiego wniosku prowadzi Odwołujący, chociażby poprzez porównanie jej do kodów PKD czy wpisów w KRS. Podstaw do takiego stanowiska trudno doszukiwać się w treści SIWZ czy też w przepisach prawa, w szczególności w §2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia.

Zwraca uwagę, że głównym celem żądania polisy ubezpieczeniowej od wykonawców ubiegających się udzielenie zamówienia, jest ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej zgodnie z postawionym warunkiem. Co istotne, polisa nie służy w tym przypadku do potwierdzenia ubezpieczenia przedmiotu zamówienia.

Z ostrożności procesowej, Przystępujący podnosi, podtrzymując jednocześnie twierdzenie o poprawności przedstawionej polisy OC, iż nawet gdyby polisa OC uznana została za niepotwierdzająca spełnianie przez Przystępującego warunków udziału w Postępowaniu, to brak jest podstaw w tym stanie faktycznym do zastosowania przez Zamawiającego względem Przystępującego art. 24 ust, 1 pkt 16 ustawy Pzp i uznania iż Przystępujący podlega wykluczeniu z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia on warunki udziału w Postępowaniu lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Przystępujący przedstawił polisę OC zgodnie z oświadczeniem wstępnym zawartym w JEDZ i polisa ta potwierdza spełnianie warunków udziału w Postępowaniu na dzień składania ofert. Jeżeli natomiast Zamawiający uznałby coś przeciwnego, w szczególności zaś uznałby, że wykonawca nie złożył polisy OC potwierdzającej spełnianie warunków udziału, dokumenty ten jest niekompletny, zawiera błędy lub budzi wskazane przez Zamawiającego wątpliwości, wezwałby do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, czego do tej pory nie uczynił w odniesieniu do żadnego dokumentu przedłożonego przez Przystępującego.

Odwołujący złożył również pismo procesowe i wskazał, że w jego opinii opis sposobu integracji z systemami zewnętrznymi, jaki został przedstawiony w „Koncepcji budowy systemu” uwzględnia wszystkie wymagane elementy wskazane przez Zamawiającego, dla przyznania mu 10 pkt, z tego względu, iż dotyczy wszystkich systemów wymaganych w OPZ do integracji, wskazuje dla poszczególnych systemów sposób integracji, wykazuje skuteczność i adekwatność (do zdefiniowanych w OPZ potrzeb) zaproponowanego rozwiązania. Jego zdaniem jest on na tyle szczegółowy, na ile pozwalały informacje zawarte w SIWZ oraz w udzielonych wyjaśnieniach dotyczących jej treści i został przygotowany zgodnie z najlepszymi praktykami w analogicznych postępowaniach.



Odwołujący wniósł także na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy Pzp o wyłączenie jawności rozprawy w części dotyczącej zarzutu nr 5 odwołania dotyczącego oceny „Koncepcji budowy systemu” z uwagi na możliwość ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, zawartych w dokumentach przywoływanych w przedmiotowym odwołaniu oraz o znajdujących się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiących dowody w sprawie, co do których Odwołujący się zastrzegł, iż nie mogą one być udostępniane.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu nr 3.**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji Postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Przystępującego, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, piśmie procesowym złożonym przez Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 28 grudnia 2017 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z ogólnych warunków ubezpieczenia OC TUI Allianz Polska S.A. na okoliczność wykazania, że ubezpieczenie Przystępującego nie dotyczy ryzyka finansowego, w szczególności czystej szkody majątkowej. Izba uznała, że przeprowadzenie ww. dowodu spowodowałoby wyłącznie zwłokę w postępowaniu (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp). Ponadto, warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej nie obejmował wykazania się szczególnymi warunkami ubezpieczenia.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanych przez Przystępującego dowodów z oświadczenia TUI Allianz Polska S.A., że opisany w polisie OC przedmiot ubezpieczenia jest związany z przedmiotem zamówienia, oświadczenia banku, że gwarancja wadialna wystawiona na wniosek jednego z konsorcjantów była gwarancją zabezpieczającą ofertę złożoną przez konsorcjantów oraz dowodu z umowy konsorcjalnej zawartej w dniu 22 maja 2017 r. Izba uznała, że ww. dowody są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Oświadczenia powyższe nie mogą mieć żadnego znaczenia dla oceny w niniejszej sprawie, ponieważ ocenie takiej podlegać mogą jedynie dokumenty złożone do upływu

terminu składania ofert. Ponadto, dowód z umowy konsorcjum dotyczy zarzutu, który Izba uznała za spóźniony.

Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z Rozdziałem 2 pkt 2.2.2. SIWZ wykonawca winien wykazać, że posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 3 000 000 zł. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia mogą spełnić warunek posiadania powyższego ubezpieczenia OC w sposób następujący - warunek musi spełniać samodzielnie co najmniej jeden z Wykonawców. Na potwierdzenie ww. warunku Zamawiający żądał od wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej przedstawienia dokumentu lub dokumentów potwierdzających, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego.

W dniu 23 listopada 2017 r. Przystępujący, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przedłożył Zamawiającemu stosowne dokumenty i oświadczenia, w tym m.in.: polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą Pani A. D. J., a także oświadczenia i dokumenty wymienione w pkt 4.1. lit. a-g Rozdziału 3 SIWZ, dotyczące spółek IT Works S.A. oraz Apius Technologies S.A., jako podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby.

Pismem z dnia 4 grudnia 2017 r. Zamawiający poinformował (wykonując czynność powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej w związku z wydanym przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrokiem o sygn. akt KIO 2056/17) o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Zarzut nr 1 [naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp], nr 5 i nr 6 [naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp] – Izba uznała zarzuty za spóźnione**

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu zaniechanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że jest ona najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Zdaniem Odwołującego dokonanie oceny jego oferty nastąpiło w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w Rozdziale 9 SIWZ, tj. kryterium „Koncepcja budowy systemu” podkryterium „Sposób integracji z systemami zewnętrznymi”, a w konsekwencji doprowadziło do przyznania ofercie Odwołującego w ww. kryterium zbyt małej liczby punktów, tj. przyznania 2 punktów, podczas gdy oferta Odwołującego w ww. podkryterium powinna otrzymać 10 punktów. Ponadto, Odwołującego wskazywał, że wadium Przystępującego, wniesione w postaci gwarancji bankowej, która wskazuje jedynie jednego z dwóch członków konsorcjum, jest nieprawidłowe.

W ocenie Izby ww. zarzuty należy uznać za spóźnione. Zgodnie z Rozdziałem 3 pkt 3 SIWZ Zamawiający przewidział procedurę odwróconą. Na podstawie art. 24aa ustawy Pzp zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Oznacza to że zamawiający w pierwszej kolejności dokonuje oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ. Następnie, wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej, dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy. Wymaga podkreślenia, że celem art. 24aa ustawy Pzp jest maksymalne przyspieszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający dokonał pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 21 września 2017 r., a termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 1 października 2017 r. Odwołujący, który uplasował się pierwotnie na trzeciej pozycji, mógł wnieść odwołanie, kwestionując liczbę przyznanych mu punktów, wybór wykonawcy najkorzystniejszego, a także wadium Przystępującego. Jednak z takiej możliwości nie skorzystał.

Izba zwraca uwagę, iż od daty pierwszego wyboru, nie pojawiły się żadne nowe okoliczności, które uzasadniałyby podniesienie ww. zarzutów dopiero na etapie niniejszego postępowania odwoławczego. Dokument potwierdzający wniesienie wadium jest załączany zawsze do oferty i nie podlega uzupełnieniu. Także dokument pod nazwą „Koncepcja budowy systemu”, związany z kryterium pozacenowym, wykonawcy byli zobligowani złożyć

wraz z ofertą, pod rygorem odrzucenia oferty. Dokument ten stanowił podstawę do przyznawania przez Zamawiającego punktów podczas oceny ofert według kryterium oceny ofert określonego w Rozdziale 9 SIWZ.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie w postępowaniu, którego wartość jest powyżej progów unijnych wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji

o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę do jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób. W związku z tym nie budzi wątpliwości Izby, że 10-dniowy termin na wniesienie odwołania w zakresie zaskarżenia pierwotnej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty rozpoczął bieg w dniu przesłania ww. informacji Odwołującemu, tj. w dniu 21 września 2017 r. Tym samym oczywistym jest, że termin na wniesienie odwołania w zakresie omawianej czynności upływał w dniu 1 października 2017 r. W tej dacie Odwołujący nie wniósł odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na wybór oferty najkorzystniejszej w ramach prowadzonego postępowania.

Izba wyrokiem z dnia 19 października 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2056/17 co prawda uwzględniła odwołanie, ale nakazała Zamawiającemu jedynie wykluczenie wykonawcy Pirios z Postępowania, dokonanie zmiany końcowej oceny ofert oraz dokonania podmiotowego badania i oceny oferty najwyższej ocenionej. W uzasadnieniu przywołanego wyroku brak szczegółowej treści odnoszącej się do konieczności ponowienia przez Zamawiającego czynności oceny w ramach kryterium pozacenowego oraz pod kątem przesłanek odrzucenia ofert. Wobec tego Izba stanęła na stanowisku, że w rozpoznawanej sprawie ww. nakazy nie są jednocześnie połączone z uchyleniem czynności oceny ofert w kryterium pozacenowym oraz pod kątem przesłanek odrzucenia ofert. Zdaniem Izby konieczności dokonania powyższej czynności nie sposób wywieść z treści uzasadnienia wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 2056/17.

Izba podkreśla, że sama czynność oceny ofert w kryterium pozacenowym oraz pod kątem przesłanek odrzucenia ofert, która jest przedmiotem odwołania, wnoszonego przez Odwołującego, nie została przez Odwołującego zakwestionowana jako wadliwa po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej. Tym samym, ze względu na przewidzianą procedurę odwróconą, w ocenie Izby czynność oceny ofert w kryterium pozacenowym oraz pod kątem przesłanek odrzucenia ofert nadal pozostaje w mocy. Zatem ww. zarzuty nie opierają się na pojawieniu się nowych okoliczności faktycznych, uzasadniających zaskarżanie czynności, o czym świadczy chociażby fakt przyznania Odwołującemu takiej samej liczby punktów w kryterium pozacenowym.

Izba zwraca również uwagę, że choć zmieniono przepisy procedury wyboru oferty najkorzystniejszej, nie znolizowano zasad wnoszenia środków ochrony prawnej. Istotnie po nowelizacji jest tak, iż po sporządzeniu listy rankingowej ofert zamawiający ostatecznie bada tylko wykonawcę najwyżej sklasyfikowanego, niemniej stosując instytucję określoną w art. 24aa ustawy Pzp, ocenę w ramach kryterium pozacenowego oraz pod kątem przesłanek odrzucenia ofert przeprowadza co do zasady na początku procedowania.

W konsekwencji powyższego w tym zakresie Izba uznała, że ww. zarzuty są spóźnione.

**Zarzut nr 2 [naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp] – zarzut nie został uwzględniony**

W ocenie Izby polisa ubezpieczeniowa OC, przedłożona przez Przystępującego, spełnia wymogi określone przez Zamawiającego w SIWZ. Odwołujący stoi na stanowisku, iż zakres ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej winien być *de facto* tożsamy z przedmiotem zamówienia. Powyższe założenie jest błędne, ponieważ taka interpretacja nie wynika z treści SIWZ i nie znajduje oparcia w przepisach prawa. Należy podkreślić, że § 2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126), dalej: „rozporządzenie” stanowi podstawę sformułowanego przez Zamawiającego żądania w SIWZ w tym przedmiocie, które odnosi się do działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Izba podziela utrwalony pogląd w orzecznictwie, że celem żądania przez podmiot zamawiający od wykonawców polisy OC jest wykazanie spełniania warunku w przedmiocie zdolności ekonomicznej i finansowej, tj. wskazanie, iż wykonawca jest w dobrej kondycji finansowej i jest w stanie ponieść ciężar opłaty składki ubezpieczeniowej. Zakres ubezpieczenia winien być związany z przedmiotem zamówienia, a nie tożsamy (identyczny, niczym się nie różniący, taki sam) z przedmiotem zamówienia.

Zupełnie inne znaczenie i cel ma bowiem przedłożenie polisy dla wykazania spełnienia warunku, czego nie należy utożsamiać z ubezpieczeniem działalności wykonawcy na etapie realizacji kontraktu. Przystępujący przedstawił polisę OC zgodnie z oświadczeniem wstępnym zawartym w JEDZ i polisa ta potwierdza spełnianie warunków udziału w Postępowaniu na dzień składania ofert, bowiem obejmuje działalność związaną ze świadczeniem chociażby usług teletechnicznych, które są powiązane z siecią komputerową. W ocenie Izby powyższe jest wystarczające celem wykazania spełnienia przedmiotowego warunku.

Reasumując, ww. zarzut należało uznać za chybiony, bowiem okoliczność, że przedłożona przez Przystępującego polisa ubezpieczeniowa, jak wynika z jej treści, nie obejmuje zakresem ubezpieczenia całego przedmiotu zamówienia, nie świadczy o jej wadliwości. Ponadto, polisa ubezpieczeniowa potwierdzająca posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności nie musi być tożsama z pełnym zakresem działalności ujawnionym w Krajowym Rejestrze Sądowym wykonawcy. Wymogu tego nie należy odnosić do formalnie ujawnionej działalności w Krajowym Rejestrze Sądowym, ale do faktycznie wykonywanej przez podmiot działalności.

Podniesiony w tym kontekście przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp również należy uznać za nieuzasadniony. Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeśli zostały spełnione łącznie następujące przesłanki:

- a) w wyniku zachowania wykonawcy przy przedstawianiu informacji zamawiający wprowadzony został w błąd;
- b) wykonawca działał w sposób zamierzony lub w warunkach rażącego niedbalstwa;
- c) błąd dotyczy informacji, co do istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Należy wskazać, że nie znalazło potwierdzenia stanowisko Odwołującego, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganego ubezpieczenia z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej. W związku z powyższym Zamawiający nie został wprowadzony w błąd. Przystępujący ani nie przedstawił informacji niezgodnych ze stanem faktycznym, ani nie stworzył złudzenia, że jakaś okoliczność (np. uzasadniająca wykluczenie) nie zaistniała.

**Zarzut nr 3 [naruszenie art. 26 ust. 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz § 14 ust. 2 oraz 3 rozporządzenia] – zarzut został uwzględniony**

Przystępujący, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przedłożył Zamawiającemu stosowne dokumenty i oświadczenia, w tym m.in. niewiarygodną kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą Pani A. D. J., zawierającą imienną pieczęć Pana A. K., bez jego podpisu.

Zgodnie z Rozdziałem 3 pkt 13.5 oraz 13.6 SIWZ dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu, inne niż oświadczenia, o których mowa w punkcie 13.3., składane są w oryginale lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem. Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio Wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawcy, w zakresie dokumentów,

którego każdego z nich dotyczą. Ww. postanowienia są konsekwencją wymogów określonych

w § 14 rozporządzenia, który wskazuje w szczególności, że dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu, inne niż oświadczenia, o których mowa w ust. 1, składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.

Zdaniem Izby, przedłożona przez Przystępującego informacja z Krajowego Rejestru Karnego dotycząca Pani A. D. J. nie posiada waloru uwierzytelnionej kopii. W ocenie Izby nie można przyjąć i uznać za prawidłowe przedłożenie kopii dokumentu niezawierającej podpisu osoby upoważnionej. Nieprawidłowo uwierzytelniona kserokopia dokumentu nie może stanowić podstawy do wykazania braku podstaw do wykluczenia postępowania, co jest w ocenie Izby, równoznaczne z niezłożeniem wymaganego dokumentu.

W związku z powyższym Zamawiający winien wezwać Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z § 14 ust. 2 i 3 rozporządzenia do uzupełnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego, dotyczącej Pani A. D. J.

**Zarzut nr 4 [naruszenie art. 26 ust. 3 w związku z art. 22a ust.6 ustawy Pzp oraz § 14 ust. 2 oraz 3 rozporządzenia] – zarzut nie został uwzględniony**

Przystępujący, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przedłożył Zamawiającemu stosowne dokumenty i oświadczenia, w tym m.in. dokumenty wymienione w pkt 4.1. lit. a-g Rozdziału 3 SIWZ, dotyczące spółek IT Works S.A. oraz Apius Technologies S.A., jako podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby. Według Odwołującego złożone kopie nie zostały poświadczone za zgodność z oryginałem, z uwagi na brak pełnomocnictwa dla Pana A. K. do dokonywania czynności uwierzytelnienia w imieniu podmiotów trzecich. Z powyższym nie sposób się zgodzić.

Zgodnie z § 14 ust. 2 rozporządzenia dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu, inne niż oświadczenia, o których mowa w ust. 1, składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Natomiast poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczą. Oznacza to, że poświadczania dokumentów za zgodność z oryginałem dokonuje wyłącznie podmiot, którego dany dokument dotyczy. Jeśli więc dokument dotyczy podmiotu, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, to poświadczenia dokonuje wyłącznie ten podmiot lub osoba przez niego upoważniona (np. wykonawca), na podstawie stosownego upoważnienia. Zatem, dokumenty dotyczące podmiotów udostępniających zasoby powinny zostać potwierdzone za zgodność z oryginałem przez te

podmioty albo przez samego wykonawcę posiadającego stosowne umocowanie do działania w imieniu podmiotów trzecich, na których zasoby się powołuje (w tym także posiadającego upoważnienie do uwierzytelniania składanych w ich imieniu dokumentów).

W niniejszym stanie faktycznym przedłożone przez Przystępującego dokumenty dotyczące podmiotów udostępniających zasoby zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Przystępującego, tj. podmiot uprawniony do dokonania tej czynności. Przystępujący posiadał stosowne umocowania do poświadczania za zgodność z oryginałem kopii dokumentów dotyczących podmiotów trzecich, a składanych w Postępowaniu, zgodnie z załączonymi do oferty zobowiązaniami.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Izba zaliczyła

do kosztów postępowania wpis uiszczony przez Odwołującego oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego stwierdzone fakturą VAT złożoną przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie Zamawiającego i wniósł sprzeciw w części wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....