

Sygn. akt: KIO 3245/22

WYROK
z dnia 21 grudnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 grudnia 2022 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **5 grudnia 2022 roku** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, konsorcjum firm w składzie: **1) Linux Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider konsorcjum) oraz 2) UpWare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Członek konsorcjum) (Odwołujący)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Krakowie**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

- 1) Symmetry Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie(Przystępujący 1),**
- 2) Wingu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Przystępujący 2)**

orzeka:

1. Umarza postępowanie w części na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego informacji z Wykazu dostaw wykonawcy Wingu co do nazw podmiotów, na rzecz których wykonano zamówienia oraz terminów wykonania zamówienia;
2. Umarza postępowanie w części w zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego informacji z Wykazu dostaw wykonawcy Wingu co do wartości

zrealizowanych umów oraz w zakresie zarzutu dotyczącego wykonawcy Symmetry co do pozycji nr 1 złożonego Wykazu dostaw, z powodu ich cofnięcia przez Odwołującego;

3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

4. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, konsorcjum firm w składzie: 1) Linux Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider konsorcjum) oraz 2) UpWare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Członek konsorcjum) i:**

a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, konsorcjum firm w składzie: 1) Linux Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider konsorcjum) oraz 2) UpWare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Członek konsorcjum)** tytułem wpisu od odwołania,

b. zasądza od **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, konsorcjum firm w składzie: 1) Linux Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider konsorcjum) oraz 2) UpWare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Członek konsorcjum)** na rzecz Zamawiającego – Sądu Apelacyjnego w Krakowie reprezentowanego przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Krakowie - kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) 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

Zamawiający: Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z odpowiednim zastosowaniem przepisów dotyczących trybu przetargu nieograniczonego, pn. „Dostawa oprogramowania Red Hat lub równoważnego na rzecz sądów powszechnych oraz Ministerstwa Sprawiedliwości wraz z usługami towarzyszącymi” - umowa ramowa. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 4 października 2022 r., pod numerem 2022/S 191-540146.

Dnia 5 grudnia 2022 roku w prowadzonym postępowaniu do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) (dalej: „PZP”) odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, konsorcjum firm w składzie: 1) Linux Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider konsorcjum) oraz 2) UpWare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Członek konsorcjum), dalej jako „Odwołujący” lub „konsorcjum Linux”.

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. zaniechania odtajnienia i udostępnienia zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa Załącznika nr 4 do SWZ – Wykaz Dostaw – w części dot. podmiotu na rzecz, którego wykonano dostawy, dat wykonania oraz nazw dowodów wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług (dalej łącznie jako: „Wykaz Dostaw”) wykonawcy Wingu sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (dalej: „Wingu”),
2. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (dalej: „Symmetry”), pomimo że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu z Rozdziału VII pkt 1.2 SWZ,
3. zaniechania odrzucenia oferty Symmetry, pomimo tego, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, bowiem w wyniku lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co do spełnienia warunku udziału z Rozdziału VII pkt 1.2 SWZ – które to informacje mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego (tj. decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej),
4. wyboru jako najkorzystniejszej ofert wykonawcy Symmetry pomimo tego, że powinna ona zostać odrzucona, bowiem została złożona przez wykonawcę, który podlega

wykluczeniu i nie spełnia warunków udziału oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 18 ust. 1-3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) (dalej: „UZNK”) w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wingu Wykazu Dostaw, pomimo że wykonawca ten nie wykazał potwierdzenia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 UZNK względem zastrzeganych informacji, a tym samym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest skuteczne;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Symmetry, pomimo iż Symmetry nie spełniało warunku udziału w postępowaniu z Rozdziału VII pkt 1.2 SWZ w zakresie jakim Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym okresie, wykonania co najmniej 2 zamówień (rozumiane jako dwie umowy) na dostawę oprogramowania Producenta Red Hat lub oprogramowania równoważnego, o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 brutto każde;
3. art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Symmetry z postępowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty, pomimo tego, iż w wyniku lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie spełnienia warunku udziału z Rozdziału VII pkt 1.2 SWZ, które to informacje mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, tj. decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej;
4. art. 239 ust. 1 PZP poprzez wybór oferty Symmetry oraz Wingu jako oferty najkorzystniejszych, podczas gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert za najkorzystniejszą powinna zostać uznana niepodlegająca odrzuceniu oferta złożona przez Odwołującego;
5. art. 16 pkt 1-3 PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszych oferty Symmetry oraz Wingu,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. odtajnienie i udostępnienie w Wykazu Dostaw Wingu,
4. wykluczenie z postępowania i odrzucenie oferty Symmetry.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest wykonawcą, który złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę w postępowaniu, która uplasowała

się na czwartym miejscu w rankingu ofert, spośród których Zamawiający zawrze umowę ramową z dwoma najwyżej sklasyfikowanymi wykonawcami. Unieważnienie niezgodnych z PZP czynności Zamawiającego spowoduje, że oferta znajdująca się na I miejscu zostanie odrzucona oraz pozwoli zweryfikować czy wykonawca sklasyfikowany na II miejscu spełnił warunki udziału w postępowaniu, co umożliwi Odwołującemu uzyskanie zamówienia i zawarcie umowy ramowej z Zamawiającym. Nadto, sklasyfikowany na III miejscu wykonawca Decsoft S.A., z uwagi na tzw. „procedurę odwróconą” na obecnym etapie postępowania nie potwierdził spełnienia warunków udziału, skutkiem czego dla Odwołującego „wystarczające” byłoby odrzucenie już jednej oferty z spośród wybranych jako najkorzystniejsze w postępowaniu.

Ewentualne nieuwzględnienie odwołania pozbawi Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, czego skutkiem będzie poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby uzyskując zamówienie.

Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 25 listopada 2022 r. Wobec powyższego Odwołujący dochował więc terminu wynikającego z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a PZP. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu w dniu 5 grudnia 2022 r. oraz uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości 15.000 zł.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający prowadzi postępowanie w celu zawarcia umowy ramowej na dostawę oprogramowania Red Hat lub równoważnego na rzecz sądów powszechnych oraz Ministerstwa Sprawiedliwości wraz z usługami towarzyszącymi.

W postępowaniu wpłynęły łącznie cztery oferty, Odwołującego w łącznej wartości brutto 41 348 289,64 zł, Decsoft S.A. w wysokości 31 935 784,66 zł brutto, Wingu w wysokości 31 359 163,05 zł brutto Symmetry w wysokości 31 271 187,36 zł brutto. Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 49 532 020,00 zł brutto, tym samym wszystkie oferty mieszczą się w budżecie Zamawiającego.

W dniu 25 listopada 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszych ofert Symmetry oraz Wingu. Nadto, Zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji znajdujących się Wykazie Dostaw i zaniechał udostępnienia Odwołującemu tego dokumentu wraz dokumentami potwierdzającymi spełnienie warunku udziału z Rozdziału VII pkt 1.2 SWZ. Nadto, Symmetry nie przedłożyło Zamawiającemu dokumentów potwierdzających należyte wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert usług wskazanych w wykazie dostaw.

[ZARZUT 1 – zaniechanie odtajnienia Wykazu Dostaw Wingu]

Wingu w dniu 18 listopada 2022r. w odpowiedzi na wezwanie do przedłożenia dokumentów trybie art. 126 ust. 1 PZP złożyło między innymi dokument: „UZASADNIENIE ZASTRZEŻENIA JAKO TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA INFORMACJI ZAWARTYCH WE WSKAZANYCH CZĘŚCIACH OFERTY” – zastrzegając jako niejawne informacje znajdujące się Załączniku nr 4 do SWZ – Wykazie Dostaw w części dot. podmiotu na rzecz, którego wykonano dostawy, dat wykonania oraz nazw dowodów wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie.

Odwołujący dokonał szczegółowej analizy uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i stwierdził, że Wingu nie wykazało ziszczenia się przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 UZNK – a zatem nie doszło do skutecznego zastrzeżenia wskazanych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wingu wskazuje, że jednym z kryteriów uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest posiadanie przez nią wartości gospodarczej. Tym niemniej dla żadnej zastrzeganej informacji nie wskazało tej wartości gospodarczej. Wingu w uzasadnieniu zastrzeżenia TP powołuje się na ogólne, które nie potwierdzają posiadania przez zastrzegane informacje waloru tajemnicy przedsiębiorstwa i nie wypełniają przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wartość gospodarcza wynikać zdaniem Wingu ma rzekomo z tego, że *„można z niej pozyskać informacje o stosowanych przez Wykonawcę cenach oraz portfelu klientów, zaś pozyskanie tych informacji przez konkurencję może narazić Wykonawcę na szkodę w postaci obniżenia konkurencyjności Wykonawcy”*. Wingu wskazuje ponadto, że *„Ujawnienie informacji z Wykazu dawałoby możliwość przeprowadzenia przez konkurencję analizy udziału Wykonawcy w rynku oraz pozwalało na uzyskanie nazbyt szerokiej wiedzy na temat potencjału technicznego, możliwości organizacyjnych, stosowanych technologii i skali przedsięwzięć realizowanych przez Wykonawcę czy też jego partnerów. Te informacje, w tej specyficznej formie i konfiguracji zostały wykorzystane jedynie w przedmiotowym postępowaniu, gdzie zgodnie z intencją Wykonawcy i dzięki jego świadomym staraniom zostały objęte tajemnicą”*.

W ocenie Odwołującego prezentowana argumentacja nie wskazuje w żaden sposób na konkretną wartość gospodarczą, stanowi de facto wyłącznie próbę ograniczenia dostępu do informacji zawartych w wykazie i referencjach.

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że informacje te wskazują na potencjał techniczny, możliwości organizacyjne i stosowane technologie, skoro ich treść ma potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, który ze swojej istoty jest jawny. Innymi słowy, zastrzeżone informacje przez wykonawcę w Wykazie Dostaw potwierdzające spełnienie ogólnodostępnego i jawnego warunku udziału wskazują właśnie na posiadany

przez wykonawcę potencjał nie czyniąc z niego tajemnicy. Pozostawienie niejawnych informacji z Wykazu Dostaw wyłącznie pozbawi Odwołującego możliwości weryfikacji czy Wingu faktycznie posiada wymagany przez Zamawiającego potencjał techniczny i spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok TSUE z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21, w której zadano między innymi pytanie prejudycjalne, czy możliwe jest zastrzeżenie dokumentów wskazanych w art. 59 i art. 60 dyrektywy 2014/24/UE oraz w załączniku XII do dyrektywy 2014/24/UE, w całości lub w części, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności w odniesieniu do wykazu posiadanego doświadczenia, referencji, wykazu osób proponowanych do wykonania zamówienia i ich kwalifikacji zawodowych, nazw i potencjału podmiotów, na których potencjał się powołują, lub podwykonawców, jeśli dokumenty te są wymagane w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub dla oceny według kryteriów oceny ofert lub stwierdzenia zgodności oferty z innymi wymaganiami instytucji zamawiającej zawartymi w dokumentacji postępowania (ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

W wyroku Trybunał wskazał, że *„Co się tyczy przede wszystkim stosownego doświadczenia oferentów i referencji, jakie dołączają oni do ofert na potwierdzenie tego doświadczenia i swoich zdolności, należy stwierdzić, że takich informacji, odpowiadających w znacznym stopniu informacjom wymienionym w załączniku XII do dyrektywy 2014/24, do którego odwołują się w szczególności art. 60 i 63 tej dyrektywy, nie można uznać w całości za poufne.*

W przypadku gdy wykonawca bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie może on zasadnie żądać, aby zachowano w całości lub w przeważającej części poufność wykazu uzyskanych zamówień lub zrealizowanych projektów, dzięki którym zdobył on stosowne doświadczenie na potrzeby danego zamówienia publicznego, a także referencji pozwalających na potwierdzenie tego doświadczenia.

Ze względu bowiem na to, że doświadczenie oferenta nie stanowi z reguły tajemnicy, jego konkurentów nie można co do zasady pozbawić dotyczących tego doświadczenia informacji w oparciu o pojęcie „tajemnicy przedsiębiorstwa” używane w prawie danego państwa członkowskiego w celu wyznaczenia zakresu poufności, o której mowa w art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24, lub w oparciu o pojęcie ochrony „uzasadnionych interesów handlowych” czy ochrony „uczciwej konkurencji” w rozumieniu art. 55 ust. 3 tej dyrektywy. W każdym wypadku zgodnie z przypomnianymi w pkt 66 i 67 niniejszego wyroku zasadami wynikającymi z orzecznictwa Trybunału oferenci muszą, w trosce o przejrzystość i w celu zapewnienia poszanowania wymogów dobrej administracji i skutecznej ochrony sądowej, mieć dostęp przynajmniej do zasadniczej treści przekazanych przez każdego z nich instytucji

zamawiającej informacji dotyczących ich stosownego doświadczenia na potrzeby danego zamówienia publicznego oraz referencji pozwalających na potwierdzenie tego doświadczenia. Dostęp ten pozostaje jednak bez uszczerbku dla szczególnych okoliczności związanych z niektórymi zamówieniami na produkty lub usługi wrażliwe, które mogą wyjątkowo uzasadniać odmowę udzielenia informacji ze względu na któryś z pozostałych powodów wymienionych w art. 55 ust. 3 dyrektywy 2014/24, związanych z przestrzeganiem określonych w prawie zakazów lub wymogów lub z ochroną interesu publicznego”.

Odnosząc się natomiast do obowiązku „wykazania” przez wykonawcę wystąpienia przesłanek z art. 11 ust. 2 UZNK wobec zastrzeganych informacji Odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 roku, sygn. akt XXIII Zs 53/21 oraz wyrok Sądu Okręgowy w Warszawie z dnia 24 lutego 2022 roku, sygn. akt XXIII Zs 133/21. Odwołujący podkreśla, że obecnie doktryna i orzecznictwo całkowicie odchodzi od wcześniejszej linii orzeczniczej prezentuje stanowisko całkowicie odmienne od tego, na jakie powołuje się Wingu. Obecna linia orzecznicza za punkt wyjścia przyjmuje zasadę jawności i wynikające z niej skutki.

Obowiązkiem Wingu było wykazanie wystąpienia łącznie 3 przesłanek z legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 UZNK, tj.:

- 1) posiadania cech informacji technicznej, technologicznej, organizacyjnej przedsiębiorstwa lub inne informacje, która posiada wartość gospodarczą,
- 2) wykazania, że informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
- 3) wykazania podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania tych informacji w poufności.

Tymczasem wykonawca Wingu, w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w żadne sposób nie potwierdził zmaterializowania się wszystkich przesłanek, w szczególności nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji – w konsekwencji czego Wykaz Dostaw wraz dokumentami przedłożonymi na potwierdzenie spełnienia warunku powinien zostać ujawniony i przekazany Odwołującemu.

Z ostrożności procesowej Odwołujący zaznaczył, iż zakres zarzutu 1 zmierzający do odtajnienia Wykazu Dostaw nie uprawnia Odwołującego do domagania się na obecnym etapie postępowania odrzucenia oferty Wingu z uwagi na niespełnienie warunku udziału z Rozdziału VII pkt 1.2 SWZ. Podstawą faktyczną każdego z zarzutów może być bowiem wyłącznie treść dokumentów złożonych przez Wingu, tj. treść Wykazu Dostaw. Tak długo, jak treść dokumentu jest niedostępna Odwołującemu – Odwołujący nie może sformułować w tym zakresie zarzutów. Termin na podnoszenie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP otworzy się dla Odwołującego dopiero w dniu, w którym Zamawiający udostępni

Odwołującemu Wykaz Dostaw (oczywiście o ile Izba lub Zamawiający uzna zarzut za zasadny i uwzględni go).

Jak wskazał TSUE w wyroku z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21: „106. W tym kontekście należy do niego w szczególności uwzględnienie utrwalonego orzecznictwa Trybunału, zgodnie z którym wyznaczony w art. 1 dyrektywy 89/665 cel polegający na zagwarantowaniu skutecznych środków odwoławczych w przypadkach naruszeń przepisów obowiązujących w dziedzinie udzielania zamówień publicznych może zostać osiągnięty wyłącznie wówczas, gdy bieg terminu na wniesienie odwołania od danej decyzji rozpoczyna się dopiero w dniu, w którym wnoszący odwołanie dowiedział się lub powinien był się dowiedzieć o zarzucanym naruszeniu rzeczonych przepisów [wyroki: z dnia 28 stycznia 2010 r., Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, pkt 32; z dnia 8 maja 2014 r., Idrodinamica Spurgo Velox i in., C-161/13, EU:C:2014:307, pkt 37; a także postanowienie z dnia 14 lutego 2019 r., Cooperativa Animazione Valdocco, C-54/18, EU:C:2019:118, pkt 45].

107. W konsekwencji, gdyby krajowe prawo proceduralne nie pozwalało sądowi rozpatrującemu odwołanie od decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego na zastosowanie w toku postępowania środków przywracających poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego, sąd ten powinien – jeżeli okaże się, że prawo to naruszono ze względu na nieujawnienie informacji – albo uchylić tę decyzję o udzieleniu zamówienia, albo uznać, że odwołujący się może ponownie wnieść odwołanie od już podjętej decyzji o udzieleniu zamówienia, przy czym bieg terminu na jego wniesienie rozpoczyna się dopiero w dniu, w którym ów odwołujący się uzyskał dostęp do wszystkich informacji, w odniesieniu do których niesłusznie zachowano poufność.

108. W związku z tym na pytanie siódme trzeba odpowiedzieć, że art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, iż w przypadku stwierdzenia w toku rozpatrywania odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego, że instytucja zamawiająca ma obowiązek ujawnić odwołującemu się informacje, w odniesieniu do których niesłusznie zachowano poufność, oraz że ze względu na nieujawnienie tych informacji naruszono prawo do skutecznego środka prawnego, stwierdzenie to nie musi koniecznie prowadzić do wydania przez tę instytucję zamawiającą ponownej decyzji o udzieleniu zamówienia, o ile krajowe prawo proceduralne pozwala sądowi rozpatrującemu sprawę na zastosowanie w toku postępowania środków przywracających poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego lub na uznanie, że odwołujący się może ponownie wnieść odwołanie od już podjętej decyzji o udzieleniu zamówienia. Bieg terminu na wniesienie takiego odwołania może rozpocząć się dopiero w dniu, w którym ów odwołujący się uzyskał dostęp do wszystkich informacji, w odniesieniu do których niesłusznie zachowano poufność.”

[ZARZUT 2 – zaniechanie odrzucenia oferty Symmetry pomimo tego, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania]

Zgodnie z treścią warunku udziału z Rozdziału VII pkt. 1.2 SWZ: *„Zamawiający uzna warunek dotyczący zdolności zawodowej za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym okresie, wykonał co najmniej 2 zamówienia (rozumiane jako dwie umowy) na dostawę oprogramowania Producenta Red Hat lub oprogramowania równoważnego, o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 brutto każde; W przypadku składania oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musi samodzielnie spełniać warunek dotyczący zdolności zawodowej.”*

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału wykonawca Symmetry wskazał w wykazie dostaw zrealizowanie dwóch projektów: pierwszy, na rzecz Skarbu Państwa, Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej oraz drugi, na rzecz Centralnego Ośrodka Informatyki.

Zgodnie z Rozdziałem IX pkt 3.1.1 SWZ podmiotowymi środkami dowodowymi składanymi w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu są: *„Wykaz dostaw 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 zostały wykonane lub są wykonywane wraz z załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wzór wykazu stanowi Załącznik nr 4 do SWZ. Wykaz wraz z dowodami, muszą zawierać informacje potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej Wykonawcy. Dowodami, o których mowa powyżej są: referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy 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”.*

Symmetry natomiast nie przedłożyło referencji ani żadnego innego dokumentu potwierdzającego wykonanie zamówienia na rzecz Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej. Tym samym Zamawiający nie miał żadnych podstaw do stwierdzenia, że dostawa ta została zrealizowana w sposób należyty.

Powyższe Odwołujący wywodzi z faktu, że Zamawiający na wniosek o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami – w tym w szczególności ofert konkurencji, nie przekazał żadnego potwierdzenia zrealizowania przez Symmetry zamówienia wskazanego w pkt 1 wykazu dostaw. Skutkiem tego Odwołujący zwrócił się poprzez platformę z dodatkowym pytaniem, na które Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

„Pytanie:

Dzień dobry, Na podstawie przesłanych dokumentów stwierdzamy, że brakuje dowodu / referencji nr 1 w ramach oferty złożonej przez firmę Symmetry. Jak również dowodu / wyliczeń, że złożone referencje spełniają wymagania SIWZ. Uprzejmie prosimy o udostępnienie brakujących dokumentów oraz oświadczeń.

Odpowiedź:

Dzień dobry, udostępniony został Państwu komplet dokumentów. Zamawiający nie może narzucać określonej formy potwierdzenia wykonania zamówienia, zgodnie z pkt.3.1.1. swz: "dowodami, o których mowa powyżej są: referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane". Protokół odbioru potwierdza prawidłowe wykonanie umowy i jest wystarczającym dowodem. Zgodnie z rozporządzeniem w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy: § 9. 1. W celu potwierdzenia spełnienia 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: (...) 2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, (...), 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 jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy(...)"

Powyższe potwierdza więc, że Zamawiający w sposób całkowicie nieuprawniony przyjął, że projekt na rzecz Ministra Finansów został zrealizowany w należyty sposób wyłącznie w oparciu o informacje własne Symmetry z wykazu dostaw – wbrew wymogom z pkt. 3.1.1 SWZ. Tym samym Symmetry nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu i winien podlegać wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu.

Odwołujący dodał, że w jego ocenie również protokoły odbioru z projektu wskazanego w pkt 2 wykazu dostaw realizowanego na rzecz Centralnego Ośrodka Informatyki („COI”), nie potwierdzają, że wykonawca ten zgodnie z treścią warunku

zrealizował zamówienie w wymaganym przez Zamawiającego terminie, tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, czyli do 3 listopada 2022 r.

Zgodnie z treścią wykazu dostaw (i oświadczenia) Symmetry, projekt na rzecz COI został zrealizowany do 3 listopada 2022 r. Natomiast dowody przedłożone na potwierdzenie realizacji tego zamówienia tj. protokołu odbioru ilościowego z lokalizacji ul. Barcicka oraz protokołu odbioru ilościowego z lokalizacji ul. 11 Listopada prowadzą do sprzecznych wniosków, których Zamawiający nie próbował wyjaśnić, m.in. w zakresie rozbieżności dat realizacji umów, na które Symmetry powołuje się w wykazie dostaw oraz dat wynikających z protokołów.

Przedłożone protokoły zostały sporządzone 16 listopada 2022 r. (po terminie składania ofert), wskazując na datę wykonania zamówienia: 20 października 2022 r. Należy więc przyjąć, że nie odzwierciedlają one zrealizowania projektu w sposób należyty w zakresie prac wykonywanych w okresie od 20.10.2022 r. do 3.11.2022 r., na którą to datę zakończenia projektu wskazuje Symmetry w wykazie dostaw.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż rozbieżności pomiędzy przedmiotem postępowania oraz dowodami, jakie Symmetry przedstawił celem potwierdzenia realizacji zamówienia na rzecz COI, na które powołuje się w wykazie dostaw dodatkowo wprost wskazują na niespełnienie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

W postępowaniu celem Zamawiającego jest wyłonienie wykonawców, z którym zawrze on umowę ramową na dostawę oprogramowania RED HAT lub równoważnego na rzecz sądów powszechnych oraz Ministerstwa Sprawiedliwości, wraz z usługami towarzyszącymi. W związku z czym jako warunek udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał w rozdziale VII pkt. 1.2 SWZ: *„Zamawiający uzna warunek dotyczący zdolności zawodowej za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym okresie, wykonał co najmniej 2 zamówienia (rozumiane jako dwie umowy) na dostawę oprogramowania Producenta Red Hat lub oprogramowania równoważnego, o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 brutto każde; (...)”*.

Odwołujący zwrócił uwagę na warunki umowy producenta Red Hat, która reguluje zasady korzystania z oprogramowania oraz usług Red Hat (The Red Hat Enterprise Agreement) subskrypcja, w ramach której dany podmiot nabywa prawo do używania oprogramowania tego producenta nie obejmuje dostawy oprogramowania a jedynie dostawę usług. W ust. 3, pkt. 3.1. lit. b) in fine producent wskazuje: *The Software Subscription Fees are for Services; there are no Fees associated with the Software licenses* (tłum.: *Oplaty za Subskrypcję Oprogramowania dotyczą usług; z licencjami na Oprogramowanie nie są związane żadne Oplaty*).

W związku z powyższym umowy, na które w wykazie dostaw powołuje się Symmetry nie obejmują dostawy oprogramowania, będącego przedmiotem postępowania, a jedynie usługi. Odwołujący również podkreślał, że zgodnie z treścią The Red Hat Enterprise Agreement ust. 2 pkt. 2.1 oraz 2.2. producent Red Hat wskazuje (2.1.) *The Agreement begins on the Effective Date and continues until it is terminated as set forth below.* (tłum. *Umowa rozpoczyna się w Dacie wejścia w życie i obowiązuje do momentu jej rozwiązania w sposób określony poniżej.*) oraz *Unless otherwise agreed in writing, a Service that you order will start at the earliest of (a) your first use of the Service; (b) the date you purchased the Service; or (c) the start date contained in the Order Form, and will end at the expiration of the Services Term unless sooner terminated as set forth below (...)* (tłum. *O ile nie uzgodniono inaczej na piśmie, zamówiona Usługa rozpocznie się najwcześniej z (a) datą pierwszego użycia Usługi; (b) datą zakupu Usługi; lub (c) datą rozpoczęcia zawartą w Formularzu Zamówienia i zakończy się wraz z wygaśnięciem Okresu świadczenia usług, chyba że zostanie wcześniej rozwiązana zgodnie z poniższymi postanowieniami. (...)*).

Oznacza to, że umowa z COI, na którą Symmetry powołuje się w Wykazie Dostaw jest umową trwającą, ponieważ usługa nie jest dostarczana w pierwszym dniu jej trwania, ale w sposób ciągły w czasie trwania subskrypcji. Warunkiem udziału w postępowaniu jest natomiast wykonanie co najmniej dwóch dostaw we wskazanym przez Zamawiającego zakresie. Oznacza to, że wykonawca Symmetry powołuje się na umowę, która nie została w dacie składania ofert wykonana. To z kolei prowadzi do wniosku, że wartość tej umowy, której czas trwania wynosi 36 miesięcy w zakresie jaki dotyczy dostawy środowiska zarządzania kontenerami (Red Hat OpenShift Platform Plus (Bare Metal Node), Premium (1-2 sockets)) w okresie od dnia jej zawarcia (05.07.2022) do dnia składania ofert w przedmiotowym postępowaniu (03.11.2022) nie osiągnęła wymaganej wartości, tj. min. 1 000 000,00 brutto – w konsekwencji czego nie potwierdza spełnienia przez Symmetry warunku udziału z Rozdziału VII pkt. 1.2 SWZ.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 2 kwietnia 2019 r. KIO/KD 20/19: „W tzw. procedurze odwróconej dokumenty składane na wezwanie po upływie terminu składania ofert muszą być aktualne co do daty ich wystawienia, a przede wszystkim co do daty potwierdzającej spełnianie warunków udziału wykonawcy w postępowaniu. W żadnym okresie obowiązywania p.z.p. nie występowały przyzwolenia na potwierdzanie spełniania wymagań dokumentami stwierdzającymi stan faktyczny powstały (nabycie praw) po upływie terminu składania ofert. Okoliczności takie stanowią o naruszeniu przepisów stanowiących o obowiązku zamawiającego wykluczenia wykonawcy z postępowania, odrzucenia oferty wykonawcy, stanowią o rażącym naruszeniu zasady zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”.

Wobec powyższego Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Symmetry, w konsekwencji czego oferta tego wykonawcy podlegać powinna odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP.

[ZARZUT 3 - zaniechanie wykluczenia Symmetry z postępowania pomimo przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd]

Takie działania Symmetry prowadzą również do wniosku, że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, które to informacje mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu (tj. wybór oferty najkorzystniejszej). Tym samym Symmetry w ocenie Odwołującego dopuścił się czynu, o którym mowa w art. art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP, czego skutkiem powinno być wykluczenie Symmetry z postępowania.

Wskazane niezgodności z wynikające z dat realizacji projektu na rzecz COI oraz niepotwierdzenie wartości zamówienia oraz wobec nieprzedłożenia żadnych dowodów na potwierdzenie zrealizowania dostaw na rzecz Ministra Finansów – z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można stwierdzić, że Symmetry zdawał sobie sprawę z tego, że nie spełnienia warunków udziału z Rozdziału VII pkt 1.2. SWZ. Świadczy to o tym, że Symmetry mógł działać intencjonalnie, a w najlepszym wypadku lekkomyślnie lub niedbale, licząc na to, że Zamawiający nie zweryfikuje dokładnie protokołów odbioru i zakresu zrealizowanych prac.

Powyższe stanowisko znajduje oparcie w utrwalonym orzecznictwie KIO wydanym jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy PZP:

a. *„Zdaniem Izby takiego niedbalstwa dopuścił się przystępujący, który co najmniej posłużył się w postępowaniu nieprawdziwymi informacjami nie weryfikując informacji przekazywanych mu przez podmiot trzeci - to jest firmę A. sp. z o.o. Wzięto pod uwagę, że w profesjonalnym obrocie reguły należytej staranności wymagają upewnienia się, czy stan rzeczy deklarowany w oświadczeniach składanych zamawiającemu odpowiada rzeczywistości”* (wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2015 r., KIO 726/15);

b. *Przyjmuje się, że informacje mają wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli ich złożenie przesądza o wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, ocenie ofert lub możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą* (wyrok KIO z dnia 23 lipca 2015 r., KIO 1425/15).

[ZARZUT 4 - wybór jako najkorzystniejszych ofert wykonawcy Symmetry oraz Wingu]

Czynności i zaniechania Zamawiającego opisane w zarzutach prowadzą zdaniem Odwołującego do wniosku, że zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Symmetry oraz odstąpienia i udostępnienia zastrzeżenia Wykazu Dostaw Wingu skutkowało nieuprawnionym wyborem jako najkorzystniejszych w postępowaniu ofert tych wykonawców.

W konsekwencji, Zamawiający naruszył także art. 239 ust. 1 PZP.

W oparciu o powyższe, Odwołujący wnosił jak w petitum.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia w ramach umowy ramowej. Wybór ofert innych wykonawców, którzy w ocenie Odwołującego nie potwierdzili spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zaniechania w tym zakresie czynności przez Zamawiającego godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłoszenie przystąpienia złożyli następujący wykonawcy:

1. Symmetry Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,
2. Wingu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

Izba potwierdziła skuteczność przystąpień i dopuściła wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Przystępujący wnosili o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający i Przystępujący 1 złożyli pisemne stanowiska wraz z dodatkowym materiałem dowodowym, w których wnosili o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu nr 1 postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, a co potwierdził również Odwołujący na posiedzeniu przed Izbą, Zamawiający w dniu 13 grudnia 2022 roku, po wniesieniu odwołania, poinformował o częściowym odtajnieniu złożonych przez Wingu podmiotowych środków dowodowych tj. Wykazu dostaw wraz z referencjami. Odtajnienie dotyczyło nazw podmiotów z Wykazu, na rzecz których wykonywane były zamówienia referencyjne oraz dat wykonywania tych zamówień. Zamawiający czyniąc powyższe bazował na informacjach powszechnie dostępnych na stronie Przystępującego 2 o jego klientach. Informacje powyższe otrzymał również Odwołujący.

Biorąc te ustalenia pod uwagę, Izba podziela wnioski Odwołującego o umorzenie postępowania odwoławczego na wskazanej podstawie prawnej, ponieważ jego prowadzenie stało się z innej przyczyny zbędne. Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał zmiany dotychczasowego stanowiska w zakresie honorowania informacji, które Przystępujący 2 oznaczył jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający dokonał ponownej analizy uzasadnienia zastrzeżenia informacji i w wyniku tej analizy odtajnił części informacji, które objęte zostały zarzutami odwołania. Tym samym Odwołujący uzyskał informacje, o których odtajnienie wnioskował w żądaniach odwołania. Orzekanie więc co do tych zarzutów i żądań stało się zbędne, ponieważ Zamawiający przed wydaniem orzeczenia przez Izbę, uczynił im zadość. Powyższe oznacza, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego a jednocześnie interes Odwołującego został zabezpieczony przez otrzymanie wnioskowanych informacji od Zamawiającego.

Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy Pzp). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego polegająca na zaniechaniu odtajnienia informacji zawartych w Wykazie złożonym przez Przystępującego 2.

Izba wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed Izbą. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązana uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu

orzekającego Izby należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepisu ustawy Pzp – zbędne.

Jednocześnie Zamawiający uznał, że informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa są dane dotyczące wartości wykonanych zamówień. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, dlaczego uzasadnienie zastrzeżenia tych konkretnych informacji uznaje za właściwe i w jaki sposób Przystępujący 2 wykazał spełnienie przesłanek umożliwiających traktowanie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący na posiedzeniu przed Izbą oświadczył, iż w tym zakresie wycofuje zarzut dotyczący Wykazu dostaw złożonego przez Wingu, co oznaczało, iż również w tym zakresie postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu.

Odwołujący na posiedzeniu przed Izbą wycofał również zarzut i przypisane mu żądania dotyczące pozycji nr 1 z Wykazu dostaw złożonego przez Przystępującego Symmetry. W tym zakresie postępowanie odwoławcze także podlegało umorzeniu.

W pozostałym podtrzymywanym przez Odwołującego zakresie, w ocenie składu orzekającego Izby, odwołanie podlegało oddaleniu.

Treść warunku udziału w postępowaniu nie była sporna między stronami. Zamawiający wskazał w zapisach SWZ, że uzna warunek dotyczący zdolności zawodowej za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym okresie, wykonał co najmniej 2 zamówienia (rozumiane jako dwie umowy) na dostawę oprogramowania Producenta Red Hat lub oprogramowania równoważnego, o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 brutto każde.

Istota sporu sprowadza się do oceny, czy przez wskazane w pozycji nr 2 Wykazu dostaw zamówienie realizowane na rzecz COI Przystępujący 1 potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu i nie wprowadził Zamawiającego w błąd.

Odnosząc się do wątpliwości Odwołującego w przedmiocie dat wykonania zamówienia referencyjnego i dat wystawienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tego zamówienia, Izba podkreśla, że oprócz Wykazu dostaw Przystępujący 1 złożył także dokument pt. Potwierdzenie uruchomienia subskrypcji, który potwierdza, że uruchomienie miało miejsce 3 października 2022 roku. Dokument ten także niezbicie potwierdza, że dostawa w ramach umowy wykonania większego zakresu zamówienia

została zrealizowana należycie. Zdaniem Izby Zamawiający w sposób uprawniony uznał, że data 3 listopada 2022 roku, która została umieszczona w Wykazie dostaw może stanowić omyłkę pisarską, która ma oczywisty charakter i nie wymaga uzyskania od wykonawcy dodatkowych wyjaśnień i jednocześnie nie wpływa na ocenę spełnienia warunku przez tego wykonawcę.

Co do dat sporządzenia protokołu odbioru, to jak celnie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, sama czynność sporządzenia protokołu ma charakter czynności technicznej i może być wykonana po realizacji zamówienia. Protokoły odbioru ilościowego, który miał miejsce w dwóch odrębnych lokalizacjach zostały sporządzone w dniu 15 listopada 2022 roku, zaś samo dostarczenie poszczególnych komponentów miało miejsce 20 października 2022 roku, przy czym w odrębnym dokumencie potwierdzono, że dostarczenie oprogramowania Red Hat miało miejsce 3 października 2022 roku. Same zaś protokoły odbioru ilościowego odnoszą się do szeregu innych elementów, które były przedmiotem zadania referencyjnego, a które z punktu widzenia Zamawiającego nie miały większego znaczenia, ponieważ warunkiem w postępowaniu objęta była sytuacja posiadania doświadczenia w dostawie oprogramowania określonego typu o określonej wartości. Zarówno dostawę tego oprogramowania, jak też wartość tej części zamówienia referencyjnego oraz należyte wykonanie zamówienia potwierdza dokument pt. Potwierdzenie uruchomienia subskrypcji. Protokoły odbioru ilościowego mają wtórny do tego dokumentu charakter i odnoszą się także do innych komponentów, które dostarczane były w ramach zawartej umowy, zgodnie z ustalonym harmonogramem. Za nieuprawnioną i przekraczającą zarzuty odwołania Izba uznała argumentację Odwołującego przedstawioną na rozprawie, a związaną z zapisami umowy podstawowej, z której wynikało, że potwierdzeniem jej należytego wykonania jest podpisanie ostatecznego protokołu końcowego. Dostrzeżenia wymaga, że nawet gdyby uznać, że to protokół końcowy decydowałby o ostatecznym wykonaniu przedmiotu zamówienia, to możliwe jest wyszczególnienie w nim elementów związanych z etapowaniem wykonania zadania. Możliwe jest także sporządzanie protokołów częściowych odbiorów, których zapisy znajdują odzwierciedlenie w protokole końcowym, także w odniesieniu do dat wykonania poszczególnych etapów zamówienia. Ponadto, jak już Izba zauważyła, zadanie referencyjne miało bardzo rozbudowany charakter, dotyczyło realizacji dużego projektu inwestycyjnego, w ramach którego miała miejsce także dostawa sprzętu i różnego typu oprogramowania. Nawet gdyby w dostawie pewnych elementów tego projektu doszło do opóźnień, to Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymagał wykazania się konkretnym doświadczeniem zawodowym. Nie było to doświadczenie związane z realizacją większego przedsięwzięcia, ale dotyczące pewnego wycinka tego

przedsięwzięcia. Przez złożone dokumenty Przystępujący 1 wykazał, że w tym zakresie dostawa została wykonana należycie, potwierdza wartość zamówienia, którą narzucił Zamawiający i miała miejsce w okresie 3 letnim przed upływem terminu składania ofert.

Poddając analizie złożoną przez Odwołującego korespondencję z COI, Izba nie dopatrzyła się potwierdzenia wniosków przedstawionych w odwołaniu. Wystawca referencji potwierdził okres obowiązywania całej umowy, potwierdził także wartość zamówienia na dostawę oprogramowania, które objęte zostało warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu, potwierdzono również daty, w których miało miejsce podpisanie protokołów końcowych i należyte wykonanie zamówienia.

Przechodząc do oceny zasadności zarzutów dotyczących charakteru umowy referencyjnej, to jest czy jej przedmiotem była usługa czy dostawa, Izba pragnie zauważyć, że Odwołujący nie zaprzeczał, iż samo oprogramowanie Red Hat jest ogólnodostępne, natomiast sprzedawane jest ono w modelu subskrypcyjnym, czyli oprogramowanie jest pobierane ze strony po wygenerowaniu dla klienta certyfikatu, który rozpoczyna korzystanie z subskrypcji, rozumianej jako udzielenie usług wsparcia. Gdyby uznać za logiczne wywody Odwołującego, że w takim przypadku mamy do czynienia jedynie z usługami, to samo prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę miałoby się z celem. Klient bowiem samodzielnie, bez korzystania z pośredników mógłby pobrać oprogramowanie ze strony i na tym polegałby cały proces dostawy. Kluczowe znaczenie dla przedmiotu sporu ma w ocenie Izby okoliczność, że tego typu oprogramowanie jest dystrybuowane jako oprogramowanie i wsparcie. Czyli dostarczenie oprogramowania (rozumiane jako dostarczenie odpowiedniego certyfikatu) oznacza jednocześnie umożliwienie korzystania Zamawiającemu z usług wsparcia. W tym właśnie znaczeniu Zamawiający objął warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu konieczność posiadania odpowiedniego doświadczenia zawodowego w wykonaniu dostaw określonego rodzaju. Samo zaś dostarczenie oprogramowania ma charakter jednorazowy, za którą to czynność Zamawiający dokonuje zapłaty niejako z góry. Zapłata ta obejmuje pewien wycinek czasu, w którym będzie on mógł korzystać z funkcji danego oprogramowania. Potwierdzają to wyciągi przedstawione przez Przystępującego 1 wraz z tłumaczeniem z Red Hat Enterprise Agreement (EA), w tym odniesienie się do funkcjonujących w ramach tego aktu definicji pojęć w nim występujących. Wynika z nich, że subskrypcja obejmuje czasowy dostęp do oprogramowania, czyli prawo do jego użytkowania (co było objęte warunkiem udziału w postępowaniu) wraz z usługami wsparcia. Nie są to same usługi, jak zdaje się sugerować odwołanie.

Jak celnie podkreślił w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, z definicji pojęcia „dostawa” funkcjonującej w ramach ustawy Pzp za dostawę przyjmuje się także nabywanie produktów pod postacią praw majątkowych. Definicja pojęcia „dostawa” w rozumieniu przepisów ustawy Pzp ma szerszy charakter niż pojęcie „dostawy” w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego. Ustawa Pzp posługuje się szerszym pojęciowo zakresem niż podejście cywilistyczne.

W przedmiocie oceny zagadnienia przedstawionego w odwołaniu, że nie mamy do czynienia z dostawą, którą uznać można za zakończoną, zdaniem Izby dostrzeżenia wymaga, że podstawą korzystania ze wsparcia (subskrypcji) jest samo dostarczenie oprogramowania. Ten element należy uznać za świadczenie główne, a usługi wsparcia za świadczenie dodatkowe. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie mamy w tym przypadku do czynienia ze świadczeniem o charakterze ciągłym. Dostawa jest elementem jednoazowym, a zapłata odpowiedniej ceny za nabywane oprogramowanie umożliwia zamawiającym korzystanie z niego przez określony czas. Tym samym usługi wsparcia mają charakter dodatkowy do samej dostawy oprogramowania. Bez tego elementu głównego świadczenie usług wsparcia mija się z celem. Jednocześnie zapłata za te usługi następuje z góry, co potwierdza formularz cenowy Przystępującego 1 złożony w ramach postępowania prowadzonego przez COI. Nie oznacza to jednak, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że możliwe jest powoływanie się na zdobyte doświadczenie dopiero z momentem zakończenia świadczenia usług wsparcia. Zauważyć należy, że rola dostawcy oprogramowania kończy się niejako w momencie uzyskania dla zamawiającego odpowiedniego certyfikatu, który umożliwia mu korzystanie z oprogramowania i za powyższe dostawca otrzymuje zapłatę wynagrodzenia. To nie dostawca świadczy usługi wsparcia. Jak słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający *„Przyjęcie sugerowanej przez Odwołującego teorii, że o wykonaniu dostawy możemy mówić dopiero po zakończonym okresie świadczenia usług, wypaczałoby sens i cel postanowionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu już chociażby z tego względu, że płatność za dostawę oprogramowania odbywa się z góry, a nie dopiero po zakończeniu świadczenia usług towarzyszących w ramach okresu wsparcia subskrypcyjnego”*. Zamawiający i Przystępujący posłużyli się w pismach procesowych dobrym przykładem dostawy sprzętu komputerowego wraz z gwarancją. Odwołujący nie miał wątpliwości, że momentem zakończenia takiego zadania jest dostarczenie sprzętu, zaś inne usługi/zadania mają charakter dodatkowy. Dodatkowo w ocenie Izby, w tożsamy sposób rozumie tak ustalone warunki udziału w postępowaniach sam Odwołujący, o czym świadczy materiał porównawczy złożony przez Zamawiającego. Odwołujący także wskazuje na proces dostawy trwający kilka dni, a za wartość dostawy przyjmuje kwotę potwierdzoną przez wystawione

faktury. Nie jest więc tak, że Odwołujący niejako „rozbija” wartość dostarczonego oprogramowania na poszczególne lata świadczenia usług wsparcia i operuje kwotą skonsumowaną przez zamawiających równą temu okresowi. Nie można w ocenie Izby twierdzić, że w przypadku Przystępującego 1 umowa z COI nie została zrealizowana, bowiem nie zakończył się jeszcze proces wsparcia dostępny po dostarczeniu oprogramowania. Główny przedmiot tej umowy został wykonany, dostawca otrzymał zapłatę za towar i nabył odpowiednie doświadczenie. W przypadku zamówienia referencyjnego nie mieliśmy do czynienia z sukcesywną dostawą oprogramowania, czyli pewnym procesem rozłożonym w czasie, wówczas można byłoby uznać wnioski odwołania za uprawnione. Charakter tej umowy był w ocenie Izby jednoznaczny, a tym samym zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Nie podlegały także uwzględnieniu zarzuty odwołania, w których Odwołujący wskazywał, że Zamawiający został umyślnie lub co najmniej w wyniku niedbalstwa wprowadzony w błąd, co miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby podmiotowe środki dowodowe potwierdzały wymagany warunkiem udziału w postępowaniu poziom doświadczenia zawodowego, potwierdzały należyte wykonanie dostaw referencyjnych, nie można z nich wyprowadzić innych wniosków niż przedstawili Zamawiający i Przystępujący 1. Wykonawca wybrany nie ukrywał żadnych okoliczności związanych z dostawami referencyjnymi, złożył odpowiednie dokumenty, którymi potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Przebieg badania i oceny ofert pokazuje, że Zamawiający z otrzymanych dokumentów wyprowadził właściwe wnioski, nie został ich treścią wprowadzony w błąd, nie miał wątpliwości co do zakresu rzeczowego i kwotowego zrealizowanego zamówienia referencyjnego, właściwie odczytał intencje Przystępującego 1. Mając na uwadze powyższe, zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Tym samym nie potwierdziły się również zarzuty dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp i prowadzenia postępowania z naruszeniem zasad wynikających z ustawy Pzp.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego. Jednocześnie Izba odmówiła przyznania Zamawiającemu kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą, nie zostały one bowiem udowodnione rachunkami, a jedynie wyszczególnione w ramach złożonego spisu kosztów.

Przewodniczący:

.....