

Sygn. akt: KIO 1415/16, KIO 1428/16

**WYROK**

**z dnia 22 sierpnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu: 16 sierpnia 2016 r. w Warszawie:

- 1) odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2016 r. przez **wykonawcę Prointegra S. A. z siedzibą w Katowicach (sygn. akt KIO 1415/16)**;
- 2) odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2016 r. przez **wykonawcę ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1428/16)**;

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Skarb Państwa: Ministerstwo Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie**;

**przy udziale:**

- **wykonawcy Betacom S. A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego (**odwołanie o sygn. akt KIO 1415/16, KIO 1428/16**);

**orzeka:**

**A. Odwołanie o sygn. akt KIO 1415/16**

**1. Oddala odwołanie;**

**2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Prointegra S. A. z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,

**B. Odwołanie o sygn. akt KIO 1428/16**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności oceny ofert a także unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**
2. **Kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa: Ministerstwo Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie i:**
  - 1) **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) **zasądza od Skarbu Państwa: Ministerstwa Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie** na rzecz **wykonawcy ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Skarb Państwa: Ministerstwo Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. z 2015 r., poz. 2164) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowania o udzielenie zamówienia na: „*Utrzymanie i rozwój systemu HP Service Manager oraz szkolenia dla użytkowników systemu HP Service Manager*”.

Ogłoszenia o zamówieniu zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 kwietnia 2016 r. pod numerami: 2016/S 071-124549.

### **Odwołanie o sygn. akt KIO 1415/16**

Wykonawca Prointegra S. A. z siedzibą w Katowicach (zwany dalej: „*Odwołującym Prointegra*”) w dniu 29 lipca 2016 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na brak przedłużenia terminu związania ofertą na żądany przez Zamawiającego okres, jak również zaniechania wykluczenia wykonawcy Betacom S. A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp oraz w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy.

Odwołujący Prointegra zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- a) Art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne i sprzeczne z tym przepisem wykluczenie Odwołującego mimo, że zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą na żądany przez Zamawiającego okres oraz wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą,
- b) Art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne i sprzeczne z ww. przepisami dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej Betacom S.A., mimo że oferta ww. wykonawcy podlegała odrzuceniu i nie była ofertą najkorzystniejszą,
- c) Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia Rozdz. 1 ust. 7.2.2 warunek a) i warunek b), poprzez bezpodstawne i

sprzeczne z postanowieniami specyfikacji nieodrzućenie oferty Betacom S.A., mimo że oferta ww. wykonawcy podlegała odrzuceniu ze względu na to że nie odpowiadała treści specyfikacji,

d) Art. 24 ust. 2 pkt 3 i pkt 4 ustawy Pzp w związku z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia Rozdz. 1 ust. 7.2.2 warunek a) i warunek b), oraz ogłoszenia o zamówieniu Sekcja III.2.3 Kwalifikacje techniczne ust. 5 pkt 1.1 i pkt 1.2 poprzez bezpodstawne i sprzeczne z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji niewykluczeniu Betacom S.A., mimo że wybrany wykonawca podał nieprawdziwe informacje dotyczące liczby użytkowników końcowych Systemów dla których świadczył usługi w zamówieniu wykonanym dla Miasta Stołecznego Warszawy, oraz w konsekwencji niewykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia;

e) Art. 14 ustawy Pzp związku z art. 115 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), poprzez wadliwą wykładnię ww. przepisów.

Odwołujący Prointegra wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazania Zamawiającemu:

- 1) Unieważnienie czynności wyboru oferty Betacom S.A., w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- 2) Unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 3) Odrzucenie oferty Betacom S.A., w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- 4) Wykluczenie Betacom S.A., z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 5) Ponowną ocenę ofert z udziałem oferty Odwołującego Prointegra oraz wybór oferty najkorzystniejszej.

### **Odwołanie o sygn. akt KIO 1428/16**

Wykonawca ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym ITSM”) w dniu 1 sierpnia 2016 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym wiedzy i doświadczenia opisany w pkt 7.2.2. lit. c) SIWZ. Odwołujący ITSM zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący ITSM wniósł m. in. o uwzględnienie odwołania i nakazania Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego, dokonania wyboru oferty Odwołującego ITSM jako najkorzystniejszej.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, oferty złożone przez wykonawców, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołania, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołujących wpisu, podlegają rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołań Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazali Zamawiającemu kopię niniejszych odwołań.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w odpowiednio w dniach: 29 lipca 2016 r. oraz 3 sierpnia 2016 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniach 1 sierpnia 2016 r. oraz 5 sierpnia 2016 r.) wykonawcy Betacom S. A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego (do odwołania o sygn. akt KIO 1415/16, KIO 1428/16).

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Zamawiający – Skarb Państwa: Ministerstwo Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. z 2015 r., poz. 2164) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowania o udzielenie zamówienia na: *„Utrzymanie i rozwój systemu HP Service Manager oraz szkolenia dla użytkowników systemu HP Service Manager”*.

*/dokumentacja postępowania: Tom I Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami, str. 3/.*

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

Tom I, Rozdział 1 „Instrukcja dla Wykonawców (IDW)”, pkt 7 „Warunki udziału w postępowaniu i sposób dokonywania oceny ich spełniania”, ppkt 7.2.2.: posiadania wiedzy i doświadczenia; Doświadczenie:

Zamawiający uzna za spełniony warunek wiedzy i doświadczenia w przypadku, gdy wykonawca wykaże, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, tj. zrealizował, - zakończył, także w przypadku świadczeń wykonywanych okresowo lub ciągłych, co najmniej:

a) 2 usługi trwające co najmniej 6 miesięcy każda, polegające na utrzymaniu lub wdrożeniu i utrzymaniu Systemu\*, oraz spełniające dla każdej warunki świadczenia usługi dla minimum 10 000 użytkowników końcowych, w tym co najmniej 100 specjalistów IT.

b) 1 usługę polegającą na migracji pomiędzy Systemami\* lub wersjami Systemu\* spełniającą /nw. warunki:

- usługa dla organizacji rozproszonej geograficznie - co najmniej 100 lokalizacji;

- ilość użytkowników końcowych co najmniej 10 000;

c) 1 usługę polegającą na zaprojektowaniu i budowie lub zaprojektowaniu modyfikacji i jej wdrożeniu systemu raportowania oraz monitorowania zasobów infrastruktury techniczno-systemowej zawierającą przynajmniej:

- centralną bazę konfiguracji z narzędziami do wykrywania elementów konfiguracji oraz integracji z zewnętrznymi systemami zasilającymi oraz

- monitorowanie zdarzeń, prezentację wskaźnika SLA, zdefiniowanego na podstawie statusu usługi z punktu widzenia parametrów użytkownika biznesowego;

- monitorowanie stanu usług za pomocą scenariuszy transakcji dla min. 2 istotnych dla -- podstawowej działalności organizacji usług biznesowych;

dla co najmniej 10 000 użytkowników końcowych w tym, co najmniej 100 specjalistów IT \*

▪ Jako System Zamawiający rozumie system teleinformatyczny, funkcjonujący, jako zintegrowana platforma, wspierający kompleksowe zarządzanie usługami i środowiskiem IT, w tym pełny cykl obsługi zgłoszeń i zmian w modelu usługowym i procesowym w oparciu o metodologię ITIL w wersji 3, który zapewnia narzędzia i przepływy pracy niezbędne do realizacji minimum takich procesów jak: Service Desk, Zarządzanie incydentami, Zarządzanie konfiguracją, Zarządzanie poziomem usług oraz katalogiem usług, Zarządzanie zmianami, dostarczając informacji zarządczych niezbędnych w procesie rozwoju i doskonalenia usług IT.

/dokumentacja postępowania: Tom I Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami, str. 5/.

Tom I, Rozdział 1 „Instrukcja dla Wykonawców (IDW)”, pkt 7 „Warunki udziału w postępowaniu i sposób dokonywania oceny ich spełniania”, ppkt 7.3:

Wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia.

*/dokumentacja postępowania: Tom I Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami, str. 7/.*

Tom I, Rozdział 1 „Instrukcja dla Wykonawców (IDW)”, pkt 8 „Oświadczenia i dokumenty jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”, ppkt 8.3:

W sytuacji gdy Wykonawca polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zobowiązany jest udowodnić, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Wzór zobowiązania stanowi Formularz 3.6.

*/dokumentacja postępowania: Tom I Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami, str. 9/.*

Tom I, Rozdział 1 „Instrukcja dla Wykonawców (IDW)”, pkt 8 „Oświadczenia i dokumenty jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”, ppkt 8.3a:

Jeżeli Wykonawca wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, Zamawiający w celu oceny czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda dokumentów dotyczących:

- a) zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

*/dokumentacja postępowania: Tom I Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami, str. 9/.*

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu oferty złożyli m. in. następujący wykonawcy:

1. ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wykonawca wykluczony, oferta nie podlega ocenie;
2. Pointegra S. A. z siedzibą w Warszawie – wykonawca wykluczony, oferta nie podlega ocenie;
3. Betacom S. A. z siedzibą w Warszawie – liczba punktów w kryterium „Łączna cena oferty brutto” – 84 pkt, liczba punktów w kryterium „Czas usunięcia awarii lub błędów” – 16 pkt, razem: 100 pkt.

*/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 4 lipca 2016 r./*

Wykonawca Pointegra S. A. z siedzibą w Warszawie złożył gwarancję wadialną wystawioną w dniu 13 maja 2016 r. przez towarzystwo ubezpieczeniowe ERGO Hestia S. A. z siedzibą w Sopocie, celem jej złożenia Zamawiającemu, tj. Ministerstwu Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie, jako zabezpieczenie złożonej oferty w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „*Utrzymanie i rozwój systemu HP Service Manager oraz szkolenia dla użytkowników systemu HP Service Manager*”. Niniejsza gwarancja była ważna od dnia 19 maja 2016 r. do dnia 21 lipca 2016 r.

*/dokumentacja postępowania: Gwarancja ubezpieczeniowa Nr 280000120219 z dnia 13 maja 2016 r./*

Zamawiający w dniu 14 lipca 2016 r. na podstawie art. 85 ust. 4 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni.

*/dokumentacja postępowania: Pismo Zamawiającego z dnia 14 lipca 2016 r. /*

Wykonawca Pointegra S. A. z siedzibą w Warszawie w dniu 18 lipca 2016 r. złożył Zamawiającemu oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

*/dokumentacja postępowania: Pismo wykonawcy Pointegra S. A. z siedzibą w Warszawie z dnia 18 lipca 2016 r. /*

Zamawiający w dniu 21 lipca 2016 r. wykluczył Odwołującego Pointegra z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko wskazał, iż upływ terminu związania ofertą nie wiąże się z obowiązkiem dokonania jakiegokolwiek czynności, zatem przepis art. 115 k.c. nie ma zastosowania i nie ma powodów



by przedłużać go do dnia następnego, jeśli upływa on w niedzielę. Wykonawca złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz dokument przedłużający okres ważności wadium w dniu 18 lipca 2016 r., co oznacza że nie zachował ciągłości związania ofertą. Zatem zasadnym było wykluczenie – w ocenie Zamawiającego – wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na nie przedłużenie terminu związania ofertą.

*/dokumentacja postępowania: Wykluczenie wykonawcy Prointegra S. A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 21 lipca 2016 r. /*

Zamawiający w dniu 16 czerwca 2016 r. wystąpił do Odwołującego ITSM w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o udzielenie stosownych wyjaśnień dotyczących wykazania spełnienia warunku opisanego w ppkt 7.2.2 lit c) SIWZ. Wykonawca ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 20 czerwca 2016 r. udzielił Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia. Wyjaśnienia objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa.

*/dokumentacja postępowania: wezwanie Zamawiającego z dnia 16 czerwca 2016 r. oraz odpowiedź Odwołującego ITSM z dnia 20 czerwca 2016 r., objęte tajemnicą przedsiębiorstwa /*

Ponadto Zamawiający niejednokrotnie zwracał się do wystawcy referencji – złożonej przez Odwołującego ITSM – o informacje dotyczące zrealizowanych zamówień. Wystawca referencji udzielał Zamawiającemu – na zadawane pytania – stosownych odpowiedzi m. In. w dniach 13, 14 i 15 lipca 2016 r. Korespondencja objęta była tajemnicą przedsiębiorstwa.

*/dokumentacja postępowania: korespondencja Zamawiającego z wystawcą referencji m. in. z dnia 13 lipca 2016 r., 14 lipca 2016 r. oraz 15 lipca 2016 r., objęta tajemnicą przedsiębiorstwa./*

Zamawiający również w dniu 21 lipca 2016 r. wykluczył Odwołującego ITSM z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko wskazał, iż wykonawca ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w celu wykazania spełnienia warunku udziału zawartego w pkt 7.2.2. lit. c) SIWZ wykazał się doświadczeniem podmiotu trzeciego zdobytym przy realizacji usługi dla wskazanego w wykazie odbiorcy usługi. W związku z wątpliwościami co do zakresu tej usługi Zamawiający działając zgodnie z § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) zwrócił się bezpośrednio do podmiotu na rzecz , którego wskazana usługa została wykonana o złożenie

stosownych wyjaśnień. W wyniku przeprowadzonej korespondencji w ww. zakresie Zamawiający ustalił, że przedmiotowa usługa nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.2 lit. c SIWZ. W ocenie Zamawiającego zgodnie z przedstawionym przez wykonawcę wykazem usługa przedstawiona na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu została zrealizowana w okresie 2 stycznia 2014 r. do 2 stycznia 2015 r. Z informacji otrzymanych od odbiorcy usługi wynika, że we wskazanym przez wykonawcę okresie podmiot na zasoby, którego powołuje się wykonawca wykonał usługę „zaprojektowania i budowy systemu raportowania oraz monitorowania zasobów infrastruktury techniczno-systemowej” jedynie w zakresie „monitorowania stanu usług za pomocą scenariuszy transakcji dla min. 2 istotnych dla podstawowej działalności organizacji usług biznesowych”. W ocenie Zamawiającego pozostały zakres usługi został wykonany w ramach kolejnego projektu w okresie od stycznia 2015 r. do sierpnia 2015 r. Zamawiający zauważył, że formułując treść warunku udziału w postępowaniu dopuścił podmioty, których doświadczenie dotyczyło budowy i zaprojektowania systemu posiadającego trzy wskazane funkcjonalności/elementy. Doświadczenie podmiotu trzeciego – w ocenie Zamawiającego – odbiega od określonego w SIWZ, także w zakresie jaki podmiot ten wykonał. Nie jest bowiem tożsame budowanie i zaprojektowanie systemu posiadającego trzy określone funkcjonalności jednocześnie z doświadczeniem de facto rozbudowy systemu, który pierwotnie miał tylko jeden z elementów określonych przez Zamawiającego, a dopiero w późniejszym okresie zostały do niego doprojektowane i dobudowane pozostałe elementy. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę w dniu 7 lipca 2016 r. do uzupełnienia wykazu usług w tym zakresie wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Żądane dokumenty należało złożyć, zgodnie z treścią wezwania, w terminie do 14 lipca 2016 r. Wykonawca zamiast żądanych dokumentów złożył w dniu 14 lipca 2016 r. oświadczenie zawierające stanowisko wykonawcy, iż przedmiotowa usługa potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.2. lit. c SIWZ. Dodatkowo Zamawiający zwrócił uwagę, iż wykonawca w związku z posłużeniem się doświadczeniem zdobytym przez podmiot trzeci załączył do oferty zobowiązanie tego podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji swoich zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia. Jednocześnie – w ocenie Zamawiającego – w ww. dokumencie podmiot udostępniający swoje zasoby oświadczył, że nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, co potwierdził sam wykonawca w złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach z dnia 20 czerwca 2016 r. W ocenie Zamawiającego udostępnienie ww. zasobów jedynie w formie doradztwa, konsultacji oraz szkoleń pracowników nie stanowi realnego wsparcia wykonawcy, który samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, przez co nie daje Zamawiającemu rękojmi należytego wykonania usługi bez konieczności skorzystania z zasobu podmiotu trzeciego. Sposób

udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, w ocenie Zamawiającego, powoduje, że nie będą one mogły być wykorzystane przez wykonawcę na etapie realizacji zamówienia z m. in. uwagi na ww. okoliczności: - system stanowiący przedmiot zamówienia nie stanowi uniwersalnego narzędzia ponieważ został skonfigurowany pod konkretne spersonalizowane wymagania Zamawiającego – dla każdej organizacji system do monitorowania i raportowania jest inny, opiera się na niejednakowych elementach (są one odmienne dla każdej organizacji) procesy zaimplementowane w systemie są indywidualne dla każdej organizacji oraz wykorzystanie narzędzi i rozwiązań jest również niejednakowe dla wszystkich, brak jest zatem możliwości realnego korzystania z zasobów podmiotu trzeciego bazując na doradztwie opartym o abstrakcyjne i generalne założenia; - obowiązki wykonawcy wynikające z załącznika nr 5 do umowy „Rozpoznawanie przyczyn, usuwanie błędów Systemu oraz ich skutków”, których w ocenie Zamawiającego, realizacja poprzez doradztwo i konsultacje podmiotu trzeciego jest również nierealna między innymi ze względu na zadeklarowane przez wykonawcę czasy usuwania awarii i błędów; - klauzulę poufności zamieszczoną w § 12 umowy zgodnie, z którą strony zobowiązują się do zachowania w tajemnicy danych i informacji pozyskanych w związku z realizacją przedmiotu umowy. Wobec powyższego w ocenie Zamawiającego zaistniały podstawy wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

*/dokumentacja postępowania: Wykluczenie wykonawcy Prointegra S. A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 21 lipca 2016 r. /*

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawcy:

- 1) Prointegra S. A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej również: „*Odwołującym Prointegra*”), (odwołanie o sygn. akt KIO 1415/16);
- 2) ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej również: „*Odwołującym ITSM*”), (odwołanie o sygn. akt KIO 1428/16);

w dniach 29 lipca 2016 r. oraz 1 sierpnia 2016 r. wnieśli - do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej – odwołania.

*/dokumentacja postępowania: Odwołania wykonawców: Prointegra S. A. z siedzibą w Warszawie oraz ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 29 lipca 2016 r. oraz 1 sierpnia 2016 r. /.*

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba

uznała, iż jedynie odwołanie o sygn. akt KIO 1428/16 należało uznać za zasadne i zasługujące na uwzględnienie. W ocenie Izby odwołanie o sygn. akt KIO 1415/16 podlegało oddaleniu.

### **Odwołania o sygn. akt KIO 1415/16**

Izba rozpatrzyła zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez – w ocenie Odwołującego Prointegra - bezpodstawne wykluczenie go z postępowania.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Okolicznością bezsporną stanowi, fakt że złożona przez Odwołującego Prointegra gwarancja wadium była ważna do dnia 21 lipca 2016 r., zaś termin związania ofertą upływał w dniu 17 lipca 2016 r. Zamawiający w dniu 14 lipca 2016 r. wezwał wykonawcę Prointegra S. A. z siedzibą w Warszawie do przedłużenia terminu związania ofertą, jednocześnie informując, że przedłużenie terminu związania ofertą jest możliwe z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą. Oświadczenie takie należało złożyć do 17 lipca 2016 r. (przypadającego na niedzielę). Bezsporne jest również to, że wykonawca Prointegra S. A. z siedzibą w Warszawie dopiero w dniu 18 lipca 2016 r. złożył Zamawiającemu oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, czyli po upływie pierwotnego terminu związania ofertą – określonego przez Zamawiającego w specyfikacji.

W przedmiotowej sprawie sporne jest to, czy Zamawiający mógł, a wręcz powinien, uznać, iż termin związania ofertą – w przypadku Odwołującego Prointegra – upływał w dniu 21 lipca 2016 r. - w sposób dorozumiany wraz z upływem ważności złożonej gwarancji wadium - pomimo, iż wyznaczony – specyfikacją istotnych warunków zamówienia - termin związania ofertą upływał w dniu 17 lipca 2016 r.; jak również sporne jest to czy termin związania ofertą, powinien być przez wykonawcę przedłużany w formie wyraźnego oświadczenia woli złożonego Zamawiającemu, przed upływem tego terminu oraz czy do końca biegu terminu związania ofertą stosuje się odpowiednio przepisy art. 115 Kodeksu cywilnego.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że termin związania ofertą – najogólniej rzecz ujmując – jest terminem aktualności oferty złożonej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe oznacza, że w terminie związania ofertą wykonawca zobowiązany jest wywiązać się z zapisów wynikających z treści złożonej przez siebie oferty, jest nią zatem związany. Termin związania ofertą określa Zamawiający zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. Nie ulega również wątpliwości, że termin związania ofertą – jego długość – uzależniona jest od wartości zamówienia, bowiem zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie dłużej niż: 1) 30 dni – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8; 2) 90 dni – jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro; 60 dni – jeżeli wartość zamówienia jest inna niż określona w pkt 1 i 2.

Pierwotny termin związania ofertą w niniejszym postępowaniu wynosił 60 dni – i upływał w dniu 17 lipca 2016 r. Jak słusznie wskazał Zamawiający wykonawca, chcąc przedłużyć termin związania ofertą musiał skutecznie złożyć oświadczenie woli, w taki sposób, aby dotarło ono do Zamawiającego przed upływem tego – pierwotnego terminu, t.j. 17 lipca 2016 r. – o czym wykonawca został pouczony w piśmie z dnia 14 lipca 2016 r. Wobec tego, aby przedłużyć termin związania ofertą, należało złożyć stosowne oświadczenie – które nie mogło być w żaden sposób dorozumiane przez Zamawiającego. Należy jednak pamiętać, że przedłużenie terminu związania ofertą jest uprawnieniem wykonawcy, nie zaś jego obowiązkiem, gdyż po upływie pierwotnego terminu oferta wykonawcy przestaje być wiążąca dla Zamawiającego i wykonawca nie ma wówczas obowiązku zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie.

Ponadto słusznie również Zamawiający zauważył, że pierwotny termin związania ofertą jest terminem oznaczonym (określonym przez Zamawiającego w specyfikacji) i nie może być wydłużany przez wykonawcę, na co wskazuje sformułowanie użyte w art. 85 ust. 1 ustawy Pzp „jednak nie dłużej niż”. Zatem nie można przychylić się do stanowiska Odwołującego Prointegra, że pierwotny termin związania ofertą w sposób dorozumiany upływał w dniu 21 lipca 2016 r. wraz z upływem ważności złożonej gwarancji wadialnej – skoro do wyłącznych kompetencji Zamawiającego należy określenie pierwotnego terminu związania ofertą (art. 36 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp), a termin ten nie może być dłuższy niż określony w specyfikacji, w tym wypadku nie dłuższy niż 60 dni. Przedłużenie terminu związania ofertą jest możliwe - samodzielnie przez wykonawcę lub na wniosek Zamawiającego – o oznaczony okres, jednak nie dłuższy niż 60 dni. Wobec powyższego,

Izba co do przedstawionej argumentacji – nie przychyliła się do stanowiska wyrażonego w tej sprawie przez Odwołującego Prointegra, iż termin ważności wadium jest tożsamy z terminem związania ofertą.

Następnym problemem jaki należało rozstrzygnąć, to czy – w niniejszym stanie faktycznym – do końca biegu terminu związania ofertą - miał zastosowanie art. 115 k.c.

Bezspornym, jest że dzień 17 lipca 2016 r. (niedziela) był dniem ustawowo wolnym od pracy.

Zgodnie z art. 115 k.c, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin upływa dnia następnego.

W ocenie Izby regulacja zawarta w art. 115 k.c. nie może znaleźć zastosowania do okresu związania ofertą, tj. nie może prowadzić do przesunięcia ostatniego dnia okresu związania ofertą, przypadającego na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, na dzień następny, albowiem nie jest on „*terminem do wykonania czynności*” wynikającym z art. 115 k.c. Analogicznie w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07 Sąd Okręgowy w Katowicach stwierdził, że „*Upływ terminu związania ofertą nie wiąże się z obowiązkiem dokonania jakiegokolwiek czynności, zatem nie ma powodów by przedłużyć go do dnia następnego, jeśli upływa on w niedzielę*”.

W tym przypadku Izba podzieliła pogląd wyrażony przez Odwołującego, że końcowy termin ważności gwarancji może przypadać na dzień ustawowo uznany za wolny od pracy. Termin końcowy, w którym gwarancja traci ważność, jest terminem z upływem którego wygasa odpowiedzialność gwaranta (banku, ubezpieczyciela) za zapłatę kwoty wadium, a nie terminem dokonania przez beneficjenta gwarancji czynności, w rozumieniu art. 115 kc. Izba zwraca także uwagę, że termin końcowy gwarancji - tak jak podnosi się w orzecznictwie - to termin, o którym mowa w art. 116 § 2 kodeksu cywilnego i, w którym to terminie ustają skutki, dokonanej przez gwaranta czynności prawnej, polegającej na udzieleniu gwarancji zapłaty wadium. Zatem data upływu ważności wadium jest datą wygaśnięcia, ustania skutków czynności prawnej a nie datą, od której uzależnione jest działanie, czy podjęcie czynności i tym samym w tym zakresie nie ma zastosowania art. 115 k.c. Regulacja z art. 115 kodeksu cywilnego nie ma – zdaniem Izby - zastosowania do okresu związania ofertą, tj. nie może prowadzić do przesunięcia ostatniego dnia okresu związania ofertą, przypadającego na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, na dzień następny, albowiem również ten termin nie jest „*terminem do wykonania czynności*” objętym hipotezą art. 115 k.c.

Zatem w ocenie Izby Odwołujący Prointegra nie był związany ofertą od 12.00 17 lipca 2016 r. do co najmniej 8.15 18 lipca 2016 r. – t.j. jak wpłynęło oświadczenie wykonawcy Prointegra S. A. z siedzibą w Warszawie do Zamawiającego o przedłużeniu terminu związania ofertą. W konsekwencji w ocenie Izby, decyzję Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego Prointegra należało uznać za zasadną, gdyż wykonawca ten – w świetle art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - nie zgodził się wobec wezwania Zamawiającego z dnia 14 lipca 2016 r.– w wymaganym przez niego terminie na przedłużenie okresu związania ofertą.

Wobec wycofania przez Odwołującego Prointegra zarzutów skierowanych wobec oferty wykonawcy Betacom S. A. z siedzibą w Warszawie, nie były one przedmiotem rozpoznania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

### **Odwołania o sygn. akt KIO 1428/16**

Izba rozpatrzyła zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez – w ocenie Odwołującego ITSM - bezpodstawne wykluczenie go z postępowania za niespełnienie warunku wynikającego z ppkt 7.2.2 SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła niniejsze odwołanie, uznając że Zamawiający niezasadnie wykluczył Odwołującego ITSM z postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z ppkt 7.2.2 lit. c) SIWZ należało wykazać się trzema komponentami w ramach postawionego warunku działu, t.j. wykazania się usługą polegającą na zaprojektowaniu i budowie lub zaprojektowaniu modyfikacji i jej wdrożeniu systemu raportowania oraz monitorowania zasobów infrastruktury techniczno-systemowej zawierającą przynajmniej:

- centralną bazę konfiguracji z narzędziami do wykrywania elementów konfiguracji oraz integracji z zewnętrznymi systemami zasilającymi oraz

- monitorowanie zdarzeń, prezentację wskaźnika SLA, zdefiniowanego na podstawie statusu usługi z punktu widzenia parametrów użytkownika biznesowego;
  - monitorowanie stanu usług za pomocą scenariuszy transakcji dla min. 2 istotnych dla -- podstawowej działalności organizacji usług biznesowych;
- dla co najmniej 10 000 użytkowników końcowych w tym, co najmniej 100 specjalistów IT.

Odwołujący ITSM w celu wykazania się spełnieniem tego warunku złożył wykaz usług oraz referencje, t.j. powołała się na doświadczeniu w ramach art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zamawiający zaś – po zweryfikowaniu złożonych – występował niejednokrotnie do wystawcy referencji o wyjaśnienia; występował także do Odwołującego ITSM o uzupełnienie dokumentów.

W ocenie Izby z ostatecznych otrzymanych przez wystawcę referencji podmiot ten potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu (korespondencja z dnia 13 lipca 2016 r, 14 lipca 2016 r., 15 lipca 2016 r. objęta tajemnicą przedsiębiorstwa), potwierdził to również podmiot trzeci, którego referencje dotyczyły. Zatem w ocenie Izby wszystkie trzy sporne komponenty zostały wykazane w okresie ostatnich trzech lat – czyli wbrew temu co twierdził Zamawiający – jednocześnie. Niewątpliwie należy zgodzić się z Odwołującym ITMS, że zamówienie zostało wykonane w ramach jednej usługi, w wymaganym przez Zamawiającego okresie. W ocenie Izby konsekwencje jakie wywodzi Zamawiający wobec Odwołującego ITMS nie mają pokrycia w treści postawionego warunku (co do jednoczesności oraz etapów które miały po sobie następować).

Odnosząc się do realności złożonego zobowiązania, Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, że zobowiązanie podmiotu trzeciego było niewłaściwe oraz że podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. W ocenie Izby po przeanalizowaniu treści zobowiązania należało uznać, że podmiot ten będzie brał udział realizacji w formie doradztwa, konsultacji, będzie udostępniał dokumentację w zakresie merytorycznym. Powyższe potwierdza oświadczenie z dnia 20 czerwca 2016 r. Zauważenia również wymaga, że Zamawiający nie wymagał wykazania się doświadczeniem w zakresie konkretnego systemu monitorowania i raportowania wdrożonym w jego organizacji. Dodatkowo, - argumentem przemawiającym za uznaniem złożonego zobowiązania – przedmiotem niniejszego zamówienia jest utrzymanie i rozwój oraz szkolenia, zaś przekazanie zasobów nastąpiło w zakresie wiedzy, doświadczenia oraz potencjału kadrowego. Przyjmując stanowisko Zamawiającego należałoby zrównać pozycję podwykonawcy z podmiotem udostępniającym zasoby wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia.



Wobec powyższego Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności oceny ofert a także unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego ITMS i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego ITMS.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, w szczególności § 3 ust. 1 pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....