

**WYROK**  
z dnia 8 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Anna Wojciechowska  
**Członkowie:** Katarzyna Brzeska  
Renata Tubisz  
**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 2 kwietnia 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2019 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie - pełnomocnik oraz Clarite Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Centrum Informatyki Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu**

przy udziale **wykonawcy Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie - pełnomocnik oraz Clarite Polska S.A. z siedzibą w Warszawie i**

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie - pełnomocnik oraz Clarite Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,**

2.2. Zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie - pełnomocnik oraz Clarite Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **zamawiającego Centrum Informatyki Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

**Przewodniczący:**.....

**Członkowie:** .....

.....

Sygn. akt KIO 468/19

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Centrum Informatyki Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *pn. Usługa Wsparcia i Rozszerzonego Wsparcia Technicznego dla oprogramowania IBM oraz Usługa Certyfikowanych Warsztatów, nr ref.: PN/42/18/GKYR*. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 grudnia 2018 r., za numerem 2018/S 234-535036. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm., zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 18 marca 2019 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie - pełnomocnik oraz Clarite Polska S.A. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego z dnia 6 marca 2019 r. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa - dalej Wykonawca, i sprzedających tę czynność zaniechań:

- odrzucenia oferty złożonej przez ww. Wykonawcę z uwagi na to, iż jej treść nie odpowiada wymogom zawartym w rozdziale XXII pkt 4 ppkt 7 oraz rozdziale XI pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia - dalej SIWZ, albowiem wbrew wyrażonemu w ww. zapisach SIWZ obowiązkowi, Wykonawca w oświadczeniu z dnia 17 grudnia 2019 r. o części zamówienia, której wykonanie zleci podwykonawcom stanowiącym integralną część oferty nie przewiduje zlecenia innemu podmiotowi (Decsoft S.A.) Usług Wsparcia Technicznego do realizacji których Zamawiający wymaga doświadczenia i których realizację ex lege zobowiązany jest wykonać podmiot, na zdolności którego Wykonawca powołuje się wykazując spełnienie warunku doświadczenia, oraz

- wykluczenia Wykonawcy z postępowania pomimo, iż Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 19 lutego 2019 r. nie wykazał osobiście spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia jak i z uwagi na to, iż oświadczenie z dnia 17 grudnia 2019 r. o części zamówienia, której wykonanie zleci podwykonawcom, wskazuje, iż Wykonawca będzie korzystać z podwykonawców jedynie w zakresie Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego, co jest niewystarczające dla wykazania spełnienia warunku doświadczenia, albowiem ex lege inny podmiot na zdolności którego Wykonawca powołuje się wykazując spełnienie warunku doświadczenia (Decsoft S.A.) zobowiązany jest wykonywać także Usługę Wsparcia Technicznego w odniesieniu do której spełnienie warunku doświadczenia było wymagane,

- wezwania Wykonawcy do złożenia oświadczenia „Wykaz usług” i wskazania innej usługi wykonanej przez ten sam podmiot na doświadczenie którego Wykonawca powołał się w ofercie wykazując spełnienie warunku doświadczenia wraz ze stosownym dowodem potwierdzającym jej należyte wykonanie albo złożenia oświadczenia „Wykaz usług” wraz z odpowiednimi dowodami potwierdzającymi osobiste spełnienie warunku doświadczenia przez Wykonawcę, pomimo, iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku doświadczenia, albowiem wartość usługi wsparcia technicznego wykonanej przez inny podmiot na dzień składania ofert 17 grudnia 2018 r. wyniosła 3 437 433,06 zł brutto, a więc jest niższa niż wymagana przez Zamawiającego w warunku doświadczenia wartość „co najmniej 5 000 000,00 zł brutto”,

- wezwania Wykonawcy do złożenia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp wyjaśnień dotyczących wyliczenia zaoferowanych istotnych części składowych ceny z tytułu wykonania Usługi Certyfikowanych Warsztatów.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę z tego powodu, iż nie odpowiada ona treści pkt 4 ppkt 7 Rozdziału XXII SIWZ oraz pkt 2 Rozdziału XI SIWZ, albowiem pomimo obowiązków wynikających z ww. postanowień SIWZ, Wykonawca nie przewiduje w ofercie podwykonawstwa usług, które z mocy prawa ma obowiązek wykonać inny podmiot na zdolności którego Wykonawca polega wykazując spełnienie warunku doświadczenia określonego w Rozdziale XVII pkt 2 ppkt 4 SIWZ,

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz pkt 16 w związku z art. 22a ust. 4 ustawy pzp, albowiem w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 19 lutego 2019 r. Wykonawca nie wykazał osobiście spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia oraz z uwagi na to, iż Wykonawca w oświadczeniu z dnia 17 grudnia 2018 r. o części zamówienia, której wykonanie zleci podwykonawcom, oświadczył iż będzie korzystać z podwykonawców jedynie w zakresie Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego, co jest niewystarczające dla wykazania spełnienia warunku doświadczenia, albowiem ex lege inny podmiot na zdolności którego Wykonawca powołuje się wykazując spełnienie warunku doświadczenia (Decsoft S.A.) zobowiązany jest wykonywać także Usługi Wsparcia Technicznego w odniesieniu do których spełnienie warunku doświadczenia było wymagane,

3. art. 26 ust. 3 w związku z art. 22a ust. 6 ustawy pzp polegające na zaniechaniu wezwania Wykonawcy do złożenia oświadczenia „Wykaz usług” i wskazanie innej usługi wykonanej przez ten sam podmiot na doświadczenie którego Wykonawca powołał się w ofercie wykazując spełnienie warunku doświadczenia wraz ze stosownym dowodem potwierdzającym jej należyte wykonanie albo złożenia oświadczenia „Wykaz usług” wraz z odpowiednimi dowodami potwierdzającymi osobiste spełnienie warunku doświadczenia przez Wykonawcę, wobec faktu, iż wartość wykonanej na dzień składania ofert (17 grudnia 2018 r.) usługi wsparcia technicznego wykonanej przez inny podmiot wyniosła 3 437 433,06 zł brutto, a więc jest niższa niż wymagana przez Zamawiającego w warunku doświadczenia wartość „co najmniej 5 000 000,00 zł brutto”,

4. art. 90 ust. 1 ustawy pzp, przez zaniechanie jego zastosowania i brak wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę pomimo obiektywnych przesłanek wskazujących, iż istotne części składowe ceny, tj. koszty z tytułu Usługi Certyfikowanych Warsztatów, są rażąco zaniżone w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą obiektywne wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ,

5. art. 7 ust. 1 ustawy pzp, przez wybór oferty, której treść nie spełnia wymogów SIWZ, została złożona przez Wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunku doświadczenia, co stanowi naruszenie podstawowych zasad takich jak zasada równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania.

Odwolujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, oraz
- 2) odrzucenia oferty Wykonawcy, lub

3) wykluczenia Wykonawcy z postępowania,

ewentualnie, w przypadku nie uwzględnienia żądania odrzucenia oferty lub wykluczenia Wykonawcy:

4) nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy, na podstawie art. 26 ust. 3 w związku z art. 22a ust. 6 pkt 2 ustawy pzp, do złożenia oświadczenia „Wykaz usług” i wskazanie innej usługi wykonanej przez ten sam podmiot na doświadczenie którego Wykonawca powołał się w ofercie wykazując spełnienie warunku doświadczenia wraz ze stosownym dowodem potwierdzającym jej należyte wykonanie albo złożenia oświadczenia „Wykaz usług” wraz z odpowiednimi dowodami potwierdzającymi osobiste spełnienie warunku doświadczenia przez Wykonawcę,

5) nakazanie Zamawiającemu powtórnego zbadania treści oferty Wykonawcy poprzez dokonanie wezwania do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej ceny lub kosztu oferty za Usługi Certyfikowanych Warsztatów,

6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów reprezentacji zgodnie z właściwymi przepisami.

Uzasadniając zarzuty 1, 2 i 5 odwołania Odwołujący wskazał, iż zgodnie z informacją uzyskaną od Zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia na poszczególne części zamówienia wynosiła: świadczenie Usługi Wsparcia Technicznego, wartość 50 422 245,27 zł brutto, świadczenie Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego wymiarze 4000 Roboczogodzin, wartość 984 000 zł brutto, świadczenie Usługi Certyfikowanych Warsztatów wymiarze 400 Roboczodni, wartość 1 968 000 zł brutto. Zamawiający w Rozdziale XVII pkt 2 ppkt 4 SIWZ wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazania doświadczenia w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jednej usługi „wsparcia technicznego dla oprogramowania IBM o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł brutto”. Wykonawca Computex wykazując spełnienie warunku doświadczenia w postępowaniu powołał się na zdolności innego podmiotu, tj. Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie. Wykonawca, w celu wykazania spełnienia warunku doświadczenia: złożył - wraz z ofertą - zobowiązanie Decsoft S.A. Udostępnione w zobowiązaniu Wykonawcy zasoby ograniczają się jedynie do Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego a więc nie korelują z postawionym warunkiem doświadczenia. Ponadto, zakres i sposób udostępnienia zasobów wskazuje, iż Decsoft S.A. ograniczy się jedynie do przekazania Wykonawcy „wiedzy, doradztwie oraz konsultacjach”. Do oferty złożone zostało oświadczenie o zakresie podwykonawstwa. Jest to dokument stanowiący treść oferty Wykonawcy składany w celu wykazania, iż wykonawca zleci podwykonawcy odpowiednią część zamówienia do którego zdolności (doświadczenie) są wymagane na podstawie art. 22a ust. 4 ustawy pzp. Jak wynika z treści oświadczenia Wykonawcy: *oświadczam, iż przy realizacji zamówienia będziemy korzystali z podwykonawców w następującym zakresie: realizacja zamówienia w zakresie Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego.*

Odwołujący podkreślił, że informacja o zakresie podwykonawstwa jest jednym ze środków dowodowych wskazanych w lit. j części II załącznika XII do Dyrektywy 2014/24/UE dotyczących zdolności technicznych i zawodowych wykonawcy. Informacja ta potwierdza, iż część zamówienia zostanie wykonana przez inny podmiot na doświadczenie którego powołuje się wykonawca wykazując spełnienie warunku doświadczenia, a więc spełnienie wymogu ustawowego wynikającego z art. 22a ust. 4 ustawy pzp. Oba dokumenty pozostawały ze sobą spójne i jednoznaczne w swej treści. Odwołujący wskazał, że dokumenty podmiotowe stanowią element oferty albowiem od ich złożenia zależy także ewentualny wybór oferty jako najkorzystniejszej. Tak: Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005, sygn. III CZP 74/05, ale także wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. sprawa C-387/14 Esaproject, w którym TSUE zobowiązanie innego podmiotu traktuje się jako element oferty.

Odwołujący stwierdził dalej, że sposób wykazania spełnienia warunków przez Wykonawcę w zakresie doświadczenia determinuje także treść przyszłej umowy, albowiem z mocy art. 22a ust. 4 ustawy pzp Wykonawca ma obowiązek powierzenia innemu podmiotowi części zamówienia dla której Zamawiający wymagał określonego doświadczenia (podwykonawstwa). W takim przypadku postanowienia umowy dotyczące podwykonawstwa należy zakwalifikować do jej istotnych postanowień, albowiem wynikają one wprost z przepisów o charakterze bezwzględny. Świadczy o tym także treść umowy przygotowanej przez Zamawiającego, które reguluje zasady dotyczące podwykonawców na potencjał których wykonawca się powołuje przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału (par. 16 ust. 7 i 8 umowy). Nie przestrzeganie tych zapisów może skutkować odstąpieniem od umowy (par. 13 ust. 2 wzoru Umowy stanowiącego załącznik do SIWZ) co niewątpliwie potwierdza ich istotne znaczenie także dla samego Zamawiającego. Także z tego względu, informacje dotyczące zakresu usług powierzanych innym podmiotom na potencjał których powołuje się wykonawca stanowią istotne postanowienia oferty, zaś ich ewentualna zmiana na etapie postępowania jest niedopuszczalna jako istotna zmiana treści oferty.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 29 stycznia 2019 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej

złożonej przez Wykonawcę, od której Odwołujący złożył w dniu 8 lutego 2019 r. odwołanie do KIO. W złożonym odwołaniu zarzucono Zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej pomimo, iż Wykonawca w ofercie odwołał się do doświadczenia Decsoft S.A. jedynie w zakresie Usług Rozszerzonego Wsparcia Technicznego, a więc w zakresie niewystarczającym do wykazania spełnienia warunku doświadczenia. Zamawiający w dniu 19 lutego 2019 r. poinformował Odwołującego o unieważnieniu decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej i ponownym badaniu i ocenie oferty w związku z zaniechaniem „wezwania Wykonawcy Computex do złożenia uzupełnień w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wniesione odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania albowiem, jak uzasadniał, w związku z unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej brak było przedmiotu zaskarżenia zakreślonego w odwołaniu. Zamawiający podkreślał, iż uprawniony jest nadal do dokonywania wszelkich czynności przewidzianych przez ustawę pzp mających na celu weryfikację złożonych ofert. W związku z brakiem przedmiotu zaskarżenia Izba w wyroku z dnia 26 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 226/19 oddaliła wniesione odwołanie. Pismem z dnia 19 lutego 2019 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do „uzupełnienia” dokumentów wskazując, iż *Wykonawca Computex Sp. z o. o. Sp.k. nie wykazał spełnienia warunku w pełnym wymaganym zakresie wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ, a więc zarówno w odniesieniu do Usługi Wsparcia, jak i Rozszerzonego Wsparcia Technicznego dla oprogramowania IBM [...] przedstawione przez Wykonawcę Computex Sp. z o.o. Sp.k. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu doświadczenie podwykonawcy Decsoft S.A. nie może być wykorzystane przy realizacji Usługi Wsparcia, ponieważ zgodnie z treścią Zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów zasoby Decsoft S.A. będą udostępnione Wykonawcy Computex Sp. z o.o. Sp.k. wyłącznie przy realizacji zamówienia w zakresie Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego.* Fakt, iż Wykonawca nie spełnia warunku doświadczenia pozostaje bezsporny, albowiem od powyższej oceny, Wykonawca nie wniósł odwołania.

Dodatkowo, pismem z dnia 20 lutego 2019 r. Zamawiający zażądał od Wykonawcy złożenia wyjaśnień dotyczących wykonania referencyjnego zamówienia. W związku z tym, zakresem wezwania z dnia 19 lutego 2019 r. do „uzupełnienia” nie było objęte zagadnienie spełnienia wymogu dotyczącego wartości osiągnięcia przez referencyjną usługę wsparcia technicznego kwoty minimum 5 000 000 zł. Kwestia ta była bowiem przedmiotem oddzielnej analizy Zamawiającego. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 lutego 2019 r. Wykonawca złożył nowe zobowiązanie bez daty, lecz opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym z dnia 1 marca 2019 r. Jak wynika z treści nowego zobowiązania: *Zasoby Decsoft S.A. będą wykorzystywane przy realizacji zamówienia w następującym zakresie - realizacja zamówienia w zakresie Usługi Wsparcia Technicznego dla oprogramowania IBM i Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego dla oprogramowania IBM.* Dalej: podmioty, o których wyżej mowa będzie łączył stosunek podwykonawczy. Dodatkowo, do zobowiązania została dołączona umowa zawarta pomiędzy Wykonawcą a Decsoft S.A.

Odwołujący zaznaczył, że wezwanie Zamawiającego z dnia 19 lutego 2019 r. nie wymienia wszystkich wad oferty złożonej Wykonawcą znanych Zamawiającemu i m.in. z tego powodu na tę czynność Zamawiającego w dniu 1 marca 2019 r. zostało wniesienie odwołanie do KIO przez Odwołującego (sprawa o sygn. akt KIO 365/19). W chwili formułowania zarzutów niniejszego odwołania, wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 365/19 nie został jeszcze ogłoszony.

Odwołujący wskazał dalej, że w piśmie z dnia 14 marca 2019 r. stanowiącym odpowiedź Zamawiającego na wniesione w dniu 1 marca 2019 r. odwołanie Odwołującego, wskazano, iż *nie jest prawdziwa teza, iż wada dotyczy zobowiązania Decsoft S.A. w zakresie udostępnionych zasobów. Nie jest również prawdą, że z treści wezwania zamawiającego wynika, iż oczekuje on złożenia nowego zobowiązania przez Decsoft S.A.* Dalej: *Istotne elementy stanu faktycznego sprawy są takie, iż Computex nie wykazał spełnienia warunku doświadczenia, w związku z czym konieczne okazało się wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP, do uzupełnienia stwierdzonego braku. W treści wezwania z dnia 19.02.2019 r. zamawiający jednoznacznie wskazał, jakiego rodzaju wadą dotknięte są złożone przez Computex dokumenty, intencja zamawiającego została jednoznacznie wyrażona w wezwaniu.* Podobne stanowisko wyraził Wykonawca w piśmie z dnia 6 marca 2019 r. w którym przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: *To w jaki sposób Wykonawca odpowie na treść wezwania Zamawiającego będzie oceniane przez Zamawiającego na kolejny etapie postępowania (...) Zamawiający, co należy podkreślić, nie narzucił żadnej formy w jakiej uzupełnienie miałyby nastąpić, poddając to suwerennej decyzji samego wykonawcy.* Z dalszej treści pisma wynika, iż Wykonawca uznaje, iż ma pełną swobodę w zakresie składania dowodów dotyczących spełnienia warunku doświadczenia.

Odwołujący zaznaczył, iż wobec stwierdzonych wad oferty Wykonawcy, obowiązkiem Wykonawcy jest osobiste wykazanie spełnienia warunku doświadczenia w zakresie Usługi Wsparcia Technicznego. Rozszerzenie zakresu udostępnianego potencjału jak i zakresu zlecanego podwykonawstwa stanowi niedopuszczalną zmianę treści oferty. W okolicznościach sprawy Wykonawca wskazał, iż samodzielnie wykona część zamówienia w zakresie Usług Wsparcia

Technicznego zaś udostępniane zasoby, w sposób nieuprawniony, ograniczają się jedynie do Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego. Tym samym, skoro sam Zamawiający uznał, iż Wykonawca nie powołał się na potencjał podmiotów trzecich w zakresie Usługi Wsparcia Technicznego, do którego realizacji Zamawiający wymagał spełnienia warunku doświadczenia, to logiczne jest oczekiwanie, aby Wykonawca samodzielnie wykazał się tym doświadczeniem. W ocenie Odwołującego analogicznie znajdzie tu zastosowanie wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. sprawa C-387/14 Esaprojekt. Co do zasady niedopuszczalna jest sytuacja w której wykonawca deklaruje samodzielne wykonanie części zamówienia, do którego wymagane jest doświadczenie (wskazuje, iż nie zleci podwykonawstwa innym podmiotom) oraz nie dołącza dowodów dotyczących tej części a następnie po upływie terminu składania ofert dopuszcza się złożenie nowych oświadczeń. Takie zmiany w istocie zostały uznane przez TSUE za złożenie nowej oferty (pkt 41-45 wyroku w sprawie Esaprojekt).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sposób bezprawny uznał „uzupełnienia” treści zobowiązania Decsoft S.A. jako właściwe dla wykazania spełnienia warunku doświadczenia, które w skutkach doprowadziło do istotnej zmiany treści oferty, powodując jednocześnie niespójność z pozostałą treścią oferty. Wady oferty Wykonawcy mogły być naprawione jedynie poprzez wykazanie osobistego doświadczenia przez Wykonawcę na podstawie art. 22a ust. 6 pkt 2 ustawy pzp. Powołał się na wyrok KIO z dnia 18 lipca 2017 r., sygn. akt: KIO 1380/17, wyrok KIO z dnia 4 września 2017 r., sygn. akt: KIO 1755/17. Podniósł, że z orzecznictwa Trybunału wynika, iż zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacji między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani z inicjatywy oferenta. Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (pkt 35 wyroku TSUE z dnia 14 września 2017 r. w sprawie C-223/16 Casertana Costruzioni oraz podobnie: wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner A.D., pkt 62; wyrok z dnia 4 maja 2017 r., Esaprojekt, C-387/14, pkt 37; wyrok z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 Manova, pkt 31; wyrok z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko, pkt 36, 37). Trybunał uznał, że dopuszczalne jest jedynie poprawienie lub uzupełnienie szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki (pkt 36 wyroku TSUE z dnia 14 września 2017 r. w sprawie C-223/16 Casertana Costruzioni oraz przytoczone w nim wyroki: z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner A.D., C-324/14, EU:C:2016:214, pkt; a także z dnia 4 maja 2017 r., Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, pkt 38). Żądanie poprawienia lub uzupełnienia szczegółów oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (zob. wyroki: z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama, pkt 31; z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 40; z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36). Brak osobistego wykazania spełnienia warunku doświadczenia, w związku z zasadą jednokrotności wezwania do „uzupełnienia” dokumentów, skutkuje bezwzględnym wykluczeniem wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy pzp.

Odwołujący podniósł, że skoro - jak twierdzą Zamawiający i Wykonawca - treść wezwania z dnia 19 lutego 2019 r. była jasna i znane były wady złożonej oferty, oraz skoro Wykonawca uznał, iż posiada uprawnienie rozszerzenia zakresu zasobów innego podmiotu do których się odwołuje o Usługi Wsparcia Technicznego, to zobowiązany był tym samym także do złożenia nowego oświadczenia o części zamówienia, której wykonanie zleci podwykonawcom, z którego wynikałaby wola powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcom części zamówienia w zakresie dotyczącym Usługi Wsparcia Technicznego. Oświadczenie Wykonawcy o części powierzanej podwykonawcom jest niezbędne dla weryfikacji spełnienia wymogów wynikających z art. 22a ust. 4 ustawy pzp tj. oceny tego, czy zakres części zlecanej innemu podmiotowi jest odpowiednia dla zapewnienia zdolności dla których doświadczenie jest wymagane. Skoro Zamawiający uznał, iż doświadczenie jest wymagane do realizacji usług wsparcia technicznego, czego Wykonawca nie kwestionował, to składając zobowiązanie Decsoft S.A. zobowiązany był także w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 lutego 2019 r. do złożenia nowego oświadczenia o części zamówienia, której wykonanie zleci podwykonawcom. Powyższe oczekiwanie jest tym bardziej uzasadnione wobec „nowej” treści zobowiązania Decsoft S.A., iż stosunek jaki będzie łączył ten podmiot z Wykonawcą przy realizacji Usług Wsparcia Technicznego jest stosunkiem podwykonawstwa. Przedstawiając „nowe” zobowiązanie Decsoft S.A. rozszerzające zakres udostępnianych zasobów o Usługę Wsparcia Technicznego, Wykonawca powinien postąpić konsekwentnie i złożyć także nowe oświadczenie o części zamówienia, której wykonanie zleci podwykonawcom, wskazując w nim także Usługę Wsparcia Technicznego. Tym samym, Wykonawca pomimo wezwania Zamawiającego z dnia 19 lutego 2019 r., nie składając nowego oświadczenia doprowadził swym postępowaniem do wewnętrznej sprzeczności oferty, albowiem zakres udostępnianych zasobów przez Decsoft S.A. nie jest spójny z zakresem części zamówienia powierzanej Decsoft S.A. (podwykonawcy). Powyższa wada, skutkuje bezwzględnym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jak i -

w związku z zasadą jednokrotności wezwania do „uzupełnienia” dokumentów - także wykluczeniem wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy pzp.

Odnosnie zarzutu 3 i 5 odwołania Odwołujący wskazał, że Wykonawca na żądanie Zamawiającego złożył oświadczenie „Wykaz usług” w którym powołał się na doświadczenie Decsoft S.A. Jak wynika z treści oświadczenia, podmiot ten realizuje zamówienie na rzecz Centrum Zasobów Informatycznych, którego przedmiotem jest „Usługa wsparcia technicznego dla oprogramowania IBM”. Na przedmiot referencyjnej umowy z dnia 20 grudnia 2016 r. nr 77/Z/2016 składa się: dostawa dodatkowych uprawnień licencyjnych, migracja posiadanych uprawnień licencyjnych oraz świadczenie wsparcia technicznego oprogramowania IBM. Łączna wysokość wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizowanej umowy wynosi 27 684 931,00 zł z VAT. W skład wynagrodzenia wchodzi wynagrodzenie w wysokości 22 508 073,98 zł za wykonanie przedmiotu umowy o którym mowa w pkt 1 i 2 oraz wynagrodzenie za świadczenie usługi wsparcia technicznego 5 176 857,02 zł łącznie z VAT. (§ 4 ust. 2 Umowy). Jak wynika z umowy, jest ono nadal realizowane. Na dzień w którym upływał termin składania ofert (17 grudnia 2018 r.), Wykonawca wykonał usługi wsparcia technicznego w wysokości jedynie 3 437 433,06 zł brutto, a więc na kwotę niższą niż wymagana przez Zamawiającego w warunku doświadczenia wartość „co najmniej 5 000 000,00 zł brutto”. Tym samym, wskazane przez Wykonawcę w „Wykazie usług” referencyjne zamówienie nie potwierdza, iż podmiot trzeci na zasoby którego Wykonawca powołał się wykazując spełnienie warunku doświadczenia, posiada wymagane doświadczenie. Wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunku doświadczenia stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy pzp jak i naruszenie art. 26 ust. 3 w związku z art. 22a ust. 6 ustawy pzp, które nakazują Zamawiającemu wezwać w takich okolicznościach Wykonawcę do złożenia oświadczenia „Wykaz usług” i wskazania innej usługi wykonanej przez ten sam podmiot na doświadczenie którego Wykonawca powołał się w ofercie wykazując spełnienie warunku doświadczenia wraz ze stosownym dowodem potwierdzającym jej należyte wykonanie albo złożenia oświadczenia „Wykaz usług” wraz z odpowiednimi dowodami potwierdzającymi osobiste spełnienie warunku doświadczenia przez Wykonawcę. Powyższej oceny nie zmieniają wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Jak wskazuje Wykonawca, w dniu 22 stycznia 2019 r., strony umowy dokonały jej zmiany, która polegała na podniesieniu wartości usługi wsparcia technicznego do kwoty 20 542 218,20 zł. (zmiana § 4 ust. 2 Umowy). Tymczasem, warunek doświadczenia odnosi się do umowy (i jej wartości) realizowanej w 3-letnim okresie poprzedzającym upływ terminu składania ofert (17 grudnia 2019 r.). Zgodnie z Rozdziałem XVII ust. 2 pkt 4 SIWZ Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże się w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywaniem, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej jedną usługą wsparcia technicznego dla oprogramowania IBM o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł brutto wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należyście. Przez jedną usługę rozumie się usługę świadczoną w ramach jednej umowy. Tymczasem, jak wskazuje sama treść § 2 ust. 2 aneksu do Umowy, wszedł on w życie z dniem podpisania i nie odnosi się do okresu poprzedzającego jego zawarcie. Dla powyższego nie ma znaczenia także treść oferty złożonej przez wykonawcę, albowiem warunek odnosi się do usługi realizowanej na podstawie jednej umowy. Dla oceny spełniania warunku zasadnicze znaczenie ma treść wykonywanej umowy nie zaś treść oferty złożonej w postępowaniu. Oceny powyższej sytuacji nie zmienia także § 5 Umowy referencyjnej i wystawiane faktury, które określają jedynie harmonogram płatności częściowych za wykonanie przedmiotu umowy, nie wiążąc wysokości tych płatności z wysokością wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych części umowy określonych w § 4 ust. 2.

Uzasadniając zarzut 4 i 5 odwołania Odwołujący podniósł, że zgodnie z zasadami opisu sposobu obliczenia ceny przez wykonawców ujętymi w rozdziale XXV SIWZ wykonawcy zobowiązani zostali zobowiązani do podania ceny oferty, złożonej z trzech części składowych, w tym iloczynu cen jednostkowych Certyfikowanych Warsztatów oraz ilości Roboczości. Wyodrębniając w SIWZ trzy ww. części składowe ceny oferty, Zamawiający uznał je za istotne części składowe ceny oferty. Brak powyższych części składowych ceny w ofercie skutkowałby koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp z powodu jej niezgodności z treści SIWZ. Z informacji uzyskanych od Zamawiającego wynika, iż wartość ww. poszczególnych części przedmiotu zamówienia wynosi odpowiednio: 50 422 245,27 zł brutto dla Usługi Wsparcia Technicznego, 984 000 zł brutto dla Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego oraz 1 968 000 zł brutto dla Warsztatów. Z dokumentów przekazanych przez Zamawiającego, wynika, że wartość została ustalona w oparciu o informację uzyskaną od IBM Polska Sp. z o.o. Tym samym, wartość Usługi Certyfikowanych Warsztatów, której wyceny dotyczy zarzut rażąco niskiej ceny, stanowi istotny składnik cenowy w stosunku do wartości całego zamówienia. Podana w ofercie wysokość wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu wykonywania Usługi Certyfikowanych Warsztatów wynosi 1 845,00 zł za roboczość szkolenia i przemnożone przez 400 dni przewidzianych na realizację tej części zamówienia daje kwotę 738 000,00 zł. Wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu świadczonej Usługi Certyfikowanych Warsztatów jest niższe o 62,5% od wartości zamówienia brutto przyjętego przez

Zamawiającego dla tej części zamówienia. Tym samym, istotna część składowa ceny oferty Wykonawcy jest ceną, która w sposób rażąco odbiega od wartości przyjętej przez Zamawiającego. Podana kwota wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu Usługi Certyfikowanych Warsztatów budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia mając na względzie: wymagania Zamawiającego określone w § 5 umowy i obowiązek zapewnienia w ramach wynagrodzenia: wykładowcy posiadającego kwalifikacje i odpowiednią wiedzę potwierdzoną certyfikatami w zakresie Oprogramowania, sali szkoleniowej na terenie m.st. Warszawy wraz z wyżywieniem w postaci jednego gorącego posiłku (obiad) i napojów w czasie przerw każdego dnia dla każdego uczestnika Certyfikowanego Warsztatu, dla każdego uczestnika Certyfikowanego Warsztatu indywidualne stanowisko komputerowe, na którym będzie wykonywał ćwiczenia, jeżeli w ramach Certyfikowanego Warsztatu przewidziano ćwiczenia, środowiska warsztatowe wraz z niezbędnym oprogramowaniem, materiałów szkoleniowych w języku polskim lub angielskim w formie papierowej i/lub elektronicznej. Wykonawca zobowiązany jest do przekazania materiałów poświadczonych przez producenta Oprogramowania w terminie uzgodnionym przez Strony, lecz nie później jednak niż w terminie rozpoczęcia usługi Certyfikowanych Warsztatów, certyfikatów dla każdego uczestnika Certyfikowanego Warsztatu potwierdzające ich ukończenie, poświadczone przez producenta Oprogramowania; liczbę uczestników Warsztatów (do 12 osób); fakt, iż mają one charakter „certyfikowany” tj. prawo do prowadzenia szkoleń certyfikowanych IBM mają firmy posiadające status IBM Global Training Provider (GTP) - Globalnych Dostawców Szkoleń IBM lub firmy posiadające status Partnera Edukacyjnego jednego z IBM Global Training Provider's. Aby uzyskać certyfikat IBM, producent wymaga dla każdej osoby minimum: wniesienia opłaty licencyjnej na rzecz IBM w ramach której otrzymywane są właściwe materiały i dyplom ukończenia Certyfikowanego Szkolenia; pokrycia kosztu dostępu do platformy szkoleniowej IBM. Kalkulując koszty jakie są konieczne do poniesienia, należy stwierdzić, że nie jest możliwa realizacja Warsztatów za wskazaną w ofercie kwotę 1 845,00 zł za roboczo dzień szkolenia, nawet jeśli do kalkulacji przyjmie się stawki na najniższym (właściwie mało realnym) poziomie: wynagrodzenie wykładowcy posiadającego kwalifikacje i odpowiednią wiedzę - minimum 1000 zł za 1 dzień roboczo dzień szkolenia, najem sali szkoleniowej na terenie m.st. Warszawy wraz z indywidualnymi stanowiskami komputerowymi dla każdego uczestnika Certyfikowanego Warsztatu na którym będzie wykonywał ćwiczenia, - minimum 500 zł za 1 dzień, wyżywienie w postaci jednego gorącego posiłku (obiad) i napojów w czasie przerw każdego dnia dla każdego uczestnika Certyfikowanego Warsztatu - ok 60 zł (w przeliczeniu na 12 osób - 720 zł), środowiska warsztatowe wraz z niezbędnym oprogramowaniem oraz materiały szkoleniowe - minimalny koszt opłaty licencyjnej wynosi 50 dolarów za osobę (przy skorzystaniu z tańszej oferty szkoleniowej niż Zamawiający korzystał dotychczas) przemnożone przez 3,7542 zł (kurs USD/PLN z 05.02.2019 r.) daje kwotę 187,71 zł za osobę (w przeliczeniu na 12 osób - 2252,52 PLN/dzień). Przy założeniu, iż Wykonawca nie będzie ponosił kosztów najmu sali szkoleniowej, koszt szkolenia dla 12 osób kształtuje się na poziomie 3972,52 zł. Co więcej, nawet jeśli w szkoleniu będzie brała udział połowa z maksymalnej liczby osób i tak koszt organizacji szkolenia będzie wyższy niż cena podana przez Wykonawcę w ofercie. Tym samym, kwota wysokości wynagrodzenia wykonawcy uwzględniona w ofercie nie pokrywa kosztów niezbędnych dla wykonania zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego w części dotyczącej Usługi Certyfikowanych Warsztatów.

W ocenie Odwołującego spełnione zostały wszelkie przesłanki wynikające z art. 90 ust. 1 ustawy pzp, kreujące po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia wysokości wynagrodzenia. Odstąpienie od obowiązku żądania wyjaśnień stanowi nie tylko naruszenie powyższej normy art. 90 ust. 1 ustawy pzp ale jest także przejawem nierównego traktowania wykonawców oraz naruszania uczciwej konkurencji a więc podstawowych zasad udzielania zamówień wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy pzp. Zarzut rażąco niskiej ceny potwierdza także treść pisma Zamawiającego, które zostało złożone w trakcie rozprawy przed KIO w dniu 21 lutego 2019 r. w sprawie o sygn. akt 226/19. Kwoty przeprowadzonego szkolenia wskazane w piśmie Zamawiającego stanowią wycenę szkolenia dla 1 osoby za dzień szkolenia. Tym samym, wskazywany przez samego Zamawiającego koszt szkolenia jednej osoby znacząco przekracza cenę 1 845,00 zł podaną w ofercie przez Wykonawcę, która powinna uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ, w tym liczbę uczestników szkolenia (maksymalnie dwanaście osób).

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika Postępowania w dniu 2 kwietnia 2019 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie. W dniu 2 kwietnia 2019 r. złożył pismo procesowe i wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym jak i na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Izba ustaliła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie spełniało wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy pzp, zaś Wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. W związku z powyższym wykonawca Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie stał się uczestnikiem postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, jak również postępowania odwoławczego w sprawie KIO 226/19 i 365/19, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego wraz z załącznikami.

**Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:**

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego oraz jego wniosku o uznanie podniesionych w niniejszym odwołaniu zarzutów za spóźnione – wobec wydanego w tym postępowaniu orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 226/19 - wniosek Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, że Odwołujący w dniu 8 lutego 2019 r. złożył odwołanie na czynność wyboru oferty Przystępującego i uznania jej za najkorzystniejszą. Jednak Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty – tj. czynności stanowiącej podstawę odwołania o sygn. akt KIO 226/19. Bezspornym jest również to, że zarzuty podniesione w odwołaniu - będącym przedmiotem tego postępowania odwoławczego - tożsame są z zarzutami odwołania rozpoznawanego w sprawie o sygn. akt KIO 226/19. Zatem istotne dla rozstrzygnięcia wniosku Zamawiającego jest orzeczenie o sygn. akt KIO 226/19. Izba wydając wyrok w tej sprawie uwzględniła okoliczność, że Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, uznając że na moment orzekania nie istniał substrat zaskarżenia – stanowiący przedmiot wniesionego odwołania. Wobec przedstawionego stanu faktycznego nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego – wedle, którego orzeczenie o sygn. akt KIO 226/19 rozstrzygało merytorycznie spór pomiędzy stronami postępowania odwoławczego. Owszem, zgodzić należało się z Zamawiającym, że rozstrzygnięcie w sprawie o sygn. akt KIO 226/19, było rozstrzygnięciem oddalającym odwołanie – niemniej jednak Izba nie rozstrzygnęła niniejszego sporu merytorycznie, co do jego istoty. W orzeczeniu tym Izba uznała, że Odwołującemu – wobec nowej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty – przysługiwać będzie odwołanie. W ocenie Izby uwzględnienie wniosku Zamawiającego doprowadziłoby do sytuacji, w której odwołanie, na żadnym etapie tego postępowania nie zostałoby rozpoznane merytorycznie, a wykonawca pozbawiony zostałby możliwości dochodzenia swoich praw w postępowaniu przed Izbą. Dodatkowo – wobec argumentacji Zamawiającego, że w niniejszym postępowaniu Odwołujący po raz kolejny składa odwołanie o tożsamej treści, jednocześnie przedłużając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – zasadnym wskazaniem jest na treść przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp, zgodnie z którym w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z instytucji uwzględnienia odwołania (czy też częściowego jego uwzględnienia) wykonawca pozbawiony jest możliwości nieuprawnionego wnoszenia kolejnego odwołania na czynność, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem odwołania. Jak wynika z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi że odwołanie 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. W konsekwencji – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dawało wykonawcy możliwość wnoszenia środka ochrony prawnej na każdą czynność (w tym przypadku również na czynność wezwania do uzupełnienia). Wobec tego czynność Zamawiającego – unieważniającego wybór najkorzystniejszej oferty – jedynie iluzorycznie można uznać za korzystną, gdyż pozwala wykonawcom – bez sankcji wynikającej z przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp – wnoszenia kolejnych środków ochrony prawnej, prowadząc w niektórych sytuacjach do przedłużania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dlatego też Izba nie podzieliła wniosku Zamawiającego o uznanie zarzutów za spóźnione - wobec przedstawionych powyżej okoliczności faktycznych.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz pkt 16 w związku z art. 22a ust. 4 i art. 7

ust. 1 ustawy pzp nie potwierdził się.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem XI pkt 2 SIWZW przypadku powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, Wykonawca winien w ofercie określić co wchodzi w skład tych części zamówienia oraz podać nazwy firm podwykonawców.

W Rozdziale XVII pkt 2.4 SIWZ Zamawiający postawił następujący warunek w zakresie zdolności technicznej Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże się wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej jedną usługą wsparcia technicznego dla oprogramowania IBM o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł brutto (słownie: pięć milionów złotych brutto) wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Przez jedną usługę rozumie się usługę świadczoną w ramach jednej umowy.

Na potwierdzenie powyższego warunku wykonawca na wezwanie zobowiązany był złożyć wykaz usług zgodnie z wymaganiami Rozdziału XVIII 1.2.c SIWZ.

W myśl Rozdziału XVIII pkt 1.1.b b) Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także dokumenty JEDZ dotyczące tych podmiotów w formie dokumentu elektronicznego, podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez każdego z nich w zakresie w jakim potwierdzają okoliczności, o których mowa w treści art. 22 ust. 1 Ustawy.

Zgodnie z Rozdziałem XXII pkt 4.7 jeżeli Wykonawca zamierza skorzystać z usług podwykonawców przy realizacji przedmiotowego zamówienia, obowiązany jest wskazać w ofercie część zamówienia, której wykonanie zleci podwykonawcom.

W § 13 wzoru umowy wskazano na możliwość odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w całości lub w części z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w sytuacji zlecenia przez Wykonawcę realizacji umowy lub jej części przez osobę trzecią (podwykonawcę) bez zawiadomienia Zamawiającego lub realizuje umowę przy udziale podmiotów z naruszeniem § 16.

W § 16 ustalono zasady realizacji umowy przy udziale podwykonawców i zgłaszania nowych podwykonawców tak jak określone w art. 36b i 36ba ustawy pzp.

W dniu 17 grudnia 2019 r. odbyło się otwarcie ofert.

W Części II Sekcji C JEDZ Wykonawcy Computex na pytanie Czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V? wpisał: TAK.

W Części II Sekcji D JEDZ Wykonawcy Computex na pytanie Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia? wpisał: TAK, i w wykazie proponowanych podwykonawców wpisał m.in. Decoft S.A.

Ponadto ustalono, że wraz z ofertą Wykonawca Computex złożył zobowiązanie wykonawcy Decsoft S.A. zgodnie z art. 22a ust. 1 PZP do oddania do dyspozycji Wykonawcy: Computex swoich zasobów w zakresie zdolności technicznej tj. posiadanej wiedzy i doświadczenia w realizacji usługi spełniającej wymagania Rozdziału XVII, pkt 2.4. SIWZ, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W zobowiązaniu wskazano m.in.: Decsoft S.A. będzie brał udział przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia przez cały okres jego realizacji poprzez oddanie do dyspozycji bezpośrednio Wykonawcy Computex swoich zasobów we wskazanym wyżej zakresie, tj. oddania do dyspozycji osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz przekazania praktycznej wiedzy w zakresie realizacji usługi: rozwiązań organizacyjnych, technicznych, doradztwo i konsultacje. Jest to zatem zobowiązanie do faktycznej i rzeczywistej (realnej) współpracy przy realizacji ww. zamówienia publicznego. Wykonawca Computex w ramach realizowanego zamówienia będzie korzystało z zasobów Decsoft S.A. bez żadnych ograniczeń czasowych i ilościowych. Zasoby Decsoft S.A. będą wykorzystywane przy realizacji zamówienia w następującym zakresie – realizacja zamówienia w zakresie Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego. Zasoby Decsoft S.A. będą wykorzystywane przy realizacji zamówienia w następujący sposób – bez żadnych ograniczeń czasowych i ilościowych, przez cały okres realizacji zamówienia, na każdym jego etapie. Podmioty, o

*których wyżej mowa będzie łączył stosunek podwykonawczy.*

Wykonawca Computex dołączył do oferty oświadczenie z dnia 17 grudnia 2018 r., iż przy realizacji zamówienia będzie korzystał z podwykonawców w następującym zakresie: *realizacja zamówienia w zakresie Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego.*

Na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp z dnia 21 grudnia 2018 r. Wykonawca Computex złożył w dniu 7 stycznia 2019 r. m.in. wykaz usług, w którym wskazał: *Usługę wsparcia technicznego dla oprogramowania IBM* wykonaną dla: *Centrum Zasobów Informatycznych* realizowaną od 1 stycznia 2017- nadal, o wartości powyżej 5.000.000,00 zł brutto (na dzień składania ofert). Na potwierdzenie należytej realizacji złożył: poświadczenie dla firmy Decsoft S.A. wystawione przez Centrum Zasobów Informatycznych należytej realizacji usługi wskazanej w wykazie. Wskazano w poświadczeniu, że usługa obejmowała trzy zakresy m.in. wsparcie techniczne oprogramowania IBM. Łączna wartość umowy wynosiła: 27 684 931,00 zł brutto. Realizacja zakresu wsparcia technicznego miała trwać od 1 stycznia 2017 r. do 31 grudnia 2019 r.

Pismem z dnia 19 lutego 2019 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp wezwał Wykonawcę Computex do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej do realizacji Usługi Wsparcia dla oprogramowania IBM. W wezwaniu wskazał: *Wykonawca Computex Sp. z o.o. Sp. k. nie wykazał spełnienia warunku w pełnym wymaganym zakresie wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ, a więc zarówno w odniesieniu do Usługi Wsparcia, jak i Rozszerzonego Wsparcia Technicznego dla oprogramowania IBM. Przedstawione przez Wykonawcę Computex Sp. z o.o. Sp. k. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu doświadczenie podwykonawcy Decsoft S.A. nie może być wykorzystane przy realizacji Usługi Wsparcia, ponieważ zgodnie z treścią Zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów zasoby Decsoft S.A. będą udostępnione Wykonawcy Computex Sp. z o.o. Sp. k. wyłącznie przy realizacji zamówienia w zakresie Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego.*

W odpowiedzi Wykonawca w dniu 1 marca 2019 r. złożył ponownie zobowiązanie Decsoft S. A. stanowiące uszczegółowienie, że zakres zobowiązania zawarty w zobowiązaniu z dnia 13 grudnia 2018 r. obejmował zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy pzp na dzień składania ofert w postępowaniu oddanie do dyspozycji Wykonawcy Computex zasobów w zakresie zdolności technicznej tj. posiadanej wiedzy i doświadczenia w realizacji usługi spełniającej wymagania Rozdziału XVII, pkt 2.4 SIWZ, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Wskazano, że *Decsoft S.A. będzie brał udział w wykonywaniu przedmiotowego zamówienia przez cały okres jego realizacji poprzez oddanie do dyspozycji bezpośrednio Wykonawcy Computex swoich zasobów we wskazanym wyżej zakresie, tj.: - oddania do dyspozycji osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz - realizację przez Decsoft Usług Wsparcia Technicznego, w szczególności związanych z przyjmowaniem i rozwiązywaniem zgłoszeń, także tych o krytycznym priorytecie oraz opracowywania obejść i napraw, a także Usług Rozszerzonego Wsparcia Technicznego. Dodatkowo w celu realizacji zamówienia Decsoft udostępni Wykonawcy Computex własny punkt serwisowy, a ponadto, w trakcie realizacji zamówienia, będzie przekazywał Wykonawcy praktyczną wiedzę, rozwiązania organizacyjne, techniczne, doradztwo i konsultacje, a także wykonywał techniczny nadzór w zakresie wykonywania umowy przez Wykonawcę Computex. Jest to zatem zobowiązanie do faktycznej i rzeczywistej (realnej) współpracy przy realizacji ww. zamówienia publicznego. Wykonawca Computex w ramach realizowanego zamówienia będzie korzystał z zasobów Decsoft S.A. bez żadnych ograniczeń czasowych i ilościowych. Zasoby Decsoft S.A. będą wykorzystywane przy realizacji zamówienia w następującym zakresie – realizacja zamówienia w zakresie Usługi Wsparcia Technicznego dla oprogramowania IBM i Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego dla oprogramowania IBM. Zasoby Decsoft S.A. będą wykorzystywane przy realizacji zamówienia bez żadnych ograniczeń czasowych i ilościowych, przez cały okres realizacji zamówienia, na każdym jego etapie. Podmioty, o których wyżej mowa będzie łączył stosunek podwykonawczy.*

Złożył również umowę o współpracy zawartą dnia 13 grudnia 2019 r. pomiędzy Computex i Decsoft, w której wskazano między innymi: *2.1. Strony zgadzają się współpracować w ramach realizacji Projektu we wskazanym poniżej zakresie: - w zakresie związanym z udostępnionym potencjałem wiedzy oraz doświadczenia: świadczenie Usług Wsparcia Technicznego oraz Usług Rozszerzonego Wsparcia Technicznego w zakresie określonym w SIWZ oraz umowie dla Projektu, udostępnienie własnego punktu serwisowego (przyjmowanie i rozwiązywanie zgłoszeń, opracowanie metod obejścia i napraw zgłaszanych incydentów i zdarzeń), nadzór techniczny nad realizacją zamówienia, przekazywanie Computex niezbędnej wiedzy, udostępnianie rozwiązań organizacyjnych, technicznych, doradztwo i konsultacje, a Computex zobowiązuje się do zlecenia Decsoft usług w zakresie wskazanym powyżej w zamian za wynagrodzenie*

*uzgodnione przez Strony. 2.2 Okres realizacji współpracy będzie trwał od zawarcia umowy w zakresie Projektu między Klientem a Computex do czasu realizacji wszystkich zobowiązań na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczącego Projektu. 2.4 Computex zobowiązuje się do pełnej współpracy oraz współdziałania z Decsoft przy świadczeniu przez Decsoft usług stanowiących przedmiot niniejszej Umowy, w tym w szczególności przekazywania Decsoft wszelkich materiałów oraz informacji mających znaczenia dla wykonania przedmiotu Umowy przez Decsoft.*

W pierwszej kolejności wskazać należy, że w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 22a ust. 4 ustawy pzp). Zgodnie z art. 22a ustawy pzp Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Co istotne, z treści takiego zobowiązania musi wynikać w sposób nie budzący wątpliwości jaki zasób zostaje udostępniony oraz zakres realizacji części zamówienia, do którego wykonania zobowiązuje się dany podmiot odpowiednio do zakresu udostępnianych zasobów. Ponadto, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.* W orzecznictwie przyjmuje się, iż niezgodność treści oferty z SIWZ to niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zasady tworzenia oferty i wymogi odnośnie jej treści. Niezgodność taka zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu jego wykonania ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. W myśl art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy pzp: *Z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia oraz który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.*

Odwołujący podnosił niezgodność oferty Wykonawcy Computex z treścią SIWZ odnośnie oświadczenia o podwykonawstwie, którego zakres nie odpowiadał faktycznemu, jaki Wykonawca musiałby zlecić firmie Decsoft aby spełnić warunki udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego, oświadczenie to nie zostało uzupełnione o zakres Usługi Wsparcia, a jedyny sposób w jaki Wykonawca mógł skutecznie doprowadzić do zgodności oferty z treścią SIWZ było osobiste wykazanie się doświadczeniem na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z taką argumentacją nie sposób się zgodzić.

Na wstępie, aby określić ramy dotyczące możliwości odrzucenia oferty, należy odnieść się do treści SIWZ. Jak określono w ustaleniach faktycznych, Zamawiający wymagał wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie wykonawca zleci podwykonawcom. Co istotne, Zamawiający nie przewidział w tym zakresie żadnego wzorca, nie sprecyzował treści oświadczenia w formularzu ofertowym. W ocenie Izby, z dokumentów i oświadczeń złożonych przez Wykonawcę Computex w postępowaniu zostało wykazane podwykonawstwo firmy Decsoft w odniesieniu do Usługi Wsparcia i Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego. Przystępujący złożył wraz z ofertą JEDZ, w którym wskazał firmę Decsoft jako podwykonawcę. Ponadto złożył zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia zasobów (zawierające oświadczenie co do podwykonawstwa w zakresie Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego) oraz dokumenty w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy pzp - wykaz usług wraz z referencją potwierdzającymi wykonanie przez Decsoft m.in. Usługi Wsparcia wymaganej warunkiem. Z uwagi na to, że złożone zobowiązanie nie obejmowało zakresem Usługi Wsparcia, co było elementem koniecznym dla możliwości powołania się na zasoby podmiotu Decsoft celem spełnienia warunków, Wykonawca został w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp wezwany do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku doświadczenia. Wezwanie miało charakter ogólny a zatem Wykonawca Computex uzupełnił według swojego wyboru zobowiązanie podmiotu Decsoft do udostępnienia zasobów, z którego treści wynika że Decsoft będzie podwykonawcą również w zakresie Usługi Wsparcia. Sposób uzupełnienia jest spójny z podpisaną przez Computex i Decsoft umową o współpracy, w której przed terminem składania ofert Strony umówiły się co do świadczenia przez Decsoft także Usługi Wsparcia Technicznego. Zaznaczenia wymaga, że dokument zobowiązania jest dokumentem, który może zostać uzupełniony w przypadku błędów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Mając na względzie, że postanowienia SIWZ nie precyzowały części oferty, w której Wykonawca powinien określić zakres zamówienia, który

zamierza zlecić podwykonawcy, a Wykonawca doprecyzował ten zakres w zobowiązaniu stanowiącym część oferty i podlegającym uzupełnieniu, uznać należało że oferta pozostawała w zgodności z treścią SIWZ. Nie ulega wątpliwości, że aby odrzucić ofertę w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp należy mieć na względzie całość dokumentów składających się na ofertę a nie wyłącznie wybrane elementy jak złożone pierwotnie z ofertą oświadczenie o podwykonawstwie. W tym zakresie przywoływane przez Odwołującego orzeczenia ETS nie znalazły zastosowania w odniesieniu do istniejącego stanu faktycznego. Nie zaistniała sytuacja aby Wykonawca Computex nie powoływał się na podmiot trzeci w pierwotnie złożonych dokumentach. Nie jest również tak, że uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp doprowadziło do złożenia całkiem nowego zobowiązania. Zobowiązanie to dotyczy tego samego podmiotu, który został pierwotnie wskazany w ofercie, precyzuje natomiast zakres udostępnionych zasobów, który podmiot zrealizuje odpowiednio do już przekazanych dokumentów na spełnienie warunków udziału w postępowaniu - wykazu usług wraz z referencjami.

Należy także wskazać, że przywoływane przez Odwołującego postanowienia § 16 wzoru umowy stanowią powielenie przepisów ustawy pzp dotyczących zmiany podwykonawstwa. Możliwość odstąpienia Zamawiającego od umowy sytuacji zlecenia przez wykonawcę realizacji umowy lub jej części przez osobę trzecią (podwykonawcę) bez zawiadomienia Zamawiającego niezgodnie z zasadami § 16 nie świadczy o tym, że Zamawiający nadał informacji o zakresie podwykonawstwa tak istotne znaczenie, że nie może ono zostać zmienione czy uzupełnione. Wręcz przeciwnie, postanowienia umowy przewidują możliwość zmiany podwykonawcy w trakcie realizacji zamówienia pod pewnymi warunkami, m.in. zawiadomienia o tym fakcie Zamawiającego. Postanowienia te pozostają w zgodzie z regulacjami ustawowymi. Zgodnie z art. 36b ustawy pzp 1. *Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców 1a. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca, o ile są już znane, podał nazwy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców i osób do kontaktu z nimi, zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi. Wykonawca zawiadamia zamawiającego o wszelkich zmianach danych, o których mowa w zdaniu pierwszym, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazuje informacje na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację robót budowlanych lub usług. 2. Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. W myśl art. 36ba: 1. Jeżeli powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia na roboty budowlane lub usługi następuje w trakcie jego realizacji, wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1, lub oświadczenia lub dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia wobec tego podwykonawcy. 2. Jeżeli zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca obowiązany jest zastąpić tego podwykonawcę lub zrezygnować z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

Oczywiście, w niniejszej sprawie, istotnym było zbadanie przez Zamawiającego, czy Wykonawca Computex polega realnie na zasobach firmy Decsoft w zakresie w jakim zasoby zostały udostępnione, a więc również Usługi Wsparcia Technicznego. Informacje te wynikały m.in. ze zobowiązania złożonego w dniu 1 marca 2019 r., który jest dokumentem podlegającym uzupełnieniu. Tym samym realność została wykazana. Data podpisania zobowiązania pozostaje bez znaczenia w zakresie w jakim to warunki udziału w postępowaniu muszą zostać spełnione na dzień składania ofert. Wykaz usług wraz z referencjami przedstawiał usługę wykonaną przed dniem 17 grudnia 2019 r. Ponadto, jak wynika z treści zobowiązania, stanowiło ono doprecyzowanie złożonego już wcześniej przez Wykonawcę.

W świetle powyższego, nie można również stwierdzić, aby Wykonawca Computex nie przedłożył wymaganych dokumentów w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w związku z art. 22a ust. 6 i art. 7 ust. 1 ustawy pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny ponad przywołany wcześniej:

Pismem z dnia 20 lutego 2019 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Computex do wyjaśnień w zakresie wykazu usług i referencji, a mianowicie: *Wykonawca w złożonym Wykazie usług wskazał usługę realizowaną przez Decsoft S.A. —*

podmiot udostępniający swoje zasoby — w ramach umowy nr 77/Z/2016 z dnia 20.12.2016 r. na rzecz Centrum Zasobów Informatycznych, ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00- 909 Warszawa. Zgodnie z treścią 5 ww. umowy do dnia składania ofert, tj. 17 grudnia 2018 r. Decsoft S.A. zobowiązany był do złożenia faktur w zakresie wsparcia technicznego oprogramowania IBM na łączną kwotę 3 437 433,06 zł brutto (66,40% kwoty przeznaczonej na wsparcie techniczne IBM). Ponieważ Zamawiający wymagał od Wykonawców wykazania, że posiadają doświadczenie w świadczeniu co najmniej jednej usługi wsparcia technicznego dla oprogramowania IBM o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł brutto (słownie: pięć milionów złotych brutto) proszę o wyjaśnienie jaka była wartość faktycznie zrealizowanych usług wsparcia technicznego oprogramowania IBM realizowanego w ramach ww. umowy na dzień składania ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Pismem z dnia 22 lutego 2019 r. Wykonawca Computex wskazał: Umowa nr 77/Z/2016 została zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę dodatkowych uprawnień licencyjnych, migracja posiadanych uprawnień licencyjnych oraz świadczenie wsparcia technicznego dla pozyskiwanego oraz posiadanego oprogramowania IBM” o numerze sprawy: 17/4/50/16. [...] Zakres zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i zawartą umową o zamówienie publiczne obejmuje następujące zadania (par. 1 pkt. 1 umowy): 1) dostawa dodatkowych uprawnień licencyjnych oraz migracja posiadanych uprawnień licencyjnych do wersji IBM CEO Communications User License; 2) migracja posiadanych uprawnień licencyjnych do wersji IBM Spectrum Protect Suite Terabyte (1-100) oraz IBM Spectrum Protect Suite Terabyte (101- 250); 3) wsparcie techniczne oprogramowania IBM. Zgodnie z wymaganiami SIWZ (strona 18 - sposób obliczenia ceny) postępowania 17/4/50/16 oraz złożonym w tymże postępowaniu formularzem oferty Decsoft S.A. wartość poszczególnych elementów zamówienia to odpowiednio: dla poz. 1 i 2 - 25,80% wartości całkowitej kwoty realizacji zamówienia; dla poz. 3 - pozostała wartość całkowitej kwoty realizacji zamówienia. Zgodnie z par. 3 ust. 1 umowy termin wykonania zadań przedstawia się następująco: w zakresie realizacji zadań 1 i 2 do 28.12.2016 r., w zakresie realizacji zadania 3 od 01.01.2017 r. do 31.12.2019 r., w związku z czym asysta techniczna oprogramowania IBM wciąż jest realizowana. Zgodnie z par. 5 ust. 3 oraz terminami realizacji poszczególnych zadań (przywołany wyżej par. 3 ust. 1 umowy) umowy 77/Z/2016 Wykonawca Decsoft w ramach realizowanej umowy, do dnia składania ofert w aktualnie prowadzonym przez Centrum Informatyki Resortu Finansów postępowaniu, tj. 17.12.2018r. zrealizował i rozliczył: zadanie 1 i 2 do dnia 28.12.2016 r., stanowiące 25,80% wartości umowy, tj. kwotę 7 142 712,20 zł brutto, zgodnie z ofertą złożoną CZI w postępowaniu 17/4/50/16, na podstawie której zawarta jest umowa 77/Z/2016, par. 4 ust. 2 umowy 77/Z/2016 uporządkowaną aneksem nr 1 oraz zgodnie z zapisem par. 5 ust. 3 pkt. 1 umowy (zasady rozliczeń). Zadania te nie wchodziły w skład usługi asysty technicznej i nie były wliczane do usług asysty technicznej oprogramowania IBM wskazanej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu; zadanie 3 (asystę techniczną oprogramowania IBM), stanowiące do dnia składania ofert zrealizowaną w 40,60% wartość umowy, tj. kwotę 11 240 081,96 zł brutto, zgodnie z ofertą złożoną CZI w postępowaniu 17/4/50/16, na podstawie której zawarta jest umowa 77/Z/2016, par. 4 ust. 2 umowy 77/Z/2016 uporządkowaną aneksem nr 1 oraz zgodnie z zapisem par. 5 ust. 3 pkt. 2- 8 umowy (zasady rozliczeń). Tym samym wartość wskazanej usługi asysty technicznej oprogramowania IBM do dnia składania ofert, tj. 17.12.2018 r. ponad dwukrotnie przekroczyła wskazaną w warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu wartość, przy czym podkreślamy, że wartość ta do dnia składania ofert została rozliczona, a usługa w zakresie zadania 3 jest realizowana należycie, co potwierdziło CZI w wystawionych w dniu 17.12.2018 r. referencjach. [...] Zamawiający jak wynika z treści wezwania ustalił, zapewne na podstawie samej kopii umowy z CZI, z pominięciem aneksu porządkującego – że: Zgodnie z treścią § 5 ww. umowy do dnia składania ofert, tj. 17 grudnia 2018 r. Decsoft S.A. zobowiązany był do złożenia faktur w zakresie wsparcia technicznego oprogramowania IBM na łączną kwotę 3 437 433,06 zł brutto (66,40% kwoty przeznaczonej na wsparcie techniczne IBM). Zamawiający ma rację, że do dnia składania ofert Decsoft S.A. powinien rozliczyć 66,4%, ale wartości całej umowy brutto, a nie jak zostało to wskazane wyżej - wartości samej asysty technicznej. Wprost wynika to nawet z samych postanowień par. 5 ust. 3 umowy (procenty są wskazane od wartości umowy). Ponadto rozliczenie 25,80% pokrywa się z terminem realizacji tylko i wyłącznie zad. 1 i 2 (do dnia 28.12.2016 r.). Zgodnie również z wymaganiami SIWZ (str. 18) i ofertą Decsoft S.A. z postępowania 17/4/50/16 pierwsza rata stanowiąca 25,80% to wartość zad. 1 i 2 (dodatkowych licencji i migracji), a pozostałe 74,20% to wartość asysty technicznej, z której do dnia 17.12.2018 r. zrealizowane i rozliczone zostało 40,60% (par. 5 ust. 3 pkt. 2-8 umowy). Już proste odniesienie wartości umownej zawartej w par. 4 ust. 2 wynoszącej 27 684 931,00 zł brutto do wartości poszczególnych zadań, o których mowa w par. 5 ust. 3 umowy (pozycje dotyczące wykonanych do dnia składania ofert usług wsparcia technicznego to pozycje 2-8) dowodzą, że

wartość ta to ponad 11 mln zł brutto. Mówi o tym także aneks nr 1 zawarty w celu wyprostowania błędu znajdującego się w treści umowy, a konkretnie w par. 4 ust. 2. Do umowy błędnie zostały przepisane wartości z formularza oferty Decsoft S.A., prawdopodobnie z powodu pośpiechu w podpisywaniu umowy (koniec roku - termin podpisania umowy - 20.12.2016 r, realizacja zadań 1 i 2 do 28.12.2016 r. z trwającym w między czasie okresem świątecznym). Zamawiający CZI kierując się pkt. 1 formularza oferty Decsoft S.A. z postępowania 17/4/50/16, którego formuła przedstawia wartość brutto umowy, w tym: ppkt. 1) wartość netto - 22 508 073,98 zł i ppkt. 2) podatek VAT - 5 176 857,02 zł wpisał te same wartości do par. 4 ust. 2 umowy nie zwróciwszy uwagi, że pkt. tego paragrafu odnoszą się do: ppkt. 1) wartości za wykonanie zad 1 i 2 (dodatkowych licencji i migracji) oraz ppkt. 2) wartości asysty technicznej, a nie odpowiednio ppkt. 1) wartości netto umowy i 2) wartości VAT. Wartości zadań 1, 2 i 3 natomiast były przedstawione zgodnie z wymaganiami SIWZ w formularzu oferty Decsoft S.A. w tabeli poniżej pkt. 1. Już samo porównanie wartości z pkt. 1 formularza oferty Decsoft S.A. oraz wartości wpisanych w par. 4 ust. 2 umowy jasno pokazuje jaki błąd popełniono. Nadto, z czystej matematyki wynika, że wartość 5 176 857,02 zł stanowi 23% podatku VAT od całej wartości umowy brutto. Błąd ten nie miał znaczenia przy realizacji i rozliczaniu umowy, gdyż przedmiot zamówienia realizowany i rozliczany był w sposób jaki wymagany był przez Zamawiającego CZI, zgodnie z wymaganiami SIWZ i OPZ przeprowadzonego postępowania, stąd też an Wykonawca, ani Zamawiający CZI nie zwrócili uwagi na ten czysto techniczny błąd wcześniej. Przy okazji występowania o referencje do CZI (ze względu na trwającą usługę oraz charakter Zamawiającego o takie referencje Decsoft nie występuje cyklicznie co 3 miesiące, a jedynie w ramach potrzeb) pracownik Wykonawcy zauważył niezgodnie z rzeczywistością wpisane w umowie wartości, stąd Decsoft wystąpił do CZI z prośbą o uporządkowanie treści umowy – dostosowując ją do oferty i sposobu wykonywania, mając na uwadze, że treść ta może wprowadzać niesłusznie w błąd. Wynikiem tego jest przedstawiony do umowy aneks nr 1, który tylko i wyłącznie jak wskazano w jego preambule: „nie stanowi zmian istotnych a ma charakter porządkowy”. Zwrócić pragniemy uwagę, że CZI aneksem nr 1 (dokładnie pkt. 2 aneksu) nadało nowe brzmienie par. 4 ust. 1 umowy, który rozszerzyło o składowe wartości umowy brutto, tj. wartość netto i wartość podatku VAT, które to wartości wcześniej błędnie widniały w par. 4 ust. 2. Natomiast par. 4 ust. 2 poprawnie uzupełniono o wartość brutto za wykonanie zadań 1, 2 i 3 przedmiotu zamówienia, zgodnie z SIWZ postępowania i formularzem oferty Decsoft S.A. Tym samym CZI jasno potwierdziło, że wartość 5 176 857,02 zł to wartość VAT, a nie wartość asysty technicznej - zad. 3.

Na potwierdzenie powyższych wyjaśnień Wykonawca przedłożył: umowę nr 77/Z/2016 z dn. 20.12.2016 r. zawartą pomiędzy Decsoft S.A. a Centrum Zasobów Informatycznych (dawniej: RCZSiUT); aneks nr 1 (porządkujący) do umowy nr 77/Z/2016; fragment formularza oferty Decsoft S.A. z postępowania nr 17/4/50/16, na podstawie którego zawarta jest umowa 77/Z/16; faktury wraz z potwierdzeniami płatności, wystawione zgodnie z par. 5 ust. 3 pkt. 2- 8 umowy 77/Z/2016 za zrealizowaną do dnia składania ofert, tj. 17.12.2018 r. asystę techniczną oprogramowania IBM (zadanie 3).

Ze złożonych dowodów ponad ustalenia opisane przez Wykonawcę Computex w treści wyjaśnień wynika:

- w formularzu ofertowym na referencyjną usługę Decsoft zaoferowało wykonanie zamówienia za cenę ofertową brutto: 27 684 931,00 zł, w tym wartość netto: 22 508 073,98 zł, wartość VAT: 5 176 857,02 zł. Ponadto, wskazano że poz. 1 i 2 Tabeli (dostawa uprawnień licencyjnych [...], migracja uprawnień licencyjnych [...]) mogła stanowić 25,80% ceny ofertowej brutto. Pozycja trzecia - wsparcie techniczne - zostało wycenione na kwotę: 20 542 218,80 zł brutto;
- w umowie 77/Z/2016 wskazano: § 1 ust. 1: *Przedmiotem umowy jest: 1) Nabycie dodatkowych uprawnień licencyjnych oraz migracja posiadanych uprawnień licencyjnych do wersji IBM CEO Communications User License 2) Migracja posiadanych uprawnień licencyjnych do wersji IBM Spectrum Protect Suite Terabyte (1-100) oraz IBM Spectrum Protect Suite Terabyte (101-250); 3) Wsparcie techniczne oprogramowania IBM- na warunkach określonych w niniejszej umowie.*; § 3 ust. 1: *Szczegółowe terminy wykonania przedmiotu umowy: 1) w zakresie, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 1) oraz 2) w terminie do 28.12.2016r. z jednoczesnym złożeniem dokumentów o których mowa w § 5 ust. 1. 2) w zakresie, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 3) w terminie od 1.01.2017r. do 31.12.2019 r., z zastrzeżeniem ust 2 i 3.; § 4 ust. 1 i 2: 1. Wynagrodzenie Wykonawcy wynikające z tytułu realizacji całości przedmiotu umowy, w okresie wskazanym w § 3, wynosi łącznie z VAT 27.684.931 zł (słownie: dwadzieścia siedem milionów sześćset osiemdziesiąt cztery tysiące dziewięćset trzydzieści jeden złotych zł). 2. W skład wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1 wchodzi następujące elementy: 1) wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 1) oraz 2) w wysokości łącznie z VAT 22.508.073,98 zł (słownie dwadzieścia dwa miliony pięćset osiem tysięcy siedemdziesiąt trzy złote 98/100); 2) wynagrodzenie za świadczenie usługi wsparcia technicznego wskazane w S 1 ust. 1 pkt 3), w tym usługi wsparcia konsultanta, w wysokości łącznie z VAT 5.176.857,02 zł (słownie pięć milionów sto siedemdziesiąt sześć tysięcy*

osiemset pięćdziesiąt siedem złotych 02/100).; § 5 ust. 1, 2 i 3: 1. Zamawiający dokona zapłaty wynagrodzenia, o którym mowa w § 4 ust. 2 pkt 1 po wykonaniu przedmiotu zamówienia, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 1) oraz 2) w terminie płatności do 30 dni na podstawie prawidłowo wystawionej faktury VAT wraz z Protokołem odbioru sporządzonym przez Zamawiającego zgodnie z § 2 ust. 7. 2. Zamawiający będzie dokonywał zapłaty wynagrodzenia, o którym mowa w § 4 ust. 2 pkt 2 w okresach rozliczeniowych kwartalnych z terminem płatności do 30 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionych faktur VAT, w terminach wskazanych w ust. 3. Podstawą wystawienia faktury przez Wykonawcę jest zaakceptowany przez Zamawiającego protokół, o którym mowa w § 2 ust. 7. 3. Wykonawca jest zobowiązany do złożenia faktur, o którym mowa w ust. 4 za dany okres rozliczeniowy w następujących terminach: 1) do dnia 28.12.2016 r. — z zapłatą 25,80% wartości umowy; 2) do dnia 31.03.2017 r. - z zapłatą 5,11% wartości umowy; 3) do dnia 30.06.2017 r. — z zapłatą 5,11% wartości umowy; 4) do dnia 30.09.2017 r. — z zapłatą 5,11% wartości umowy; 5) do dnia 31.12.2017 r. - z zapłatą 5,11% wartości umowy; 6) do dnia 31.03.2018 r. — z zapłatą 6,72% wartości umowy; 7) do dnia 30.06.2018 r. - z zapłatą 6,72% wartości umowy; 8) do dnia 30.09.2018 r. — z zapłatą 6,72% wartości umowy; 9) do dnia 31.12.2018 r. - z zapłatą 6,72% wartości umowy; 10) do dnia 31.03.2019 r. — z zapłatą 6,72% wartości umowy; 11) do dnia 30.06.2019 r. - z zapłatą 6,72% wartości umowy; 12) do dnia 30.09.2019 r. - z zapłatą 6,72% wartości umowy; 13) na koniec umowy (w 01.2020 roku) — z zapłatą 6,72% wartości umowy.

- z aneksu nr 1 do ww. umowy z dnia 22 stycznia 2019 r. wynika, że ma on charakter porządkowy i zmienia następujące treści z dniem jego podpisania: 2. Dotychczasowy zapis § 4 ust. 1, zastępuje się nową treścią o brzmieniu: 1. Wynagrodzenie Wykonawcy wynikające z tytułu realizacji całości przedmiotu umowy, w okresie wskazanym w § 3, wynosi łącznie z VAT 27.684.931,00 zł (słownie: dwadzieścia siedem milionów sześćset osiemdziesiąt cztery tysiące dziewięćset trzydzieści jeden złotych zł), w tym: 1) Wartość netto w wysokości 22.508.073,98 zł (słownie dwadzieścia dwa miliony pięćset osiem tysięcy siedemdziesiąt trzy złote 98/100); 2) podatek VAT 23% w wysokości 5.176.857,02 zł (słownie pięć milionów sto siedemdziesiąt sześć tysięcy osiemset pięćdziesiąt siedem złotych 02/100). 3. Dotychczasowy zapis § 4 ust. 2, zastępuje się nową treścią o brzmieniu: 2. W skład wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1 wchodzi następujące elementy: 1) wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 1) oraz 2) w wysokości łącznie z VAT 7.142.712,20 zł (słownie złotych: siedem milionów sto czterdzieści dwa tysiące siedemset dwanaście i 20/100); 2) wynagrodzenie za świadczenie usługi wsparcia technicznego wskazane w § 1 ust. 1 pkt 3), w tym usługi wsparcia konsultanta, w wysokości łącznie z VAT 20.542.218,80 zł (słownie złotych: dwadzieścia milionów pięćset czterdzieści dwa tysiące dwieście osiemnaście i 80/100).

- faktury VAT wraz z dowodami dokonania przelewów przedstawiają płatności dokonywane przez CZI na rzecz Decsoft w ramach realizacji usługi wsparcia technicznego, mianowicie: 1. Faktura nr FVA/2017/04/000021 z dnia 19 kwietnia 2017 r. na kwotę 1 414 699,97 zł brutto zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 2 umowy - 5,11% wartości umowy; 2. Faktura nr FVA/2017/07/000006 z dnia 4 lipca 2017 r. na kwotę 1 414 699,97 zł brutto zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 2 umowy - 5,11% wartości umowy; 3. Faktura nr FVA/2017/10/000007 z dnia 3 października 2017 r. na kwotę 1 414 699,97 zł brutto zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 2 umowy - 5,11% wartości umowy; 4. Faktura nr FVA/2017/12/000084 z dnia 29 grudnia 2017 r. na kwotę 1 414 699,97 zł brutto zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 2 umowy - 5,11% wartości umowy; 5. Faktura nr FVA/2018/04/000005 z dnia 3 kwietnia 2018 r. na kwotę 1 860 427,36 zł brutto zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 6 umowy - 6,72% wartości umowy; 6. Faktura nr FVA/2018/07/000005 z dnia 2 lipca 2018 r. na kwotę 1 860 427,36 zł brutto zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 6 umowy - 6,72% wartości umowy; 7. Faktura nr FVA/2018/10/000015 z dnia 1 października 2018 r. na kwotę 1 860 427,36 zł brutto zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 6 umowy - 6,72% wartości umowy.

Ponadto Izba ustaliła, że z pisma z dnia 21 marca 2019 r. złożonego przez Przystępującego wraz z pismem procesowym wynika, że CZI poświadczyło realizację ww. umowy przez Decsoft. W piśmie stwierdzono: *potwierdzamy, że zakres rzeczowy umowy nr 77/72016 z dnia 20.12.2016 r. obejmuje następujące zadania 1) dostawę dodatkowych uprawnień licencyjnych oraz migracja posiadanych uprawnień licencyjnych do wersji IBM CEO Communications User License; 2) migrację posiadanych uprawnień licencyjnych do wersji IBM Spectrum Protect Suite Terabyte (1-100) oraz IBM Spectrum Protect Suite Terabyte (101- 250); 3) wsparcie techniczne oprogramowania IBM. Potwierdzamy że przedmiotowa umowa w zakresie zadań wskazanych w pkt 1) i 2) została wykonana do dnia 28.12.2016 r., zaś w zakresie zadania, o którym mowa w pkt 3) jest nadal realizowana. Zgodnie z umową, wskazany okres świadczeń związanych ze wsparciem technicznym oprogramowania IBM obejmuje okres od 01.01.2017 r. do 31.12.2019 r. Informujemy również, że Wykonawca Decsoft S.A. w ramach przedmiotowej umowy do dnia 17.12.2018 r. zrealizował i zostały przez Zamawiającego rozliczone, następujące świadczenia umowne: zadania wskazane w pkt 1) i 2), stanowiące 25,80% wartości umowy, tj. kwotę 7.142.712,20 zł brutto, zgodnie z ofertą złożoną w postępowaniu o numerze sprawy 17/4/50/16; zadanie wskazane w pkt 3) obejmujące asystę techniczną oprogramowania IBM do dnia 17.12.2018 r. zrealizowaną w 40,60% wartość umowy, tj. kwotę 11.240.081,96 zł brutto, zgodnie z ofertą złożoną w postępowaniu o numerze sprawy 17/4/50/16. Potwierdzamy także fakt zawarcia przez Strony umowy nr 77/72016 aneksu porządkującego nr 1 w dniu*

22.01.2019 r., którego przedmiotem było dostosowanie treści umowy do oferty złożonej przez Decsoft S.A. w postępowaniu: „Dostawę dodatkowych uprawnień licencyjnych, migracja posiadanych uprawnień licencyjnych oraz świadczenie wsparcia technicznego dla pozyskiwanego oraz posiadanego oprogramowania IBM” o numerze sprawy: 17/4/50/16. Wyjaśniamy także, że powodem dokonanej zmiany był błąd edytorski w szablonie dokumentu w zakresie § 4 ust. 1 oraz 2 umowy nr 77/72016 z dnia 20.12.2016 r. Wysokość wynagrodzenia umownego Wykonawcy zawarta w ofercie w postępowaniu 17/4/50/16 i zawarta w § 4 ust. 1 umowy była i jest niezmienna i wynosi łącznie z VAT 27.684.931,00 zł. Omyłkowo podana w § 4 ust. 2 pkt 2 umowy sprzed zmiany, kwota 5.176.857,02 zł, to sama wysokość podatku VAT od całości wynagrodzenia umownego Wykonawcy, nie zaś wynagrodzenie za świadczenie usługi wsparcia technicznego wskazane w § 1 ust. 1 pkt 3) umowy, w tym usługi wsparcia konsultanta. Dodatkowym potwierdzeniem zgodności wykonania umowy z ofertą wykonawcy jest w szczególności § 5 ust. 3 umowy określający harmonogram płatności w relacji do wartości umowy, która nie uległa zmianie.

Odwolujący podnosił, iż Wykonawca Computex nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, gdyż jak ustalił, opierając się na postanowieniach umowy dotyczącej referencyjnej usługi, firma Decsoft, na której zasoby powoływał się Wykonawca Computex, na dzień składania ofert nie zrealizował usługi w wysokości co najmniej 5 000 000,00 zł. Odwołujący odnosząc się do złożonych w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień dowodów wskazał, że faktury odwołują się jedynie do postanowień umowy w zakresie harmonogramu, a aneks zawarty przez strony pozostaje bez znaczenia dla oceny spełnienia warunku, gdyż nie ma on mocy wstecznej i wchodzi w życie z dniem jego podpisania, a na dzień złożenia dokumentów aneks ten nie obowiązywał. Co do pisma z dnia 21 marca 2019 r. z Centrum Zasobów Informatycznych wskazał, że znaczenie ma wyłącznie treść zawartej umowy, a postępowanie odwoławcze nie służy uzupełnianiu dokumentów. W świetle przywołanych ustaleń faktycznych oraz złożonych dowodów twierdzenia podnoszone przez Odwołującego należało uznać za nieuzasadnione.

Na wstępie wskazać należy, że celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykonawca Computex przedstawił wykaz usług oraz referencje firmy Decsoft. Z dokumentów tych wynikało spełnienie postawionego warunku, a Wykonawca oświadczył w wykazie usług, że usługa wsparcia technicznego wynosiła ponad 5 000 000,00 zł. W zakresie spełnienia warunku co do wartości Zamawiający powziął wątpliwości na podstawie postanowień umowy dotyczącej referencyjnej usługi i zwrócił się do Wykonawcy Computex o wyjaśnienia. W ocenie Izby treść wyjaśnień jest rzeczowa i konkretna, a przede wszystkim spójna ze złożonymi przez Wykonawcę dowodami. Lektura zapisów umowy oraz formularza ofertowego prowadzi do oczywistego wniosku, że treść § 4 ust. 2 stanowi omyłkę najprawdopodobniej osoby wypełniającej umowę, jest to bowiem wartość netto i VAT wskazane w formularzu oferty Decsoft. Co istotne, Decsoft określił w ofercie wartość usługi wsparcia technicznego na kwotę 20 542 218,80 zł brutto. Wiadomym jest, że umowę w sprawie zamówienia publicznego realizuje się zgodnie z warunkami określonymi w ofercie. Potwierdzeniem tego stanu rzeczy są faktury rozliczeniowe i potwierdzenia przelewu, które wbrew twierdzeniom Odwołującego, musiały dotyczyć usługi wsparcia, gdyż pozostałe dwa zadania miały zostać wykonane i zrealizowane do dnia 28 grudnia 2016 r., a faktury dotyczą terminów późniejszych. Nie ma przy tym znaczenia, że aneks porządkujący wszedł w życie z dniem jego podpisania, skoro przedstawia wolę obu Stron, które są zgodne co do nieprawidłowości w zakresie kwot podanych w umowie. Rzeczywiste rozliczenia, zgodne z formularzem oferty wynikają z faktur dołączonych do wyjaśnień. Co jednak najistotniejsze, Zamawiający CZI potwierdził pismem z dnia 21 marca 2019 r. wszystkie okoliczności podnoszone w wyjaśnieniach Wykonawcy Computex, a przede wszystkim wskazał, że Decsoft do dnia 17 grudnia 2018 r. zrealizował w zakresie asysty technicznej 40.60% wartości umowy, tj. kwotę 11.240.081,96 zł brutto, zgodnie z ofertą złożoną w postępowaniu o numerze sprawy 17/4/50/16. Bez znaczenia pozostają twierdzenia Odwołującego, że pismo to zostało złożone dopiero w postępowaniu odwoławczym. Otóż, wszystkie dowody potwierdzają oświadczenia zawarte w pierwotnie złożonym wykazie usług oraz okoliczności zawarte w referencjach. Odwołujący nie przedstawił dowodów przeciwnych, które poddawałyby w wątpliwość oświadczenia złożone w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dlatego też Izba uznała, że nie ma podstaw do kierowania do Wykonawcy Computex wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczących doświadczenia, gdyż warunek został przez Przystępującego wykazany.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp nie potwierdził się.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem XXV pkt 1 i 2 SIWZ: 1. Cena oferty brutto stanowiąca maksymalną wartość przedmiotu zamówienia musi obejmować wszelkie koszty związane z realizacją maksymalnego zakresu, w szczególności świadczenia usługi wsparcia do oprogramowania, usługi rozszerzonego wsparcia do oprogramowania, szkoleń, instruktaży, gwarancji, transportu i dostawy, opłaty, w tym w tym podatek od towarów i usług (VAT) oraz wszelkie inne koszty do poniesienia przez Wykonawcę, a konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia. 2. Cena oferty stanowi sumę: 1) iloczynu cen

*jednostkowych Usługi Wsparcia Technicznego oraz ilości miesięcy świadczenia Usługi Wsparcia Technicznego; 2) iloczynu cen jednostkowych Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego oraz ilości Roboczegodzin Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego; 3) iloczynu cen jednostkowych Certyfikowanych Warsztatów oraz ilości Roboczdni.*

Zgodnie z § 5 wzoru umowy wykonawca musi zapewnić: wykładowcę posiadającego kwalifikacje i odpowiednią wiedzę potwierdzoną certyfikatami w zakresie Oprogramowania, salę szkoleniową na terenie m.st. Warszawy wraz z wyżywieniem w postaci jednego gorącego posiłku (obiad) i napojów w czasie przerw każdego dnia dla każdego uczestnika Certyfikowanego Warsztatu, dla każdego uczestnika Certyfikowanego Warsztatu indywidualne stanowisko komputerowe, na którym będzie wykonywał ćwiczenia, jeżeli w ramach Certyfikowanego Warsztatu przewidziano ćwiczenia, środowiska warsztatowe wraz z niezbędnym oprogramowaniem, materiałami szkoleniowymi w języku polskim lub angielskim w formie papierowej i/lub elektronicznej (poświadczonymi przez producenta), certyfikaty poświadczane przez producenta Oprogramowania. Liczba uczestników nie większa niż 12 osób. Czas trwania Warsztatów zostanie ustalony przez Strony.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 53 374 245,27 zł brutto. W postępowaniu złożono dwie oferty: ofertę Odwołującego na kwotę: 53 285 298,95 zł brutto, w tym 2 000 000,00 zł brutto - 5 000,00 zł za jeden dzień (Usługa Certyfikowanych Warsztatów) oraz ofertę Wykonawcy Computex na kwotę: 47 779 250,00 zł brutto, w tym 738 000,00 zł brutto - 1 845,00 zł za jeden dzień (Usługa Certyfikowanych Warsztatów). Zgodnie z notatką z szacowania wartości zamówienia, Zamawiający dokonał szacowania w oparciu o dane wynikające z umowy z 2014 r. z wykonawcą IBM Polska Sp. z o.o.: Usługa Wsparcia Technicznego: 50 422 245,27 zł, Usługa Rozszerzonego Wsparcia Technicznego: 984 000,00 zł, Usługa Certyfikowanych Warsztatów: 1 968 000,00 zł.

*Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy pzp: Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.*

Na wstępie wskazać należy, że Izba nie podziela stanowiska Przystępującego, iż na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy pzp Odwołujący nie mógł skutecznie postawić zarzutu. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 października 2017 r., sygn. akt: KIO 2112/17, KIO 2113/17: *Na gruncie przepisu art. 90 ust. 1 p.z.p. decyzja co do wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w dużej mierze zależy od przekonania samego zamawiającego, co jednocześnie powinno wynikać z określonych okoliczności o charakterze obiektywnym. Izba nie wyklucza możliwości skutecznego postawienia zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 p.z.p., choć w praktyce będzie to niewątpliwie znacznie trudniejsze niż na gruncie regulacji art. 90 ust. 1a pkt 1 p.z.p. W takim bowiem przypadku wykonawca będzie musiał wykazać, iż w związku z wystąpieniem okoliczności o obiektywnym charakterze zamawiający powinien mieć wątpliwości co do ceny oferty innego wykonawcy i w związku z tym powinien być wezwać go do udzielenia wyjaśnień. Chodzi zatem o sytuację, w której odwołujący zarzuca zamawiającemu, iż pomimo istnienia obiektywnych okoliczności zamawiający pozostawał w błędnym przekonaniu, iż nie występują żadne wątpliwości do zaoferowanej przez innego wykonawcę ceny.*

W ocenie Izby, Odwołujący nie podołał obowiązkowi wykazania, że po stronie Zamawiającego powinny powstać wątpliwości co do zaoferowanej ceny Usługi Certyfikowanych Warsztatów, a przede wszystkim że Usługa ta stanowi istotny element ceny w niniejszym postępowaniu. Samo wyodrębnienie ceny w formularzu ofertowym nie może przesądzać o istotności tej części składowej. Istotna część składowa ceny to między innymi taka, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki generuje koszty po stronie wykonawcy. Porównując ceny za poszczególne usługi widocznym jest, że koszty związane z Usługą Certyfikowanych Warsztatów są znikome przy wartości pozostałych. Ponadto, Izba wzięła pod uwagę, że Usługa Szkoleniowa wynika z wykonania pozostałych Usług objętych zamówieniem, i bez Usługi Wsparcia i Usługi Rozszerzonego Wsparcia Technicznego nie byłaby realizowana. Odnosząc się do wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego wskazać należy, że cena za Usługę Warsztatów została ustalona wyłącznie na podstawie umowy realizowanej przez wykonawcę IBM dla Zamawiającego w 2014 r. Na cenę zaoferowaną przez wykonawcę w postępowaniu wpływ ma wiele czynników odnoszących się wyłącznie do właściwości danego wykonawcy, jego możliwości negocjacyjnych czy posiadanych zasobów rzeczowych i kapitałowych. Abstrahując od braku wykazania istotności elementu ceny stwierdzić należy, że Odwołujący nie udowodnił, że cena za Usługę Warsztatów jest niemożliwa do zaoferowania. Izba uznała dowody przedstawione przez Odwołującego, w tym pochodzące od Zamawiającego, za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia. Część ofert szkoleniowych została złożona w języku angielskim. Pozostałe oferty przedstawiały stawki za osobę za dzień szkolenia (również w euro lub dolarach) co nie sposób odnieść do ceny za szkolenie grupowe, które odbędzie się w czasie ustalonym dopiero przez Strony umowy.

Nie jest wiadome, jakie wymagania Odwołujący przedstawił do wyceny i czy odpowiadają one tym określonym w opisie przedmiotu zamówienia, a te które zostały skalkulowane nie sposób odnieść w pełnym zakresie do wymagań Zamawiającego. Zaznaczenia wymaga, że zbiór ofert pochodzący od Zamawiającego, na który powoływał się Odwołujący ukazuje duże rozbieżności cenowe występujące na rynku ofert szkoleniowych (większość od 2000,00 zł do 3000,00 zł, niektóre około 5000,00 zł), co tym bardziej prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie mógł obiektywnie mieć wątpliwości odnośnie ceny zaoferowanej przez Wykonawcę Computex. Tym samym, Izba uznała za niezasadne kierowanie wezwania do wyjaśnienia ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 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. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty zastępstwa prawnego na podstawie faktury VAT przedłożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

**Przewodniczący**.....

**Członkowie:** .....

.....