

Sygn. akt: 1842/20

**WYROK**

**z dnia 29 września 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 25 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa Urząd Miasta Stołecznego Warszawy** przy udziale wykonawcy **Sygnity Business Solutions S.A. z siedzibą w Zielonej Górze** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) 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 Miasto Stołeczne Warszawa w imieniu którego postępowanie prowadzi: Biuro Cyfryzacji Miasta we współpracy z Biurem Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług wsparcia systemu SAP ERP” numer postępowania: ZP/JK/271/111-204/19 (dalej jako: „Postępowaniem” lub „Zamówieniem”). Ogłoszenie zamieszczono w DzUUE z dnia 22 listopada 2019 r, 2019/S 226-554701

Odwołujący: S&T Services Polska Sp. z o.o. („Odwołujący” lub „S&T”).

wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

a. wykluczenia Odwołującego z Postępowania, pomimo że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, a wskazana przez Odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunków „usługa utrzymania Zintegrowanego Informatycznego Systemu Wspomagania Zarządzania Uczelnią opartego na oprogramowaniu SAP dla Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie” jest zgodna z wymogami Zamawiającego z pkt. 12.2.1. SIWZ („ZARZUT 1), ewentualnie

b. zaniechanie uznania za prawidłowe uzupełnienie przez Odwołującego dokumentów podmiotowych - w tym formularza „JEDZ”, w zakresie dot. zdolności technicznej i zawodowej (Cześć IV pkt C JEDZ), podczas gdy z uzupełnionych dokumentów podmiotowych wynika, że Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu („ZARZUT #2a”);

alternatywnie, w przypadku uznania, że Wykonawca nie mógł samodzielnie uzupełnić ww. dokumentów:

c. zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów podmiotowych - w tym formularza JEDZ, w zakresie dot. zdolności technicznej i zawodowej (Cześć IV pkt C JEDZ), w sytuacji gdy w ocenie Zamawiającego wskazana w JEDZ usługa nie potwierdza spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w Postępowaniu z pkt. 12.2.1. SIWZ, a Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 17 lutego 2020 r. oświadczył Zamawiającemu, że posiada doświadczenie również z realizacji innych usług, które potwierdzają spełnienie tego warunku („ZARZUT#2b”),

oraz wobec:

d. wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Sygnity Business Solutions S.A. („Sygnity”) pomimo, że Odwołujący nie podlegał wykluczeniu i to jego oferta - jako sklasyfikowana na I miejscu w rankingu ofert - powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza („ZARZUT#3”),

2. Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzuca naruszenie przepisów:

a. art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp przez błędne zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z Postępowania, pomimo tego, że Odwołujący wykazał, że spełnienia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie wskazanym w pkt 12.2.1. lit. b) SIWZ, a w konsekwencji art 24 ust. 4 pzp przez uznanie oferty wykluczonego za odrzuconą, podczas gdy Odwołujący nie podlegał wykluczeniu i nie wystąpiła podstawa do odrzucenia oferty określona w art. 24 ust. 4 p.z.p. ewentualnie:

b. art. 26 ust. 3 pzp przez zaniechanie uznania, że Odwołujący prawidłowo uzupełnił dokumenty podmiotowe - w tym formularza JEDZ, w zakresie dot. zdolności potwierdzającej spełnienie wskazanego pkt 12.2.1. lit. b SIWZ warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie zbadania ww. uzupełnionych dokumentów; alternatywnie:

c. art. 26 ust. 3 pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów podmiotowych - w tym formularza JEDZ, w zakresie dot. technicznej i zawodowej potwierdzającej spełnienie warunku udziału w postępowaniu z pkt 12.2.1. lit. b) SIWZ

d. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust 1 pkt 12 pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, podczas gdy Odwołujący nie podlegał wykluczeniu i jego oferta znajdująca się na pierwszym miejscu w rankingu ofert - powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza;

e. art. 7 ust 1 pzp przez naruszenie zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów p.z.p.

3. Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

a. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania,

b. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Signity,

c. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

d. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, ewentualnie

e. wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, w tym formularza JEDZ w zakresie niezbędnym do wykazania kwestionowanego warunku udziału W postępowaniu, zgodnie z uzasadnieniem niniejszego odwołania.

Odwołujący złożył najkorzystniejszą cenowo ofertę. Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu z Postępowania 24 lipca 2020 r.

1. Zamawiający po raz pierwszy poinformował Odwołującego 9 marca 2020 r. o wykluczeniu go na podstawie 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. Odwołujący wniósł w dniu 19 marca 2020 r. odwołanie, które zostało uwzględnione przez KIO. Izba uznała, że Zamawiający nie podał uzasadnienia faktycznego wykluczenia wykonawcy naruszając art. 92 ust. 1 pkt 1 i 3 p.z.p. oraz uniemożliwia wykonawcy ustosunkowanie się do argumentacji Zamawiającego.

Ponadto Izba wskazała, że uwzględnienie odwołania nie oznacza, że Izba dokonała jakichkolwiek czynności w zakresie oceny podstaw wykluczenia Odwołującego z

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wręcz przeciwnie, Izba nie dokonywała oceny czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania dokonanej przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, a uznała jedynie że brak było uzasadnienia dokonania tej czynności w piśmie z dnia 9 marca 2020 r. Izba wskazała także, że brak podania uzasadnienia faktycznego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powoduje, że nie może on skutecznie wnieść odwołania od tej czynności. Powyższe oznacza, że dopiero nowa czynność Zamawiającego - wykonana po wyroku Izby (KIO 593/20) - umożliwi Odwołującemu skuteczne zakwestionowanie merytorycznych podstaw wykluczenia Odwołującego z Postępowania. Z podanego 24.07.2020 r uzasadnienia wykluczenia wynika, że Zamawiający naruszył przepisy pzp i bezpodstawnie wykluczył Odwołującego. Odwołujący szczegółowo uzasadnia podniesione zarzuty.

Zgodnie z pkt. 12.2.1. SJWZ, za spełniających warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uzna Wykonawców, którzy:

„wykażą, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy; to w tym okresie, należycie wykonali lub wykonują:

a) co najmniej jedną usługę o wartości nie mniejszej niż 1 500 000,00 zł brutto, na rzecz co najmniej 600 użytkowników nazwanych, których przedmiotem było świadczenie usług serwisu powdrożeniowego systemu SAP ERP w jednostce sektora finansów publicznych lub jednostkach użyteczności publicznej przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy obejmujących co najmniej pięć wskazanych modułów:

Finanse (FI), Rachunkowość budżetowa (FM), Kontroling (CO), Rozliczenia masowe (FICA), Środki trwałe (FIAA), Kadry i płace (HRPA, HRPY), Hurtownia danych (BW)

b) co najmniej jedną usługę o wartości nie mniejszej niż 2 000 000 zł brutto, na rzecz co najmniej 600 użytkowników nazwanych, których przedmiotem było świadczenie usług nadzoru nad systemem SAP ERP w zakresie usług jakie dostępne są dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w ramach Wsparcia Producenta na poziomie SAP Enterprise Support systemu SAP ERP w jednostce sektora finansów publicznych lub jednostkach użyteczności publicznej przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy obejmujących wskazane moduły: Finanse (FI), Rachunkowość budżetowa (FM), Kontroling (CO), Rozliczenia masowe (FICA), Środki trwałe (FIAA), Kadry i płace (HRPA, HRPY), Hurtownia danych (BW)”

Na potwierdzenie spełnienia warunku w Formularzu JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby Odwołującemu - firmy Atos Polska S.A. - wskazano realizowane na rzecz Uniwersytetu Jagiellońskiego „świadczenie usług utrzymania, rozwoju i edukacji Zintegrowanego Informatycznego Systemu Wspomagania Zarządzania Uczelnią opartego na oprogramowaniu SAP“ o łącznej wartości 3 800 000,00zł.

Zamawiający w odniesieniu do usługi wskazanej wezwał Odwołującego 30 stycznia 2020 r. do uzupełnienia Formularza JEDZ w sposób wprost określony w wezwaniu, „poprzez wskazanie:

a. Jaka jest wartość usługi, której przedmiotem było świadczenie usług serwisu powdrożeniowego systemu SAP ERP wykonanej dla Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie;

b. Jaka jest wartość usługi, której przedmiotem był świadczenie usług nadzoru nad systemem SAP ERP w zakresie usług jakie dostępne są dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w ramach Wsparcia Producenta na poziomie SAP Enterprise Support systemu SAP ERP wykonanej dla Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie. ”

Odwołujący z ostrożności podnosi, że na tym etapie Postępowania, z uwagi na treść wezwania nie miał podstaw do przedłożenia Formularza JEDZ uzupełnionego o dodatkowe/inne usługi, w realizacji których zdobył doświadczenie, stanowiące potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu z pkt 12.2.1. SIWZ - a swoją odpowiedź ograniczył do ustosunkowania się do treści samego wezwania załączając Formularz JEDZ uwzględniający w Części IV lit. C rozróżnienie wartości elementów projektu realizowanego dla UJ w zakresie odpowiadającym warunkom z pkt 12.2.1. lit a) i b) SIWZ.

Następnie, w zakresie udzielonego na wezwanie „uzupełnienia” Odwołującego, Zamawiający w dniu 13 lutego 2020 r. wezwał na podstawie art. 26 ust. 4 pzp „do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt. 12.2.1 lit. a) i b) SIWZ”, wynikających zdaniem Zamawiającego z rozbieżności pomiędzy Formularzem JEDZ, a informacjami uzyskanymi przez Zamawiającego od UJ.

W wezwaniu tym Zamawiający powołał się na informacje, które uzyskał od UJ, twierdząc, że Z informacji przedstawionych przez Zleceniodawcę jednoznacznie wynika, że:

usługi utrzymania, to jest pielęgnacji (maintenance) oraz usuwania usterek (serwisu) Zintegrowanego Informatycznego Systemu Wspomagania Zarządzania Uczelnią opartego na oprogramowaniu SAP w celu zapewnienia ciągłości poprawnej i bezawaryjnej pracy Systemu oraz niezakłóconego korzystania z Systemu przez Użytkowników wyniosły we wskazanym okresie: maintenance: 1514 838,09 zł brutto

usuwanie usterek: 1500 651,00 zł brutto

natomiast usługi świadczenie serwisu powdrożeniowego systemu SAP ERP wyniosły we wskazanym okresie łącznie: 844 364,25 zł brutto w tym: usługi rozwojowe: 414 756,00 zł brutto; analiza przed upgradem: 49 200,00 zł brutto; upgrade: 352 856,25 zł brutto; usługi edukacyjne: 27 552,00 zł brutto

Zamawiający w sposób arbitralny i błędny dokonał „wykładni” informacji uzyskanych od UJ na potrzeby oceny spełnienia warunku udziału w Postępowaniu przez Odwołującego. Przyjął, że wartość usług serwisu powdrożeniowego systemu SAP ERP (o których mowa w pkt 12.2.1. lit. a) SIWZ) wyniosła łącznie 844.364,25 zł brutto, a wartości usługi nadzoru na systemem SAM

ERP w zakresie usług, jakie dostępne są dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w ramach Wsparcia Producenta na poziomie SAP Enterprise Support systemu SAP ERP (maintenance) (pkt 12.2.1. lit. b) SIWZ) wyniosła 1.514.838,09 zł brutto.

Z powyższą interpretacją prowadzącą w konsekwencji do wykluczenia Odwołującego z Postępowania nie sposób się zgodzić .

25 czerwca 2020 r, po rozpoznaniu sprawy KIO 593/20, znając już stanowisko Zamawiającego co do projektu na rzecz UJ - z ostrożności oraz w celu wykazania, że niezależnie od wykładni wykazanej pierwotnie usługi Wykonawca i tak spełnia warunki udziału w Postępowaniu - Odwołujący uzupełnił dokument JEDZ ze wskazaniem dodatkowej usługi Atos na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości, spełniającej wymaganie Zamawiającego w pkt 12.2.1 b SIWZ wraz z wyjaśnieniami w celu uniknięcia potencjalnych wątpliwości Zamawiającego.

Zamawiający nie odniósł się do uzupełnionego 25 czerwca 2020 r. dokumentu JEDZ.

24 lipca 2020 r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu go na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp ze względu na to, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, z pkt 12.2.1. lit. b SIWZ. W uzasadnieniu Zamawiający nie odniósł się od uzupełnionego projektu zrealizowanego na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości, natomiast wskazał uzasadnienie wykluczenia Wykonawcy;

a. Zamawiający po uzyskaniu informacji od UJ oraz wyjaśnień Wykonawcy uznał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w odniesieniu do doświadczenia określonego w pkt 12.2.1 lit. b) SIWZ, a w szczególności nie udowodnił, że w ramach usługi zrealizowanej na rzecz UJ zrealizował usługi, których przedmiotem było świadczenie usług nadzoru nad system SAP ERP w zakresie usług, jakie dostępne są dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w ramach Wsparcia Producenta na poziomie SAP Enterprise Support systemu SAP ERP o wartości nie mniejszej niż 2.000.000.00 zł brutto:

b. Zdaniem Zamawiającego, Wykonawca w sposób nieuprawniony doliczył do wartości usług maintenance część wartości dotyczącej usuwania usterek;

c. Wartość ta została swobodnie ustalona przez Wykonawcę na podstawie jego uznania;

d. Wartość ta jest sprzeczna z informacjami uzyskanymi przez UJ, przy czym - jak wskazał Zamawiający - UJ obliczył wartość usług z referencji na podstawie własnej analizy umowy.

e. Zamawiający nie odniósł się do uzupełnionego o nową usługę Formularza JEDZ.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że pomimo tego, że wykazał spełnienie warunków udziału, został przez Zamawiającego wykluczony, co narusza art. 24 ust. 1 pkt 12, 24 ust. 4 i art. 7 ust. 1 pzp.

Z informacji z 24 lipca 2020 r. wynika, że decyzję o wykluczeniu Zamawiający podjął wyłącznie w oparciu o odpowiedź UJ. Zamawiający zauważył, że informacje UJ stanowiły analizę własną umowy, jednakże w żaden sposób nie konfrontując przekazanych informacji z treścią umowy zawartej z UJ oraz treścią warunku. Już samo sformułowanie analiza własna wskazuje, że

udzielenie informacji dotyczącej wartości zakresu referencyjnego wymagało wykonania analizy, gdyż w umowie zawartej z UJ występowało inne nazewnictwo i inny podział usług niż opisany w warunku udziału w Postępowaniu. Tym samym ustalenie wartości brutto wykonanych usług odpowiadających nadzorowi nad systemem SAP w ramach wsparcia producenta na poziomie SAP Enterprise Support wymagało wykonania szczegółowej analizy w kontekście zarówno przedmiotu jak i etapu realizacji umowy z UJ.

Zamawiający, gdy powziął wątpliwości co do wskazanego w JEDZ projekcie, winien był wystąpić do UJ o całość umowy zawartej z wykonawcą (umowa z 19 października 2016 t. nr CRZP/UJ/154/2016 „Umowa SAP-UJ/2016”), której łączne wynagrodzenie brutto wyniosło 6.074.807,95 zł - i jej podstawie porównać czy dane świadczenia realizowane przez Atos, odpowiadają przedmiotowo wymogom SIWZ.

Zamawiający nie zdefiniował w treści warunku" z pkt. 12.2.1. a i b SIWZ, jakie konkretnie świadczenia uzna za „serwis” i „nadzór” nad systemem SAP ERP w rozumieniu przedmiotowych warunków. Specyfika projektów wdrażania, serwisowania czy rozbudowywania systemów SAP ERP charakteryzuje się zawsze wysokim stopniem unikatowości w związku z dostosowywaniem ich do specyfiki i potrzeb klienta. Tym samym, to czy dane świadczenie odpowiada treści warunku udziału w Postępowaniu należało odnieść do faktycznie realizowanych elementów tego projektu realizowanego dla UJ.

Mając na uwadze treść umowy, jak i protokołów z realizacji projektu dla UJ, należy stwierdzić, że wartość usług polegających na serwisie powdrożeniowym systemu SAP ERP wyniosła 1.855.734,97 zł., tj. przekroczyła 1 500 000 zł brutto, a wartość usług, których przedmiotem było świadczenie usług nadzoru nad systemem SAP ERP wyniosła 2.004.118,37 zł., więc przekroczyła 2 000 000,00 zł brutto. Wartości te wskazane były w wyjaśnieniach z 17 lutego. Zamawiający arbitralnie uznał, wbrew wyjaśnieniom Odwołującego, że jedynie pozycja Maintenance odnosi się do katalogu usług SAP Enterprise Support. Nie uzasadnił dlaczego jego zdaniem część wynagrodzenia za usuwanie usterek nie składa się na wynagrodzenie za usługę nadzoru (jednocześnie nie definiując w treści warunku udziału usług nadzoru).

Jedną z ugruntowanych przez orzecznictwo zasad jest interpretacja niejasności w SIWZ na korzyść wykonawców. Zamawiający uznał, że interpretacja Wykonawcy jest niesłuszna i wykluczył Odwołującego opierając się wyłącznie na interpretacji dokonanej przez podmiot trzeci - UJ. Skoro Zamawiający nie zdefiniował w jaki sposób należy interpretować usługi nadzoru a w jaki usługi serwisu powdrożeniowego, to zgodnie z zasadą interpretacji niejasności na korzyść wykonawców zobowiązany był przyjąć korzystniejszą dla Odwołującego wykładnię. Niezależnie od powyższego, Odwołujący podtrzymuje, że interpretacja warunku udziału z pkt 12.2.1 lit. b) SIWZ ma swoje uzasadnienie w specyfice świadczenia usług SAP i wynika z doświadczenia Odwołującego oraz Atos. O powyższym świadczy także fakt, że Odwołujący mógł od razu w Formularzu JEDZ wskazać inną usługę,

która spełnia wymagania Zamawiającego, lecz zdecydował się na wykazanie usługi na rzecz UJ, która - zdaniem Odwołującego - nie powinna budzić wątpliwości.

Odwołujący wskazuje, że na usługi nadzoru nad systemem SAP w ramach wsparcia producenta na poziomie SAP Enterprise Support realizowanego na rzecz UJ przez Atos składają się również zadania realizowane w zakresie usuwania usterek w ramach maintenance, których łączna wartość w okresie w wymaganym przez Zamawiającego wyniosła 489 280,29 zł. Kwota maintenance wykazana przez UJ dotyczy jedynie kwoty, jaką Partner PCOE - Atos wskazał jako cenę za usługi odprowadzaną do SAP Polska z tytułu serwisu licencji posiadanych przez Klienta udzielanego przez firmę SAP, obejmującego między innymi dostęp do najnowszych wersji systemu, jego patchy, możliwość wykonywania na życzenie bezpłatnych raportów o stanie systemu oraz dostęp do bazy wiedzy o systemie. Przy czym zalecenia wynikające z wykonanych raportów i prace z nimi związane nie są objęte usługą maintenance. Kwota maintenance odprowadzana do producenta nie obejmuje prac, jakie Partner jest zobowiązany świadczyć dla Klienta, a wynikających z Planu Usług SAP Enterprise Support. Prace te obejmują każdorazowo przyjęcie przekazanego przez Klienta zgłoszenia, jego szczegółową analizę i w przypadku występującego błędu w systemie podjęcie jego naprawy zgodnie z zaleceniami SAP. Wiąże się to z przeszukiwaniem kanału partnerskiego w poszukiwaniu not naprawiających błąd lub informacji i porad na forum partnerskim, jak poprzez zmianę konfiguracji uzyskać poprawne działanie systemu.

W przypadku niemożności znalezienia odpowiedniego rozwiązania, Partner ma prawo przekazać do SAP zgłoszenie w jęz angielskim (co wiąże się z tłumaczeniem) wraz ze szczegółowym opisem wykonanych dotychczas prac i w zależności od priorytetu zgłoszenia opisać oddziaływanie błędu na środowisko systemowe i bieżące prace u danego Klienta.

Tak zdefiniowana i zakreślona ścieżka postępowania jest zgodna z warunkami umów z producentem oprogramowania SAP i stanowi świadczenie usług nadzoru nad systemem SAP w ramach wsparcia producenta na poziomie SAP Enterprise Support, którego dot. warunek udziału w Postępowaniu i na tej podstawie należało stwierdzić, że wartość usług wymaganych warunkiem udziału z pkt. 12.2.1. lit b) SIWZ wyniosła 2.004.118,37 zł.

Zamawiający mógł uzyskać powyższe informacje, gdyby zwrócił się o wyjaśnienia (np. poprzez wyjaśnienie dlaczego Odwołujący uwzględnił w nadzorze część wynagrodzenia za usuwanie usterek) lub zwracając się do SAP. Jednakże Zamawiający postanowił oprzeć swoją decyzję o wykluczeniu wyłącznie na podstawie lakonicznych informacji uzyskanych przez UJ - który jest zamawiającym, a nie profesjonalistą realizującym usługę. Ponadto, pytanie Zamawiającego wymagało analizy umowy oraz rozliczeń, której Zamawiający nie wykonał ani nie skonfrontował stanowiska UJ ze stanowiskiem Odwołującego.

[ewentualny oraz alternatywny ZARZUT#2a i 2b - uzupełnienie Formularza JEDZ]



Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie odniósł się do uzupełnionego Formularza JEDZ ani nie wezwał Odwołującego do jego uzupełnienia, co skutkuje naruszeniem art. 26 ust. 3 pzp. Zamawiający, nawet jeśli nie był w stanie jednoznacznie przypisać świadczeń wykonywanych w ramach projektu realizowanego przez Atos na rzecz UJ do treści warunku udziału w postępowaniu, powinien był umożliwić uzupełnienie Formularza JEDZ o inne projekty zgodne z wymogami SIWZ. Na możliwości taką wskazał Zamawiającemu Odwołujący w treści wyjaśnień z 17 lutego 2020 r. zaznaczając, że dysponuje możliwością wykazania spełniania przedmiotowego warunku, także innymi usługami o zakresie wymaganym. Po rozpoznaniu sprawy KIO 593/20, znając stanowisko Zamawiającego odnośnie doświadczenia Atos uzyskanego w ramach realizacji projektu na rzecz UJ, z ostrożności, w celu wykazania, że bez względu na ocenę projektu dla UJ, Atos spełnia warunek udziału określony w pkt 12.2.1 lit. b SIWZ, Odwołujący samodzielnie uzupełnił Formularz JEDZ przedstawiając dodatkową usługę, która bez wątpliwości spełnia wymaganie z pkt 12.2.1 lit. b) SIWZ.

Dotychczasową procedurę wyjaśnień Zamawiający zawęził wyłącznie do wyjaśniania wskazanego w JEDZ projektu dla UJ. Przedmiotem zainteresowania Zamawiającego było jedynie ustalenie, w jaki sposób rozkładają się świadczenia w ramach usług realizowanych przez Atos na rzecz UJ, wskazanych w JEDZ. Jeżeli Zamawiający stwierdziłby, że przedstawiona na potwierdzenie warunku usługa nie spełnia jednak wymagań, powinien był zwrócić się o uzupełnienie dokumentów podmiotowych. Ze względu na brak działania Zamawiającego, Odwołujący samodzielnie, dnia 25 czerwca 2020 r. uzupełnił JEDZ. Brak odniesienia się przez Zamawiającego do ww. uzupełnienia może świadczyć o tym, że Zamawiający w ogóle nie zbadał uzupełnionych dokumentów.

Obowiązek wezwania lub uznania, że Wykonawca samodzielnie uzupełnił Formularz JEDZ wynika z orzecznictwa KIO.

Jeśli zatem Zamawiający miał wątpliwości co do usługi wskazanej w JEDZ to był on zobligowany do wezwania do uzupełnienia JEDZ. Zamawiający zdecydował się „skrócić” procedurę, co doprowadziło do wyboru oferty istotnie droższej niż oferta Odwołującego.

Sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 czerwca 2020 r. do postępowania KIO 593/20 twierdził, że Odwołujący samodzielnie mógł uzupełnić JEDZ poprzez wskazanie dodatkowych usług i przytoczył nawet orzecznictwo Izby z którego wynika, że powinien wziąć pod uwagę samodzielnie uzupełnione przez wykonawcę dokumentu, a w przypadku gdy dokument ten ma wady - wezwać do jego uzupełnienia. Zamawiający ani razu nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia wykazu o nową usługę.

Działanie takie nie jest zgodne z interesem Zamawiającego. Wybór oferty Sygnity S.A. oznaczałby kolejne przedłużenie świadczenia usług, wykonawca obsługuje kluczowy system informatyczny Zamawiającego przez okres ponad 14 lat, jest z definicji stanem niekorzystnym dziwi fakt, że Zamawiający nie próbuje uniezależnić się od jedynej dostawcy takich usług.

[ZARZUT#3 - wybór jako najkorzystniejszej oferty Sygnity, podczas gdy za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta Odwołującego oraz naruszenie art. 7 ust. 1]

Czynności i zaniechania Zamawiającego opisane w ramach Zarzutów#1, 2a i 2b prowadzą do wniosku, że Zamawiający bezzasadnie wykluczył Odwołującego, co doprowadziło w konsekwencji do wyboru oferty Sygnity jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

W konsekwencji, Zamawiający naruszył także art. 91 ust. 1 pzp.

Zamawiający odstępując od stosowania przepisów pzp m.in. przez zaniechanie badania uzupełnionych dokumentów lub wezwania Odwołującego do ich uzupełnienia wobec Odwołującego a także naruszając przepisy w celu wykluczenia Odwołującego narusza zasady prowadzenia postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamawiający naruszył także powyższe zasady wybierając ofertę wykonawcy niezgodnie z przepisami. W oparciu o powyższe, wniósł, jak w petitum.

Zamawiający w piśmie z dnia 27 sierpnia 2020 r. wniósł o odrzucenie odwołania, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie. Przypomniawszy, że 9 marca 2020 r. poinformował Wykonawców o uznaniu za najkorzystniejszą oferty Sygnity Business Solutions S.A., a także o wykluczeniu z postępowania Odwołującego. Wobec tych czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie inicjujące postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 593/20.

Zamawiający przypomniał sentencję wyroku Izby w tej sprawie i stwierdził, że wyrok wykonał — pismem z 24 lipca 2020 r. poinformował Odwołującego o unieważnieniu czynności poinformowania pismem z 9 marca 2020 roku tegoż wykonawcy o wykluczeniu go z postępowania. W piśmie zawarto uzasadnienie faktyczne i prawne czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania.

Postępując zgodnie z sentencją orzeczenia, unieważnił i powtórzył jedynie czynność poinformowania Odwołującego o wykluczeniu go z Postępowania. Przekazał po raz wtóry uzasadnienie czynności podjętej, o której dokonaniu raz już Odwołującego informował 9 marca 2020 r., tj. li tylko i wyłącznie o czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania.

W odwołaniu z 3 sierpnia 2020 r. Odwołujący nie podnosi zarzutów wobec powtórzonej przez Zamawiającego czynności poinformowania go o wykluczeniu z Postępowania.

Dążąc do pełnego wykonania wyroku Izby, Zamawiający nie podejmował innych czynności niż powołane ponowne poinformowanie Odwołującego. Żadna z innych czynności dokonanych przed wydaniem orzeczenia w sprawie KIO 593/20 nie została unieważniona, czy to na mocy powołanego wyroku Izby, czy to w wyniku działań podjętych przez samego Zamawiającego.

Jedną z utrzymanych w mocy po 9 marca 2020 r. czynności Zamawiającego był wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Wobec tejże czynności Odwołujący podnosił zarzut w odwołaniu z 19 marca 2020 r. inicjującym sprawę KIO 593/20. Zarzut ten został uznany przez Izbę za niezasadny: „Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.” (s. 20). Okoliczność ta wydaje się istotna, z uwagi na inne podjęte przez Izbę rozstrzygnięcia — tytułem przykładu w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 PZP Izba uznała, że: „z uwagi na uwzględnienie zarzutu głównego odwołanie w części odnoszącej się do ww. zarzutu ewentualnego nie podlega rozpoznaniu” (s. 20). W tym świetle donioślejszym wydaje się wyraźne rozstrzygnięcie Izby o zarzucie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 Pzp i kategoryczne stwierdzenie w orzeczeniu: „Izba uznała zarzut za niezasadny”.

Żaden z uczestników, a w szczególności Odwołujący, nie zaskarżył powołanego wyroku Izby. Pozwala to przyjąć, że orzeczenie w sprawie KIO 593/20 stało się prawomocne.

Wbrew zawartemu w odwołaniu z 3 sierpnia 2020 r. na 5 stronie twierdzeniu Izba nie „uznała, że Zamawiający nie podał uzasadnienia faktycznego wykluczenia wykonawcy naruszając art. 92 ust. 1 pkt 1 i 3 pzp” — w odniesieniu do art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba nie mogła tego uczynić, albowiem Odwołujący w odwołaniu z 19 marca 2020 r. nie sformułował takiego zarzutu. W twierdzeniach swych Odwołujący odwoływał się do art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, zaś Izba jedynie w odniesieniu do pkt 2 przepisu stwierdziła, że Zamawiający dopuścił się jego naruszenia.

Zamawiający, zgodnie z wyrokiem i w celu jego wykonania, nie unieważnił czynności wyboru oferty, której dokonanie zostało zakomunikowane Odwołującemu pismem z 9 marca 2020 r. W niniejszej sprawie Odwołujący ponownie kwestionuje prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Słusznym wydaje się uznanie, że zarzut ten z jednej strony został podniesiony po terminie — informacja o dokonaniu czynności została przekazana Odwołującemu pismem z 9 marca 2020 r. Czynność ta po tej dacie nie została, czy to przez Izbę, czy to przez Zamawiającego, uchylona i pozostaje wiążącą w Postępowaniu. Wobec przesądzenia przez Izbę w wyroku KIO 593/20, że czynność ta nie narusza przepisów oraz nakazania Zamawiającemu powtórzenia jedynie czynności poinformowania o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania, pismo z 24 lipca 2020 r. nie zawiera do tej konkretnej czynności Zamawiającego żadnych odniesień.

Z drugiej strony, zarzut wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej był podnoszony już w odwołaniu z 19 marca 2020 r. i w sposób wyraźny został oceniony przez Izbę jako niezasadny (s. 20). Odwołujący w odwołaniu z 3 sierpnia 2020 r. powołuje się na okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.

Fakt ten, w świetle art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp, uniemożliwia rozpoznanie powołanego zarzutu - zachodzi tu bowiem brak podstaw do jego rozpoznania.

W orzeczeniu KIO 593/20 Izba podkreśliła, że: „nie dokonywała oceny czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania dokonanej przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, a uznała jedynie że brak było uzasadnienia dokonania tej czynności w piśmie z dnia 9 marca 2020 roku” (s. 20).

Uznać należało, że w ocenie Izby choć Zamawiający poinformował o dokonaniu wykluczenia Postępowania, lecz nie nakreślił w dostateczny sposób motywów tej czynności.

Zgodność z przepisami wyboru oferty najkorzystniejszej (co do której Izba uznała podnoszone wobec niej zarzuty za niezasadne), ale także wykluczenia nie została przez Izbę zakwestionowana, a co za tym idzie Izba nie nakazała Zamawiającemu unieważnienia tych czynności. Stan ten, dotyczy wszystkich czynności poprzedzających wybór oferty najkorzystniejszej, w tym wezwania do uzupełnienia dokumentów lub wyjaśnienia ich treści.

Odwołujący o wszystkich, kwestionowanych przez niego w odwołaniu z 3 sierpnia 2020 r., czynnościach Zamawiającego dowiedział się z chwilą doręczenia mu pisma z 9 marca 2020 r. Uzasadnionym jest jednocześnie przekonanie, że Odwołujący wraz doręczeniem mu odpowiedzi na odwołanie poznał motywy czynności, z 9 marca 2020 r.

Jednoznaczne wskazanie przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie na te motywy dostrzegła Izba na stronie 19 orzeczenia: „Izba wskazuje również, że dopiero Odpowiedź na odwołanie zawiera informacje, iż podstawą decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania była informacja otrzymana od UJ o faktycznej kwocie zrealizowanego zamówienia we wskazanym zakresie oraz katalog usług wchodzących w skład serwisu producenckiego na poziomie SAP Enterprise Support.”

O ile którykolwiek z motywów podjętych przez Zamawiającego działań w samej odpowiedzi na odwołanie nie zostałyby nakreślony w sposób dostatecznie precyzyjny, to Odwołującego winny zostać rozwiane po zamknięciu rozprawy. Nie sposób nie uznać, że już po otrzymaniu odpowiedzi na odwołanie, a najpóźniej po zamknięciu rozprawy, Odwołujący nie tylko wiedział o wykluczeniu go z Postępowania i uznaniu oferty Przystępującego za najkorzystniejszą, ale dodatkowo znał wszystkie motywy, którymi kierował się Zamawiający. Te same motywy i okoliczności zostały przywołane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 24 lipca 2020 r.

Tym samym 9 czerwca 2020 r, a najpóźniej w dniu rozprawy 16 czerwca 2020 Odwołujący powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach wniesienia odwołania.

Uznać należy, że termin określony w ustawie na wniesienie odwołania wobec czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania, upłynął nie później niż 26 czerwca 2020 r.

Tym samym wniesienie odwołania w dniu 3 sierpnia 2020 r. jest działaniem spóźnionym.

Za ustaleniem terminu na wniesienie odwołania w oparciu o art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp przemawia stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z 28 lutego 2013 r. sygn. III

CZP 107/12, zgodnie z którym: „W sytuacji gdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego poweźmie wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania przed dniem przestania mu przez zamawiającego informacji o kwestionowanej czynności, bieg terminu do wniesienia odwołania liczy się według zasad określonych w art. 182 ust. 3 Pzp.” /.../

Jeżeli natomiast zamawiający przed dniem dowiedzenia się przez wykonawcę o podjętych czynnościach lub dniem, w którym powinien taką wiedzę uzyskać, nie przestał wykonawcy informacji o dokonanych czynnościach, termin do wniesienia odwołania wyznacza art. 182 ust. 3 Pzp. Późniejsze przestanie informacji przez zamawiającego zasadniczo nie prowadzi do otwarcia terminu do wniesienia odwołania określonego w art. 182 ust. a Pzp.”

Podsumowując: Odwołujący dowiedział się o czynności wykluczenia go z Postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej z pisma z 9 marca 2020 r.

Kierując się wytycznymi zawartymi w uchwale Sądu Najwyższego III CZP 107/12 termin na wniesienie odwołania w zaistniałych okolicznościach należy ustalić zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1) Pzp — 10 dni — na dzień 26 czerwca 2020 r. Kierując się tym przekonaniem, Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, Jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie.

W piśmie z 15 września 2020 r. zamawiający sformułował wniosek o:

1/ oddalenie odwołania w całości bez merytorycznego rozpoznania z uwagi na brak interesu odwołującego we wniesieniu środka ochrony prawnej, ewentualnie

2/ oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Zamawiający przypomniał swoją czynność z 9 marca 2020 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu odwołującego. Wskazał na wykonanie wyroku dnia 24 lipca 2020 r. Przypomniał, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej była utrzymana w mocy, nie kwestionowana w wyroku. Stwierdził, że odwołujący ponownie kwestionuje czynność wyboru.

Wobec skutecznego wyboru oferty i niemożności jego unieważnienia zamawiający wywodzi brak interesu i legitymacji do wniesienia odwołania.

Zauważył przy tym, że w odwołaniu podnoszone są zarzuty odnoszące się do wykluczenia odwołującego, a nie wyboru oferty, co do którego wskazano jedynie, że został dokonany wobec wadliwego wykluczenia wykonawcy. W tym kontekście zamawiający wskazał na brak interesu jako przesłankę oddalenia odwołania.

Wniosek ewentualny o oddalenie odwołania jako bezzasadnego zamawiający uzasadnił wskazując ponownie na wyrok KIO 593/20 zauważając, że tym samym czynność wykluczenia z 9 marca 2020 r. do dnia dzisiejszego pozostaje w mocy, a jest ponownie kwestionowana. Zamawiający przypomniał, że nie badał ponownie spełnienia warunków

udziału, ofert lub braku podstaw do wykluczenia, skoro czynność wykluczenia nie została przez KIO zakwestionowana.

24 lipca 2020 r. przedstawił jedynie dodatkową argumentację – nowe uzasadnienie, które przekazał odwołującemu.

W tym kontekście za niezrozumiałe uznaje zarzuty zaniechania odniesienia się w piśmie z 24 lipca 2020 r. do dokumentów i oświadczeń (w tym nowego, już trzeciego, w postępowaniu, formularza JEDZ firmy ATOS) doręczonych zamawiającemu z pismem z 25 czerwca 2020 r.

Wobec tego wnosi o uznanie z przedwczesny i niepodlegający rozpoznaniu zarzut ewentualny, naruszenia art. 26 ust. 3 pzp przez zaniechanie uznania, że odwołujący prawidłowo samodzielnie uzupełnił dokumenty podmiotowe składając nowy formularz JEDZ firmy ATOS.

W zakresie merytorycznym dot. podstaw wykluczenia zamawiający przypomniał treść przedmiotowego warunku udziału i odmienne jego rozumienie przez strony.

Podkreślił, że postępowanie jest skierowane do profesjonalistów świadczących usługi wsparcia systemu SAP ERP i używane w nim pojęcia są zrozumiałe. Przypomniał, że treść warunku ukształtowana została także w wyniku pytań i propozycji odwołującego.

Wskazał na prowadzone badania i ocenę spełniania warunku opisaną w piśmie z 24 lipca 2020 r. i różnice w stanowisku odwołującego przedstawionym w wyjaśnieniach z 17 lutego 2020 r. oraz odwołaniu z dnia 3 sierpnia 2020 r.

W odniesieniu do dokumentów i oświadczeń przedstawionych przez odwołującego na potwierdzenie wykazania spełniania warunku z pkt 12.2.1.b siwz wskazał na pierwotny formularz JEDZ firmy ATOS uzupełniony w odpowiedzi na wezwanie z 30 stycznia 2020, który nie ostatecznie w postępowaniu po skonfrontowaniu jego treści z informacjami uzyskanymi z SAP (dowód złożony do sprawy KIO 593/20) oraz z Uniwersytetu Jagiellońskiego – odbiorcy usługi. Uznał, że nie zostało wykazane spełnienie warunku, w szczególności wykonawca nie udowodnił, że w ramach usługi zrealizowane zostały usługi, których przedmiotem było świadczenie usług nadzoru nad systemem SAP ERP w zakresie usług, jakie dostępne są dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w ramach Wsparcia Producenta na poziomie SAAP Enterprise Support systemu SAP ERP o wartości nie mniejszej niż 2 000 000 brutto. Zdaniem zamawiającego wykonawca w sposób nieuprawniony doliczył do wartości usług referencyjnych wartość usług spoza zakresu.

Zamawiający zauważył, że nawet z wyjaśnień odwołującego wynika, iż oprócz wynagrodzenia wynikającego z usług maintenance (a zatem dostępnych dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w ramach Wsparcia Producenta na poziomie SAP Enterprise Support) odwołujący doliczył do tych usług część wartości pozycji dotyczącej usuwania usterek, a wartość została doliczona swobodnie na podstawie swojego uznania i nie wynika z treści umowy z UJ. To oznaczało rozszerzenie zakresu usług referencyjnych o wynagrodzenie za dodatkowe czynności niewchodzące w skład katalogu usług SAP Enterprise Support. Wartość

wskazana przez odwołującego jest sprzeczna z dwukrotnie złożonym oświadczeniem odbiorcy usług, który nie miał wątpliwości co do zakresu, a także i wartości usług zdecydowanie niższej niż wskazana w treści oświadczeń odwołującego.

W odniesieniu do prowadzonej procedury wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń zamawiający przypomniał zasadę jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

W postępowaniu dokonał wezwania w odniesieniu do JEDZ firmy ATOS przedstawionego z ofertą. 30 stycznia 2020 r wezwał odwołującego do uzupełnienia formularza w taki sposób, aby zawierał on wszystkie dane niezbędne w świetle opisu siwz tj. potwierdzał także wartość każdej z dwóch rodzajów usług, których realizacją winien legitymować się odwołujący.

Opis warunku, pierwotnie złożony JEDZ i treść wezwania pozwala stwierdzić, że wezwanie było konkretne i precyzyjne. Zamawiający wprost wskazał na konkretny warunek, dokument otrzymany, a także określił braki, jakie w przedstawionym dokumencie dostrzegł.

Stwierdził, że wezwanie było jasne, a po stronie odwołującego pozostało uprawnienie do wyboru drogi postępowania w odpowiedzi na otrzymane wezwanie. Odwołujący nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia i nie wykazał realizacji innych usług, a w określonym terminie przedstawił drugą wersję formularza JEDZ firmy Atos, co miało uczynić zadość wezwaniu i wykazać spełnienie postawionego warunku.

Po upływie terminu, wobec zasady jednokrotności wezwania, zamawiający nie miał podstaw wezwania odwołującego do kolejnego uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunków udziału opisanych w siwz. Późniejsze deklaracje odwołującego (wyjaśnienia z 17 lutego 2020) o możliwości legitymowania się innymi usługami nie miały znaczenia w sprawie, a zamawiający nie mógł dopuścić możliwości kolejnego uzupełnienia oświadczenia, które już raz było uzupełniane.

W konsekwencji, po uzyskaniu wyjaśnień, które potwierdziły zasadność oceny, zamawiający uznał, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykluczył go z postępowania.

Przystępujący: Sygnity Business Solutions S.A z/s w Zielonej Górze w piśmie procesowym podzielił stanowisko zamawiającego wnosząc o odrzucenie odwołania ewentualnie o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Zaznaczył, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy odwołanie wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany w dniu 9 marca 2020 r. Dokonując tej czynności poinformował uczestników postępowania o wykluczeniu wykonawców, w tym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Na te czynności, tj. wykluczenia swojej oferty oraz

dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej odwołanie wniósł Odwołujący. Odwołanie to zostało rozpoznane przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Wobec niezaskarżenia przez Odwołującego tego wyroku uprawomocnił się on w stosunku do pozostałych zarzutów podniesionych przez Odwołującego, które zgodnie z treścią sentencji wyroku nie zostały uwzględnione. W szczególności chodzi o czynność dokonania przez Zamawiającego wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego. Nieuwzględnienie przez Izbę w wyroku tego zarzutu i brak w sentencji wyroku nakazania Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia oceny ofert powoduje, iż de facto czynności te nie mogą zostać powtórnie skarżone przez Odwołującego i to z dwóch powodów.

Zamawiający literalnie stosując się do treści zapadłego w sprawie KIO 593/20 orzeczenia powtórnie powiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania oraz o przyczynach podjęcia tej czynności, odwołanie od tej czynności przysługuje Odwołującemu jedynie w zakresie oceny prawidłowości tej powtórzonej czynności, tj. w zakresie tego, czy Zamawiający prawidłowo poinformował Odwołującego o przyczynach jego wykluczenia oraz czy podał w treści uzasadnienie faktyczne i prawne dokonania tego wykluczenia. Tymczasem odwołanie wniesione przez Odwołującego dotyczy zarzutów zmierzających do zakwestionowania prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Dlatego biorąc pod uwagę, iż te zakwestionowane w rozpoznawanym odwołaniu czynności zostały przez Zamawiającego dokonane w dniu 9 marca 2020 r., a poprzednie orzeczenie KIO nie nakazywało unieważnienia tych czynności, stąd odwołanie wniesione w sierpniu 2020 r. jest wniesionym po terminie i podlega odrzuceniu.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy odwołanie podlega odrzuceniu, jeśli dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Z taką sytuacją mamy do czynienia w sprawie. Sentencja wyroku Izby nakazywała Zamawiającemu unieważnić i powtórzyć czynność polegającą na poinformowaniu Odwołującego o podjętej wobec niego czynności, Czynność ta została przez Zamawiającego powtórzona, należy więc stwierdzić, że została wykonana zgodnie z wyrokiem Izby. Wszystkie pozostałe zarzuty, które zostały podniesione w poprzednim odwołaniu, nie zostały poprzednio przez Izbę uwzględnione i Izba nie nakazała powtórzenia tych czynności, w szczególności zaś czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Powtórne zaskarżenie tych samych czynności, które były przedmiotem rozpoznania i wyroku Izby jest więc w świetle tego przepisu niedopuszczalne, a odwołanie powinno zostać odrzucone.

Przystępujący, nawet pomijając względy formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne odwołania, pragnie wskazać, że merytorycznie decyzja Zamawiającego w



zakresie prawidłowości decyzji o wykluczeniu Odwołującego była ze wszech miar uzasadniona. Wskazał na przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu.

Na potwierdzenie spełnienia w treści JEDZ-a podmiotu używającego zasoby wskazano usługę użyzoną przez Atos Polska S.A. realizowaną na rzecz Uniwersytetu Jagiellońskiego. Zamawiający w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy wystosował do Wykonawcy żądanie uzupełnienia JEDZ-a podmiotu używającego zasoby poprzez wskazanie jaka część wykazanej usługi odnosi się do każdego z wykazywanych warunków udziału w postępowaniu. W ramach uzupełnienia Odwołujący przedłożył nowy JEDZ, w którym wskazano, iż wartość części usługi wykazywana na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w li. a) wynosi 1,8 mln zł, zaś dla warunku określonego w lit. b) 2 mln zł. W związku z zaistnieniem dalszych wątpliwości Zamawiający zwrócił się do wystawcy referencji (Uniwersytet Jagielloński) z prośbą o potwierdzenie okoliczności związanych z oświadczeniem zawartym przez Wykonawcę. Z informacji uzyskanych przez Zamawiającego wynikało, że w ramach świadczonych usług zostało wypłacone wynagrodzenie Wykonawcy z następujących tytułów:

- maintenance — 1.514.838,09 zł brutto,
- usuwanie błędów — 1.500.651 zł brutto,
- serwis powdrożeniowy (wszystkie usługi łącznie) — 844.364,25 zł brutto.

Mając taką informację Zamawiający zwrócił się ponownie do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 o wyjaśnienie w zakresie rzeczywistej wartości poszczególnych usług.

Odwołujący udzielił takich wyjaśnień wskazując, iż „1) wartość usługi nadzoru nad SAP ERP wynosi 2 004 118,37 zł, na którą składają się:

- a) kwota 1 514 838,09 zł za maintenance;
- b) kwota 489 280,28 zł za usługę usuwania usterek.

2) wartość serwisu powdrożeniowego dla SAP ERP wynosi 1 855 734,97 zł na którą składają się wszystkie pozostałe usługi wskazane przez UJ.

Jak tłumaczył zaliczenie przez niego części wartości usług z zakresu usuwania błędów do usług nadzoru nad systemem SAP ERP w zakresie usług, jakie dostępne są dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w ramach Wsparcia Producenta na poziomie SAP Enterprise Support systemu SAP ERP wynika z odmiennego zakresu poszczególnych usług nazwanych realizowanych w ramach umowy z UJ.

Zamawiający doszedł do przekonania, iż Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu i wykluczył go z tego postępowania.

Przystępujący popiera w całości decyzję Zamawiającego, wskazując dodatkowo, iż Odwołujący nie tylko nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale wręcz w wyniku zamierzonego działania wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co zgodnie jest samodzielną przesłanką wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania.

Treść wymagań Zamawiającego zawarta w SIWZ była jasna i nie budziła wątpliwości Wykonawców, gdyż żaden z nich nie prosił o wyjaśnienie sformułowań użytych w treści warunku udziału w postępowaniu. Zmiana podejścia Odwołującego zaproponowana na etapie składania wyjaśnień została spowodowana ewidentnie niemożnością udowodnienia prawdziwości złożonego wcześniej oświadczenia na temat wartości poszczególnych elementów usługi zrealizowanej na rzecz UJ. Z uwagi na zbyt niską wartość usług w odniesieniu do wymagania określonego w lit. b) Odwołujący przedstawił nową jego interpretację pozwalającą mu zaliczyć, oprócz usług rzeczywiście spełniających to wymaganie, również część usług, które nie stanowią usług nadzoru nad systemem SAP ERP w zakresie usług, jakie dostępne są dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w ramach Wsparcia Producenta na poziomie SAP Enterprise Support systemu SAP ERP.

Przystępujący wskazuje, iż Umowa UJ została dołączona jako dowód w postępowaniu sygn. akt: KIO 593/20. Brak jest podstaw do uznania, iż umowa ta przewiduje realizację jakichkolwiek dodatkowych usług związanych z nadzorem nad systemem SAP ERP w zakresie usług, jakie dostępne są dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w ramach Wsparcia Producenta na poziomie SAP Enterprise Support systemu SAP ERP niż usługi maintenance (w szczególności „obsługi maintenance”).

Dokonana przez Odwołującego interpretacja treści warunku udziału w postępowaniu obejmująca możliwość zakwalifikowania do treści warunku innych usług niż tylko określone w umowie jako „maintenance” jest wprost sprzeczna z interpretacją dokonaną przez odbiorcę tych usług. Zamawiający dwukrotnie zwrócił się z prośbą o wyjaśnienia do Uniwersytetu Jagiellońskiego, nie wskazując na jakąkolwiek interpretację treści warunku udziału w postępowaniu, a wyłącznie cytując ww. wymaganie. Uczelnia formułując swoje stanowisko nie zwróciła się z prośbą o wyjaśnienia co do interpretacji treści warunku, lecz sama — bez żadnych wątpliwości — wskazała na konkretny zakres usług i konkretną kwotę, która odpowiada wartości tychże usług. Kwota ta nie odpowiada kwocie, którą wskazał w swoich dokumentach Odwołujący.

Nie powinno budzić wątpliwości, iż skoro Odwołujący został wezwany raz do uzupełnienia w zakresie brakującej informacji na temat wartości referencyjnego zamówienia w odniesieniu do części wykazywanej na potwierdzenie spełnienia warunku, i skoro wezwania tego nie zakwestionował, a odpowiedział na nie uzupełniając dokument, w którym oświadczenie to było zawarte, to oczywistym jest, że ustalenie, iż uzupełniony dokument potwierdza niespełnienie warunku udziału w postępowaniu prowadzić musi nie do kolejnego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, ale do wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Skoro Zamawiający w treści swojego wezwania skierowanego do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 sprecyzował swoje zastrzeżenia do treści przedstawionego dokumentu wskazując, co uznał za element niepotwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu, to trudno było oczekiwać, aby

w tym samym wezwaniu formułował dodatkowe żądanie wskazujące, iż o ile Odwołujący w wykonaniu wezwania zamierza uzupełnić je o informacje potwierdzające, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, to jednocześnie jest zobowiązany do przedłożenia nowych usług, które spełnienie tych warunków potwierdzą. Jest rzeczą nie wzbudzającą chyba jakichkolwiek wątpliwości, że wykonawca sam powinien wiedzieć, iż przedstawiając informacje niepotwierdzające spełnienia warunku udziału w postępowaniu naraża się na wykluczenie z postępowania. To w jego interesie leży, aby dokonać czynności uzupełnienia w taki sposób, aby Zamawiający nie miał wątpliwości co do spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący tego zaniechał wskazując jednocześnie post factum), iż co prawda dodatkowymi usługami dysponuje, ale przedstawi je dopiero na wezwanie Zamawiającego. Mając zatem na uwadze fakt, iż Odwołujący został już wezwany do uzupełnienia w zakresie informacji odnoszących się do warunku udziału w postępowaniu określonym pkt 12.2.1 lit. b) SIWZ, a dokładnie do wartości usługi wskazanej na potwierdzenie spełnienia tego warunku i dokument ten uzupełnił, a dokument ten w dalszym ciągu nie potwierdza spełnienia warunku udziału w zakresie kwestionowanej wartości (wbrew twierdzeniom w uzupełnionym JEDZ-u wartość usługi w referencyjnym zakresie jest mniejsza niż wymagane 2 mln zł), nie można żądać uzupełnienia JEDZ-a kolejny raz, gdyż ewentualnie przedłożona nowa referencja będzie zawierała inne informacje również w odniesieniu do uzupełnionej już na wezwanie wartości referencyjnej usługi. Skoro zaś ponowne uzupełnienie JEDZ-a nie jest możliwe, to również i zarzut odwołania dotyczący zaniechania oceny nowych dokumentów przedłożonych przez Odwołującego (nowej referencji wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte jej wykonanie) jest zupełnie bezzasadny. Skoro bowiem co do zasady Zamawiający nie ma możliwości żądania od Wykonawcy ponownie nowych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, skoro żądał już raz uzupełnienia w tym zakresie, to nie ma również możliwości, aby uwzględnił dokumenty, które Odwołujący złożył z własnej inicjatywy, gdyż tak samo będą one stanowiły już trzecią wersję JEDZ-a składaną w toku postępowania.

Mając powyższe na uwadze przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego złożyli oświadczenia.

Odwołujący zakwestionował zasadność wniosków o odrzucenie odwołania. Wskazał na treść wyroku KIO 593/20, w tym na str. 19 i 20, z której wywodzi o możliwości skutecznego wniesienia odwołania na wykluczenie z postępowania. Neguje pozostałe przesłanki przedstawione w pismach uczestników. Uznał, iż termin na wniesienie odwołania od czynności wykluczenia z postępowania rozpoczął bieg od dnia otrzymania zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania w piśmie z 24.07.2020r., co nastąpiło zgodnie z sentencją ww. wyroku Izby.

Stwierdził, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty (Przystępującego) była konsekwencją uprzedniego wykluczenia Odwołującego z postępowania, a przedmiotem sporu jest wykluczenie Odwołującego. Zauważył, że od wydania wyroku KIO 593/20 miała miejsce jedynie czynność uzupełnienia przez niego dokumentu JEDZ z własnej inicjatywy. Przypomniał wcześniejsze czynności w postępowaniu, w tym wezwanie Zamawiającego z 30.01.2020r. Stwierdził, że Zamawiający nie korzystał z możliwości uzyskania wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów.

Przypomniał, że Izba w wyroku KIO 593/20 wprost stwierdziła, że nie ocenia spełnienia warunków. Wskazał punkty 21-24 odwołania odnosząc to do rozumienia spornego warunku, na okoliczność rodzaju świadczenia usług referencyjnych na rzecz UJ; złożył dokumenty oznaczone, jako dowód 2, 3 i 4 wskazując na zaznaczenie w dowodzie 3 str. 49 opis przedmiotu umowy i str. 41, 42 z opisem rozumienia Maintenance. Stwierdził, że termin związania oferta w tej sprawie nie ma wpływu na zachowanie interesu we wniesieniu odwołania. Przypomniał, że Zamawiający, jako gospodarz prowadzi postępowania i określa zakres i granice żądać kierowanych do wykonawców zakresie wymaganych dokumentów. Stwierdził, że złożony po rozprawie dokument nie został oceniony przez Zamawiającego. Podkreślił znaczenie oceny usługi referencyjnej realizowanej przez ATOS na rzecz UJ, w tym jej zakresu i wartości, a nie relacje z producentem, tj. SAP. Wskazał na faktyczne przesłanki wykluczenia go z postępowania, przedstawione w decyzji z 24.07.2020, co oznacza, że inne okoliczności przedstawiane przez uczestnika nie mogą podlegać ocenie.

Zamawiający podtrzymał wniosek o odrzucenie odwołania. Zauważył, że zarzuty pierwszego jak i obecnego odwołania są w istocie tożsame, a przesłanki wykluczenia z postępowania były Odwołującemu znane, co najmniej w dacie rozpatrzenia sprawy KIO 593/20. Odnośnie braku interesu prawnego zwrócił dodatkowo uwagę, iż termin związania ofertą minął 18.07., a Odwołujący przedłużył ten termin wskazując datę dzienną 16.09.2020r. Uznaje dopuszczalność uzupełniania dokumentów, także samodzielnego, lecz stwierdził, że dot. to czynności prowadzonych czynności na wcześniejszym etapie. Wskazał na otrzymane wyjaśnienia z UJ, co do rodzaju usług referencyjnych. Zauważył, że usługa SAP jest standaryzowana i oparta na planie usług SAP Enterprise Support. Złożył do akt korespondencje z przedstawicielem SAP na temat rozumienia usługi standardowej, obsługi błędów, usterek i odpłatności za te czynności. Przypomniał, że w toku postępowania, tj. grudniu 2019 r. dokonał zmiany przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu uwzględniając wniosek Odwołującego. Zauważył, że przedmiotowa dokumentacja została przedstawiona do akt sprawy KIO 593/20; dotyczy to także plany usług, którego kopie składa do akt sprawy. Wskazuje, że wzywa wykonawców na podstawie art. 26 ust. 3 w konkretnych okolicznościach sprawy. Stwierdza, że brak oceny dokumentów złożonego w czerwcu uzasadnił w odpowiedzi

na odwołanie str. 37. Podkreślił merytoryczne znaczenie warunków świadczenia usługi ustalanych przez producenta, tj. SAP.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania ze stanowiskiem z pisma procesowego. Przypomniał wniosek o dołączenie akt sprawy KIO 593/20 z uwagi na dokumentację tam złożoną, a mającą wpływ na rozpatrzenie sprawy. Stwierdził, że poza Odwołującym inne podmioty w tym odbiorca usługi referencyjnej, tj. UJ a także producent SAP przedstawiają spójne stanowiska. Wskazał, że Odwołujący składając dowody oznaczone, jako 2,3,4 nie przedstawił dowodu nr 1, którym są warunki pomocy technicznej (dokument 5.9.3) jako dokument opisujący zadania producenta partnera i użytkownika końcowego. Składa wycenę opłat serwisowych otrzymaną z korespondencji SAP w związku z ubieganiem się o pozyskanie zamówienia z UJ w 2016r. Kwestionuje przedstawiony przez Odwołującego podział kosztów Maintenance powdrożeniowego. Wskazał na wyjaśnienia z 17.02.. Kwestionuje treść dowodu nr 2 w zakresie stawek w szczególności pozycji 6 i r-g stwierdzając, że dokument jest niespójny ze złożonym w sprawie KIO 593/20. Przypomina sporny warunek udziału zapisany 7 modułami w porównaniu ze wskazanymi przez Odwołującego. Wskazał na przebieg czynności uzupełniania dokumentów i wyjaśnień pozyskanych z UJ. Nie znajduje podstaw do prowadzenia dalszych czynności w zakresie uzupełniania dokumentów i ich wyjaśnienia w tym postępowania w stosunku do Odwołującego.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokumentację postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 593/20, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności wymaga ustalenia, czy odwołanie podlega odrzuceniu, której to okoliczności dowodzą zamawiający i przystępujący upatrując źródła swojego stanowiska w rozstrzygnięciu Krajowej Izby Odwoławczej zawartym w wyroku z dnia 22 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 593/20, którym uwzględnione odwołanie stwierdzając w sentencji:

„1. Uwzględni odwołanie. Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 9 marca 2020 roku poinformowania Odwołującego o wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie usług wsparcia systemu SAP ERP”. Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności poinformowania Odwołującego o podjętej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego względem Odwołującego z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego zgodnie z regulacją art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy.” Przeciwnicy odwołania wskazują, że zamawiający literalnie wykonał cytowany nakaz, a niniejsze odwołanie dotyczy w istocie czynności z dnia 9 marca 2020 r., w tym przede

wszystkim wykluczenia odwołującego i wyboru najkorzystniejszej oferty, które to czynności nie zostały zakwestionowane w powyższym wyroku i stały się prawomocne. W następstwie tego odwołanie wniesiono po terminie, również w razie przyjęcia, jak wskazał zamawiający, że wykonawca odwołujący powziął informacje o przyczynach jego wykluczenia z treści stanowiska zamawiającego przedstawionego w postępowaniu odwoławczym KIO 593/20.

W konsekwencji za odrzuceniem odwołania ma przemawiać fakt, iż Zamawiający literalnie stosując się do treści zapadłego w sprawie KIO 593/20 orzeczenia powtórnie powiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania oraz o przyczynach podjęcia tej czynności, zatem odwołanie od tej czynności przysługuje Odwołującemu jedynie w zakresie oceny prawidłowości tej powtórzonej czynności, tj. w zakresie tego, czy Zamawiający prawidłowo poinformował Odwołującego o przyczynach jego wykluczenia oraz czy podał w treści uzasadnienie faktyczne i prawne dokonania tego wykluczenia. Tymczasem odwołanie wniesione przez Odwołującego dotyczy zarzutów zmierzających do zakwestionowania prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. W takim stanie rzeczy, biorąc pod uwagę, iż te zakwestionowane w rozpoznawanym odwołaniu czynności zostały przez Zamawiającego dokonane w dniu 9 marca 2020 r., a poprzednie orzeczenie KIO nie nakazywało unieważnienia tych czynności, odwołanie wniesione w sierpniu 2020 r. należy ocenić jako odwołanie wniesionym po terminie, a zatem podlegającym odrzuceniu na zasadzie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy. Drugą podstawą odrzucenia odwołania jest przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp stanowiący, że odwołanie podlega odrzuceniu, jeśli dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby, a w tym zakresie zamawiający i przystępujący przypominają treść wyroku KIO 593/20 i fakt dokonania przez zamawiającego czynności z dnia 24 lipca 2020 r. tj. poinformowania wykonawcy o wykluczeniu go z postępowania z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Dla oceny tej spornej kwestii istotne znaczenie ma w ocenie składu orzekającego treść sentencji wyroku Izby w sprawie KIO 593/20 z pominięciem jednak nie do końca spójnych z sentencją fragmentów uzasadnienia, w szczególności zawartych na stronach 19 i 20 wyroku, na podstawie których uczestnicy wyciągnęli wręcz przeciwstawne wnioski.

Izba przyjmuje za kluczową okoliczność, że wskazanym wyrokiem odwołanie zostało uwzględnione. Uwzględnione, a zatem, po myśli art. 192 ust. 2 ustawy pzp Izba w wyroku stwierdziła naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wydaje się oczywiste, że ustalenie wyrokiem, iż w toku postępowania jedynie niewystarczająco został uzasadniony wynik postępowania i wymaga on podania uzasadnienia faktycznego i prawnego zgodnie z regulacją art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania. Gdyby zatem przyjąć, że wynik postępowania tj. wybór oferty najkorzystniejszej i wykluczenie wykonawcy były prawidłowe wg składu orzekającego,

odwołanie musiałoby być oddalone, co jednak nie miało miejsca. Poprawna zatem wykładnia tego orzeczenia prowadzić musi do wniosku, że odwołujący powinien otrzymać zawiadomienie o wykluczeniu go z postępowania, które daje mu realne prawo do zaskarżenia kwestionowanej czynności z możliwością spierania się z przedstawionymi mu przez zamawiającego argumentami. Taką zaś czynnością jest zawiadomienie z dnia 24 lipca 2020 r.

Powyższe wnioskowanie jest w ocenie Izby w sprawie niniejszej poprawne i uwzględnia ustalony stan faktyczny i prawny, co oznacza że nie zachodzą w sprawie przesłanki odrzucenia odwołania przewidziane w art. 189 ust. 2 ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp nie uznając tym samym za prawidłowe odmienne stanowisko zamawiającego wywiedzione ze stwierdzenia o prawomocności i braku zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej dnia 9 marca 2020 r. oraz przedłużenie terminu związania ofertą w okresie zawisłości niniejszego sporu przez wskazanie daty kalendarzowej. Zauważyć należy, że zarzut odwołania oparty na tezie o bezzasadności wykluczenia odwołującego jest sformułowany konsekwentnie w powiązaniu z wyborem najkorzystniejszej oferty, którą w razie uwzględnienia zarzuty byłaby oferta odwołującego, a nie przystępującego, jako że w przedstawionym przez wykonawcę hipotetycznym rankingu ofert, zajmuje ona pierwsze miejsce.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów w ustalonym w postępowaniu stanie faktycznym, Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu. Kolejne zdarzenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności począwszy od dnia złożenia ofert przez wykonawców, nie budzą wątpliwości, są potwierdzone dokumentacją postępowania i wielokrotnie zostały opisane w toku niniejszego i poprzedniego postępowania odwoławczego. Ponowne ich przytaczanie jest zatem zbędne.

Kluczowe dla oceny i rozstrzygnięcia jest jedynie przypomnienie, iż odwołujący na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp uzupełnił dokument JEDZ podmiotu udostępniającego mu zasoby przez wskazanie wartości obydwu wymaganych postanowieniami usług referencyjnych. Jako że, nowa treść została sformułowana wg własnego obrachunku wykonawcy, zamawiający w zamiarze wyjaśnienia wątpliwości w tym zakresie zwrócił się do wystawcy referencji – odbiorcy usług, o informację w tym zakresie, tj. wartość usług o przedmiocie odpowiadającym wymogom opisanym w siwz. Z udzielonej odpowiedzi dowiedział się, że wartość usług, których dotyczy pytanie zawiera się w pozycji „maintenance” wynagrodzenia wykonawcy umowy. Uniwersytet wypłacił wykonawcy do dnia 17.12.2019 r. w ramach tej części wynagrodzenia łącznie kwotę 1 514 838,09 zł brutto. Wobec powyższego zamawiający uznał, że wykonawca nie udowodnił, iż w ramach przedstawionej usługi zostały zrealizowane wymagane usługi referencyjne o wartości nie mniejszej niż 2 000 000 zł. Stwierdził przy tym, że nawet z wyjaśnień samego wykonawcy wynikało, że

oprócz usług referencyjnych maintenance doliczył on do tych usług część wartości pozycji dotyczącej usuwania usterek, a ta doliczona wartość została dodana swobodnie przez wykonawcę na podstawie własnego uznania i nie wynika z treści umowy z odbiorcą tj. Uniwersytetem Jagiellońskim. Wyjaśnienie i wnioski zamawiającego w przedmiotowej spornej kwestii skład orzekający uznaje za dokonane poprawnie i potwierdzone dokumentami złożonymi do akt postępowania niniejszego i oznaczonego KIO 593/20.

Wskazana zatem wartość referencyjnego zakresu prac jest niezgodna z dwukrotnie złożonym oświadczeniem odbiorcy usług, który nie miał wątpliwości co do zakresu usług, jak i faktu, iż wartość referencyjnych usług była zdecydowanie niższa niż wskazana w treści oświadczeń składanych przez wykonawcę.

Uwzględniając zatem również treść umowy z UJ należy zauważyć, że nie przewiduje ona realizacji dodatkowych usług związanych z nadzorem nad systemem SAP ERP w zakresie usług, jakie dostępne są dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w ramach Wsparcia Producenta na poziomie SAP Enterprise Support systemu SAP ERP niż usługi maintenance (w szczególności „obsługi maintenance”). W tym kontekście uznać należy, że dokonana przez odwołującego interpretacja treści warunku udziału w postępowaniu obejmująca możliwość zakwalifikowania do treści warunku innych usług niż tylko określone w umowie jako „maintenance” jest niezgodna i nie potwierdzona stanowiskiem i interpretacją dokonaną przez odbiorcę tych usług. Zamawiający dwukrotnie zwrócił się z prośbą o wyjaśnienia do Uniwersytetu Jagiellońskiego, nie wskazując na jakąkolwiek interpretację treści warunku udziału w postępowaniu, a wyłącznie cytując wymaganie. Uczelnia formułując stanowisko nie żądała także wyjaśnienia treści warunku, lecz sama, bez żadnych wątpliwości, wskazała na konkretny zakres usług i konkretną kwotę, która odpowiada wartości tychże usług. Kwota ta nie odpowiada kwocie, którą wskazał w swoich dokumentach Odwołujący.

Ponadto zauważyć należy, że skoro odwołujący został wezwany do uzupełnienia w zakresie brakującej informacji na temat wartości referencyjnego zamówienia w odniesieniu do części wykazywanej na potwierdzenie spełnienia warunku, a wezwania tego nie zakwestionował i odpowiedział na nie uzupełniając dokument, w którym oświadczenie to było zawarte, to zasadne jest stwierdzenie, iż uzupełniony dokument, skoro nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu prowadzić musi nie do kolejnego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, lecz skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania, co miało miejsce w sprawie i stanowi przedmiot sporu. Izba podziela w tym miejscu argumentację przystępującego, iż „skoro Zamawiający w treści swojego wezwania skierowanego do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 sprecyzował swoje zastrzeżenia do treści przedstawionego dokumentu wskazując, co uznał za element niepotwierdzający spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to trudno było oczekiwać, aby w tym samym wezwaniu formułował dodatkowe żądanie wskazujące, iż o ile Odwołujący w wykonaniu wezwania zamierza uzupełnić je o informacje potwierdzające, że



wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, to jednocześnie jest zobowiązany do przedłożenia nowych usług, które spełnienie tych warunków potwierdzą. Jest rzeczą nie wzbudzającą chyba jakichkolwiek wątpliwości, że wykonawca sam powinien wiedzieć, iż przedstawiając informacje niepotwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu naraża się na wykluczenie z postępowania. To w jego interesie leży, aby dokonać czynności uzupełnienia w taki sposób, aby Zamawiający nie miał wątpliwości co do spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu.”

Mając zatem na uwadze fakt, iż Odwołujący został już wezwany do uzupełnienia w zakresie informacji odnoszących się do warunku udziału w postępowaniu określonym pkt 12.2.1 b SIWZ tj. wartości usługi wskazanej na potwierdzenie spełnienia tego warunku i dokument ten uzupełnił, a dokument ten nie potwierdził spełnienia warunku udziału, jako że wbrew twierdzeniom w uzupełnionym JEDZ-u wartość usługi w referencyjnym zakresie jest mniejsza niż wymagane 2 000 000 zł, zamawiający nie miał podstaw żądać uzupełnienia dokumentu kolejny raz. Skoro zatem ponowne uzupełnienie dokumentu na wezwanie nie jest możliwe, to również nie jest możliwe uwzględnienie nowego dokumentu i nowych referencji dotyczących nowych usług w miejsce poprzednich, niezależnie czy dokonane z własnej inicjatywy wykonawcy, czy na wezwanie zamawiającego. Zauważyć należy, że dopuszczalność tzw. samouzupełnienia dokumentu jest niejako alternatywą przepisu art. 26 ust. 3, a nie otwarciem dodatkowej możliwości złożenia dokumentów w zakresie dalej idącym niż wskazany przepis.

Kwestionowane działania Zamawiającego były zatem zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ich nie naruszyły.

Mając na względzie stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy 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 ze zm.).

.....