

Sygn. akt: KIO 3468/22  
Sygn. akt: KIO 3498/22

**WYROK**  
**z dnia 12 stycznia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Katarzyna Odrzywolska

**Protokolant:** Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2023 r., w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 27 grudnia 2022 r. przez wykonawcę: **Sygnity Business Solution S.A. z siedzibą w Zielonej Górze** (sygn. akt: KIO 3468/22)
- B. w dniu 27 grudnia 2022 r. przez wykonawcę: **American Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** (sygn. akt: KIO 3498/22)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Państwowa Wyższa Szkoła Wschodnioeuropejska w Przemyślu z siedzibą w Przemyślu**

przy udziale wykonawcy: **Sygnity Business Solution S.A. z siedzibą w Zielonej Górze**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3498/22 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**w sprawie o sygn. akt KIO 3468/22:**

1. uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia przepisów art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę American Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz czynności unieważnienia postępowania, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w ramach powtórzonych czynności dokonania oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę American Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu;

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego oraz zamawiającego w części 1/2, i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu 1/2 wysokości wpisu od odwołania.

**w sprawie o sygn. akt KIO 3498/22:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności unieważnienia postępowania, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący : .....

Sygn. akt: KIO 3468/22  
Sygn. akt: KIO 3498/22

## UZASADNIENIE

**Państwowa Wyższa Szkoła Wschodnioeuropejska w Przemyślu z siedzibą w Przemyślu** (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - zwanej dalej "ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup w formie licencji dostępowej (wieczystej) wraz z wdrożeniem systemu bibliotecznego w Państwowej Wyższej Szkole Wschodnioeuropejskiej w Przemyślu”; nr ref. sprawy: PWSW-DZP/382/I/03/22; (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 lipca 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 140-397503.

W dniu 27 grudnia 2022 r. przez wykonawcę: **Sygnity Business Solution S.A. z siedzibą w Zielonej Górze** (dalej „Sygnity” lub „odwołujący”) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na niezgodnym z przepisami ustawy Pzp zaniechaniu dokonania czynności wykluczenia wykonawcy American Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, oraz odrzucenia jego oferty, z innych przyczyn niż wskazane w treści pisma zamawiającego o odrzuceniu oferty tego wykonawcy i unieważnieniu postępowania pomimo, iż wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania z innych jeszcze powodów niż wskazane w piśmie zamawiającego, a dodatkowo jego oferta powinna być odrzucona również z przyczyn innych niż wskazane w podstawie decyzji określonej pismem z dnia 14 grudnia 2022 r. (sprawa o sygn. akt: KIO 3468/22).

Wykonawca Sygnity zarzucił zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 16, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, lub w przypadku nieuznania umyślnego charakteru działania American Systems - art. 109 ust. 1 pkt 10, w związku z art. 522 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty American Systems pomimo, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na to, że wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu

- o udzielenie zamówienia, lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a zamawiający pomimo uwzględnienia w tym zakresie poprzedniego odwołania wniesionego przez odwołującego nie wykonał czynności zgodnie z żądaniem odwołania;
2. art. 16 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy American Systems z uwagi na to, iż oferta przez niego złożona zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzają, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym wykonawca Sygnity wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu: dokonania dodatkowo (ponad przyczyny podane przez zamawiającego w piśmie z dnia 14 grudnia 2022 r.) odrzucenia oferty złożonej przez American Systems z uwagi na to, iż: 1) wykonawca ten podlega wykluczeniu, gdyż wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia 2) oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Swoje odwołanie w dniu 27 grudnia 2022 r. wniósł także wykonawca: **American Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** (dalej „American Systems” lub „odwołujący”), wobec czynności zamawiającego polegającej na niezgodnym z przepisami Pzp odrzuceniu złożonej przez niego oferty, jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu i następnie unieważnieniu postępowania (sprawa o sygn. akt: KIO 3498/22).

Zamawiającemu zarzucił naruszenie przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 b ustawy Pzp poprzez odrzucenie jego oferty, jako złożonej przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy spełnił on warunki udziału w postępowaniu, co zostało wykazane adekwatnymi do żądania zamawiającego podmiotowymi środkami dowodowymi i wyjaśnieniami;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 b w zw. z art. 128 ust. 1, ust. 4 i ust. 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie jego oferty, po wadliwym przeprowadzeniu procedury wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych złożonych przez American Systems, w tym poprzez zaniechanie (z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości) wezwania do dalszego wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych oraz zaniechaniu samodzielnego wystąpienia przez zamawiającego z pytaniami do podmiotów, które wystawiły mu referencje, wobec uznania przez zamawiającego złożonych podmiotowych środków dowodowych oraz wyjaśnień za niejednoznaczne (niewystarczające) do dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, podczas gdy pierwotnie wystosowane wezwanie zostało wykonane zgodnie z jego treścią, co uniemożliwiało odrzucenie oferty z powodu niejednoznaczności podmiotowych środków dowodowych bez wezwania do dalszego ich wyjaśnienia, lub bez wystąpienia przez zamawiającego z pytaniami do podmiotów, które wystawiły referencje;
3. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i na jego podstawie żądanie przez zamawiającego złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożonych przez American Systems podmiotowych środków dowodowych (referencje), w sytuacji gdy przepis ten służyć może jedynie do żądania wyjaśnień złożonej oferty i przedmiotowych środków dowodowych, co skutkowało wadliwym przeprowadzeniem postępowania wyjaśniającego;
4. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z błędnym uznaniem, że wykonawca nie udowodnił, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, w sytuacji gdy w przedłożonych wyjaśnieniach do zamawiającego, szczegółowo wykazał on brak występowania rażąco niskiej ceny, co więcej wykazał zabezpieczenie w swojej kalkulacji oferty rezerw finansowych niezbędnych do zapewnienia w okresie 10 lat licencji na EBSCO EDS API.

Zarzucając powyższe wykonawca American Systems wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu: 1) unieważnienia zaskarżonych czynności, tj.: a) unieważnienia postępowania; b) odrzucenia oferty złożonej przez niego w postępowaniu; 2) dokonania wyboru oferty American Systems jako oferty najkorzystniejszej, spełniającej warunki udziału w postępowaniu; 3) ewentualnie w odniesieniu do pkt 2, powtórzenie przez zamawiającego czynności badania i oceny oferty American Systems, w tym prawidłowego wezwania go na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci przedłożonego wykazu wykonanych usług i referencji lub na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp do samodzielnego

wystąpienia przez zamawiającego z pytaniami do podmiotów, które wystawiły American Systems referencje oraz wezwania go na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3498/22, po stronie zamawiającego, przystąpił wykonawca: **Sygnity Business Solution S.A. z siedzibą w Zielonej Górze.**

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołania, wnosząc o ich oddalenie w całości jako bezzasadnych.

Wykonawca Sygnity złożył do akt sprawy pismo procesowe z 9 stycznia 2023 r., w którym zaprezentował swoje stanowisko w sprawie o sygn. akt: KIO 3498/22, jako przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią wniesionych odwołań, odpowiedzią zamawiającego na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk odwołujących się wykonawców i przystępującego do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 3498/22 wykonawcy Sygnity, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołujących przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez nich legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że ich interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Wykonawca Sygnity złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Zamawiający dokonał czynności polegającej na odrzuceniu oferty American Systems na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp tj. jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu i unieważnił postępowanie w związku z tym, że kwota najkorzystniejszej oferty, czyli oferty złożonej przez Sygnity przekracza

kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Jak wskazywał wykonawca Sygnity nie jest wykluczone, iż American Systems może jeszcze odwołać się od decyzji zamawiającego, czego skutkiem mogłoby być przywrócenie tej firmy do postępowania i udzielenie mu zamówienia. Fakt ten powoduje, że w przypadku uwzględnienia takiego odwołania, wniesionego przez American Systems, czego skutkiem będzie przywrócenie tego wykonawcy do postępowania, Sygnity zostanie pozbawione nie tylko możliwości uzyskania tego zamówienia w ramach aktualnego postępowania, ale również i w ramach przyszłego postępowania, które będzie ogłoszone w następstwie ewentualnego uprawomocnienia się decyzji zamawiającego o unieważnieniu postępowania.

Z kolei interes wykonawcy American Systems przejawia się w tym, że jako wykonawca który złożył swoją ofertę i ubiega się o udzielenie tego zamówienia, wskutek decyzji zamawiającego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty i unieważnieniu postępowania, został pozbawiony możliwości jego wykonania.

W okolicznościach niniejszej sprawy każdy z wykonawców może doznać szkody w wyniku naruszenia wskazywanych przez nich przepisów ustawy Pzp, gdyż American Systems mógłby zostać wybrany w tym postępowaniu, a wykonawca Sygnity miałby szansę na uzyskanie zamówienia w ramach przyszłego, ogłoszonego przez zamawiającego postępowania w tym samym przedmiocie. Każdy z nich ma zatem szansę na zawarcie umowy, której przedmiotem jest system biblioteczny, zrealizowanie tego zamówienia i osiągnięcie zysku z jego realizacji.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez odwołujących, załączonych do odwołania, pism procesowych oraz przedłożonych na rozprawie, innych niż stanowiące element dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, na okoliczności przez nich wskazane.

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

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z Rozdziałem IV specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) jest dostawa, wdrożenie i integracja Informatycznego Systemu Bibliotecznego w bibliotece Państwowej Wyższej Szkoły Wschodnioeuropejskiej w Przemyślu, dostosowanego do potrzeb osób z niepełnosprawnościami wraz z usługą serwisowo-gwarancyjną w ramach projektu pn. „Uczelnia dostępna - PWSW” nr POWR.03.05.00-00-A028/20 realizowanego w ramach Programu Operacyjnego Wiedza

Edukacja Rozwój, Priorytet III Szkolnictwo wyższe dla gospodarki i rozwoju, Działanie 3.5 Kompleksowe programy szkół wyższych, współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego.

W Rozdziale VII SWZ zamawiający wskazał podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, w tym jako fakultatywne wymienił przesłanki opisane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp, przewidując wykluczenie z postępowania wykonawcy: który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych (art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp); który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp).

Jak wynika z treści Rozdziału VIII pkt 1 ppkt 4 lit. A SWZ, w brzmieniu nadanym zmianą z 9 sierpnia 2022 r. zamawiający, w zakresie wiedzy i doświadczenia (zdolność techniczna lub zawodowa) sformułował warunek udziału w postępowaniu w następującym brzmieniu: Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez wykonawcę jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwa zadania polegające na dostawie i wdrożeniu systemu bibliotecznego dla biblioteki: jedno zadanie o wartości nie mniejszej niż 400 000 zł brutto, drugie zadanie zrealizowane na rzecz uczelni wyższej o wartości nie mniejszej niż 200 000 zł brutto. Na potwierdzenie, że wykonawca spełnia wyżej opisany warunek, zgodnie z Rozdziałem IX SWZ wykonawca zobowiązany był przedłożyć, na wezwanie zamawiającego, wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty



potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Zamawiający wskazał także, że okresy wyrażone powyżej w latach i miesiącach liczy się wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert.

Skład orzekający ustalił ponadto, że termin składania ofert wyznaczono na dzień 5 września 2022 r. W postępowaniu zostały złożone 2 oferty: wykonawcy American Systems z ceną 959 400,00 zł. brutto oraz Sygnity z ceną 1 844 772,45 zł. brutto.

W dniu 17 października 2022 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty firmy American Systems, jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Na tą decyzję wykonawca Sygnity wniósł odwołanie, w którym zarzucał, że czynność polegająca na wyborze oferty American Systems została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Zamawiający uwzględnił przedmiotowe odwołanie w całości, na co wykonawca American Systems nie wniósł sprzeciwu. W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza, postanowieniem z dnia 8 listopada 2022 r. (sprawa o sygn. akt: KIO 2840/22) umorzyła postępowanie odwoławcze. Zamawiający w ramach powtórzonych czynności pismem z 16 listopada 2022 r. wezwał American Systems do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty oraz uzupełnienia dokumentów podmiotowych w zakresie wykazu wykonanych usług. Na podstawie odpowiedzi otrzymanej od tego wykonawcy, zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 b ustawy Pzp, z uwagi na niewykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Jak wynika z akt sprawy, na potwierdzenie spełnienia ww. warunku American Systems złożył wykaz usług składający się z 3 pozycji (pismo z 12 października 2022 r.), w których jako przedmiot (zakres zamówienia) wpisał: Dostawa i wdrożenie systemu bibliotecznego dla biblioteki. Pierwsze zamówienie zostało zrealizowane na rzecz Wyższej Szkoły Technicznej w Katowicach o wartości zamówienia 934 800,00 zł., z terminem realizacji 2.09.2022 r. W pozycji drugiej wykonawca zadeklarował, że na rzecz Wyższej Szkoły Bezpieczeństwa w Poznaniu wykonał zamówienie o wartości 1 025 000,00 zł., w terminie do 2.09.2022 r. Ostatnia pozycja wskazywała, że dla Polskiej Akademii Nauk - Biblioteki Kórnickiej zostało zrealizowane zamówienie do 30.06.2022 r., wskazana wartość wynosiła 1 131 600,00 zł. Na potwierdzenie, że przedmiotowe zamówienia zostały wykonane należycie, American Systems złożył referencje: a) List referencyjny Wyższej Szkoły Technicznej w Katowicach z dnia 16 września 2022 r. b) List referencyjny Wyższej Szkoły Bezpieczeństwa w Poznaniu z dnia 19 września 2022 r. c) Referencje Polskiej Akademii Nauk - Biblioteka Kórnicka z dnia 15 lipca 2022 r. Ponadto, wykaz był przedmiotem wyjaśnień, w związku z wniesieniem odwołania przez wykonawcę Sygnity. Zamawiający, pismem z 16 listopada 2022 r. wezwał American Systems, powołując jako podstawę prawną

żądania art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz cytując fragmenty odwołania Sygnity, do złożenia wyjaśnień dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na powyższe wykonawca ten złożył pismo z 22 listopada 2022 r., w którym odniósł się do podnoszonych kwestii, przedkładając dodatkowe dokumenty.

W aktach sprawy, udostępnionych składowi orzekającemu, znajduje się ponadto korespondencja mailowa, prowadzona pomiędzy zamawiającym a podmiotami wymienionymi w treści wykazu usług. Izba ustaliła na tej podstawie, że zamawiający zwrócił się do Wyższej Szkoły Technicznej w Katowicach w dniu 6 października 2022 r., aby podmiot ten potwierdził, że zamówienie które zostało wymienione w treści wykazu polegało na dostarczeniu i wdrożeniu systemu bibliotecznego oraz, że przedmiotowe zostało zrealizowane należycie. W odpowiedzi na powyższe Pani O.P. - specjalista ds. realizacji projektów potwierdziła, że zamówienie stanowiące przedmiot referencji polegało na dostawie i wdrożeniu systemu, jego wartość wynosiła 934 800,00 zł. brutto, a ponadto, że wykonane zostało z należytą starannością, bez zastrzeżeń (mail z 11 października 2022 r.). Ponadto, zamawiający zwrócił się 6 października 2022 r. do Wyższej Szkoły Bezpieczeństwa w Poznaniu z prośbą o potwierdzenie, że American Systems dostarczył i wdrożył na jej rzecz zamówienie wymienione w treści wykazu, przekazując w załączeniu złożoną przez tego wykonawcę referencję. Tego samego dnia Prorektor - Pani K.G. potwierdziła, że zamówienie zostało wykonane terminowo i z należytą starannością a jego wartość opiewała na kwotę 1 200 000,00 zł. Na pytanie zamawiającego z prośbą o uściślenie, czy zamówienie obejmowało zarówno dostawę, jak też wdrożenie - w mailu z 11 października 2022 r. Pani K.G. stwierdziła, że zamówienie polegało na dostawie i wdrożeniu dostarczonego oprogramowania. Korespondencja w przedmiocie wykonania zamówienia przez American Systems prowadzona była także z Polską Akademią Nauk - Biblioteką Kórnicką. Mail został skierowany przez zamawiającego w dniu 6 października 2022 r. i, jak w przypadku poprzednich zamówień, dotyczył kwestii potwierdzenia wystawionych na rzecz American Systems referencji. Pani M.H. , w imieniu PAN potwierdziła, że wykonawca ten dostarczył i wdrożył, zachowując uzgodnione terminy, zamówiony system biblioteczny.

Izba ustaliła także, że zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty American Systems i unieważnieniu postępowania, o czym poinformował wykonawców w piśmie z 14 grudnia 2022 r.

Z powyższą decyzją nie zgodzili się wykonawcy Sygnity i American Systems, składając swoje odwołania w dniu 27 grudnia 2022 r.

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

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie o sygn. akt KIO 3468/22 zasługiwało na uwzględnienie w części w jakiej odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp w zakresie, w jakim podnosił, że zamawiający zaniechał badania oferty złożonej przez wykonawcę American Systems pod kątem rażąco niskiej ceny, a złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia na wezwanie zamawiającego, nie rozwiewają wątpliwości w zakresie tych elementów, które wpływają na kalkulację ceny. Z kolei odwołanie o sygn. akt KIO 3498/22 zasługiwało na uwzględnienie w całości.

Mając na uwadze, że zarzuty odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 3468/22, odnoszące się do kwestii odrzucenia oferty wykonawcy American Systems, jako złożonej przez wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na to, że wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, mają związek z kwestią oceny spełnienia przez American Systems warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do jego wiedzy i doświadczenia, Izba w pierwszej kolejności odniesie się do tego czy wykonawca ten potwierdził, składając wymagane w postępowaniu dokumenty, że warunki opisane w SWZ spełnia. Powyższa kwestia była przedmiotem zarzutów odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 3498/22.

### **w sprawie o sygn. akt KIO 3498/22**

Na wstępie skład orzekający pragnie przypomnieć, że zgodnie z treścią przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeśli ta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Z kolei kwestia oceny, czy wykonawca spełnia warunki udziału w danym postępowaniu odbywa się, biorąc pod uwagę treść warunku udziału w postępowaniu opisanego w SWZ, na podstawie dokumentów przedłożonych przez wykonawcę w postępowaniu.

Zakres dokumentów, do przedstawienia których zobowiązany jest wykonawca, określają przepisy Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415) - dalej „Rozporządzenie”. W oparciu o zapisy cytowanego Rozporządzenia zamawiający określa zakres wymaganych dokumentów w SWZ. W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do wiedzy i doświadczenia dokumentem, który potwierdza spełnienie opisywanych warunków jest wykaz zrealizowanych dostaw, usług lub robót budowlanych. Przepisy precyzują ponadto, że referencje, jako załącznik do wykazu,

są jedynie uzupełnieniem informacji w nim zawartych, zaś ich rolą jest wyłącznie potwierdzenie faktu, że zamówienie na które powołuje się wykonawca, zostało zrealizowane w sposób należyty. Zamawiający w SWZ precyzuje przy tym najczęściej jakie informacje wykonawca powinien zamieścić w treści wykazu, załączając jego wzór i wskazując określone treści, które winny się w nim znaleźć. Jest to działanie dopuszczalne a nawet wskazane, jeśli celem złożenia wykazu ma być możliwość dokonania oceny czy z treści tego dokumentu wynika, że wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu, w sposób opisany przez zamawiającego. Inne zasady odnoszą się do referencji, bądź też innych dokumentów wystawionych przez podmiot na rzecz którego zamówienia były wykonywane, co do których ani ustawodawca, ale też zamawiający nie powinien wskazywać w dokumentacji postępowania jaką winny mieć minimalną zawartość. Dzieje się tak dlatego, że dokumenty składane na potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług czy robót budowlanych są, w przeciwieństwie do wykazu, dokumentem pochodzącym od podmiotu trzeciego, więc to od niego zależy treść oraz zakres informacji na temat wykonanego zamówienia.

Wymaga również wskazania, że w ramach postępowania odwoławczego Izba dokonuje oceny pod kątem zgodności z prawem czynności zamawiającego, podjętych w postępowaniu, w tym podkreślić należy, że czynność odrzucenia oferty podlega ocenie Izby w postępowaniu odwoławczym wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zamawiający przedstawił jako uzasadnienie prawne i faktyczne odrzucenia oferty (tak też w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2224/18; wyroku z 16 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3508/21).

Na szczególną rolę jaką ma instytucja uzasadnienia danej czynności, dokonywanej w toku postępowania o udzielenie zamówienia zwracał uwagę również Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej „TSUE”). W wyroku TSUE z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, wskazano, iż: W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych

w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów.

Powyższe orzeczenie wskazuje z jednej strony na rolę, jaką odgrywa kwestia wypełnienia obowiązku podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty danego wykonawcy, przede wszystkim ze względu na możliwość zakwestionowania tej czynności (w drodze korzystania ze środków ochrony prawnej) przez wykonawcę, którego oferta została wyeliminowana z postępowania. Podejmując zatem decyzję o odrzuceniu oferty w określonych okolicznościach faktycznych, zamawiający powinien być w stanie udowodnić zaistnienie przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty. Jeśli tego nie zrobi, lub treść uzasadnienia wskazuje, że decyzja zamawiającego została podjęta z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, czynność taka podlega unieważnieniu a wniesione odwołanie - uwzględnieniu.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę rozpoznawanej sprawy dostrzec należy, że zamawiający uzasadniając podjętą przez siebie decyzję o odrzuceniu oferty American Systems wskazał, jako podstawę prawną odrzucenia oferty tego wykonawcy art. 226.1 ust. 2 b ustawy Pzp tj. zamawiający odrzuca ofertę złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu faktycznym przywoływał zamówienia wymienione w treści wykazu oraz wskazywał na prowadzone postępowanie wyjaśniające w przedmiocie wykonania i wdrożenia tych zamówień u podmiotów, które wystawiły referencje. Podsumowując swoje wywody zamawiający w treści pisma stwierdził, że należy uznać, że „wykonawca nie udowodnił w sposób jednoznaczny, że spełnia warunki udziału w postępowaniu”. Zauważył również, że „wykonawca American Systems nie skorzystał z możliwości udowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie w dniu 08.11.2022 r., a tym samym potwierdził prawdziwość stawianych zarzutów”.

Z argumentacją powyższą nie sposób zgodzić się i ją zaakceptować z następujących powodów. Jak wskazano powyżej wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, aby potwierdzić że spełnia warunki udziału w postępowaniu przedkłada, na wezwanie zamawiającego dokumenty opisane w SWZ. W niniejszym postępowaniu zamawiający w sposób jednoznaczny określił, że żądanymi przez niego dokumentami są wykaz usług oraz referencje. American Systems przedłożył takie dokumenty, o treści zgodnej z wymogami SWZ, zamieszczając w treści złożonego wykazu wszystkie żądane informacje. Jako potwierdzenie należytego wykonania usług zawartych w wykazie American Systems

przedłożył referencje, podpisane przez władze trzech uczelni, które potwierdziły dostawę i wdrożenie systemów bibliotecznych. Do tego dołączone zostały również protokoły odbioru podpisane przez uczelnie. Co istotne, zamawiający zwrócił się również do poszczególnych podmiotów, zlecających American Systems powyższe prace, aby te potwierdziły zarówno prawdziwość wystawionych na jego rzecz referencji, jak też zakres zrealizowanych zamówień (czy obejmują zarówno dostawę, jak też wdrożenie systemów). W odpowiedzi przedstawiciele zamawiającego w poszczególnych jednostkach potwierdzili co było przedmiotem realizacji, wartość udzielonych zamówień, stwierdzili również, że te wykonane zostały z należytą starannością.

Powyższe dokumenty przedłożone na wezwanie nie przekonały zamawiającego, że American Systems spełnił warunki udziału w postępowaniu, dlatego też skierował do niego dodatkowe pytania, wskazując na kolejne wątpliwości, przy czym jak wskazuje treść pisma, ich źródłem były zastrzeżenia formułowane przez konkurencyjnego wykonawcę. Pomimo udzielenia przez American Systems szczegółowych wyjaśnień w piśmie z 22 listopada 2022 r., jak uznał zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty z dnia 14 grudnia 2022 r., przedłożone dokumenty wraz z wyjaśnieniami „nie potwierdzają jednoznacznie wykonania całości zadania”. Innymi słowy zamawiający nie wskazał jednoznacznie i nie wyjaśnił z jakich powodów uznał, że wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, ale stwierdził, że w dalszym ciągu ma wątpliwości w zakresie zrealizowanych przez niego projektów z powodu niepełnej informacji przedstawionej przez American Systems.

Zaznaczyć należy, że jeśli zamawiający uznał, że American Systems nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, w brzmieniu opisanym przez zamawiającego w SWZ, to jego obowiązkiem było sprecyzowanie z jakich powodów zamawiający doszedł do takich wniosków, podanie argumentacji które zamówienie i który z jego elementów nie spełnia wymogów opisanych w SWZ. Podstawą odrzucenia oferty wykonawcy nie może być okoliczność, że zamawiającemu brak jest dokumentów, aby uznać, że warunek ten wykonawca spełnił. Przy tym wymaga podkreślenia, że zamawiający na żadnym etapie postępowania, w szczególności w swoim piśmie kierowanym do American Systems nie sprecyzował jakich dodatkowych dokumentów oczekuje, oraz jakie informacje powinny z ich treści wynikać. Wykonawca został zatem postawiony w sytuacji, w której musiał niejako zgadywać jakie dodatkowe dokumenty zamawiający uzna za wystarczające, aby rozwiązać wątpliwości zamawiającego. Już tylko z powyższych przyczyn decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty American Systems jest błędna, jako pozbawiona podstawy prawnej i niedostatecznie uzasadniona.

Nie do zaakceptowania jest także argumentacja, którą posłużył się zamawiający w piśmie z 14 grudnia 2022 r., zgodnie z którą wykonawca American Systems nie skorzystał z możliwości udowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie w dniu 08.11.2022 r., a tym samym potwierdził prawdziwość stawianych zarzutów. Fakt, że wykonawca nie złożył sprzeciwu wobec uwzględniania w całości przez zamawiającego zarzutów odwołania w poprzednio toczącej się sprawie odwoławczej, nie może przesądzać o tym czy wykonawca warunki udziału w postępowaniu spełnia czy też nie. Taka argumentacja w piśmie informującym wykonawcę o odrzuceniu jego oferty jest niedopuszczalna, gdyż nie jest oparta o podstawy prawne, wynikające z przepisów ustawy Pzp.

Co istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy to okoliczność, że American Systems przedłożył wszystkie dokumenty w postępowaniu, zgodne co do treści z opisanymi przez zamawiającego w SWZ. Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów podważających przedłożone przez American Systems oświadczenia czy listy referencyjne, nie sformułował nawet jakie wątpliwości wzbudziła treść tych dokumentów. Powołał się jedynie na wątpliwości, sformułowane w piśmie innego, konkurencyjnego wykonawcy, który wprawdzie przedkładał inne dokumenty, mające w jego ocenie wskazywać że warunek w brzmieniu opisanym w SWZ nie został spełniony, jednakże wskazywane wątpliwości były wprost sprzeczne z tym co stwierdzili, a następnie potwierdzili poszczególni zamawiający w korespondencji mailowej tj., że te zostały wykonane w zakresie wynikającym z treści warunku, w terminach wymienionych w wykazie oraz, że American Systems zrealizował je z należytą starannością.

Nie można wprawdzie odmówić zamawiającemu prawa do żądania wyjaśnień odnośnie przedkładanych w postępowaniu dokumentów podmiotowych, w szczególności jeśli w świetle innych dokumentów, przedstawionych przez Sygnity i publicznie dostępnych, informacje w nich zawarte nie potwierdzają treści złożonych oświadczeń, jednakże obowiązkiem zamawiającego jest wyartykułowanie jakie wątpliwości dokumenty te budzą i jakie są jego oczekiwania, co do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień czy dokumentów. W końcu też zamawiający ma możliwość skorzystania z procedury zwrócenia się bezpośrednio do zamawiających wystawiających dokumenty referencyjne, celem potwierdzenia ich prawdziwości. W tym wypadku zamawiający z tego skorzystał, a pomimo uzyskania dodatkowego potwierdzenia, z niewiadomych powodów uznał, że wykonawca American Systems nie spełnił warunku udziału w postępowaniu.

Z powyższych powodów tj. mając na uwadze treść przekazanego wykonawcy uzasadnienia, z którego wynika jedynie, że zamawiający uznał za niewystarczające dodatkowe wyjaśnienia i dokumenty, przedłożone celem potwierdzenia spełnienia warunków pomimo, że w wezwaniu do wyjaśnień nie sprecyzował podania jakich danych i przedłożenia jakich dokumentów oczekuje od American Systems, jak też fakt, że wykonawca złożył w postępowaniu wszystkie dokumenty, wymienione przepisami Rozporządzenia i opisane w SWZ, celem potwierdzenia, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, które to zostały potwierdzone przez podmioty zlecające usługi - Izba uznała, że czynność zamawiającego, polegająca na odrzuceniu oferty American Systems dokonana została w sposób wadliwy tj. niezgodny z przepisami ustawy Pzp, a odwołanie w tym zakresie należało uwzględnić. Stwierdzić należy, na podstawie przedłożonych przez American Systems w postępowaniu dokumentów, że ten potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w brzmieniu opisanym w dokumentach zamówienia.

Odnosząc się z kolei do zarzutów American Systems, że zamawiający naruszył przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z błędnym uznaniem przez zamawiającego, że odwołujący nie udowodnił, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej zauważyć należy, że jedyną podstawą odrzucenia oferty wykonawcy, co wynika z treści pisma zamawiającego z 14 grudnia 2022 r. była okoliczność, że wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wprawdzie poruszył kwestie składanych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, w tym w zakresie odnoszącym się do kwestii braku uwzględnienia przez American Systems kosztu licencji EBSCO, jednakże pomimo szerokiej argumentacji, że wykonawca nie przyjął do wyceny kwoty, która jest niezbędna celem zapewnienia realizacji usług w takim zakresie, jaki wynika z opisu przedmiotu zamówienia - brak jest jakiegokolwiek konkluzji co do sankcji, jakie wykonawca miałby ponieść z tego tytułu.

Jednocześnie z treści odpowiedzi zamawiającego na odwołanie wynika, że w związku z tym, że oferta wykonawcy American Systems została odrzucona, jako złożona przez wykonawcę, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, zamawiający zaniechał badania tej oferty pod kątem występowania rażąco niskiej ceny. Tym samym przed zakończeniem takiego badania przez zamawiającego, który jednoznacznie musi przesądzić czy zaoferowana cena jest ceną realną, obejmującą wszystkie elementy zamówienia i taką, za którą możliwa jest jego realizacja, w tym bez uzyskania dodatkowych wyjaśnień - zarzut ten należy uznać za zasadny. Zamawiający wykazuje się bowiem w swoich działaniach daleko idącą niekonsekwencją. Z jednej bowiem strony znaleźć można w treści pisma informującego o odrzuceniu oferty takie argumenty, które wskazują na okoliczność występowania rażąco niskiej ceny w ofercie American Systems, z drugiej zaś twierdzi,



że takiego badania nie przeprowadził. Z tego powodu wywody zawarte w piśmie z 14 grudnia 2022 r. należy uznać za zbędne, jako nie wywołujące żadnych skutków dla wykonawcy. Jeśli jednak miałyby być to dodatkowy argument, przemawiający za tym, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty American Systems była zasadna, to obowiązkiem zamawiającego było wskazanie podstawy prawnej tej czynności i podanie szczegółowego uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji. Tego z kolei w piśmie zabrakło.

W konsekwencji Izba doszła do przekonania, że zarzuty podnoszone w odwołaniu potwierdziły się, w konsekwencji nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności unieważnienia postępowania, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

### **w sprawie o sygn. akt KIO 3468/22**

Na wstępie skład orzekający pragnie przypomnieć, że stosownie do treści art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Z kolei w myśl art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć takiego wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba wskazuje ponadto, że są to dwie osobne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wynika, że wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Zamierzone działanie będzie miało miejsce wtedy, kiedy wykonawca wie, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu, a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia. Rażące niedbalstwo jest niedbalstwem szczególnym, którego rozmiar i waga przekracza brak zwykłej staranności. Mianem rażącego niedbalstwa określa się w doktrynie prawa cywilnego postać winy nieumyślnej, która przejawia się w tym, że sprawca nie chce postępować bezprawnie i chociaż przewiduje taką możliwość, nie godzi się na ten skutek, bezpodstawnie sądząc, że go uniknie (tak np. w wyroku z dnia 22 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1638/17). Przyjmując z kolei miernik należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej musi ona uwzględniać, zgodnie z art. 355

§2 kodeksu cywilnego, zawodowy charakter tej działalności. Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu, itd. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę rozpoznawanej sprawy Izba uznała, że nie sposób zgodzić się z odwołującym, który podnosząc powyższe zarzuty wskazywał, że przedstawione w wykazie usług informacje dotyczące zamówień, które zrealizował wykonawca American Systems, w kontekście posiadanej przez niego wiedzy i dostępnych powszechnie dokumentów związanych z tymi dostawami, są nieprawdziwe, a co za tym idzie wprowadzają zamawiającego w błąd w zakresie, w jakim mają potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W żadnym z nich nie sposób dopatrzeć się informacji niezgodnych z prawdą, czy też takich, które celowo miałyby wprowadzać w błąd zamawiającego, a w konsekwencji, że zachodzi jedna z opisanych wyżej podstaw do wykluczenia wykonawcy American Systems z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że odwołujący podnosząc przedmiotowy zarzut polemizował z treścią przedłożonych referencji, których to treść dodatkowo została potwierdzona przez zamawiającego. Przedkładał przy tym szereg dokumentów, dotyczących zrealizowanych przez American Systems zamówień, które odnosiły się czy to do etapu przygotowania postępowania (opis przedmiotu zamówienia), jego realizacji (umowa zawarta w wyniku postępowania), czy wykonania (faktury VAT). Wszystkie one miały na celu wzbudzenie wątpliwości zamawiającego co do zakresu, czy też terminów zrealizowanych przez American Systems zamówień, jednak same w sobie nie przesądzały, że jakakolwiek informacja z tych, które zostały zawarte w wykazie usług, jest niezgodna z rzeczywistym stanem rzeczy. Co znamienne wykonawca Sygnity nie podjął nawet próby zwrócenia się do podmiotów, które zlecały usługi wykonawcy American Systems, aby u źródła wyjaśnić jakie faktyczne czynności zostały przez niego wykonane.

Nie sposób kwestionować w sposób skuteczny prawdziwości danych przedłożonych w wykazie i treści załączonych referencji (dodatkowo potwierdzonych u poszczególnych zamawiających) jedynie wskazując na wątpliwości i powołując się na dokumenty, z treści których nie wynika bezspornie, że warunek udziału w postępowaniu w brzmieniu opisanym w SWZ nie został spełniony.

Odnosząc się z kolei do kwestii podnoszonej przez odwołującego, a dotyczącej brzmienia samego warunku udziału w postępowaniu, Izba podziela w tym zakresie stanowisko American Systems, że „wdrożenie” należy rozumieć jako: implementację, etap cyklu życia systemu, polegający na instalacji i dostosowaniu oprogramowania do wymagań użytkownika, a także migracji danych oraz testowaniu i uruchomieniu systemu informatycznego. Innymi słowy jest to dopasowanie i parametryzacja systemu do charakteru danego przedsiębiorstwa. Nie przesądza to, jak wywodził odwołujący, że system nie tylko musi zostać uruchomiony, ale też warunkiem wdrożenia jest jego „upublicznienie”. Taki wniosek nie płynie w szczególności z treści sformułowanego w SWZ warunku udziału w postępowaniu. Wystarczającym dla jego spełnienia jest zatem, aby ten został zainstalowany i uruchomiony u zamawiającego taki system podmiotu.

Izba podziela także stanowisko, że w przypadku tego rodzaju zamówień w sposób wyraźny oddzielić należy etap wdrożenia systemu od etapu sprawowania opieki serwisowej. Trafnie powołał w tym zakresie American Systems opracowanie, przygotowane przez Urząd Zamówień Publicznych pn. „Analiza dobrych praktyk w zakresie realizacji umów IT”, w którym to zwraca się uwagę na charakterystyczne rozgraniczenie etapów wdrożenia systemu i opieki serwisowej, których przedmiotem jest jednocześnie wdrożenie systemu informatycznego oraz serwis. Wskazano tam, że możliwa jest sytuacja etapowego wdrażania systemu, w którym pierwszy z etapów dotyczy stworzenia testowej wersji systemu informatycznego, a następnie wersji produkcyjnej. Będzie to wówczas ta część umowy, która charakterystyczna dla umowy o dzieło obejmuje wykonanie i odbiór dzieła w postaci gotowego systemu. Z kolei drugi etap to objęcie systemu informatycznego serwisem. Postanowienia umowy w tym zakresie są tożsame do tych, jakie zawiera się w umowach zlecenia, obejmują one czy to wprowadzanie poprawek, naprawianie błędów oraz szeroko rozumianą opiekę serwisową.

Nie sposób zatem twierdzić, jak czyni to odwołujący, że American Systems przedstawiając informacje w wykazie usług, w którym oświadczyło, że zrealizowało zamówienia polegające na dostarczeniu i wdrożeniu systemów, nawet jeśli nadal świadczy usługi serwisowe na rzecz tych podmiotów - wprowadziło zamawiającego w błąd.

Izba podzieliła natomiast zarzuty sformułowane przez odwołującego w zakresie, w jakim podnosił naruszenie przepisów art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp w części w jakiej zarzucał brak należytego badania ceny oferty American Systems pod kątem tego, czy ta nie jest rażąco niska. Jak przyznał zamawiający w treści pisma procesowego - odpowiedzi na odwołanie, zaniechał on całkowicie badania oferty American Systems w tym zakresie.

Co jednak należy podkreślić, na obecnym etapie postępowania nie sposób uznać także, że złożone na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia świadczą, czy też przesądzają o tym, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

W tym miejscu należy przypomnieć, że w myśl przepisu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Przy tym, zgodnie z poglądem zaprezentowanym w doktrynie: W wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, zamawiający musi określić swoje wątpliwości, aby wykonawca wiedział, co należy wyjaśnić i z jakiego powodu zamawiający powziął wątpliwości. (...) Nie jest możliwe odrzucenie oferty tylko i wyłącznie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu może nastąpić wyłącznie po uprzednim przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, mającego na celu obalenie domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu. (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 708 i 712.).

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy Izba uznała, że zarzuty podniesione w odwołaniu zostały oparte na ustaleniu, że American Systems został wezwany przez zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do przedstawienia takich wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, która wydawała się zamawiającemu rażąco niska. Konieczne jest zatem w tym miejscu przypomnienie treści wezwania zamawiającego, kierowanego do American Systems, w którym przywołuje wprowadzanie normy prawnej - art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże wprost stwierdza, że nie tyle powstałe wątpliwości co do realności zaproponowanej przez niego ceny, ale odwołanie wniesione przez wykonawcę Sygnity zdecydowało o wezwaniu go do złożenia wyjaśnień. Przyznaje także, że to nie tyle cena zaoferowana przez American Systems nosi znamiona rażąco niskiej, co cena ofertowa Sygnity jest zawyżona. Zamawiający w treści pisma wskazuje jedynie, że żąda od wykonawcy przedstawienia składowych ceny, w rozbiciu na: dostawę systemu bibliotecznego, subskrypcję EDS API na 10 lat, wdrożenie systemu, szkolenia, okres wsparcia technicznego i inne - mające wpływ na cenę.

Stwierdzić należy, że na tak ogólnie sformułowane wezwanie wykonawca American Systems odpowiedział, przedstawiając szczegółowe wyliczenia. Nie sposób zatem przesądzić, że złożone wyjaśnienia, w kontekście treści zapytania skierowanego przez zamawiającego są niewystarczające, nie odpowiadają wymogom określonym w przepisach ustawy Pzp, wskutek czego ich ocena powinna skutkować uznaniem, że oferta złożona

przez American Systems zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. W tym miejscu ponownie należy wskazać, że zamawiający jest zobligowany do precyzyjnego określenia swoich wątpliwości w treści wezwania skierowanego do wykonawcy i ciężaru tego nie można przenosić na wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie wyczerpujących wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie, jednak to do obowiązków zamawiającego należy jednoznaczne sformułowanie treści wezwania.

Izba podzieliła jednak ocenę odwołującego, że złożone przez American Systems wyjaśnienia na wezwanie zamawiającego, nie rozwiewają wątpliwości w zakresie tych elementów, które wpływają na kalkulację ceny, wskazują też na powstałe wątpliwości w zakresie dotyczącym sposobu kalkulacji wymaganej przez zamawiającego płatnej licencji od EBSCO na 10 lat. W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę American Systems oraz czynności unieważnienia postępowania, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w ramach powtórzonych czynności dokonania oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez wykonawcę American Systems. Zamawiający powinien także, w ramach powtórzonych czynności, wezwać tego wykonawcę do wyjaśnienia wątpliwości co najmniej w zakresie: wyliczenia kwoty za usługę API EDS EBSCO, zgodnie z zapisem opisu przedmiotu zamówienia; sprecyzowania jakie elementy (kategorie kosztów) zostały ujęte w poszczególnych pozycjach kosztowych w tabeli (10 pozycji); sposób wyliczenia wszystkich pozycji kosztowych (zamawiający powinien wskazać także czego w przedstawionych wyliczeniach oczekuje np. w jaki sposób wykonawca skalkulował koszty delegacji: dla ilu osób, ile i z jakich założeń przez niego przyjętych to wynika); jak wykonawca skalkulował koszty wynagrodzenia poszczególnych pracowników (w tym jaką formę zatrudnienia przyjął, w jaki sposób wyliczył ich wynagrodzenia, czy wartości te uwzględniają dodatkowe obciążenia pracodawcy tj. składki na ubezpieczenie społeczne, zawierają rezerwy urlopowe, absencję związaną z chorobą pracownika itp.). Powyższe wyliczenie jest jedynie przykładowe i nie stanowi wyczerpującej listy informacji, o które zamawiający powinien poprosić wykonawcę American Systems, wzywając go do przedłożenia dodatkowych wyjaśnień. Zamawiający winien w treści pisma również pouczyć wykonawcę o konsekwencji braku złożenia wyjaśnień, lub też jeśli te nie będą wyczerpujące, oraz o konieczności przedłożenia stosownych dowodów.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

W sprawie o sygn. akt KIO 3568/22 Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego odwołującego oraz zamawiającego w części 1/2 mając na uwadze, że zarzuty odwołania potwierdziły się w części odnoszącej się do przesłanek badania rażąco niskiej ceny, z kolei w zakresie w jakim odwołujący zarzucił, że wykonawca American Systems podał w swojej ofercie informacje wprowadzające zamawiającego w błąd - odwołanie podlegało oddaleniu. Tym samym mając na uwadze treść przepisu § 7 ust. 2 pkt 1 cytowanego Rozporządzenia który stanowi, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą: 1) odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 500,00 zł. stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu 1/2 wysokości wpisu od odwołania. W sprawie o sygn. akt KIO 3498/22 Izba uwzględniła odwołanie, a tym samym zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1 ww. Rozporządzenia koszty postępowania odwoławczego w całości ponosi zamawiający. W niniejszej sprawie na koszty odwołującego składały się koszty uiszczzonego wpisu w kwocie 15 000,00 zł.

Przewodniczący : .....