

**WYROK**

Warszawa, dnia 29 lutego 2024

r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: **Robert Skrzyszewski**

Mateusz Paczkowski

Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie i:

2.1. 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: Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego

poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

**Przewodniczący**.....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 442/24**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Zakład Ubezpieczeń Społecznych wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych”, numer referencyjny 993200/271/17/2023.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 grudnia 2023 r. pod numerem 00795155-2023.

W dniu 30 stycznia 2024 r. Zamawiający opublikował zmianę Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ w zakresie objętym zarzutami odwołania.

Nie zgadzając się z powyższymi modyfikacjami SWZ Odwołujący: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie w dniu 9 lutego 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. § 9 ust. 1 pkt 2) i 3) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, zwanego dalej „Rozporządzeniem” w związku z art. 7 pkt 17 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, art. 112 ust. 1 i art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 5 ustawy Pzp – poprzez żądanie podawania przez wykonawców w Wykazie usług (wzór: załącznik nr 6 do SWZ) Danych identyfikujących usługę w postaci: nazwa systemu/oprogramowania/narzędzia, oraz nazwę dane teleadresowe jego użytkownika (modyfikacja SWZ nr 33 z dnia 30.01.2024 r.), co wykracza poza dyspozycję przepisów ustawy Pzp,

2. art. 99 ust. 1 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie w art. 5 § 15 załącznika nr 2 do SWZ (istotnych postanowieniach umowy) nieproporcjonalnej i niejednoznacznej definicji zaliczenia testu, przez co rozumie się zdanie testów na zasadach analogicznych jak przyjęte w kryteriach oceny ofert i uzyskanie co najmniej takiej samej liczby punktów jak w trakcie badania i oceny ofert (modyfikacja SWZ nr 3 z dnia 30.01.2024 r.).

Odwołujący wnosił w razie uwzględnienia odwołania – o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zastępującego Odwołującego w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zmiana SWZ będąca przedmiotem odwołania – została opublikowana przez Zamawiającego w dniu 30 stycznia 2024 roku. Jest to nowa, pierwotnie nie istniejąca treść SWZ. Zamawiający zmienił SWZ w wyniku odwołania, wniesionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dniu 8 stycznia 2024 r. przez Asseco Poland S.A. („Asseco”) (sygn. KIO 83/24). Konsorcjum Comarch przystąpił do tego odwołania po stronie Zamawiającego. Nie doszło jednak do rozpoznania odwołania w tymże zakresie. Zamawiający uwzględnił odwołanie Asseco w tym zakresie (zarzut 8 z odwołania Asseco), a także dokonał czynności faktycznej – modyfikacji nr 33 SWZ. Konsorcjum Comarch złożyło sprzeciw względem uwzględnienia odwołania Asseco przez Zamawiającego w zakresie zarzutu nr 8. Ze względu na dokonaną modyfikację nr 33 SWZ przedmiotowy zarzut nie został rozpoznany przez Izbę.

#### ZARZUT NR 1

Odwołujący zauważył, że przedmiotem odwołania w zakresie zarzutu nr 1 jest modyfikacja SWZ nr 33 dokonana pismem opublikowanym na platformie zakupowej ZUS w dniu 30.01.2024 r., w wyniku której nadano SWZ nową treść. Zamawiający wprowadził we wzorze Wykazu usług Zał. 6 w kolumnie Nazwa Usługi zobowiązanie wykonawców do podawania informacji pn. „Dane identyfikujące usługę (w tym nazwa systemu/oprogramowania/narzędzia, oraz nazwę i dane teleadresowe jego użytkownika)”.

Zmiana nr 33 została dokonana w odpowiedzi na odwołanie wykonawcy Asseco (sygn. KIO 83/24). Następnie pismem z dnia 31.01.2024 r. Zamawiający wskazał, iż uwzględni odwołanie Asseco w zakresie zarzutu 8 i w konsekwencji dokonał modyfikacji nr 33.

Odwołujący wyjaśnił również, że Asseco w ramach zarzutu nr 8 (KIO 83/24) zarzuciło Zamawiającemu: naruszenie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak wymogu określenia w Załączniku nr 6 do SWZ „Wykaz usług” podmiotu, który jest w posiadaniu informacji oraz dokumentów istotnych dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji.

Zaznaczył, że pierwotna treść SWZ we wzorze wykazu usług w kolumnie 2 wskazywała na obowiązek podania przez wykonawców danych w postaci nazwy usługi.

Asseco zażądało, by Izba nakazała Zamawiającemu dodanie w Załączniku nr 6 do SWZ komentarza pod tabelami: „W kolumnie „Odbiorca usługi” należy dodatkowo podać rzeczywistego użytkownika systemu, jeśli podmiot, na rzecz którego wykonano usługę nie jest użytkownikiem systemu.

W przypadku, gdy wskazany w Wykazie usług „Odbiorca usługi” nie spełnia wymagań SWZ – Zamawiający zastrzega możliwość badania, czy system funkcjonujący u wskazanego rzeczywistego użytkownika systemu spełnia warunki udziału w postępowaniu”.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający wprowadził do SWZ, na skutek odwołania Asseco, dodatkową, nieznaną ustawie i rozporządzeniu kategorię - żądając podawania informacji o nazwie i danych teleadresowych użytkownika systemu/oprogramowania/narzędzia.

Według Odwołującego - Podawanie przez wykonawców użytkownika systemu/oprogramowania/narzędzia – prowadziłyby do konieczności podawania użytkowników – osób fizycznych, gdyż to oni są rzeczywistymi użytkownikami (czyli np. mieszkańcy wybudowanych domów, czy – dla systemów informatycznych np. osoby zatrudnione w administracji, lekarze w szpitalu, osoby fizyczne korzystające z portali dedykowanych obywatelom / pacjentom).

W związku z tym argumentował, że zapis ten nie uwzględnia ani faktu, iż podanie takich danych nie ma podstawy prawnej zgodnej z RODO – a więc ich podanie wymusza na wykonawcy naruszenie przepisów w tym zakresie. Co więcej nie każdy system zbiera dane w postaci nazwy i danych teleadresowych (w sumie z treści SWZ nie wynika jakich: e-mail? adres? numer telefonu? inna forma kontaktu?) – co nie oznacza, że taki system informatyczny nie ma cech, o których mowa w warunku udziału (żaden warunek udziału nie wskazuje, aby system informatyczny miał w/w dane osobowe zbierać).

Odwołujący wskazał, że Rozporządzenie ws podmiotowych środków dowodowych nie przewiduje w § 9 możliwości żądania przez Zamawiającego podania przez wykonawcę w Wykazie usług danych podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału/kryteriów selekcji/braku podstaw wykluczenia. Wytworzona przez Zamawiającego kategoria „użytkownika” nie jest przewidziana na gruncie obowiązujących przepisów PZP. Katalog informacji, których może żądać Zamawiający od wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia, jest katalogiem zamkniętym i w tym zakresie istnieją konkretne, wynikające z przepisów kategorii informacji, które wykonawca ma obowiązek ujawnić w wykazie. Zamawiający nie może żądać nic ponad to, co wynika z w/w rozporządzenia – a tak dzieje się w niniejszej

sprawie.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający może podejmować czynności wyłącznie na podstawie przepisów ustawy i przepisów wykonawczych do ustawy. Proces i granice badania oferty określa ustawa Pzp (w szczególności w zakresie wyjaśnień – art. 128 ustawy Pzp), a Specyfikacja nie może ich rozszerzać i modyfikować. Zamawiający nie może – chcąc sobie uprościć prowadzenie postępowania – naruszać przepisów ustawy.

W przekonaniu Odwołującego - wobec zakresu informacji, jakie Wykonawca ma podać w kolumnie pn. Opis przedmiotu wykonywanej/wykonanej usługi wraz z podaniem informacji o sposobie realizacji usługi żądanie informacji pn. Dane identyfikujące usługę (w tym nazwa systemu/oprogramowania/narzędzia, oraz nazwę i dane teleadresowe jego użytkownika) jest po nadmiarowe.

Odwołujący wywodził, że z punktu widzenia formalnego treść podmiotowych środków dowodowych jest regulowana Rozporządzeniem w sprawie podmiotowych środków dowodowych. Na gruncie § 9 tego Rozporządzenia, w przeciwieństwie do § 8 (zawierającego katalog otwarty żądanych środków i informacji) – przepis § 9 nie zezwala na żądanie od wykonawców innych informacji niż w nim wymienione. W szczególności nie ma podstawy żądania podawania informacji o „użytkowniku systemu oprogramowania narzędzia”. Rozporządzenie nie zna kategorii takiej jak „użytkownik”.

Zwrócił również uwagę, że przy okazji Zamawiający wprowadzając omawianą zmianę – uczynił wypełnienie Wykazu usług niemożliwym – z uwagi na obowiązujące na gruncie warunków definicje, zgodnie z którymi (4.1.1.8 SWZ (str. 18)

- i. „użytkownik” – klient zewnętrzny lub klient wewnętrzny
- ii. Klient wewnętrzny to – użytkownik systemu informatycznego należący do organizacji, w której system informatyczny został wdrożony;
- iii. Klient zewnętrzny – to użytkownik systemu informatycznego, który korzysta z tego systemu informatycznego, aby załatwić sprawę w organizacji, w której ten system informatyczny został wdrożony.

Zdaniem Odwołującego - pojęcie klienta wewnętrznego jest kluczowym dla oceny warunku udziału w postępowaniu w warunkach, o których mowa w pkt 4.1.2.4.1 pkt 1. 1) lit. b) oraz pkt 4.1.2.4.1 pkt 5) SWZ.

Według Odwołującego - zachodzi wewnętrzna sprzeczność (użytkownik to klient – a klient to użytkownik) w świetle wyżej podanych definicji. Co za tym idzie obecnie w Wykazie

usług należałoby podawać prawdopodobnie dane teleadresowe (nie wiadomo jakie) tysięcy użytkowników, czyli klientów wewnętrznych i zewnętrznych, spełniających w/w definicje - co jest w praktyce niemożliwe.

Z powyższego wnioskował, że zmiana dokonana Modyfikacją nr 33 jest więc zmianą wprowadzającą zasadnicze wątpliwości co do treści SWZ i uczyniła SWZ niejednoznacznym. Zamawiający wprowadza pojęcie użytkownika, którego nie da się pogodzić z istniejącą treścią SWZ. Niezależnie od w/w zarzutów co do nielegalności i niejednoznaczności Modyfikacji nr 33 – żądanie nazwy i danych teleadresowych użytkownika jest zwyczajnie nieproporcjonalne – bo w żaden sposób nie odpowie Zamawiającemu na pytanie, czy system informatyczny ma cechy wskazane w warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego - warunki udziału w postępowaniu nie kreują żadnego wymogu co do nazwy systemu informatycznego – a zatem podanie nazwy w wykazie usług jest bezcelowe i w żaden sposób nie odpowie Zamawiającemu na pytanie, czy system informatyczny ma cechy wskazane w warunku udziału w postępowaniu.

Przekonywał przy tym, że na to pytanie odpowiada oświadczenie Wykonawcy dotyczące przedmiotu referencyjnej usługi i wyraźne wskazanie cech systemu informatycznego wskazanych w warunkach udziału w postępowaniu.

Odwołujący uważał, że żądanie podania nazwy systemu informatycznego jest nieproporcjonalne – uzyskane informacje (że system nazywa się tak a nie inaczej) są całkowicie nieprzydatne do oceny, czy Wykonawca spełnia warunki udziału, gdyż relewantne są cechy systemu informatycznego, a nie jego nazwa.

Podkreślił przy tym, iż czym innym jest etap składania oświadczenia przez Wykonawcę, tj. wykazu usług – a czym innym jest etap badania i oceny oferty – gdzie Zamawiający ma szereg ustawowych uprawnień, które pozwalają mu na uzyskanie informacji koniecznych do oceny, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący uznał, że Modyfikacja nr 33 wprowadzona do SWZ przez ZUS powoduje wiele problemów natury prawnej.

Wyjaśnił, że stroną umowy łączącą Comarch S.A. na wykonanie systemu/utrzymanie jest spółka z grupy kapitałowej Comarch i to ten stosunek prawny wykonawca przedstawia w wykazie, żadnego innego nie może, bowiem Comarch S.A. nie łączy z zagranicznymi kontrahentami (poza małymi wyjątkami) żadne umowy. Stroną umowy jest Comarch S.A. i

spółka z grupy kapitałowej. I to przedmiotem tej właśnie umowy jest rzeczywiste wykonanie usługi.

Podniósł, że niemożliwe jest żądanie od Comarch S.A., by legitymował się doświadczeniem udostępnionym przez spółki z GK Comarch, wywodzonym z umów zawartych przez te spółki z partnerami zagranicznymi, gdyż na ich bazie nie powstaje realne doświadczenie. Gdyby tak było – prawdopodobne jest, że Asseco zarzucałoby wówczas, iż udostępnienie zasobów przez tę spółkę z grupy kapitałowej nie jest realne. Comarch S.A. przyjął taki model współpracy i nie jest to zabronione żadnymi przepisami prawa.

Zauważył, że podanie w Wykazie usług danych – „użytkowników”, a więc podmiotów nie będących stroną stosunku prawnego Wykonawcą – rodzi ryzyko, iż dane te staną się narzędziem dla innych konkurentów w przetargu w celu prowadzenia własnego postępowania wyjaśniającego, głównie w celu poszukiwania sprzeczności w ofercie konkurenta.

Powyższe powoduje, że zmodyfikowana obecnie zgodnie z żądaniem Asseco Specyfikacja stanie się z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, poszukiwaną przez Asseco podstawą do indagowania kontrahentów spółek z GK konkurenta oraz narzędziem potencjalnie generującym ewentualne działania niekonkurencyjne.

Przekonywał, że umożliwienie poprzez SWZ na rynku komercyjnym tego rodzaju zachowań, tj. odpytywania czy prowadzenia postępowania wyjaśniającego jednych przedsiębiorców – konkurentów wobec drugich, z udziałem ich kontrahentów – wykracza w poza normy uczciwego konkurencyjnego, zwłaszcza biorąc pod uwagę możliwość wywołania negatywnego odbioru wykonawcy przez jego kontrahenta w wyniku takich zapytań.

Podkreślił, iż przepisy ustawy Pzp ograniczają Zamawiającego w zwracaniu się bezpośrednio do podmiotu, na rzecz którego wykonywano usługi (odbiorcy usługi).

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający ma takie prawo jedynie, jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenia lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego (a nie wątpliwości konkurujących ze sobą wykonawców). Z kolei wykonawcy/konkurenci w postępowaniu – już takiego ograniczenia nie mają. Co za tym idzie, niezależnie od tego, czy wykonawcy posiadają wątpliwości, czy też nie – będą zwracać się bezpośrednio do danego podmiotu, domagając się od danej osoby potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu.



Zauważył, że takie prawdopodobne działanie nie będzie służyło rozwianiu istniejących wątpliwości, lecz przeciwnie – będzie służyć poszukiwaniu takich wątpliwości, czego nie sposób uznać za realizację dyspozycji art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, art. § 9 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia w zw. z art. 16 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że taki scenariusz może nastąpić, co wynika z jego własnych doświadczeń w konkurowaniu z Asseco o udzielenie zamówień publicznych przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych (utrzymanie i rozwój KSI ZUS czy PUE ZUS).

Wyjaśnił, że wówczas Asseco kierowało z własnej inicjatywy „na chybił trafił” akcją, mającą na celu weryfikację opisów usług zawartych w ofercie Comarch, polegającą na wysyłaniu pism do Klientów GK Comarch z pytaniami dotyczącymi podanych projektów.

Wskazał, że Asseco zamieszczało w przedmiotowych pismach następujące stwierdzenie w tłumaczeniu jako: „Postępowanie to prowadzone jest w ramach tzw. Tarczy Antykorupcyjnej, stąd podanie przez Państwa powyższych informacji ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości prowadzonych postępowań i przydzielania zamówień w przetargach publicznych.”.

W związku z tym Odwołujący podkreślił, że kontekst w jakim zostało użyte cytowane sformułowanie – w szczególności u odbiorcy pisma z zagranicy, zupełnie nieorientowanego w realiach polskich zamówień publicznych, mógł wywoływać przekonanie, że nie tyle postępowanie przetargowe objęte jest Tarczą Antykorupcyjną, lecz podjęta przez Asseco procedura weryfikacyjna wynika z regulacji antykorupcyjnych i Asseco występuje w roli „publicznego audytora”.

Zdaniem Odwołującego - tego typu pisma siłą rzeczy budziły po stronie Klientów Comarch zdziwienie i zroszumiały dyskomfort, bowiem dotyczyły poufnych parametrów związanych z realizacją umów komercyjnych.

Dalej, relacjonował, że dla podmiotów zagranicznych nie było również jasne, czy pytanie jest zadawane przez podmiot upoważniony do zadawania tego typu pytań w świetle regulacji prawnych (co sugeruje sposób redakcji pisma). Na podstawie treści tych pism nieorientowany odbiorca zagraniczny mógł odnieść wrażenie, że Asseco prowadzi postępowanie wyjaśniające w związku z podejrzeniami o korupcję w przetargu. Powstawał też problem dotyczący ujawniania przez Comarch – w ramach procedury przetargowej – szczegółów projektów, objętych umowami/klauzulami poufności.

Odwołujący wskazał, że skoro wówczas brak było w SWZ obowiązku podawania danych dotyczących osób do kontaktu u klientów, a mimo to Asseco indagowało klientów Comarch w opisany wyżej sposób, to przy uwzględnieniu żądania Asseco sama Specyfikacja będzie uzasadniać takie indagowanie, bowiem dane dotyczące osób od klientów są wprost wymagane w SWZ. I nie chodzi tyleż o to, czy Asseco lub inny konkurent takie zapytania będzie rozsyłał, ile o to, jak zostaną one sformułowane i na ile będą mogły postawić konkurenta lub samą Agencję w niekorzystnym świetle oraz o fakt, że odpytywanie konkretnej osoby od kontrahenta, zwłaszcza komercyjnego – może finalnie być wykorzystane przeciwko wykonawcy, na zasadzie mnożenia wątpliwości co do treści jego oferty, które realnie nie zachodzą.

W tym względzie Odwołujący powołał się na następujące pisma:

- 1) pismo Asseco do Swiss Life Ltd z dnia 15.10.2021 r.,
- 2) pismo Asseco do Arquiva Group Limited z dnia 15.10.2021 r.,
- 3) pismo Asseco do JetBlue Airways Corporation z dnia 15.10.2021 r.,
- 4) pismo Asseco do KPN BV z dnia 20.12.2021 r.,

wraz z tłumaczeniami na język polski, jako dowody na fakt treści zapytań kierowanych przez konkurenta Comarch do jego kontrahentów.

Dodał, że w toku jakichkolwiek innych postępowań odwoławczych z udziałem Comarch, gdzie Odwołujący Asseco podnosiło wątpliwości co do używanych przez Comarch w wykazach referencji podwykonawczych – Asseco nigdy nie wygrało żadnego odwołania, ani skargi w tym zakresie.

Wyjaśnił, że referencje takie i stojące za nimi doświadczenie były przedmiotem dogłębnych analiz i badań przez Zamawiającego, Izbę i Sąd i nigdy nie potwierdzono zasadności wątpliwości Asseco co do zakresu referencji podwykonawczych.

Podniósł, że orzeczenia wydawane w tych sprawach wskazywały na brak wykazywania przez Odwołującego Asseco podstawy faktycznej powołanego zarzutu, a wątpliwości co do referencji podwykonawczych powoływane przez Asseco nigdy w praktyce realnie nie zachodziły i w istocie ich jedynym źródłem były same odwołania Asseco.

Wyjaśnił, że Odwołujący Asseco najpierw stawiał zarzut np. niewiarygodności referencji, a następnie poszukiwał dowodów, zgłaszając np. wnioski z przesłuchań świadków członków organów podmiotów, czy też samodzielnie starając się właśnie „w ciemno” indagować domniemywanych przez klientów końcowych usług. Z drugiej strony przedkładane przez Comarch w toku postępowań wyjaśnienia i dowody, będące pokłosiem

inicjowanych przez Asseco spekulacji, zawsze potwierdzały realność doświadczeń przedstawianych w ofertach.

W ocenie Odwołującego - powyższe dowodzi, że również obecnie żądana przez Asseco treść Specyfikacji może być wykorzystana do zwracania się przez Asseco bezpośrednio do danego podmiotu („rzeczywistego użytkownika”?) i to pomimo braku istnienia wątpliwości - celem ich poszukiwania.

Według Odwołującego w/w praktyka Asseco, niejako super-nadzorcy w postępowaniach, spotkała się z krytyczną oceną organów orzekających, o czym świadczy choćby poniższy wyrok, jaki zapadł na gruncie przetargu na utrzymanie systemu PUE ZUS i dotyczył m.in. zarzutów związanych z wprowadzaniem Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu z powołaniem się na referencje podwykonawcze, wykonywane na rzecz „nieznanego użytkownika końcowego” (Odwołujący dodał, że zamówienie to jest obecnie z powodzeniem realizowane do dziś przez Comarch).

Zaznaczył, że wyrok ten nie spotkał się z repliką procesową przewidzianą przez przepisy, a zatem jego obecne kontestowanie przez Odwołującego należy ocenić wyłącznie w kategoriach spóźnionej i źle zaadresowanej polemiki.

Odwołujący powołał się na Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 27.05.2022, sygn. akt XXIII Zs 41/22, na skutek skargi od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3688/21 z następującą motywacją: „Nieuzasadniony okazał się także zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia (...) z postępowania mimo, że (...) wprowadził zamawiającego w błąd (tj. zarzut naruszenia art.24 ust.1 pkt 16 i 17 w zw. z art.7 ust.1 Pzp). W ocenie Sądu Okręgowego przedmiotowy zarzut był niepełny i nie zawierał szczegółowych odniesień do stanu faktycznego sprawy, opierając się wyłącznie na kwestionowaniu stanowiska wykonawcy (...). De facto sam skarżący przyznał, że na poparcie tego zarzutu nie przedstawił dowodów. Zaś w postępowaniu skargowym nie wystarczy zacytowanie opisu warunku udziału w postępowaniu i stwierdzenie, że wykaz usług wykonanych na rzecz (...) tego warunku nie spełnia. Konieczne jest konkretne zakwestionowanie oferowanej usługi w kontekście warunku, a nie tylko jej negacja w odniesieniu do treści warunku. Dodatkowo, Sąd zaaprobował stanowisko Izby, że przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu kwestionowane przez skarżącego. (...). W świetle przepisów przywoływanego Rozporządzenia z 2016 r. brak było podstaw, aby zamawiający, nie mając wątpliwości związanych z wyjaśnieniami (...), zwracał się do osób trzecich o dodatkowe informacje lub

dokumenty. Zwrócenie się do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi były wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty ma uzasadnienie tylko wówczas, gdy wykaz lub oświadczenia wykonawcy budzą wątpliwości zamawiającego.

W ocenie Sądu skarżący w niniejszym postępowaniu chciałby niejako przejąć rolę zamawiającego i w oparciu o złożone przez siebie wnioski dowodowe (w tym dowody z umów z użytkownikami końcowymi i z zeznań świadków) prowadzić dalej idące postępowanie wyjaśniające, bez potrzeby i z uszczerbkiem dla szybkości postępowania. Skarżący chciałby tym sposobem, czego nie ukrywa, sprawdzić, czy projekty wskazywane przez (...) realizowane były zgodnie z celem wytwórczym zamawiającego, a osoby wskazane przez (...) pracowały przy tworzeniu dokumentacji analitycznej z użyciem określonego narzędzia i notacji UML. Skarżący niejako rości sobie tym samym prawo do kontroli umów zawieranych poza reżimem zamówień publicznych przez swojego konkurenta rynkowego.

Takie stanowisko skarżącego nie zasługuje na aprobatę”.

Odwołujący wskazał również, że kolejną konsekwencją uwzględnienia zarzutu Asseco jest ewentualność – w wyniku kierowania zapytań przez konkurenta bezpośrednio do takiego podmiotu - poważnych ryzyk biznesowych, mogących zaburzać konkurencję.

Odwołujący stwierdził, że doświadczył powyższego na kanwie kierowania takich pism przez Asseco na „chybił trafił” do kontrahenta jego spółki z GK Comarch, tj. firmy Arquiva Group Limited (pismo Asseco do Arquiva Group Limited z dnia 15.10.2021 r.).

Podniósł, że dalsza korespondencja Asseco (2.12.2021) z tym kontrahentem wywołała negatywną jego reakcję wobec Comarch – poprzez wskazanie w tłumaczeniu na język polski m.in.: „Wierzę, że Comarch rozumie, że nie jest właściwą metodą kontaktowanie się bezpośrednio z Arquiva Chief Technology Officer (pol. Dyrektor ds. technologii) w ten sposób, a co więcej, jeżeli życzeniem Comarch jest to, aby spółka Arquiva pełniła rolę punktu odniesień w komunikacji zewnętrznej (np. materiał marketingowy, odpowiedzi na przetargi, strona internetowa, itp.) należy najpierw zawnioskować do Arquiva o udzielenie zgody”.

Przekonywał, że z powyższego, realnego przykładu jasno wynika, iż niektórzy klienci mogą nie życzyć sobie indagowania bezpośredniego przez inne firmy działające na rynku i mogą odmówić takiej zgody.

Zatem w niektórych przypadkach złożenie oferty może być niemożliwe pomimo legitymowania się odpowiednimi referencjami/doświadczeniem, w celu uniknięcia sytuacji pogorszenia relacji biznesowych z kontrahentem.

W tej mierze Odwołujący powołał się na następujące pisma jako dowody na fakt reakcji kontrahenta na zapytania kierowane przez konkurenta Comarch:

5) pismo Assecos do Arquiva Group Limited z dnia 2.12.2021 r. przekazane do Comarch przez Arquiva,

6) stanowisko Arquiva wyrażone wobec Comarch wraz z tłumaczeniem na j. polski.

W ramach powyższego zarzutu odwołania Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

1) zmiany postanowień załącznika nr 6 Wykazu usług poprzez usunięcie kolumny np. „Dane identyfikujące usługę (w tym nazwa systemu/oprogramowania/narzędzia, oraz nazwę i dane teleadresowe jego użytkownika)”,

2) zmiany postanowień załącznika nr 6 Wykazu usług poprzez zastąpienie określenia: „Odbiorca usługi” określeniem wynikającym z w/w rozporządzenia „Podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana”.

## ZARZUT NR 2

Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotem odwołania w zakresie zarzutu nr 2 jest modyfikacja SWZ nr 3 dokonana pismem opublikowanym na platformie zakupowej ZUS w dniu 30.01.2024 r., w wyniku której nadano SWZ nową treść. Zamawiający wprowadził w załączniku nr 2 do SWZ (istotne postanowienia umowy) to jest w art. 5 ust. 15 – następującą definicję zaliczenia testu: Przez zaliczenie testu rozumie się zdanie testów na zasadach analogicznych jak przyjęte w kryteriach oceny ofert i uzyskanie co najmniej takiej samej liczby punktów jak w trakcie badania i oceny ofert.

Wyjaśnił, że w dniu 30.01.2024 r. Zamawiający opublikował zmienioną treść SWZ (Modyfikacja nr 3 str. 2 pisma opublikowanego na stronie postępowania w dniu 30.01.2024 r. MODYFIKACJE TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA).

Według Odwołującego - Modyfikacja nr 3 koresponduje z oświadczeniem Zamawiającego na str. 58 odpowiedzi z dnia 31.01.2024 r. na odwołanie Comarch S.A. oraz Comarch Polska S.A. (KIO 104/24), w którym Zamawiający przedstawił zmienioną wersję zapisów dotyczących Testów kompetencji technicznych oraz Testów kompetencji biznesowych, w sytuacji gdy zmianie ulegnie Personel Wykonawcy wskazany w Załączniku 13 A, w szczególności uzupełnił opis o kryterium zaliczenia testu przez zmieniony Personel wykonawcy:

„Przez zaliczenie testu rozumie się zdanie testów na zasadach analogicznych jak przyjęte w kryteriach oceny ofert i uzyskanie co najmniej takiej samej liczby punktów jak w

trakcie badania i oceny ofert. Analogiczne zasady stosowane są do zmiany osób biorących udział w Testach kompetencji biznesowych - w tym przypadku odnoszą się do obszarów biznesowych.”.

Odwołujący nie zgodził się z proponowanym przez Zamawiającego kryterium zaliczania testu, tj. nie zgodził się z koniecznością uzyskania „co najmniej takiej samej liczby punktów jak w trakcie badania i oceny ofert”.

Według Odwołującego - Kryterium to de facto zmienia cel testu, gdzie w ramach postępowania ofertowego celem Testów kompetencji technicznych oraz Testów kompetencji biznesowych jest polepszenie oferty (dodanie ofercie punktów): im lepsze uzyska się wyniki Testu kompetencji technicznych oraz Testu kompetencji biznesowych, tym więcej punktów zostanie dodanych do sumarycznej punktacji oferty.

Zastrzegł, że można w ogóle nie zdać testów i jednocześnie złożyć najlepszą ofertę, która spowoduje wygranę przetargu, co oznacza, że w ramach postępowania ofertowego żadne kompetencje obejmowane programem Testów kompetencji technicznych oraz Testów kompetencji biznesowych nie są kategorycznie wymagane do finalnego uzyskania zamówienia.

Zdaniem Odwołującego - trudno mówić o tym, że Testy kompetencji technicznych oraz Testy kompetencji biznesowych przeprowadzane w ramach postępowania ofertowego służą do potwierdzenia jakichkolwiek kompetencji (do tego służą warunki udziału w postępowaniu). Gdyby tak miało być, pomiar tych kompetencji nie mogłyby skutkować wynikiem 0 pkt uzyskanym podczas testów, bo oznaczałoby to dyskwalifikujący brak kompetencji.

Odwołujący wywodził, że jeżeli celem powtórzenia testu dla nowego składu Personelu Wykonawcy ma być potwierdzenie, że zmiana ta nie spowodowała pogorszenia jakości tego personelu w stosunku do stanu z postępowania ofertowego, to jakość tę należy badać według tych samych zasad, które obowiązywały w trakcie badania kryterium oceny ofert w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

Przykład hipotetyczny:

Osoba A uczestniczyła w Testach kompetencji biznesowych w trakcie procesu ofertowego i uzyskała maksymalną liczbę punktów, jednak w trakcie realizacji umowy odeszła z projektu. Osoba B, która ją zastąpiła, w analogicznych testach uzyskała o jeden punkt mniej (maksymalna liczba punktów minus 1). Gdyby osoba B uczestniczyła w testach podczas procesu ofertowego, to oferta tego samego wykonawcy nadal okazałaby się

najlepsza (bo np. miała wystarczającą przewagę punktową wynikającą z ceny). Jednak ten sam test, w dodatku z wynikiem, który należy uznać za bardzo dobry, w sytuacji zastępowania osoby A dyskwalifikuje osobę B. dyskwalifikuje tę osobę, chociaż wykazała się obiektywnie wysokimi kompetencjami, a oferta przeliczona wg zasad obowiązujących w procesie ofertowym nadal uzyskaby najwięcej punktów. Jeszcze inaczej to ujmując: testy przeprowadzone w wyniku zmiany składu Personelu Wykonawcy potwierdziły utrzymanie jakości na poziomie najkorzystniejszej oferty, ale jednocześnie zdyskwalifikowały ten nowy skład. Dzieje się tak dlatego, że test wynikający z konieczności zastąpienia osoby A przez osobę B bada kompetencję osoby B w porównaniu z kompetencjami osoby A, podczas gdy test na etapie ofertowania podnosił jedynie atrakcyjność punktową oferty. Konieczne jest wyeliminowanie tego negatywnego zjawiska, tj. zjawiska zmiany celu Testów kompetencji technicznych oraz Testów kompetencji biznesowych przy testach spowodowanych koniecznością dokonania zmian w składzie Personelu Wykonawcy.

Odwołujący oświadczył, że jego intencją jest utrzymanie celu przeprowadzania Testów kompetencji technicznych oraz Testów kompetencji biznesowych niezależnie od tego, czy przeprowadzane są w trakcie procesu ofertowego, czy przy zmianie składu Personelu Wykonawcy, a jednocześnie zagwarantowanie utrzymania jakości oferty rozumianej jako utrzymania jej przewagi konkurencyjnej.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień załącznika nr 2 do SWZ (istotnych postanowień umowy) poprzez zastąpienie sformułowania z art. 5 ust. 15: Przez zaliczenie testu rozumie się zdanie testów na zasadach analogicznych jak przyjęte w kryteriach oceny ofert i uzyskanie co najmniej takiej samej liczby punktów jak w trakcie badania i oceny ofert. sformułowaniem: Przez zaliczenie testu rozumie się zdanie testu na zasadach analogicznych jak przyjęte w kryteriach oceny ofert i uzyskanie co najmniej takiej liczby punktów w zakresie testowanych jednostek zadaniowych, aby uwzględnienie ich w punktacji oferty w miejsce punktów uzyskanych w zakresie testowanych jednostek zadaniowych w trakcie badania i oceny ofert w postępowaniu, utrzymywało ofertę Wykonawcy na pozycji najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

Pismem z dnia 23 lutego 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o umorzenie postępowania odwoławczego jako zbędnego w zakresie zarzutu nr 2, a pozostałym zakresie (zarzut nr 1) o oddalenie odwołania.

W przedmiotowej sprawie wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, zwany dalej Przystępującym zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ wraz z jej modyfikacjami, odwołania, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 23 lutego 2024 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 23 lutego 2024 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

W pierwszej kolejności Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 na zasadzie przepisu art. 568 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający w dniu 26 lutego 2024 r. dokonał modyfikacji treści SWZ w odniesieniu do zaskarżonych postanowień SWZ dotyczących zarzutu nr 2, a Odwołujący na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą dodatkowo oświadczył, że zarzut nr 2 wycofuje.

Stosownie do brzmienia powołanego wyżej przepisu prawa Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku:

- 1) cofnięcia odwołania;
- 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Pozostał zatem do rozstrzygnięcia zarzut nr 1 odwołania i w tym względzie Izba po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu § 9 ust. 1 pkt 2) i 3) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w związku z art. 7 pkt 17 ustawy Pzp, art. 112 ust. 1 i art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 5 ustawy Pzp.

Ograniczenie rozpoznania tego zarzutu wynikało jedynie z oświadczenia złożonego przez Odwołującego na rozprawie przed Izbą polegającego na ograniczeniu żądania z zarzutu nr 1 do żądania nr 1.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym,



istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny, czy Zamawiający dokonał zgodnie z ustawą Pzp zmiany postanowień SWZ w zakresie Wykazu usług przewidujących pierwotnie w swojej treści obowiązek podania w drugiej kolumnie „Nazwy usług”, zaś po modyfikacji treści kolumny drugiej wykonawcy byli zobowiązani podać „Dane identyfikujące usługę (w tym nazwa systemu/oprogramowania/narzędzia, oraz nazwę i dane teleadresowe jego użytkownika)”.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w załączniku nr 6 do SWZ przewidział w kolumnie drugiej wykazu usług obowiązek podawania przez wykonawców „Nazwy usługi” (taka sama treść SWZ była opisana w analogicznym postępowaniu przetargowym u tego samego Zamawiającego w 2020 r.).

Dalej, Izba stwierdziła, że w dniu 30 stycznia 2024 r. Zamawiający dokonał modyfikacji załącznika nr 6 do SWZ w zakresie treści drugiej kolumny wykazu usług wymagając, aby wykonawcy wpisywali w tej kolumnie: „Dane identyfikujące usługę (w tym nazwa systemu/oprogramowania/narzędzia, oraz nazwę i dane teleadresowe jego użytkownika)”.

Izba uznała zarzut nr 1 odwołania za nieuzasadniony.

Zgodnie z § 9 ust. 1 cytowanego wyżej rozporządzenia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:

3) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Według zapatrywania Izby - „Dane identyfikujące usługę (w tym nazwa systemu/oprogramowania/narzędzia, oraz nazwę i dane teleadresowe jego użytkownika)” mieszczą się w pojęciu „przedmiotu zamówienia” sensu largo w rozumieniu powołanego wyżej przepisu rozporządzenia.

W ocenie Izby – powyższe dane są wykonawcom znane z racji wykonywania przez nich przedmiotu zamówienia lub są możliwe do ich pozyskania w innym przypadku od użytkowników zrealizowanych usług na poziomie podmiotów zarządzających danym systemem informatycznym, jak przykładowo sieci handlowe, linie lotnicze, podmioty świadczące usługi medyczne, itp.

Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego brak możliwości pozyskania takich danych i następnie możliwości ich przekazania Zamawiającemu w celu oceny minimalnego poziomu zdolności zawodowej.

Izba uznała, że poniższe dowody załączone przez Odwołującego do odwołania jako nie związane z zakresem zaskarżenia i nie odnoszące się bezpośrednio do istoty sporu podlegają oddaleniu:

- 1) pismo Asseco do Swiss Life Ltd z dnia 15.10.2021 r.,
- 2) pismo Asseco do Arquiva Group Limited z dnia 15.10.2021 r.,
- 3) pismo Asseco do JetBlue Airways Corporation z dnia 15.10.2021 r.,
- 4) pismo Asseco do KPN BV z dnia 20.12.2021 r.,
- 5) pismo Asseco do Arquiva Group Limited z dnia 2.12.2021 r. przekazane do Comarch przez Arquiva,
- 6) stanowisko Arquiva wyrażone wobec Comarch.

Powyższe dowody, co najwyżej poświadczają wadliwą komunikację w relacjach Odwołującego z kontrahentami, ale nie przesądzają o tym, jakie mogą być podejmowane przez Zamawiającego czynności na podstawie treści podawanych przez wykonawców informacji.

Jednocześnie należy wskazać, że w myśl przepisu art. 112 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zdaniem Izby – żądanie przez Zamawiającego podania w wykazie usług „Danych

identyfikujących usługę (w tym nazwy systemu/oprogramowania/narzędzia, oraz nazwy i danych teleadresowych jego użytkownika)” są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, bowiem umożliwiają Zamawiającemu właściwą ocenę zdolności zawodowych danego wykonawcy, co może być utrudnione czy wręcz niemożliwe w sytuacji podania w wykazie usług przez wykonawców ogólnikowych informacji odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w swoim odwołaniu powołał się również na przepis art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, stosownie do którego, jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Wymaga wskazania, że podanie spornych informacji ma na celu umożliwienie Zamawiającemu uruchomienia powyższego przepisu w sytuacji wystąpienia wątpliwości po jego stronie co do posiadania przez wykonawcę zadeklarowanych w podmiotowym środku dowodowym zdolności zawodowych.

Jeżeli zatem powyższe sporne informacje mają znaczenie dowodowe oraz pomocnicze, to ich szerszy zakres wpływa na pełną realizację celu przepisu art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, polegającego na ustaleniu rzeczywistego zakresu zdolności zawodowej danego wykonawcy.

Powołany przez Odwołującego przepis art. 7 pkt 17) ustawy Pzp, który przewiduje, że ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o podmiotowych środkach dowodowych - należy przez to rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 jest irrelevantny do rozstrzygnięcia tej sprawy, z tego powodu, że definicja ustawowa podmiotowych środków dowodowych nie może podlegać jakiegokolwiek kontestacji.

Ostatecznie, nie potwierdził się również zarzut naruszenia art.16 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Odwołujący nie wykazał, że powyższe wymagania są kierowane jedynie do niego, w sposób niejasny, a żądanie w zakresie podmiotowego środka dowodowego jest nadmierne i niemożliwe do spełnienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

**Przewodniczący:.....**

.....

.....