

Sygn. akt: KIO 1327/21

WYROK
z dnia 15 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Ernest Klauziński
Marek Koleśnikow

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **konsorcjum firm: 1. Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie, 2. Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, 3. Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Małopolskie z siedzibą w Krakowie,**

przy udziale wykonawcy **BonaSoft Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wskazanych w odwołaniu:

- w pkt 1 dotyczącym naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu informacji niezastrzeżonych przez wykonawcę BonaSoft jako tajemnica

przedsiębiorstwa znajdujących się w: referencjach załączonych do pisma wykonawcy BonaSoft z dnia 17 lutego 2021 r. oraz w piśmie wykonawcy BonaSoft z dnia 9 marca 2021 r.;

- w pkt 2 dotyczącym naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie ujawnienia informacji znajdujących się w: piśmie wykonawcy BonaSoft z dnia 17 lutego 2021 r., wykazie usług - usługa nr 8 i 9, dwóch zobowiązaniach do udostępnienia zasobów, umowie podwykonawczej, a z ostrożności procesowej na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1: także w referencjach przedkładanych w dniu 17 lutego 2021 r. oraz piśmie z dnia 9 marca 2021 r, korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Szpitalem Bródnowskim (pismo Zamawiającego z dnia 30 marca 2021 r. i pismo Szpitala Bródnowskiego z dnia 9 kwietnia 2021 r.).

2. Oddała odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **konsorcjum firm: 1. Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie, 2. Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, 3. Comarch 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 jako **konsorcjum firm: 1. Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie, 2. Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, 3. Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie**, tytułem wpisu od odwołania.

3.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **konsorcjum firm: 1. Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie, 2. Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, 3. Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie** na rzecz zamawiającego **Województwa Małopolskiego z siedzibą w Krakowie** kwotę **300 zł** (słownie: trzystu złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Województwo Małopolskie z siedzibą w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.), zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pt. Przygotowanie, wdrożenie i utrzymanie platformy MSIM w ramach projektu pn. „Małopolski System Informacji Medycznej (MSIM)”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 grudnia 2019 r. pod numerem: 618768-2019-PL. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 25 stycznia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum firm: 1. Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie, 2. Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, 3. Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum Comarch”) wnieśli na podstawie art. 514 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) - zwane dalej: „Nustawą” lub „NPzp”) odwołanie od:

- czynności wyboru oferty wykonawcy BonaSoft Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „wykonawca BonaSoft” lub „Przystępujący”),
- czynności badania i oceny oferty tego wykonawcy,
- zaniechania ujawnienia informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy BonaSoft i które nie zostały zastrzeżone przez niego zgodnie z wymogami Pzp, a także
- zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy BonaSoft,
- zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty ww. wykonawcy/uznania oferty za odrzuconą.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”) w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu informacji niezastrzeżonych przez wykonawcę BonaSoft jako tajemnica przedsiębiorstwa, a to:
 - a) informacji znajdujących się w referencjach załączonych do pisma wykonawcy BonaSoft z dnia 17 lutego 2021 r. w sytuacji, gdy wykonawca ten nie złożył jednoznacznego oświadczenia, iż zastrzega informacje zawarte w tych referencjach jako informacje zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, popartego wykazaniem, iż te informacje spełniają przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk,
 - b) informacji znajdujących się w piśmie wykonawcy BonaSoft z dnia 9 marca 2021 r. w sytuacji, gdy wykonawca ten nie złożył jednoznacznego oświadczenia, iż zastrzega informacje zawarte

w tym piśmie jako informacje zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, popartego wykazaniem, iż te informacje spełniają przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk,

2) art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie ujawnienia informacji znajdujących się w:

- piśmie wykonawcy BonaSoft z dnia 17 lutego 2021 r.,
- wykazie usług - usługa nr 8 i 9,
- dwóch zobowiązaniach do udostępnienia zasobów,
- umowie podwykonawczej,

a z ostrożności procesowej na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1:

- także w referencjach przedkładanych w dniu 17 lutego 2021 r.
- oraz piśmie z dnia 9 marca 2021 r,
- korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Szpitalem Bródnowskim (pismo Zamawiającego z dnia 30 marca 2021 r. i pismo Szpitala Bródnowskiego z dnia 9 kwietnia 2021 r.)

pomimo iż w/w informacje:

1. nie stanowią informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy BonaSoft, który to wykonawca nadmiarowo objął tajemnicą przedsiębiorstwa informacje, które nie wypełniają dyspozycji art. 11 ust. 2 uznk,
2. nie zostały zastrzeżone przez BonaSoft zgodnie z wymogami Pzp, w szczególności wykonawca BonaSoft nie uczynił tego w terminie i nie sprostало ciężarowi dowodu w zakresie wykazania, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk,
3. zostały nadmiarowo utajnione celem uniemożliwienia pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu weryfikacji, czy wykonawca BonaSoft oraz podmioty, na których zasoby się powołuje, spełniają postawione przez Zamawiającego warunki udziału i nie podlegają wykluczeniu, oraz czy oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu/powinna zostać uznana za odrzuconą.

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

1. nie udowodnił Zamawiającemu, iż realizując zamówienie, będzie realnie dysponował niezbędnymi zasobami Asseco Poland S.A. (dalej: „Asseco”) i Integrated Solution sp. z o.o. (dalej: „IS” lub „Integrated Solution”) w ten sposób, iż podmioty udostępniające zasoby wykonują usługi, w stosunku do których Zamawiający postawił wymagania w zakresie doświadczenia w ich wykonaniu, o których mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. b), c) oraz d) SIWZ,
2. wprowadził, celem wykazania, iż spełnia warunek udziału, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. c) SIWZ, równoległe z Integrated Solution inny podmiot trzeci udostępniający zasoby, pomimo iż ustawa nie przewiduje możliwości równoległego powoływania się na

zasoby dwóch różnych podmiotów trzecich, a jedynie zastąpienie jednego podmiotu trzeciego nowym podmiotem trzecim w określonych przypadkach,

3. nie udowodnił Zamawiającemu, iż realizując zamówienie, będzie realnie dysponował niezbędnymi zasobami innego podmiotu trzeciego (wskazanego w wykazie usług nr 8 i 9) w ten sposób, iż podmiot ten wykona usługi, w stosunku do których Zamawiający postawił wymagania w zakresie doświadczenia w ich wykonaniu, o których mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. c) SIWZ, a także wykonawca BonaSoft nie wykazał, iż powołane w wykazie usługi nr 8 i 9 odpowiadają warunkowi udziału, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. c) SIWZ i nie wykazał, że usługi te zostały wykonane należycie, a także wykonawca BonaSoft nie złożył JEDZ tego podmiotu trzeciego (wskazanego w wykazie usług nr 8 i 9), a także nie wykazał, iż ww. inny podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu z postępowania. Zamawiający zaniechał zatem badania przesłanek podmiotowych w zakresie tego podmiotu (zarzut w pkt 3 stawiany z ostrożności procesowej na wypadek oddalenia zarzutu nr 1 i 2 odwołania).

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- a. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy BonaSoft,
- b. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,
- c. udostępnienia Odwołującemu referencji i pisma z dnia 9 marca 2021 r. w całości,
- d. dokonania odtajnienia informacji o których mowa w zarzucie nr 2,.
- e. wykluczenia z postępowania wykonawcy BonaSoft, a w konsekwencji uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą/odrzućenia oferty wykonawcy BonaSoft,

a także wnosi o:

- f. 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,
- g. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocników, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podnosił m. in., że:

Ad. zarzut 1

Odwołujący wskazywał, iż zgodnie z pismem z dnia 17 lutego 2021 r. wykonawca BonaSoft nie wskazał w treści pisma, iż referencje (informacje zawarte w referencjach) przedłożonych z w/w

pismem są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Wskazanie, iż wykonawca BonaSoft przedkłada referencje znajduje się w pkt 3 na str. 2 rzeczonoego pisma. Zamawiający pominął fakt, iż brak jest przy tym punkcie oznaczenia (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA), które pojawia się przy innych dokumentach, które wykonawca ten objął (zdaniem Odwołującego nieskutecznie, o czyni traktuje zarzut 2) zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem Konsorcjum Comarch Zamawiający nie może domniemywać, iż wykonawca jakieś informacje zastrzega, wynikać to powinno jednoznacznie z treści przedkładanych przez wykonawcę dokumentów i oświadczeń, a samo zastrzeżenie wymaga złożenia oświadczenia oraz wykazania, iż informacje objęte zastrzeżeniem stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

Odwołujący jednocześnie wskazywał również, iż wykonawca BonaSoft pkt 5 na str. 2 (zobowiązanie do udostępnienia zasobów IS) nie oznaczył (TAJEMNICA, PRZEDSIĘBIORSTWA) - i konsekwentnie to zobowiązanie zostało Odwołującemu udostępnione. Tym samym Zamawiający nie miał podstaw uznać, że w zakresie przedkładanych wraz z pismem z dnia 17 lutego 2021 r. referencji w ogóle zostało złożone oświadczenie, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy BonaSoft, który jest podmiotem profesjonalnym i powinien był przewidzieć, iż brak takiego oświadczenia niesie ze sobą określone skutki prawne, jakim jest udostępnienie tych informacji innym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu. W ocenie Odwołującego zatem w zakresie referencji wykonawca BonaSoft nie zastrzegł tajemnicy przedsiębiorstwa z należytą starannością i zgodnie z wymaganiami Pzp a zatem przez ich nieudostępnienie Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że z udostępnionej jemu treści pisma z dnia 9 marca 2021 r. nie wynika, iż BonaSoft złożył w stosunku do zawartych w nim informacji oświadczenie, iż informacje zawarte w tym piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa BonaSoft. Zamawiający nie może w tym zakresie domniemywać, iż wolą wykonawcy BonaSoft było utrzymanie w poufności zawartych w tym piśmie informacji, gdyż obowiązkiem tego wykonawcy było jasne wyartykułowanie, iż rzeczono pismo takie informacje zawiera (oraz wykazanie zasadności zastrzeżenia), czego jednak zaniechano. Zdaniem Konsorcjum Comarch nie sposób przyjąć, iż działający z należytą starannością wykonawca składa kolejne wyjaśnienia czy pisma w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego bez stosownych oświadczeń, które wszak mogą odwoływać się do zastrzeżeń poczynionych wcześniej. Każde pismo złożone bez oświadczenia, iż zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, należy więc traktować jako jawne, a w stosunku do pism, które takie oświadczenie zawierają - po stronie wykonawców istnieje obowiązek selekcji zawartych w piśmie informacji na jawne i niejawne (podlegające ochronie) i skorelowany z nim obowiązek Zamawiającego, który weryfikuje dokonywane przez wykonawców zastrzeżenie informacji. W piśmie z dnia 9 marca 2021 r. takiego oświadczenia czy odwołania do wcześniej poczynionych zastrzeżeń brak - a więc w opinii Odwołującego wykonawca BonaSoft nie ujawnił swojej woli w zakresie objęcia jakichkolwiek informacji zawartych w piśmie z dnia 9 marca 2021 r. tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający błędnie wyręczył tego wykonawcę, dokonując nieuprawnionej selekcji informacji na jawne i niejawne, tym samym naruszając zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż winien był po prostu udostępnić to pismo Odwołującemu w całości.

Ad. zarzut 2

Odwołujący wskazywał na szereg niekonsekwencji w utajnieniu informacji przez wykonawcę BonaSoft i zaniechaniu przez Zamawiającego odtajniania informacji, które informacjami zasługującymi na ochronę nie są. Jego zdaniem podane w odwołaniu przykłady świadczą o tym, iż Zamawiający błędnie interpretuje zasady, na jakich wykonawca może zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa, nie rozróżnia informacji od dokumentu będącego nośnikiem informacji i bezzasadnie zaniechał odtajnienia nieprawidłowo zastrzeżonych informacji lub ujawnienia informacji mających de facto charakter jawny. Odwołujący wskazywał również, iż brak jest podstaw do utajniania dostaw i usług, które mają charakter publiczny i zostały wykonywane na potrzeby zamawiających publicznych. Brak jest podstaw także do utajniania referencji potwierdzających należyte wykonanie takich dostaw i usług, gdyż stanowią one dokument, który podlega udostępnieniu na gruncie ustawy o dostępie do informacji publicznej, a zatem są łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji. W zakresie dostaw i usług prywatnych i referencji prywatnych - czyli podmiotów, które nie podlegają reżimowi ustawy Pzp (jeśli zostały powołane w wykazie na pozycji nr 8 i 9) - zdaniem Odwołującego wykonawca BonaSoft nie wykazał, iż dysponent informacji narzucił mu wymóg pozostawienia tych informacji poufnymi - nie załączył żadnego dowodu na tę okoliczność - w szczególności żadnej umowy czy zobowiązania w zakresie zachowania poufności, a także nie wykazał, iż te informacje posiadają wartość gospodarczą. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa winno być adekwatne i odnosić się ściśle do zastrzeganych informacji - w tym zakresie nie sposób uznać poczynioną przez ww. wykonawcę gołosłowną próbę zastrzeżenia tych informacji w piśmie z dnia 17 lutego 2021 r. za prawidłową.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie dokonał w sposób prawidłowy selekcji informacji, które w ogóle mają potencjalny charakter, aby - pod warunkiem, iż mają wartość gospodarczą i zostały wobec nich podjęte odpowiednie środki w celu zachowania w poufności - mogły być objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Utajnieniu mogą podlegać tylko wybrane informacje, a nie dokumenty w całości, co więcej muszą być to informacje, które posiadają wartość gospodarczą. Zdaniem Konsorcjum Comarch za bezzasadne należy uznać zastrzeżenie w całości umowy podwykonawczej w zamówieniu publicznym - z takiej umowy mogłyby potencjalnie być zastrzeżone informacje dot. wyłącznie wynagrodzenia i wysokości kar umownych - jako posiadające wartość gospodarczą. Pozostała treść umowy podwykonawczej stanowi opis części przedmiotu zamówienia publicznego i zasad, na jakich będzie realizowana, które muszą być zgodne z SIWZ. Nadmierne zastrzeżenie nie zasługuje na ochronę i winno skutkować odtajnieniem czego Zamawiający zaniechał. W ocenie Odwołującego Informacje zawarte w wymienionych wyżej dokumentach takiej wartości gospodarczej nie posiadają - a co więcej nie została ona w sposób należyty przez wykonawcę wykazana. Co więcej - także i przesłanka dotycząca wykazania podjęcia względem tych- informacji środków w celu zachowania w poufności - zdaniem Odwołującego nie jest właściwie przez wykonawcę BonaSoft wykazana. Ponadto Odwołujący stwierdził, że wykonawca BonaSoft wprowadził inny niż dotychczas podmiot trzeci. Jeśli zaś podmiotem udostępniającym zasoby byłoby np. Asseco to wtedy

taka pseudoselekcja informacji jawnych i niejawnych w ogóle nie znajduje uzasadnienia i wprost wskazuje na to, iż wykonawca BonaSoft jedynie chce uniemożliwić weryfikację oferty przez konkurencję.

Kolejno Odwołujący odnosił się do informacji zawartych w korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Szpitalem Bródnowskim (pismo Zamawiającego z dnia 30 marca 2021 r. i pismo Szpitala Bródnowskiego z dnia 9 kwietnia 2021 r.) wskazując, że sam tryb uzyskiwania tych informacji (w drodze wniosku o udostępnienie informacji publicznej) przesądza o tym, iż są to informacje jawne, gdyż dotyczą jawnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej - Szpital Bródnowski jako dysponent tych informacji nie wskazał w treści swojego pisma, iż zawiera ono informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa - nota bene zgodnie z ustawą z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej w tym zakresie Dyrektor Szpitala Bródnowskiego powinien był wydać decyzję o odmowie udzielenia dostępu do takiej informacji publicznej, czego jednak zdaniem Odwołującego nie uczynił. W konsekwencji całość pisma jest jawna i dostępna publicznie. Podsumowując Odwołujący stwierdził, że Zamawiający bezzasadnie zaniechał odtajnienia tych informacji.

Ad zarzut 3

Ad. rozdział XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. b

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z załączonym Mapowaniem komponentów na usługi MSIM - przygotowanym przez Konsorcjum Comarch na podstawie OPZ - aby zrealizować usługi, o których mowa jest w warunku udziału w zakresie e-rejestracji (rozdział XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. b) - konieczne jest, aby podmiot trzeci zrealizował zaprojektowanie, budowę lub dostosowanie i wdrożenie produkcyjne systemu informatycznego umożliwiającego elektroniczną rejestrację na świadczenia zdrowotne. W ramach niniejszego postępowania, aby zbudować system informatyczny umożliwiający elektroniczną rejestrację na świadczenia zdrowotne, konieczne jest zbudowanie następujących komponentów: Moduł (komponent) administracyjny, Portal pacjenta, Portal Pracownika Medycznego, Broker udostępnionych grafików i wolnych terminów, Regionalna Baza Pacjentów, Regionalna Baza Pracowników Medycznych, Baza Placówek Medycznych w Regionie, Baza rezerwacji wizyt, Baza użytkowników portalu pacjenta, Repozytorium zdarzeń na potrzeby audytu.

Zdaniem Odwołującego z przedstawionego zobowiązania nie wynika, iż podmiot trzeci, na którego zasoby w tym zakresie powołuje się wykonawca BonaSoft, zrealizuje usługi wynikające z SIWZ w w/w zakresie - tj. projekt, budowę i wdrożenie produkcyjne ww. komponentów. Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazywał, że BonaSoft nie dysponuje zasobami Asseco zgodnie z art. 22a Pzp. Wadliwość tego zobowiązania polega na tym, że z treści nie wynika, że Asseco wykona = zrealizuje usługę polegającą na zaprojektowaniu, budowie lub dostosowaniu i wdrożeniu produkcyjnym systemu informatycznego umożliwiającego elektroniczną rejestrację na świadczenia zdrowotne, o której mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. b).

Ad. rozdział XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. c)

Odwołujący kwestionował również możliwość wprowadzenia innego podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, w sytuacji gdy wykonawca BonaSoft równolegle twierdzi, iż pierwotny podmiot trzeci udostępniający zasoby spełnia warunek udziału w postępowaniu. Takie działanie jest wprost sprzeczne z treścią art. 22a ust. 6 Pzp, który stanowi, iż takie zastąpienie (czyli usunięcie pierwszego podmiotu trzeciego i wprowadzenie nowego podmiotu trzeciego) może mieć miejsce jedynie w sytuacjach gdy:

- 1) 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
- 2) jeżeli zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia.

Odwołujący podniósł, że nie kwestionuje przy tym, iż powołane w wykazie usług w pkt 7 i 6 doświadczenie wykonawcy IS jest adekwatne. Odwołujący nie twierdził także, że zachodzi wobec tego wykonawcy podstawa wykluczenia. Odwołujący natomiast wskazywał, że wykonawca BonaSoft nie dysponuje zasobami wykonawcy IS zgodnie z art. 22a Pzp. Wadliwość zobowiązania wykonawcy IS z dnia 16 lutego 2021 r. polega na tym, że z treści nie wynika, że on wykona = zrealizuje dostawę wraz z usługą konfiguracji w klaster, cyt. udostępnione zasoby pozostają w dyspozycji wykonawcy w celu realizacji zamówienia zgodnie z warunkami zawartymi w dokumentacji przetargowej. Mogą one zostać wykorzystane przez wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia w zależności od potrzeb Zamawiającego oraz wykonawcy w formie przez niego wymaganej i koniecznej do należytego wykonania zamówienia. Spółka Integrated Solutions zobowiązuje się brać udział w realizacji części zamówienia w obszarze dostawy sprzętu, w tym infrastruktury techniczno-system owej wraz z usługą skonfigurowania jej w klaster wysokiej dostępności. Innymi, słowy, może i wykonawca IS dysponuje wymaganym doświadczeniem ale nie dokonał właściwego transferu (udostępnienia) tego doświadczenia na rzecz wykonawcy BonaSoft. Świadczy o tym też ogólnikowość i niejasność w/w zobowiązania wobec jakże prostego stwierdzenia, którego wymaga Pzp zrealizowania czyli wykonania usługi (części zamówienia). Podmiot udostępniający zasoby nie może być nieprecyzyjny i uprawiać beletrystyki - konieczne i wystarczające jest oświadczenie, iż usługi zrealizuje. Brak takiego oświadczenia jest równoznaczny z tym, że do prawidłowego udostępnienia zasobów nie doszło - a zatem wykonawca BonaSoft nie spełnia warunku udziału w ww. zakresie.

Ponadto Odwołujący stwierdził, że wykonawca BonaSoft zgodnie z przepisem art. 22a ust. 4 Pzp nie jest uprawniony do zastąpienia wykonawcy IS jakimkolwiek podmiotem trzecim, gdyż to uprawnienie aktywizuje się w sytuacji, gdy wobec takiego podmiotu trzeciego zachodzą podstawy wykluczenia, albo gdy zdolności techniczne lub zawodowe nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nota bene - wobec tego, że samo doświadczenie wykonawcy IS powoływane ww. wykazie nie było kwestionowane przez Odwołującego (np. fakt należytego jego wykonania czy zgodności z treścią warunku) - należy wskazać, iż takie działanie najprawdopodobniej jest

spowodowane świadomością istniejącą po stronie wykonawcy BonaSoft, iż przedłożone zobowiązanie nie spełnia warunków wynikających z art. 22a ust. 4 Pzp.

Ad. pkt 3 zarzutu nr 3

Jednocześnie z daleko posuniętej ostrożności procesowej, wobec utajnienia wszystkich informacji związanych z podmiotem trzecim udostępniającym zasoby na potrzeby spełniania warunku udziału, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. c), o którym mowa w wykazie usług poz. 8 i 9, Odwołujący postawił zarzut ewentualny, iż Zamawiający błędnie ustalając, że wykonawca BonaSoft spełnia warunek udziału w postępowaniu, pominął następujące okoliczności:

1. podane w wykazie usługi nr 8 i 9 nie odpowiadają rzeczonemu warunkowi udziału w postępowaniu,
2. podane w wykazie usługi nr 8 i 9 nie zostały należycie wykonane,
3. wykonawca BonaSoft nie złożył JEDZ podmiotu trzeciego powołanego w poz. 8 i 9 wykazu usług,
4. podmiot trzeci udostępniający zasoby na potrzeby wykazu usług w poz. 8 i 9 podlega wykluczeniu z postępowania,
5. wykonawca BonaSoft nie udowodnił, zgodnie z art. 22a ust. 4 Pzp, iż dysponuje zasobami tego podmiotu.

Odwołujący wyjaśnił, iż nie jest możliwe podanie szerszej podstawy faktycznej ww. zarzutów wobec bezprawnego utajnienia tych informacji przez wykonawcę BonaSoft i zaniechania ujawnienia tych informacji przez Zamawiającego. Odwołujący stwierdził, iż ze względu na zakres bezprawnego utajnienia informacji przez wykonawcę BonaSoft nie jest możliwe powołanie szerszej argumentacji - nastąpić to będzie mogło dopiero w momencie udostępnienia tych informacji Odwołującemu - stąd ww. zarzut ma charakter ewentualny wobec zarzutu nr 1 i 2 oraz zarzutu nr 3 pkt 1 i 2.

Ad. rozdział XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. d)

Zdaniem Odwołującego z przedstawionego zobowiązania najprawdopodobniej nie wynika, iż podmiot trzeci, na którego zasoby w tym zakresie powołuje się wykonawca BonaSoft, zrealizuje usługi wynikające z SIWZ w ww. zakresie - tj. utrzymanie systemu (w całości, a nie ograniczonego do wybranych elementów systemu - warunek tego nie przewiduje), co ma polegać na zapewnieniu jego niezawodnej pracy zgodnie z założonymi dla systemu parametrami dostępności na poziomie co najmniej 99%.

Odwołujący podnosił, że udostępnienie nie może być wyłącznie fikcją na potrzeby formalne ale powinno mieć konsekwencje w realizacji zamówienia. Wobec niejasnego sformułowania zobowiązań przez podmiot udostępniający zasoby, Zamawiający na podstawie przedstawionych przez

wykonawcę BonaSoft dokumentów nie ma pewności, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany przez podmiot posiadający stosowne doświadczenie - a zatem wykonawca ten nie udowodnił, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w omawianym zakresie. Zdaniem Odwołującego z przedstawionych przez wykonawcę BonaSoft dokumentów powinno jasno, konkretnie i precyzyjnie wynikać, iż Asseco wykona utrzymanie systemu MSIM (w całości), tj. zapewni jego niezawodną pracę zgodnie z założonymi dla systemu parametrami dostępności na poziomie co najmniej 99%. Zgodnie z SOPZ (rozdział nr 3.10.3 - zapewnienie odpowiednich parametrów dostępności na poziomie 99 %) wymaganie wynika z treści Załącznika nr 2 do SOPZ i dotyczy całości usług platform MSIM (str. 132):

BE.NFun.34. Dostępność usług Platformy MSIM wynosi 99,0% w skali miesiąca.

W konsekwencji to Asseco (jako podmiot udostępniający zasoby na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. d) powinien zrealizować usługę utrzymania wszystkich usług platformy MSIM (całość systemu MSIM). Zdaniem Odwołującego tego typu więź prawna pomiędzy wykonawcą BonaSoft a podmiotem udostępniającym zasoby nie wynika z przedstawionych przez tego wykonawcę dokumentów i wyjaśnień, a zatem nie wykazał on, że spełnia warunek udziału w ww. zakresie. Z ostrożności procesowej Odwołujący stwierdził, że wykonawca BonaSoft nie dysponuje zasobami Asseco zgodnie z art. 22a Pzp. Wadliwość zobowiązania Asseco polega na tym, że z treści nie wynika, że Asseco wykona = zrealizuje usługę utrzymania systemu informatycznego, o której mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. d).

Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający odpowiedział na złożone odwołanie na piśmie, w którym podał, że:

- uznaje odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 w całości,
- uznaje odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 za wyjątkiem części dotyczącej skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie umowy podwykonawczej nr H/USZP/38750/15 z dnia 24 września 2015 r. oraz informacji zawartych w zobowiązaniach do udostępnienia zasobów w części zastrzeżonej tajemnicą przedsiębiorstwa. W zakresie elementów skutecznie zastrzeżonych elementów Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu nr 2,
- wnosi o oddalenie zarzutu nr 3 w całości jako bezzasadnego.

Ponadto Zamawiający wnosil o zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym na rzecz Zamawiającego kosztów dojazdu do Krajowej Izby Odwoławczej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podniósł m. in., że:

Ad. zarzut nr 1.

Zdaniem Zamawiającego zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu informacji niezastrzeżonych przez wykonawcę BonaSoft jako tajemnica przedsiębiorstwa jest bezprzedmiotowy z uwagi na fakt, iż Zamawiający pismem z dnia 9 czerwca 2021 r. udostępnił Odwołującemu informacje znajdujące się w referencjach załączonych do pisma wykonawcy BonaSoft z dnia 17 lutego 2021 r. wraz z informacjami znajdującymi się w piśmie wykonawcy BonaSoft z dnia 9 marca 2021 r.

Ad. zarzut nr 2.

Kolejno Zamawiający stwierdził, że zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odtajnienia informacji znajdujących się w: piśmie BonaSoft z dnia 17 lutego 2021 r., wykazie usług usługa nr 8 i 9, dwóch zobowiązaniach do udostępnienia zasobów, umowie podwykonawczej, także w referencjach przedkładanych w dniu 17 lutego 2021 r. oraz piśmie z dnia 9 marca 2021 r, korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Szpitalem Bródnowskim (pismo Zamawiającego z dnia 30 marca 2021 r. i pismo Szpitala Bródnowskiego z dnia 9 kwietnia 2021 r.) jest bezzasadny w części, w jakiej dotyczy udostępnionych w dniu 9.06.2021 r. Odwołującemu informacji nie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa zawartych w piśmie wykonawcy BonaSoft z dnia 17 lutego 2021 r., w wykazie usług w zakresie usługi nr 8 i 9, dwóch zobowiązaniach do udostępnienia zasobów i referencjach przedkładanych w dniu 17 lutego 2021 r., piśmie wykonawcy BonaSoft z dnia 9 marca 2021 r. oraz korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Szpitalem Bródnowskim w Warszawie. Zamawiający podnosił, iż w piśmie z dnia 9 czerwca 2021 r. udostępnił Odwołującemu zobowiązanie do udostępnienia zasobów Asseco oraz zobowiązanie do udostępnienia zasobów Decsoft S.A. (dalej: „Decsoft”) w zakresie w jakim informacje zawarte w przedmiotowych zobowiązaniach nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Zamawiającego w zakresie zobowiązania Asseco skutecznie zastrzeżono (na podstawie pisma wykonawcy BonaSoft z dnia 3 marca 2020 r., gdzie wykazano, iż tajemnicą przedsiębiorstwa objęty jest wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia) informacje dotyczące udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia wg SIWZ. W zakresie zobowiązania Decsoft w piśmie wykonawcy BonaSoft z dnia 3 marca 2020 r. skutecznie zastrzeżono dokumenty finansowe dotyczące sytuacji finansowej spółki Decsoft. Wobec powyższego Zamawiający ujawnił Odwołującemu informacje zawarte w przedmiotowych zobowiązaniach, które nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający podnosi, że brak jest podstaw prawnych do ujawnienia dokumentu umowy podwykonawczej nr H/USZP/38750/15 z dnia 24 września 2015 r., przedłożonej przez wykonawcę BonaSoft wraz z pismem z dnia 17 lutego 2021 r. z uwagi na fakt, iż przedmiotowa umowa została zastrzeżona jako poufna wprost w jej treści (paragraf 20 ust. 4 w zw. z ust. 5) oraz na podstawie umowy o poufności zawartej pomiędzy stronami umowy, na co wprost wskazał wykonawca BonaSoft w piśmie z dnia 17 lutego 2021 r. Wobec powyższego, Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu nr 2 w części dotyczącej skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie

umowy podwykonawczej nr H/USZP/38750/15 z dnia 24 września 2015 r. oraz informacji zawartych w zobowiązaniach do udostępnienia zasobów w części zastrzeżonej tajemnicą przedsiębiorstwa.

Ad. zarzut nr 3.

Zamawiający stwierdził, że zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a oraz ust. 1b pkt 3 Pzp w zw. z art. 22a ust. 1-5 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy BonaSoft, jako wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, a także art. 24 ust. 4 Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie uznania oferty wykonawcy BonaSoft za odrzuconą/odrzuconia oferty BonaSoft jest całkowicie bezpodstawny i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Zamawiający stwierdził, że wykonawca BonaSoft ma prawo do skorzystania z ustawowego uprawnienia wynikającego z przepisu art. 22a ustawy tj. prawa do polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający potwierdził to uprawnienie w rozdziale 3.4 SIWZ dopuszczając sytuację, w której wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach i w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części, polegać mogą na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Odwołujący nie ma możliwości poprzez formułowanie zarzutów, ograniczać wykonawcy BonaSoft ww. uprawnienia.

Zamawiający wyjaśnił, że w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2021 r. w sprawie o sygn. KIO 3402/20, na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy pismem z dnia 4 lutego 2021 r. wezwał wykonawcę BonaSoft do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI 3.3.2.2.1 lit. b), c), d) SIWZ. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, wykonawca BonaSoft pismem z dnia 17 lutego 2021 r. przedłożył:

1. wykaz usług,
2. zobowiązanie Decsoft do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia,
3. referencje potwierdzające należyte wykonanie zamówień ujętych w pkt 8 i 9 wykazu usług,
4. umowę podwykonawczą nr H/USZP/38750/15,
5. zobowiązanie Integrated Solutions do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia,
6. zobowiązanie Asseco do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Kolejno Zamawiający wyjaśniał, że w oparciu o otrzymane dokumenty oraz oświadczenia przystąpił do oceny przedłożonych dokumentów i pismem z dnia 3 marca 2021 r., wobec zaistniałych wątpliwości, wezwał BonaSoft do złożenia dalszych wyjaśnień, które wykonawca przedłożył w dniu 9 marca 2021 r. W toku badania i oceny dokumentów otrzymanych od wykonawcy, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale XI 3.3.2.2.1 lit. c) SIWZ wystąpiono do Szpitala Bródnowskiego w Warszawie.

Zamawiający dokonał oceny dokumentów i oświadczeń otrzymanych w toku badania i oceny oferty i stwierdził, iż wykonawca BonaSoft potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale XI 3.3.2.2.1 lit. b), c), d) SIWZ. Zamawiający stwierdził, że wykonawca BonaSoft udowodnił Zamawiającemu, iż realizując zamówienie, będzie realnie dysponował niezbędnymi zasobami Asseco w ten sposób, że podmiot udostępniający zasoby wykona usługi, w stosunku do których Zamawiający postawił wymagania w zakresie doświadczenia w ich wykonaniu, o których mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.21 lit. b) oraz d) SIWZ. Zamawiający zbadał uzupełnione pismem z dnia 17.02.2021 r. zobowiązanie Asseco z dnia 15.02.2021 r. do udostępnienia zasobów oraz wykaz usług i przyjął, iż wykonawca potwierdził, że będzie realizował zamówienie zgodnie z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w SIWZ.

W zakresie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale XI pkt 3 pkt 3.2.2.1 lit. b) SIWZ Zamawiający wskazał, że uznał spełnienie przedmiotowego warunku przez wykonawcę w oparciu o ocenę zobowiązania Asseco z dnia 15.02.2021 r., oświadczenia wykonawcy, potwierzonego wykazem usług oraz o ocenę oświadczenia Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego im. św. Jana Pawła II w Siedlcach Sp. z o.o. z dnia 26.11.2020 r. dot. realizacji zakresu usługi polegającej na zaprojektowaniu systemu informatycznego umożliwiającego elektroniczną rejestrację na świadczenia zdrowotne przez firmę Asseco Poland w ramach realizacji usługi pn. Budowa kompleksowego systemu medycznego wraz z systemem EDM i wdrożeniem e-usług oraz zakup sprzętu komputerowego <http://bip.rudka.com.pl/index.php?id=147&p=147> .

Natomiast w zakresie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. c) SIWZ Zamawiający wyjaśnił, że uznał spełnienie przedmiotowego warunku przez wykonawcę w oparciu o ocenę oświadczenia wykonawcy oraz analizę dokumentacji przywołanej przez wykonawcę w w/w oświadczeniu. W wyniku stwierdzono spełnienie warunku w postaci dostawy infrastruktury technicznosystemowej (zawierającej co najmniej serwery, urządzenia sieciowe, macierz dyskowa) wraz z usługą skonfigurowania jej w klastrer wysokiej dostępności o łącznej wartości dostawy wraz z usługą skonfigurowania co najmniej 3 mln zł brutto, zaś szczegóły analizy w rzeczowym zakresie w/w warunku zawiera załączona niżej jako dowód Notatka z dnia 23.04.2021. Wykonawca wskazał jednoznacznie firmę Decsoft jako podwykonawcę, który udostępnia wykonawcy niezbędne zasoby do wykonania zamówienia. Jednocześnie zobowiązanie Decsoft zostało ocenione jako prawidłowe oraz wykazane na spełnienie ww. warunku usługi również zostały ocenione jako prawidłowe, bowiem Decsoft zobowiązał się do realizacji zamówienia w przedmiotowym zakresie.

W zakresie zobowiązania Integrated Solutions uzupełnionego pismem z dnia 17.02.2021 r. na okoliczność wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale XI pkt 3

ppkt 3.2.2.1 lit. c) SIWZ, Zamawiający wskazał, że ocenił, iż Integrated Solutions nie spełnia przedmiotowego warunku, bowiem wykonawca nie wykazał, iż będzie realnie dysponował niezbędnymi zasobami Integrated Solutions w postępowaniu. Wobec powyższego Zamawiający, na podstawie oceny zobowiązania Decsoft oraz przedłożonego wykazu usług (usługi nr 8 i 9) uznał iż Decsoft spełnił warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. c) SIWZ, a tym samym wykonawca skutecznie i zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z dnia 4 lutego 2021 r. zastąpił podmiot trzeci Integrated Solutions nowym podmiotem trzecim tj. firmą Decsoft. Wykonawca przedstawił jednocześnie Zamawiającemu zobowiązanie Decsoft, potwierdzające, że wykonawca realizując zamówienie, będzie realnie dysponował niezbędnymi zasobami innego podmiotu trzeciego (wskazanego w wykazie usług nr 8 i 9) w ten sposób, że podmiot ten wykona usługi w stosunku do których Zamawiający postawił wymagania w zakresie doświadczenia w ich wykonaniu, o których mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. c) SIWZ. Ponadto wykonawca BonaSoft wykazał, że powołane w wykazie usługi nr 8 i 9 odpowiadają warunkowi udziału, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. c) SIWZ i wykazał, że usługi te zostały wykonane należyście. Zdaniem Zamawiającego nie zachodzi jak twierdził Odwołujący, próba wykazania, że warunek udziału, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. c) SIWZ, spełnia „równolegle” z Integrated Solution inny podmiot trzeci udostępniający zasoby. Wszelkie odniesienia Odwołującego do wykonawcy IS stały się w tym zakresie bezprzedmiotowe. Ponadto w ocenie Zamawiającego wykonawca BonaSoft był uprawniony do zastąpienia wykonawcy IS innym podmiotem trzecim, ponieważ zdolności techniczne lub zawodowe tego wykonawcy nie potwierdziły spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Podsumowując, mając powyższe na uwadze w odniesieniu do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. c) SIWZ w ocenie Zamawiającego należało stwierdzić, że:

- 1) obydwie podane w wykazie usługi nr 8 i 9 odpowiadają rzeczonemu warunkowi udziału w postępowaniu, ponieważ wykazane usługi wykonywane przez Decsoft wprost dotyczą dostawy infrastruktury techniczno-systemowej (zawierającej co najmniej serwery, urządzenia sieciowe, macierz dyskową) wraz z usługą skonfigurowania jej w klastrer wysokiej dostępności o łącznej wartości dostawy wraz z usługą skonfigurowania co najmniej 3 mln zł brutto,
- 2) podane w wykazie usługi nr 8 i 9 zostały należyście wykonane, o czym świadczą potwierdzenia należytego wykonania umowy złożone przez Asseco z dnia 15.02.2021 r. oraz przez Comp. S.A. z dnia 12.02.2021 r.,
- 3) wykonawca BonaSoft nie złożył JEDZ podmiotu trzeciego powołanego w poz. 8 i 9 wykazu usług, ponieważ dokument ten został złożony wraz z ofertą z dnia 03.03.2020 r. i jest w posiadaniu Zamawiającego,
- 4) podmiot trzeci udostępniający zasoby na potrzeby wykazu usług w poz. 8 i 9 nie podlega wykluczeniu z postępowania, ponieważ należyście wykonał te usługi,
- 5) wykonawca BonaSoft udowodnił, zgodnie z art. 22a ust. 4 Pzp, iż dysponuje zasobami tego podmiotu, o czym świadczy zobowiązanie Decsoft z 12.02.2021 r. wprost wskazujące brak

jakichkolwiek ograniczeń czasowych czy ilościowych na potrzeby realizacji zamówienia publicznego.

W zakresie warunku wskazanego w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. d) SIWZ Zamawiający wyjaśnił, że uznał spełnienie przedmiotowego warunku przez wykonawcę w oparciu o zweryfikowane oświadczenie wykonawcy z dnia 02.12.2020 r. iż przedmiot usługi pn. Utrzymanie integracji Regionalnego Centrum Informacji Medycznej (RCIM) pełnienie funkcji Administratora RCIM (https://bip.podkarpackie.pl/index.php/zamowienia-publiczne/uslugi/11_05-or-iv-272-2-29-2014), wskazanej na okoliczność spełnienia warunku opisanego w rozdziale XI pkt 3. 3.2.2.1. lit. d) SIWZ, obejmował utrzymanie systemu informatycznego, przez okres 4 lat, polegającej na zapewnieniu jego niezawodnej pracy zgodnie z założonymi dla systemu parametrami dostępności na poziomie 99% oraz poddał ocenie referencje z dnia 16.03.2020 r. na okoliczność należytego wykonania umowy.

Zamawiający wskazał, że zobowiązanie Asseco z dnia 20.02.2020 r. zawierało w pkt V. Zakres i okres udziału podmiotu udostępniającego przy wykonywaniu zamówienia m.in. zapis „Asseco Poland SA będzie także brała udział w realizacji zamówienia. wykonując część oprogramowania i usług, szczególnie w zakresie: Rejestr Pacjentów (MPI), Rejestr Personelu oraz w innym zakresie w jakim zostanie to uzgodnione z Wykonawcą i zgodnie z wymaganiami zawartymi w treści SIWZ. Zobowiązanie z dnia 15.02.2021 r. zawiera dodatkowe informację w stosunku do zobowiązania z dnia 02.03.2021 r., iż „Spółka będzie brała udział w realizacji zamówienia w szczególności w zakresie zaprojektowania, budowy lub dostosowania i wdrożenia produkcyjnego systemu Wymiany Elektronicznej Dokumentacji Medycznej (EDM), Elektronicznej Rejestracji (e-rejestracji na świadczenia zdrowotne, utrzymania systemu, informatycznego oraz w innym zakresie w jakim zostanie to uzgodnione z Wykonawcą i wymagane jest treścią SIWZ — poprzez świadczenie usług oraz dostawę licencji na gotowe komponenty w szczególności Rejestr Personelu oraz Rejestr Pacjentów (Master Patient Index)”.

Zamawiający tym samym stwierdził, że wykonawca BonaSoft wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. b), c), d) SIWZ.

Stanowisko Przystępującego.

Przed posiedzeniem z udziałem stron do Izby wpłynęło pismo procesowe ze strony wykonawcy BonaSoft (pismo z dnia 11 czerwca 2021 r.), w którym wykonawca wnosił o oddalenie odwołania jako bezzasadnego i na poparcie tego stanowiska zaprezentował stosowną argumentację. Składając pismo pełnomocnik wyjaśnił, że argumentację dotyczącą tajemnicy przedsiębiorstwa, w związku z wycofaniem przez Odwołującego zarzutów nr 1 i 2 odwołania należy pominąć. Podtrzymana została argumentacja dotycząca zarzutu nr 3.

W uzasadnieniu pisma Przystępujący podał m. in., że nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego jakoby nie udowodnił on, iż podmioty trzecie, które udostępniają swoje zasoby miałyby nie wykonywać usług, o których mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.21 lit. b), c) oraz d) SIWZ.

Przeciwnie, wszystkie załączone do oferty zobowiązania podmiotów trzecich jednoznacznie potwierdzają, że podmioty te zrealizują zakres zamówienia wymagany treścią danego warunku udziału w postępowaniu.

Wykonawca BonaSoft za całkowicie chybiony uznawał również zarzut Odwołującego, w myśl którego z zobowiązanie Asseco miałyby wynikać, że podmiot ten nie zrealizuje projektu, budowy lub dostosowania i wdrożenia produkcyjnego systemu informatycznego umożliwiającego elektroniczną rejestrację na świadczenia zdrowotne, o którym mowa w rozdział XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. b) SIWZ. Wyjaśniał, że w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów Asseco wprost wskazano, że: „Spółka zobowiązuje się do wsparcia Wykonawcy w realizacji zamówienia w zależności od bieżących potrzeb Zamawiającego oraz Wykonawcy, wynikających z wykonywania zamówienia, przez cały okres obowiązywania umowy między Wykonawcą i Zamawiającym. Spółka będzie brała udział w realizacji zamówienia w szczególności w zakresie zaprojektowania, budowy lub dostosowania i wdrożenia produkcyjnego systemu Wymiany Elektronicznej Dokumentacji Medycznej (EDM), Elektronicznej Rejestracji (e-Rejestracji) na świadczenia zdrowotne, utrzymania systemu informatycznego oraz w innym zakresie w jakim zostanie to uzgodnione z Wykonawcą i wymagane jest treścią SIWZ — poprzez świadczenie usług oraz dostawę licencji na gotowe komponenty w szczególności Rejestr Personelu oraz Rejestr Pacjentów (Master Patient Index)”.

W ocenie Przystępującego nie sposób było zgodzić się również z zarzutem Odwołującego jakoby nie spełnił on warunku udziału z rozdziału XI pkt 3 ppkt 3.2.21 lit. c) SIWZ. Wykonawca BonaSoft wskazywał, że w ślad za wyrokiem KIO 3402/20 wobec braku wykazania spełnienia ww. warunku udziału przez Integrated Solutions Sp. z o.o. został wezwany do (i) uzupełnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów Integrated Solutions lub (ii) zastąpienia go innym podmiotem na zasadach przewidzianych w art. 22a ust. 6 Pzp/złożenia zobowiązania do osobistego wykonania zamówienia. Biorąc pod uwagę, że w świetle wyroku KIO 3402/20 Integrated Solutions nie potwierdził spełnienia warunku udziału z rozdziału XI pkt 3 ppkt 3.2.21 lit. c) SIWZ - w pełni uprawnione (i zgodne z wezwaniem z dnia 4 lutego 2021 r.) było zastąpienie na podstawie art. 22a ust. 6 Pzp tego podmiotu innym wykonawcą. Co więcej samo Konsorcjum Comarch w odwołaniu z dnia 21 grudnia 2020 r. zarzucało Zamawiającemu zaniechanie wezwania wykonawcy BonaSoft do zastąpienia Integrated Solutions innym podmiotem. Izba w wyroku KIO 3402/20 potwierdziła „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 Pzp oraz w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez (...) zaniechanie wezwania BonaSoft do zastąpienia tych podmiotów innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia zgodnie z PZP”. Przystępujący stwierdził, że zastępując Integrated Solutions firmą Decsoft działał w zgodzie zarówno z treścią wezwania Zamawiającego z dnia 4 lutego 2021 r., jak i zgodnie z rozstrzygnięciem KIO 3402/20 do uwzględnionego zarzutu odwołania Comarch z 21 grudnia 2020 r.

Wykonawca BonaSoft w świetle zarzutu Comarch, zaznaczał, że w piśmie z dnia 17 lutego 2021 r. wyraźnie wskazał, że podmiotem udostępniającym zasoby na potwierdzenie spełnienia warunku udziału z Rozdziału XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. c) SIWZ i realizującym zamówienie w części, do której odnosi się ww. warunek będzie Decsoft. Referencje i zobowiązanie do udostępnienia zasobów

Integrated Solutions zostały załączony celem zaprezentowania potencjału Przystępującego ponad minimum wynikające z SIWZ - co również wyraźnie zaznaczył Przystępujący - brak jest jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, że to Integrated Solutions miałby brać udział w realizacji zamówienia. Stąd, biorąc pod uwagę, że to Decsoft udostępnił Przystępującego niezbędne zasoby oraz będzie brał udział w realizacji tej części zamówienia, całkowicie bezprzedmiotowym jest rozważanie Konsorcjum Comarch czy zobowiązanie Integrated Solutions jest prawidłowe i czy „dokonał właściwego transferu (udostępnienia) tego doświadczenia na rzecz BonaSoft”. Przystępujący uznawał, że był w pełni uprawniony do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem, a stawiany przez Odwołującego zarzut uznać należy za całkowicie bezpodstawny.

Następnie Przystępujący podniósł, że wykazał, że podane w wykazie usług nr 8 i 9 odpowiadają warunkowi udziału w postępowaniu, potwierdził referencjami, że zostały wykonane należycie, załączył wraz z ofertą JEDZ Decsoft oraz wykazał brak podstaw do wykluczenia tego wykonawcy. Ponadto, zobowiązanie do udostępnienia zasobów Decsoft w sposób niebudzący wątpliwości potwierdza, że wykonawca ten zrealizuje usługi i dostawy, o których mowa w rozdział XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. c) SIWZ.

Zdaniem Przystępującego chybionym jest również zarzut, w którym Odwołujący podnosi, że wykonawca BonaSoft nie potwierdził spełnienia warunku udziału, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.21 lit. d) SIWZ. Odwołujący na podstawie domysłu zakłada, że Asseco nie zobowiązało się do utrzymania systemu informatycznego MSIM. Tymczasem, Asseco literalnie zobowiązało się brać udział w realizacji zamówienia w zakresie „utrzymania systemu informatycznego oraz w innym zakresie w jakim zostanie to uzgodnione z wykonawcą i wymagane jest treścią SIWZ”.

W toku posiedzenia Izby z udziałem stron i Przystępującego Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutów podanych w pkt 1 i 2 odwołania. W związku z tym Izba w tym zakresie umorzyła postępowanie odwoławcze.

W toku rozprawy Odwołujący złożył dowód w postaci opinii dr K. A. na okoliczności wykazania, jakie są niezbędne wymagania dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody oraz oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego wyrażone w pismach procesowych oraz na rozprawie Izba ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że w rozdziale XI w pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. b, c i d SIWZ Zamawiający sprecyzował:

3. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: (...)

3.2.2. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia Wykonawcy:

3.2.2.1. Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał należycie, a, przypadku świadczeń okresowych lub o charakterze ciągłym również wykonuje należycie, co najmniej: (...)

- b) 1 usługę polegającą na zaprojektowaniu, budowie lub dostosowaniu i wdrożeniu produkcyjnym systemu informatycznego umożliwiającego elektroniczną rejestrację na świadczenia zdrowotne;
- c) 1 dostawę infrastruktury techniczno-systemowej (zawierającej co najmniej serwery, urządzenia sieciowe, macierz dyskową) wraz z usługą skonfigurowania jej w klastery wysokiej dostępności o łącznej wartości dostawy wraz z usługą skonfigurowania co najmniej 3 mln zł brutto;
- d) 1 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%.

W SIWZ w ust. 4 rozdziału XI Zamawiający wskazał, że: „Wykonawca może, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach i 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 nimi stosunków prawnych. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić, iż 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. Zamawiający ocenia, czy udostępnianie Wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 pkt 1 i 8 ustawy. W odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia zawodowego Wykonawcy mogą polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują usługi, odnośnie do których takie zdolności są wymagane”.

Wykonawca BonaSoft w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w SIWZ w rozdziale XI w pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. b i d wskazał, że będzie polegać na zasobach wykonawcy Asseco. W tym zakresie na wezwanie Zamawiającego Przystępujący złożył z dnia 15.02.2021 r. „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia” pochodzące od Asseco. W jego treści podano m. in: „oświadczam(my) że wyżej wymieniony podmiot, stosownie do art. 22a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych odda Wykonawcy: BonaSoft Sp. z o.o. Sp. K. (...) do dyspozycji niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia na: Przygotowanie, wdrożenie i utrzymanie Platformy MSIM w ramach projektu pn. Małopolski System Informacji Medycznej (MSIM), (...) przez cały okres realizacji zamówienia I w celu jego należytego wykonania:

I. Zdolność techniczną lub zawodową niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia.

Udostępnienia doświadczenia w wykonawstwie usług:

(...)

2 jednej usługi polegającej na zaprojektowaniu, budowie lub dostosowaniu i wdrożeniu produkcyjnym systemu informatycznego umożliwiającego elektroniczną rejestrację na świadczenia zdrowotne;

3, jednej usługi 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%.

(...)

III. Charakter stosunku, jaki będzie łączył podmiot udostępniający z Wykonawcą: umowa o podwykonawstwo,

IV. Sposób wykorzystania w/w zasobów przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia.

Udostępnione zasoby pozostają w dyspozycji Wykonawcy w celu realizacji Zamówienia zgodnie z warunkami zawartymi w dokumentacji przetargowej. Mogą one zostać wykorzystane przez Wykonawcę w trakcie realizacji Zamówienia w zależności od potrzeb Zamawiającego oraz Wykonawcy w formie przez niego wymaganej i koniecznej do należytego wykonania Zamówienia. Asseco Poland będzie także brała udział w realizacji zamówienia, realizując część usług.

V. Zakres i okres udziału podmiotu udostępniającego przy wykonywaniu zamówienia:

Spółka zobowiązuje się do wsparcia Wykonawcy w realizacji zamówienia w zależności od bieżących potrzeb Zamawiającego oraz Wykonawcy, wynikających z wykonywania zamówienia, przez cały okres obowiązywania umowy między Wykonawcą i Zamawiającym. Spółka będzie brała udział w realizacji zamówienia w szczególności w zakresie zaprojektowania, budowy lub dostosowania i wdrożenia produkcyjnego systemu Wymiany Elektronicznej Dokumentacji Medycznej (EDM), Elektronicznej Rejestracji (e-Rejestracji) na świadczenia zdrowotne, utrzymania systemu informatycznego oraz w innym zakresie w jakim zostanie to uzgodnione z Wykonawcą i wymagane jest treścią SIWZ poprzez świadczenie usług oraz dostawę licencji na gotowe komponenty w szczególności Rejestr Personelu oraz Rejestr Pacjentów (Master Patient Index). (...)

Jeśli chodzi o warunek udziału w postępowaniu podany w SIWZ w rozdziale XI w pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. c to Izba ustaliła, że wykonawca BonaSoft wykazał go przy pomocy usług podanych w wykazie usług w poz. 8 i 9, które zostały zrealizowane przez wykonawcę Decsoft, a nie jak twierdził Odwołujący przy udziale potencjału pochodzącego od wykonawcy Integrated Solutions. Powyższe wynika z treści wyjaśnień z 17.02.2021 r. złożonych przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego z 4.02.2021 r., które stanowiło wykonanie wyroku Izby z dnia 29 stycznia 2021 r. zapadłego w sprawie o sygn. akt KIO 3402/20. W treści pisma wykonawca BonaSoft wprost podał: „Wykonawca informuje, iż na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp uzupełnia zobowiązanie do udostępnienia zasobów firmy Decsoft S.A. wraz z potwierdzeniem należytego wykonania zamówienia na potwierdzenie spełnienia warunku w postępowaniu, o którym mowa w pkt 3.2.2.1 lit. c SIWZ oraz na podstawie art. 22a ust. 6 Pzp wskazuje Decsoft S.A. jako podwykonawcę, który udostępni Wykonawcy niezbędne ww. zasoby oraz będzie brał udział w realizacji tej części Zamówienia”.

Ponadto Izba ustaliła, że ww. piśmie wykonawca BonaSoft podał również: „Dodatkowo Wykonawca wyjaśnia, że z daleko posuniętej ostrożności zapewnił sobie możliwość skorzystania w razie potrzeby z doświadczenia firmy Integrated Solutions Sp. z o.o. W związku z powyższym, w wykazie wskazane zostały również projekty referencyjne firmy Integrated Solutions Sp. z o.o., to jest: (...) Zgodnie z treścią załączonego do niniejszego pisma zobowiązania do udostępnienia zasobów firmy Integrated Solutions Sp. z o.o., podmiot ten - w zakresie wskazanym w treści tego zobowiązania - pozostaje do dyspozycji Wykonawcy przez cały okres realizacji Zamówienia. Tak więc w wypadku wystąpienia jakichkolwiek okoliczności utrudniających lub uniemożliwiających skorzystanie z doświadczenia Decsoft S.A., usługi w zakresie konfiguracji klastra wysokiej dostępności zrealizowane zostaną na żądanie Wykonawcy przez Integrated Solutions sp. z o. o.”.

Zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z dnia 4 lutego 2021 r. wykonawca BonaSoft zastąpił podmiot trzeci Integrated Solutions nowym podmiotem trzecim tj. firmą Decsoft. Wykonawca przedstawił jednocześnie Zamawiającemu zobowiązanie Decsoft (podpisane w dniu 12.02.2021 r.), potwierdzające, że wykonawca realizując zamówienie, będzie realnie dysponował niezbędnymi zasobami innego podmiotu trzeciego (wskazanego w wykazie usług nr 8 i 9) w ten sposób, że podmiot ten wykona usługi w stosunku do których Zamawiający postawił wymagania w zakresie doświadczenia w ich wykonaniu, o których mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.21 lit. c SIWZ. W celu wykazania, że usługi wskazane pod nr 8 i 9 w wykazie usług zostały wykonane należyście wykonawca BonaSoft złożył potwierdzenia należytego wykonania wydane przez wykonawcę Asseco (15.02.2021 r.) oraz wykonawcę Comp (12.02.2021 r.).

Izba ustaliła również, że JEDZ dotyczący wykonawcy Decsoft został złożony wraz z ofertą i znajduje się w dokumentacji postępowania przekazanej Izbie.

Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 505 ust. 1 NPzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Przytaczając przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać przede wszystkim należy, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, 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 Pzp).

Przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub zaproszeniu potwierdzenia zainteresowania.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: zdolności technicznej i zawodowej (art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp).

Według art. 22a ust. 1 Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia 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.

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 Pzp).

Z kolei przepis art. 22a ust. 6 Pzp stanowi, 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 wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Izba w pełni aprobuje i podziela stanowisko Izby wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 stycznia 2021 r. zapadłego w sprawie o sygn. akt KIO 3402/21 odnoszące się realnego i rzeczywistego zaangażowania w realizację zamówienia innego podmiotu na potencjale, którego bazuje wykonawca wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Z tych względów Izba

odstępuję od prezentowania szerszego wyводу w tym zakresie uznając za niecelowe powtarzanie argumentacji, która została zawarta ww. uzasadnieniu wyroku.

Wobec tego przechodząc na grunt rozpoznawanej spraw Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu. Analiza zarzutów zawartych w odwołaniu, dotyczących naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a, ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22a ust. 1-5, a także art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy BonaSoft jako wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz uznaniu oferty tego wykonawcy za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp) doprowadziła Izbę do przekonania, że nie zasługują one na uwzględnienie. Za przyjęciem takiego stanowiska przez Izbę przemawiają następujące argumenty.

Na wstępie Izba wskazuje, że w rozpoznawanej sprawie bez wątpienia nie może wystąpić sytuacja związana z naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Powołany przepis dotyczy wszak wskazanych w nim przypadków z tym zastrzeżeniem, że należy je odnosić do postępowań dwuetapowych podczas, gdy prowadzone przez Zamawiającego postępowanie ma charakter jednoetapowego (przetarg nieograniczony). Tym samym Izba wskazuje na nietrafność powołania w zgłoszonych zarzutach przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp i przypisania ich naruszenia Zamawiającemu.

Kolejno Izba odniosła się do zgłoszonych przez Konsorcjum Comarch zarzutów według systematyki wskazanej w treści odwołania:

1. Zarzuty dotyczący rozdziału XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. b i d.

W ustaleniach Izby jednoznacznie stwierdzono, że w zakresie spełnienia warunków opisanych powyżej wykonawca BonaSoft powołał się na potencjał podmiotu tj. firma Asseco. Strony były zgodne co do ww. okoliczności. Natomiast spór zaistniały pomiędzy nimi koncentrował się na treści zobowiązania Asseco i jego rozstrzygnięcie wymaga odpowiedzi na pytanie, czy treść zobowiązania ww. wykonawcy pozwala na stwierdzenie, że podmiot ten będzie realizował zamówienie w zakresie w jakim udostępni swoje zasoby wykonawcy BonaSoft celem wykazania warunków udziału w postępowaniu? Izba stwierdziła, że na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

Na początku przedstawionego wyvodu Izba odniosła się do zarzutu Odwołującego, zasadzającego się na tym, że z treści zobowiązania pochodzącego od wykonawcy Asseco nie wynika, że podmiot ten będzie realizował zamówienie w zakresie w jakim udostępni swoje zasoby, wspartego dowodem z opinii pochodzącej od dra K. A. . Izba uznaje, że tego rodzaju zarzut za chybiony. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na różnicę pomiędzy wykazaniem przez wykonawcę spełnienia sformułowanych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu od czynności podejmowanych przez wykonawcę na etapie realizacji zamówienia. Podkreślić należy, że Odwołujący w swojej argumentacji dotyczącej braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowania opisanych w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. b i d jakby nie zauważał ich ukształtowania, a jedynie

postrzega ich spełnienie przez pryzmat wymagań realizacji przedmiotu zamówienia, co Izba uznaje za nieuprawnione. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że jeśli Odwołujący chciał, aby inaczej ukształtować ww. warunki udziału to powinien dążyć do ich zmiany na wcześniejszym etapie postępowania. Z tych też względów Izba uznała dowód w postaci opinii, złożony przez Odwołującego, za nieprzydatny.

Kolejno Izba odniosła się do treści samego zobowiązania wykonawcy Asseco z 15.02.2021 r. Izba stwierdziła, że wykonawca ten nie tylko podał w treści zobowiązania nazwę postępowania o udzielenie zamówienia oraz jednoznacznie wskazał jakie doświadczenie udostępnia wykonawcy BonaSoft, ale również jasno wskazał, że udostępnione zasoby pozostają w dyspozycji wykonawcy BonaSoft w celu realizacji zamówienia zgodnie z warunkami wskazanymi w dokumentacji przetargowej. Co istotne, w treści zobowiązania zostało wprost podane, że wykonawca Asseco będzie brał udział w realizacji zamówienia, realizując część usług. Izba nie zgadza się z twierdzeniami Odwołującego, że z powyższego stwierdzenia należy wywieść, że wykonawca Asseco, będzie jedynie brał udział w realizacji zamówienia, co wcale nie oznacza realizacji zamówienia. Izba nie podziela takiego zapatrywania i zwraca uwagę na określony szyk zdania zawartego w treści zobowiązania o następującym brzmieniu: „Asseco Poland będzie także brała udział w realizacji zamówienia, realizując część usług”. Zdaniem Izby zacytowana treść jednoznacznie przesądza o tym, że „udział w realizacji zamówienia” należy rozumieć jako „realizację części usług”. Jeśli chodzi o argumentację Odwołującego, który nawiązując do owego zdania stwierdził, że Asseco wykona jedynie część ze wskazanych usług, które zobowiązane jest wykonać w związku z udostępnieniem swojego potencjału, to Izba uważa tego rodzaju pogląd za chybiony. W tym przypadku Izba skonstatowała, że słuszne jest stwierdzenie, że wykonawca Asseco zrealizuje jedynie część z wszystkich usług związanych z realizacją całego zamówienia, bowiem jak wyjaśnił Przystępujący, całość zamówienia ma być realizowana nie przez wykonawcę Asseco, a jeszcze przez inne podmioty. Powyższe wcale nie oznacza, że Asseco wykonana mniej usług niż konieczne jest to w związku z udostępnieniem przez tego wykonawcę potencjału na rzecz wykonawcy BonaSoft.

Izba – dokonując dalszej analizy treści złożonego zobowiązania – stwierdziła, że wykonawca Asseco w pkt V sprecyzował zakres oraz okres swojego udziału przy wykonaniu zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że wykonawca Asseco podał wprost, że „Spółka będzie brała udział w realizacji zamówienia, w szczególności w zakresie zaprojektowania, budowy lub dostarczenia i wdrożenia produkcyjnego systemu Wymiany Elektronicznej Dokumentacji Medycznej (EDM), Elektronicznej Rejestracji (e-Rejestracja) na świadczenia zdrowotne, utrzymanie systemu informatycznego oraz w innym zakresie w jakim zostanie to uzgodnione z wykonawcą i wymagane treścią SIWZ - przez świadczenie usług oraz dostawę licencji na gotowe komponenty w szczególności Rejestr Personelu oraz Rejestr Pacjentów (Master Patient Index)”.

W omawianym zakresie Izba uznała, że treść zobowiązania wykonawcy Asseco z 15.02.2021 r. jest dostateczna do stwierdzenia, że wykonawca Asseco będzie realizował zamówienie w zakresie w jakim udostępnia swoje zasoby. Na powyższe wskazuje jednoznaczne odwołanie się w treści zobowiązania do treści warunków udziału w postępowaniu, tj. „zaprojektowania, budowy lub dostarczenia i wdrożenia produkcyjnego systemu Wymiany Elektronicznej Dokumentacji Medycznej

(EDM), Elektronicznej Rejestracji (e-Rejestracja) na świadczenia zdrowotne oraz utrzymanie systemu informatycznego”. Nie sposób również pominąć tego, czego zdaje się nie dostrzegać Odwołujący, że wykonawca Asseco w treści dokumentu wskazał, że powyższy zakres będzie zrealizowany przez świadczenie usług oraz dostawę licencji na gotowe komponenty, w szczególności rejestr Personelu oraz Rejestr Pacjentów. Co istotne, wskazany katalog nie może być postrzegany jako zamknięty, bowiem wykonawca w tym przypadku posłużył się określeniem „w szczególności”. Tym samym za nietrafną należy uznać argumentację Odwołującego, który z uwagi na pojawienie się w treści zobowiązania tylko tych dwóch elementów wywodził, że wykonawca Asseco zobowiązał się do wykonania tylko tych 2 elementów. Izba stoi na stanowisku, że przez odwołanie się w treści zobowiązania do treści warunków udziału, które w zakresie świadczonych usług należy zestawić z określeniem „wymagane jest treścią SIWZ” przesądza o dostateczności zobowiązania w aspekcie uznania że z treści zobowiązania pochodzącego od wykonawcy Asseco wynika, że podmiot ten będzie realizował zamówienie w zakresie w jakim udostępni swoje zasoby

2. Zarzut dotyczący rozdziału XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. c

Izba uznała zgłoszone zarzuty za nieuzasadnione. Przede wszystkim Izba stwierdziła, że warunek udziału w postępowaniu, określony w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. c SIWZ wykonawca BonaSoft wykazał przy pomocy usług wskazanych w wykazie usług w poz. 8 i 9, które zostały zrealizowane przez wykonawcę Decsoft, a nie przy udziale potencjału pochodzącego od wykonawcy Integrated Solutions. Powyższe wynika z treści wyjaśnień z 17.02.2021 r. złożonych przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego z 4.02.2021 r., które stanowiło wykonanie wyroku Izby z dnia 29 stycznia 2021 r. zapadłego w sprawie o sygn. akt KIO 3402/20. W treści pisma wykonawca BonaSoft wprost podał: „Wykonawca informuje, iż na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp uzupełnia zobowiązanie do udostępnienia zasobów firmy Decsoft S.A. wraz z potwierdzeniem należytego wykonania zamówienia na potwierdzenie spełnienia warunku w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 3.2.2.1 lit. c) SIWZ oraz na podstawie art. 22a ust. 6 Pzp wskazuje Decsoft S.A. jako podwykonawcę, który udostępni Wykonawcy niezbędne ww. zasoby oraz będzie brał udział w realizacji tej części Zamówienia”. Tym samym nie sposób uznać za prawidłową argumentacji Odwołującego, który stwierdził, że wykonawca BonaSoft nie był uprawniony zastąpić wykonawcy Integrated Solutions innym podmiotem, w tym przypadku wykonawcą Decsoft.

Izba stoi na stanowisku, że wykonawca BonaSoft skutecznie i zgodnie z wezwaniem Zamawiającego zastąpił podmiot IS nowym podmiotem trzecim, tj. firmą Decsoft. Wykonawca ten przedstawił Zamawiającemu zobowiązanie, z którego treści wynikało, że będzie brał udział w realizacji zamówienia w zakresie w jakim udostępnił swoje zasoby. Powyższe przyznał również Odwołujący w toku rozprawy, który kwestionując treść zobowiązania wykonawcy Asseco zestawiał je z treścią zobowiązania wykonawcy Decsoft, wskazując, że je jako wzorcowe. Odnosząc się zaś do pozostałych zarzutów odwołania zawartych pod oznaczeniem „Zarzut pkt 3 zarzut nr 3” Izba uznaje je za bezzasadne i jako takie podlegające oddaleniu. W tym zakresie Izba w pełni podziela argumentację zawartą w odpowiedzi na odwołanie (str. 10). I tak:

1. Podane w wykazie usługi pod nr 8 i 9 nie odpowiadają rzeczonemu warunkowi udziału w postępowaniu.
Odwołujący nie podał jakichkolwiek okoliczności ani też nie wykazał, że usługi wymienione pod nr 8 i 9 nie odpowiadają warunkowi udziału w postępowaniu, a to właśnie na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu.
2. Podane w wykazie usługi pod nr 8 i 9 nie zostały należycie wykonane.
Ze złożonych przez wykonawcę BonaSoft potwierżeń należytego wykonania wydanych przez wykonawcę Asseco (15.02.2021 r.) oraz wykonawcę Comp (12.02.2021 r.) wynika, że ww. usługi zostały zrealizowane należycie. Odwołujący nie złożył żadnych dowodów, z których wynikałoby, że ww. usługi zostały wykonane nienależycie.
3. Wykonawca BonaSoft nie złożył JEDZ podmiotu trzeciego powołanego w poz. 8 i 9 wykazu usług.
Z ustaleń Izby wynika, że dokument JEDZ dotyczący wykonawcy Decsoft został złożony wraz z ofertą i jest w dyspozycji Zamawiającego.
4. Podmiot trzeci udostępniający zasoby na potrzeby wykazu usług w poz. 8 i 9 podlega wykluczeniu z postępowania.
Odwołujący nie podał okoliczności ani też nie wykazał, że wykonawca Decsoft podlega wykluczeniu z postępowania, a to właśnie na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu.
5. Wykonawca BonaSoft nie udowodnił, zgodnie z art. 22a ust. 4 Pzp, że dysponuje zasobami tego podmiotu.
Odwołujący w toku rozprawy sam przyznał, że z zobowiązania wykonawcy Decsoft wynika, że wykonawca BonaSoft będzie dysponował zasobami wykonawcy Decsoft. Ponadto Odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności, z których wynikałoby, że wykonawca BonaSoft nie udowodnił, zgodnie z art. 22a ust. 4 Pzp, że dysponuje zasobami wykonawcy Decsoft.

W kontekście powyższego Izba wskazuje, że wzięła pod uwagę fakt, że Odwołujący na moment złożenia odwołania nie dysponował pełną dokumentacją postępowania, co mogło powodować trudność w argumentowaniu stawianych zarzutów. Natomiast Odwołujący w toku rozprawy wyraźnie stwierdził, że ma świadomość tego, iż część z ww. zarzutów może podlegać oddaleniu jednak podtrzymał w całości zarzuty z pkt 3 odwołania.

Natomiast jeśli chodzi o jednoczesność występowania obu podmiotów Integrated Solutions oraz Decsoft to Izba w tym zakresie prezentuje pogląd, że wykonawca BonaSoft w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który został wskazany w SIWZ w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit c bez wątplenia wsparł się na potencjale wykonawcy Decsoft o czym świadczy zawartość wyjaśnień przytoczona powyżej, natomiast do potencjału wykonawcy IS odwołał się jedynie z ostrożności, o czym świadczy stwierdzenie zawarte w tym samym piśmie o następującej treści: „Dodatkowo Wykonawca wyjaśnia, że z daleko posuniętej ostrożności zapewnił sobie możliwość skorzystania w razie potrzeby z doświadczenia firmy Integrated Solutions Sp. z o.o. (...) Tak więc w wypadku wystąpienia jakichkolwiek okoliczności utrudniających lub uniemożliwiających skorzystanie z doświadczenia Decsoft S.A., usługi w zakresie konfiguracji klastra wysokiej dostępności zrealizowane

zostaną na żądanie Wykonawcy przez Integrated Solutions sp. z o. o.". Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że nie można w tym przypadku mówić o jednoczesnym występowaniu w postępowaniu obu tych podmiotów, tj. Decsoft oraz Integrated Solutions a jedynie ostrożnościowym postępowaniu Przystępującego, który w przypadku uniemożliwiającym skorzystanie z potencjału Decsoft zapewnił sobie możliwość skorzystania z potencjału wykonawcy IS.

Z tych względów Izba oddaliła odwołanie nie dopatrzwszy się naruszenia przepisów Pzp wskazanych w treści odwołania, tj. art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a, ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22a ust. 1-5, a także art. 24 ust. 4 Pzp.

Zgodnie z art. 557 NPzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 NPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

W związku z tym Izba kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1327/21 zgodnie z art. 575 NPzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) w kwocie 15 300 zł (na którą składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz koszty dojazdu Zamawiającego na rozprawę) - obciążyła Odwołującego jako stronę przegrywającą.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:
.....
.....