Sygn. akt: KIO 593/20

WYROK

z dnia 22 czerwca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Klaudia Cyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2020 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 19 marca 2020 roku S&T Services Polska spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa

przy udziale wykonawcy Sygnity Business Solutions spółka akcyjna z siedzibą w Zielonej Górze zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 593/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 9 marca 2020 roku poinformowania Odwołującego o wykluczeniu z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie usług wsparcia sytemu SAP ERP".

Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności poinformowania Odwołującego o podjętej czynności w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego względem Odwołującego z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego zgodnie z regulacją art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę S&T Services Polska spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa na rzecz wykonawcy S&T Services Polska spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 593/20

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie usług wsparcia sytemu SAP ERP".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 listopada 2019 roku pod numerem 2019/S 226-554701.

19 marca 2020 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa") Odwołujący wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- wykluczenia Odwołującego z Postępowania, pomimo że Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w Postępowaniu, a wskazana przez Odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu „usługa utrzymania Zintegrowanego Informatycznego Systemu Wspomagania Zarządzania Uczelnią opartego na oprogramowaniu SAP dla Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie" jest zgodna z wymogami Zamawiającego z pkt 12.2.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) - (Zarzut 1),

ewentualnie

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

oraz wobec

- wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Sygnity Business Solutions S.A. (dalej „Sygnity") pomimo, że oferta Odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na I miejscu w rankingu ofert (Zarzut 3).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez ich błędne zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z Postępowania, a w konsekwencji odrzucenie oferty, pomimo tego, że Odwołujący wykazał, że spełnienia warunki udziału w Postępowaniu, w tym w zakresie

wskazanym w pkt 12.2.1. SIWZ;

2) art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór oferty Sygnity jako oferty najkorzystniejszej

w Postępowaniu, podczas gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert obowiązującymi w Postępowaniu oferta Odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na I miejscu w rankingu ofert,

ewentualnie

3) art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia

dokumentów podmiotowych - w tym formularza JEDZ, w zakresie dot. zdolności technicznej i zawodowej potwierdzającej spełnienie wskazanego pkt 12.2.1. SIWZ warunku udziału w postępowaniu;

4) art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania, unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Signity, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, ewentualnie wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, w tym formularza JEDZ w zakresie niezbędnym do wykazania kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z uzasadnieniem niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów na okoliczności wskazane w treści odwołania oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ jest wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą cenowo ofertę w Postępowaniu. Unieważnienie niezgodnych z ustawą czynności Zamawiającego spowoduje, że oferta Odwołującego, znajdzie się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, co spowoduje uzyskanie przez Odwołującego przedmiotowego Zamówienia. Ewentualne nieuwzględnienie odwołania pozbawi Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego Zamówienia, czego skutkiem będzie poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci' utraty korzyści, jakie osiągnąłby uzyskując Zamówienie. Okoliczności te wyczerpują przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy warunkujące dopuszczalność wniesienia odwołania.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Świadczenie usług wsparcia systemu SAP ERP. Zgodnie z pkt. 12.2.1. SIWZ za spełniających warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uzna Wykonawców, którzy:

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

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

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

- Hurtownia danych (BW).

b) co najmniej jedną usługę o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł brutto, na rzecz co najmniej 600 użytkowników nazwanych, których przedmiotem było świadczenie usług nadzoru nad systemem SAP ERP w zakresie usług jakie dostępne są dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w ramach Wsparcia Producenta na poziomie SAP Enterprise Support systemu SAP ERP w jednostce sektora finansów publicznych lub jednostkach użyteczności publicznej przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy obejmujących wskazane moduły:.

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

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku udziału w Postępowaniu w Formularzu JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby Odwołującemu w zakresie wiedzy i doświadczenia - firmy Atos Polska S.A. (dalej „Atos") - wskazano realizowane na rzecz Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie („UJ”) „świadczenie usług utrzymania, rozwoju i edukacji Zintegrowanego Informatycznego Systemu Wspomagania Zarządzania Uczelnią opartego na oprogramowaniu SAP” o łącznej wartości 3 800 000,00zł. Zamawiający w odniesieniu do powyższej usługi wskazanej na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu wezwał Odwołującego w dniu 30 stycznia 2020 r. do uzupełnienia Formularza JEDZ w sposób wprost określony przez Zamawiającego w wezwaniu „poprzez wskazanie:

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

b) Jaka jest wartość usługi, której przedmiotem był świadczenie usług nadzoru nad systemem SAP ERP w zakresie usług jakie dostępne są dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w ramach Wsparcia

Producenta na poziomie SAP Enterprise Support systemu SAP ERP

wykonanej dla Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

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

Następnie, w zakresie udzielonego na wezwanie z 30 stycznia 2020 r. „uzupełnienia" Odwołującego, Zamawiający w dniu 13 lutego 2020 r. wezwał na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy „do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt. 12.2.1 lit. a) i b) SIWZ”, wynikających zdaniem Zamawiającego z rozbieżności pomiędzy Formularzem JEDZ, a informacjami uzyskanymi przez Zamawiającego od UJ. W wezwaniu tym Zamawiający powołał się na informacje, które uzyskał od UJ, twierdząc, że:

Z informacji przedstawionych przez wskazanego Zleceniodawcę jednoznacznie wynika, że:

usługi utrzymania, to jest pielęgnacji (maintenance) oraz usuwania usterek (serwisu)

Zintegrowanego Informatycznego Systemu Wspomagania Zarządzana Uczelnią opartego na oprogramowaniu SAP w celu zapewnienia ciągłości poprawnej i bezawaryjnej pracy Systemu oraz niezakłóconego korzystania Systemu przez Użytkowników wyniosły we

wskazanym okresie:

maintenance: 1 524 838,09 zł brutto,

usuwanie usterek: 1 500 651,00 zł brutto

natomiast usługi świadczenie serwisu powdrożeniowego systemu SAP ERP wyniosły we wskazanym okresie łącznie: 844 364,25 zł brutto w tym:

- usługi rozwojowe: 414 756,00 zł brutto;
- analiza przed upgradem: 49 200,00 brutto;
- upgrade: 352 856,25 zł brutto;
- usługi edukacyjne: 27 552,00 zł brutto.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sposób arbitralny i co najistotniejsze błędny merytorycznie dokonał „wykładni" informacji uzyskanych od UJ na potrzeby oceny spełnienia warunku udziału w Postępowaniu przez Odwołującego. Zamawiający przyjął, że wartość usług serwisu powdrożeniowego systemu SAP ERP (o których mowa w pkt 12.2.1. lit. a) SIWZ) wyniosła łącznie 844 364,25 zł brutto, a wartości usługi nadzoru na systemem SAP ERP w zakresie usług jakie dostępne są dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w ramach Wsparcia Producenta na poziomie SAP Enterprise Support systemu SAP ERP (maintanenance) (pkt 12.2.1. lit. b) SIWZ) wyniosła 1 514 838,09 zł brutto.

Z powyższą jak wskazał Odwołujący interpretacją Zamawiającego, prowadzącą w konsekwencji do wykluczenia Odwołującego z Postępowania nie zgodził się i to co najmniej w ze względu na kilka okoliczności faktycznych i prawnych.

W zakresie Zarzutu 1 - wykluczenia Odwołującego z Postępowania pomimo tego, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w Postępowaniu Odwołujący podał, że pomimo tego, że Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, został przez Zamawiającego wykluczony z Postępowania.

Zamawiający informując Odwołującego o wykluczeniu z Postępowania naruszył art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy. Zgodnie bowiem z tym przepisem, Zamawiający informując wykonawców o wykluczeniu i odrzuceniu ofert winien był wskazać na powody odrzucenia oferty - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Tymczasem Zamawiający w informacji o wykluczeniu z Postępowania ograniczył się do lakonicznego przytoczenia fragmentu pisma otrzymanego od UJ, które zdaniem Zamawiającego potwierdzać miało niespełnienie przez Odwołującego warunku udziału w Postępowaniu. Zamawiający nie wskazał Odwołującemu według jakich kryteriów porównywał projekt realizowany dla UJ z treścią omawianego warunku udziału w Postępowaniu. Nie wskazał również dokładnej treści zadanego UJ pytania jak i całości udzielonej przez Uniwersytet odpowiedzi. Mając na uwadze treść informacji o wykluczeniu Zamawiający, z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można przyjąć, że Zamawiający podjął decyzje o wykluczeniu wyłącznie w oparciu o odpowiedź UJ, przyjmując przez to nieprawidłową interpretację stanu faktycznego, na który powoływał się Odwołujący. Postępujący z należytą starannością Zamawiający, w sytuacji, gdy powziął wątpliwości co do wskazanego w JEDZ projektu, winien był wystąpić do UJ o całość umowy zawartej z wykonawcą (umowa z 19 października 2016 t. nr CRZP/UJ/154/2016 „Umowa SAPUJ/2016"), której łączne wynagrodzenie brutto wyniosło 6 074 807,95 zł - i na podstawie tej Umowy i ew. protokołów odbioru porównać czy dane świadczenia realizowane przez Atos, odpowiadają przedmiotowo wymogom SIWZ. Ma to znacznie z dwóch względów - po pierwsze Zamawiający nie zdefiniował w treści warunku z pkt. 12.2.1. a) i, b) SIWZ, jakie konkretnie świadczenia uzna za „serwis" i „nadzór" nad systemem SAP ERP w rozumieniu przedmiotowych warunków udziału w postępowaniu. Po drugie, specyfika projektów wdrażania, serwisowania czy rozbudowywania systemów SAP ERP charakteryzuje się zawsze wysokim stopniem unikatowości w związku z dostosowywaniem ich do specyfiki i potrzeb danego klienta. Tym samym, to czy dane świadczenie odpowiada treści warunku udziału w Postępowaniu należało odnieść do faktycznie realizowanych elementów tego projektu realizowanego dla UJ. Mając na uwadze treść umowy, jak i protokołów z realizacji projektu dla UJ, należy stwierdzić, że wartość usług polegających na serwisie powdrożeniowym systemu SAP ERP wyniosła 1.855.734,97 zł., tj. przekroczyła 1 500 000 zł brutto, a wartość usług, których przedmiotem było świadczenie usług nadzoru nad systemem SAP ERP wyniosła 2.004.118,37 zł., więc przekroczyła 2 000 000,00 zł brutto. Wartości te wskazane były w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 17 lutego, złożonych na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 lutego 2020.

Zamawiający całkowicie pominął wspomniane wyżej wyjaśnienia Odwołującego z dnia 17 lutego 2020 r., w których Odwołujący w szczególności uzasadnił przypisanie poszczególnych

świadczeń do wskazanych powyżej wartości. Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania, z jakiego powodu wyjaśnienia te zostały uznane za niewiarygodne czy niewystarczające. Odwołujący nie może w związku z tym odnieść się w odwołaniu do ewentualnej argumentacji Zamawiającego w tym zakresie, ponieważ nie jest ani uprawniony, ani zobowiązany do antycypowania jego stanowiska. Stanowisko to powinno było w sposób kompleksowy zostać wyrażone w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W zakresie Zarzutu 2 - zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia Formularza JEDZ - zarzut ewentualny

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do uzupełnienia Formularza JEDZ potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu z pkt. 12.2.1. SIWZ. Zaniechanie to skutkuje naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy.

W opinii Odwołującego Zamawiający, nawet jeśli nie był w stanie jednoznacznie przypisać świadczeń wykonywanych w ramach projektu realizowanego przez Atos na rzecz UJ do treści warunku udziału w postępowaniu to powinien był umożliwić Odwołującemu uzupełnienie Formularza JEDZ o inne projekty zgodne z wymogami SIWZ. Na możliwości taką wskazał Zamawiającemu sam Odwołujący w treści wyjaśnień z 17 lutego 2020 r., zaznaczając, że dysponuje możliwością wykazania spełniania przedmiotowego warunku, także innymi usługami o zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Nie pozostawia też wątpliwości, że Zamawiający nie pozbawił się uprawnienia do wezwania do uzupełnienia Formularza JEDZ o inne projekty potwierdzające spełnienie warunków udziału w Postępowaniu i wezwanie takie nie byłoby kolejnym wezwaniem w tym samym przedmiocie. Jak zostało opisane powyżej, procedurę wyjaśnień którą prowadził z Odwołującym zawęził wyłączenie do wyjaśniania wskazanego w JEDZ projektu realizowanego dla UJ. Innymi słowy, przedmiotem zainteresowania Zamawiającego było jedynie ustalenie, w jaki sposób rozkładają się świadczenia w ramach usług realizowanych przez Atos na rzecz UJ, wskazanych w JEDZ. Jeżeli Zamawiający wskutek dokonanych ustaleń stwierdziłby, że przedstawiona na potwierdzenie warunku usługa nie spełnia jednak wymagań, to powinien był zwrócić się o uzupełnienie odpowiednich dokumentów podmiotowych w celu wykazania spełniania przedmiotowych warunków.

Zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia Formularza JEDZ stanowi zatem naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy. W tym kontekście należy bowiem wskazać, iż z treści art. 26 ust. 3 ustawy wypływa nie tylko uprawnienie Zamawiającego do wyjaśnienia i uzupełniania treści dokumentów przedłożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, lecz także zobowiązanie do takiego działania w celu rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeśli zatem Zamawiający miał jakiekolwiek wątpliwości co do usługi wskazanej w JEDZ to był on zobligowany do wezwania Odwołującego do uzupełnienia JEDZ. Zamawiający jednak bez uzasadnienia zdecydował się „skrócić" procedurę badania ofert i dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, co doprowadziło do wyboru oferty istotnie droższej niż oferta Odwołującego.

Na marginesie jedynie Odwołujący wskazał, że działanie takie nie jest zgodne z interesem Zamawiającego. Wybór oferty Sygnity S.A. oznaczałby kolejne przedłużenie świadczenia usług objętych zamówieniem przez ten podmiot. Stan, w którym jeden wykonawca obsługuje kluczowy system informatyczny Zamawiającego przez okres ponad 14 lat (Sygnity S.A. wykonuje w tym zakresie prace u Zamawiającego począwszy od wdrożenia, które rozpoczęło się w 2006 r.), jest z definicji stanem niekorzystnym i dziwi fakt, że Zamawiający nie próbuje skorzystać z okazji do uniezależnienia się od jedynego dostawcy takich usług. Jak wynika bowiem w szczególności z cen zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu, stan taki prowadzić może do konieczności zapłaty wynagrodzenia w wysokości wyższej, niż w wypadku powierzenia realizacji świadczenia usług innemu podmiotowi. Stan taki jest niekorzystny również w dłuższej perspektywie, bowiem im dłużej utrzymuje się stan uzależnienia od jednego wykonawcy, tym trudniej jest zrezygnować z jego usług i tym trudniejsze może być konkurencyjne konstruowanie kolejnych postępowań na te usługi. Odwołujący podał mając na uwadze powyższe, że zarzut jest zasadny.

W zakresie Zarzutu 3 - wybór jako najkorzystniejszej oferty Sygnity, podczas gdy za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta Odwołującego. Odwołujący podał, że czynności i zaniechania Zamawiającego opisane w ramach Zarzutów 1 i 2 prowadzą do wniosku, że Zamawiający bezzasadnie wykluczył Odwołującego z Postępowania, co doprowadziło w konsekwencji do wyboru oferty Sygnity jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu. W konsekwencji, Zamawiający naruszył także art. 91 ust. 1 ustawy przez co Zarzut 3 należy uznać za zasadny.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania

odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 marca 2020 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy- Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz w pismach procesowych stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert

i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia

takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie

o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) wchodzą odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub dokumentacja postępowania w postaci elektronicznej, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie procesowym z dnia 9 czerwca 2020 roku Odpowiedź na odwołanie.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w trakcie rozprawy:

- dowód nr 1 - wyciąg z umowy ramowej z SP Polska spółka z ograniczona odpowiedzialnością wraz z Warunkami dotyczącymi Pomocy technicznej świadczonej przez sprzedawcę VAR,

- dowód nr 2 - Wydruk z systemu Atos Polska spółka akcyjna - miesięczny wymiar wsparcia dla danego obszaru biznesowego.

Izba dopuściła dowód zawnioskowany i złożony przez Zamawiającego w trakcie rozprawy:

- dowód nr 3 - „Plan Usług SAP ENTERPRISE SUPPOTY".

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Sygnity Business Solutions spółka akcyjna z siedzibą w Zielonej Górze (dalej: Sygnity lub uczestnika postępowania odwoławczego) w trakcie rozprawy:

- dowód nr 4 - Umowa nr CRZP/UJ/154/2016 z dnia 19 października 2016 roku,

- dowód nr 5 - korespondencja email - wycena MT dla UJ (2016 rok) - dokument ten nie jest objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

VI.

<u>Izba ustaliła:</u>

Izba ustaliła, że w dniu 9 marca 2020 roku Zamawiający powiadomił Odwołującego - S&T Services Polska spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - o wykluczeniu wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, bowiem nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt 12.2.1 lit.a i lit b SIWZ.

W stanowisku swoim Zamawiający wskazał: że wykonawca przedstawił usługę zrealizowaną na łączną kwotę 3 800 000,00 zł. Zamawiający pismem z dnia 30 stycznia 2020 r. wezwał

wykonawcę S&T Services Polska spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, do uzupełnienia formularza JEDZ poprzez wskazanie wartości usługi, której przedmiotem było świadczenie usług serwisu powdrożeniowego systemu SAP ERP wykonanej oraz wskazanie wartości usługi, której przedmiotem było świadczenie usług nadzoru nad systemem SAP ERP w zakresie usług, jakie dostępne są dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w ramach Wsparcia

Producenta na poziomie SAP Enterprise Support systemu SAP ERP. Wykonawca pismem z dnia 3 lutego 2020 r, podał, że wartość usługi, której przedmiotem było świadczenie usług serwisu powdrożeniowego systemu SAP ERP wynosiła 1 800 000,00 zł brutto, natomiast wartość usługi, której przedmiotem było świadczenie usług nadzoru nad systemem SAP ERP w zakresie usług, jakie dostępne są dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w

ramach Wsparcia Producenta na poziomie SAP Enterprise Support dla systemu SAP ERP

wynosiła 2 000 000,00 zł brutto.

Zamawiający w celu wyjaśnienia co do przedstawionych kwot w oparciu o par. 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju zwrócił się e-mailow bezpośrednio do właściwego podmiotu, tj. do wystawcy dokumentu należytego wykonania usługi o dodatkowe informacje. Z uzyskanych informacji wynikało że wartość usługi serwisu powdrożeniowego systemu SAP ERP wynosiła łącznie 844 364,25 zł brutto na dzień wskazany w referencji, natomiast wartość usługi nadzoru nad systemem SAP ERP w zakresie usług, jakie dostępne są dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w ramach Wsparcia Producenta na poziomie SAP Enterprise Support systemu SAP ERP (maitenance) wynosiła 1 514 838,09 zł brutto. W związku z rozbieżnościami wynikającymi z oświadczenia Wykonawcy, a informacjami złożonymi przez wystawcę referencji Zamawiający pismem z dnia 13 lutego 2020 r. wystąpił do Odwołującego o wyjaśnienie zaistniałych różnic. Wykonawca pismem z dnia 17 lutego 2020 r. w całości podtrzymał swoje oświadczenie oraz wskazał, elementy, które jego zdaniem stanowią składowe ceny. Zamawiający w celu ostatecznego zweryfikowania zaistniałych różnic i wyjaśnienia wątpliwości wystąpił pismem z dnia 24 lutego 2020 r. do władz Zleceniodawcy usługi z prośbą o wskazanie dokładnej kwoty brutto usług nadzoru nad systemem SAP w ramach wsparcia producenta na poziomie SAP Enterprise Support na dzień składania ofert, tj. 17 grudnia 2019 r. Zamawiający w dniu 3 marca 2020 r, otrzymał pismo, w którym Zleceniodawca usługi wskazał, że: „wartość usług nadzoru nad systemem SAP w ramach wsparcia producenta na poziomie SAP Enterprise Support zawiera się w pozycji „maintenance" wynagrodzenia wykonawcy umowy, której dotyczy przedłożony wniosek. Zleceniodawca wypłacił wykonawcy do dnia 17.12.2019 r. w ramach tej części wynagrodzenia łącznie kwotę 1 514 838,09 zł brutto". W związku z powyższym Zamawiający postanawia jak wyżej.

Zamawiający wezwał wykonawcę pismem z dnia 30 stycznia 2020 roku, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia Formularza JEDZ przez wskazanie wartości usługi, której przedmiotem było świadczenie usług serwisu powdrożeniowego systemu SAP ERP wykonanej dla Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz wskazanie wartości usługi, której przedmiotem było świadczenie usług nadzoru nad systemem SAP ERP w zakresie usług, jakie dostępne są dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w ramach Wsparcia Producenta na poziomie SAP Enterprise Support systemu SAP ERP wykonanej dla dla Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Przy piśmie z dnia 3 lutego 2020 roku Odwołujący podał informacje, że wartość usługi, której przedmiotem było świadczenie usług serwisu powdrożeniowego systemu SAP ERP wynosiła 1 800 000,00 zł brutto, natomiast wartość usługi, której przedmiotem było świadczenie usług nadzoru nad systemem SAP ERP w zakresie usług, jakie dostępne są dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w ramach Wsparcia Producenta na poziomie SAP Enterprise Support dla systemu SAP ERP wynosiła 2 000 000,00 zł brutto.

Zamawiający pismem z dnia 13 lutego 2020 r. zwrócił się o wyjaśnienie rozbieżności jakie wynikały z informacji podanych przez Uniwersytet Jagielloński, w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego, a informacjami jakie wynikała z przedstawionego, uzupełnionego JEDZa w dniu 3 lutego 2010 przez Odwołującego.

Z pismem z dnia 17 lutego 2020 roku Odwołujący przedstawił Zamawiającemu wyjaśnienia w odpowiedzi na pismo z dnia 13 lutego 2020 roku, wskakując między innymi, że podtrzymuje oświadczenie własne oraz potwierdza wskazanie Uniwersytetu Jagiellońskiego i jednocześnie wyjaśnia, że rozbieżność ma charakter pozorny i wynika

jedynie z faktu, że warunki udziału w postepowaniu postawione przez Państwa w SIWZ zostały nazwane odmiennie od usług świadczonych w ramach umowy nr CRZP/UJ/154/2016 z dnia 19 października 2016 roku realizowanej na rzecz Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie. Oznacza to, że wynagrodzenie za poszczególne usługi nie pokrywa się 1:1 z wartościami wskazanymi odpowiednio w pkt 12.2.1 lit.a i 12.2.1 lit b SIWZ. (...) Podstawowa rozbieżność wynika z faktu, że w Umowie z Uniwersytetem Jagiellońskim zamawiający nie posługuje się pojęciami „nadzór" i serwis powdrożeniowy". W dalszej części przedstawił argumentację do powyższego stwierdzenia.

Zamawiający zwracał się dwukrotnie do Uniwersytetu Jagiellońskiego o przedstawienie informacji w zakresie realizowanej umowy z 19 października 2016 roku tj. w dniu 4 lutego oraz w dniu 17 lutego 2020 roku.

VH

W zakresie zarzutów odwołania Izba zważyła:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez ich błędne zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z Postępowania, a w konsekwencji odrzucenie oferty, pomimo tego, że Odwołujący wykazał, że spełnienia warunki udziału w Postępowaniu, w tym w zakresie wskazanym w pkt 12.2.1. SIWZ - Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o (2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, (3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Ustawodawca w art. 92 ustawy ukształtował obowiązek Zamawiającego do niezwłocznego poinformowania wykonawców o ich wykluczeniu z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego jak również odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania. Oznacza to, że w okolicznościach, w których w ocenie Zamawiającego zaistniały podstawy do dokonania ww. czynności Zamawiający obowiązany jest do podania wykonawcy uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej czynności.

Izba wskazuje, że zasadność czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia oferty podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Przywołany na wstępie przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak przejrzystość postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy) oraz jawność postępowania (art. 8 ust. 1 ustawy) nakłada na Zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dany wykonawca podlega wykluczeniu i oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn jego wykluczenia z postępowania lub odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie zustawy wykonawca po pierwsze, podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem Zamawiającego. Kluczowym do skorzystania z uprawnień przypisanych wykonawcy jest uzasadnienie faktyczne przedstawione przez Zamawiającego w zakresie zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy lub odrzuceniu oferty. Powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy dokonanej przez Zamawiającego oceny nie podziela, mógł się do wskazanej przez Zamawiającego argumentacji ustosunkować. Powyższe prowadzi do wniosku, że zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez Zamawiającego przedstawione jako uzasadniające wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego i odrzucenie oferty. Tym samym ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego i odrzucenia oferty w szerszym aspekcie.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie Zamawiający w uzasadnieniu czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego podał podstawę prawną tj. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy oraz podał podstawę prawną odrzucenia oferty tj. art. 24 ust. 4 ustawy.

Natomiast uzasadnienie faktyczne, jakie Zamawiający zawarł w piśmie z dnia 9 marca 2020 roku, należy jedynie ocenić jako ustalenie stanu faktycznego, które dopiero będzie stanowiło podstawę uzasadnienia czynności Zamawiającego. Wskazanie przez Zamawiającego sfomułowanie, że w związku z powyższym Zamawiający postanawia jak wyżej nie może być uznane za uzasadnienie faktyczne czynności Zamawiającego, które pozwala na zidentyfikowanie faktycznie dokonanej przez Zamawiającego oceny. Brak jest w uzasadnieniu niewątpliwie argumentacji odnoszącej się do tego, jak i dlaczego ustalony przez Zamawiającego stan faktyczny doprowadził do uznania przez Zamawiającego, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie sposób uznać za uzasadnienie faktyczne czynności Zamawiającego polegającej na przytaczaniu treści pism, w jakich posiadanie w trakcie procedury wszedł Zamawiający. Uzasadnieniem faktycznym czynności Zamawiającego byłyby wnioski jakie Zamawiający wyprowadził na podstawie dokumentacji zgromadzonej w postępowaniu, które mogłyby również stanowić o kształtowaniu zarzutów odwołania. Trudno polemizować z ustaleniami dokonanymi przez Zamawiającego w piśmie, gdy Odwołujący nie zna - poza ogólnym stwierdzeniem, że ten stan stanowił podstawę wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty - przesłanek jakie stanowiły podstawę wykluczenia, a które Zamawiający wywiódł w oparciu o ten stan faktyczny.

Powyższe stanowisko Izby potwierdził sam Zamawiający w złożonym piśmie procesowym, bowiem po przytoczeniu - bardzo podobnie jak wygląda uzasadnienie zawarte w piśmie z dnia 9 marca 2020 roku - stanu faktycznego podał Mając na uwadze przedstawiony stan faktyczny sprawy, Zamawiający odnosi się do poszczególnych uchybień, wskazanych przez Odwołującego w Zarzucie nr 1.

Zamawiający powołując się w ww. piśmie na orzecznictwo Izby wskazał, że treść pisma z dnia 9 marca 2020 roku czyni zadość wszystkim wymogom wskazanym w art. 92 ust.1 pkt 2 i 3 ustawy. Izba nie podzieliła tej argumentacji, bowiem uznała, że przytoczenie stanu faktycznego nie może być uznawane za uzasadnienie czynności faktycznych podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu. W rozpoznawanym przypadku Zamawiający nie podał informacji faktycznie uzasadniających jego decyzję jaka byłaby wynikiem jego czynności w postępowaniu. W zasadzie, jedynie na podstawie wnioskowania z pisma i wskazania przez Zamawiającego, że na podstawie ustalonego stanu faktycznego tak postanowił można byłoby wywieść określony wniosek, jednakże każdorazowo byłaby to subiektywna ocena, której nie sposób skonfrontować ze stanowiskiem Zamawiającego bowiem takiego w piśmie z dnia 9 marca 2020 roku nie ma. To obowiązkiem Zamawiającego jest wskazanie uzasadnienia faktycznego podjętej czynności, natomiast nie jest obowiązkiem wykonawcy poszukiwanie i wywodzenie takiego uzasadnienia z przedstawionego przez Zamawiającego stanu faktycznego.

W piśmie z dnia 9 czerwca 2020 roku Zamawiający wskazał, że uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania w sposób wyczerpujący obrazuje, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego. W ocenie Izby ww. piśmie nie przedstawiono uzasadnienia decyzji Zamawiającego, a „przyczyny" o jakich traktuje Zamawiający są wskazaniem chronologicznie podejmowanych czynności. Dalej Zamawiający wskazuje na zakres informacji, ich treść oraz obszerność uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania, jest adekwatna do całokształtu sytuacji Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu. W zasadzie nie wiadomo nadal czym jest owy „całokształt sytuacji Odwołującego" do którego adekwatne jest pismo z 9 marca 2020 roku - Izba zaznacza, że właśnie z pisma powinna wynikać jednoznaczna i uzasadniona ocena sytuacji wykonawcy w postępowaniu kształtująca się w wyniku podjętych przez Zamawiających czynności. Zamawiający wskazuje na „obszerność uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania", które zawarte jest w piśmie z dnia 9 marca 2020 roku, jednakże to w żaden sposób nie uzasadnia, że Zamawiający zawał informacje jakie faktycznie stanowią uzasadnienie czynności faktycznych Zamawiającego. Zamawiający nie wyjaśnił co też rozumie pod stwierdzeniem „zakres informacji", natomiast w ocenie Izby to jest kluczowy element, który legł u podstawy uwzględnienia zarzutu odwołania. Informacje jakie podał Zamawiający w piśmie z dnia 9 marca 2020 roku stanowią chronologiczne zestawienie czynności Zamawiającego w postępowaniu, brak natomiast stanowiska Zamawiającego uzasadniającego podjętą czynność. Izba wskazuje, że bez przytaczania chronologii czynności zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy, gdyby zawierało faktyczne uzasadnienie czynności Zamawiającego, można potraktować za właściwe. Natomiast uzasadnienie czynności faktycznych Zamawiającego polegające na podaniu stanu faktycznego bez podania uzasadnienia faktycznego podjętej czynności nie może być uznane

za odpowiadające normie art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy.

Izba dostrzegła, ze uzasadnienie wykluczenia wykonawcy z postępowania nie zawiera żadnego odniesienia dotyczącego złożonego wyjaśnienia w dniu 17 lutego 2020 roku, jak również pism złożonych przez Uniwersytet Jagielloński w odpowiedzi na zapytania

Zamawiającego. Przyczyny, sposób, argumentacja Zamawiającego w zakresie oceny tych dokumentów, w obliczu pisma z dnia 9 marca 2020 roku, pozostają jedynie w sferze domysłów Odwołującego bowiem nie zostały w żaden sposób wyartykułowane.

W piśmie procesowym Zamawiający podał, że na marginesie warto dodać, że treść odwołania wskazuje, że Odwołujący zrozumiał, jaka była podstawa faktyczna wykluczenia go z postępowania. W ocenie Izby to zdanie również uzasadnia uwzględnienie postawionego przez Odwołującego zarzutu, bowiem jednoznacznie potwierdza, że wykonawca musiał „zrozumieć", co oznacza, że na podstawie stanu faktycznego przedstawionego w piśmie z dnia 9 marca 2020 roku musiał dokonać wnioskowania. Wnioskowanie to miałoby doprowadzić do uzasadnienia faktycznego, jednakże nie podanego przez Zamawiającego, a wyinterpretowanego przez wykonawcę. Zamawiający wskazując, że wykonawca „zrozumiał" podstawę faktyczną wykluczenia z postępowania, którą to ocenę przeprowadził w oparciu o treść odwołania jedynie potwierdził, że brak jest ww. piśmie uzasadnienia faktycznego czynności Zamawiającego.

Izba wskazuje również, że dopiero Odpowiedź na odwołanie zawiera informacje, iż podstawą decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania była informacja otrzymana od UJ o faktycznej kwocie zrealizowanego zamówienia we wskazanym zakresie oraz katalog usług wchodzących w skład serwisu producenckiego na poziomie SAP Enterprise Support. Informacja ta ponownie w sposób jednoznaczny potwierdza, że pismo z dnia 9 marca 2020 roku nie zawiera żadnego uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego. W ww. piśmie nie ma żadnego odniesienia do katalogu usług wchodzących w skład serwisu producenckiego na poziomie SAP Enterprise Support, jak również jakiejkolwiek argumentacji związanej z oceną dokonaną przez Zamawiającego w powyższym zakresie.

Izba uwzględniając powyżej przedstawioną argumentację uznała, że Zamawiający naruszył postanowienia art. 92 ust.1 pkt 2 ustawy, bowiem nie podał uzasadnienia faktycznego wykluczenia wykonawcy z postępowania do czego był obowiązany. W odniesieniu do wskazanego w zarzucie naruszenia art. 92 ust.1 pkt 3 Izba wskazuje, że zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy ofertę wykonawcy wytłuczonego uznaje się za odrzuconą - wskazany w ustawie skutego powstaje z mocy prawa i nie wymaga uzasadnienia przez Zamawiającego. W zakresie naruszenia art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Izba zaznacza, że ta regulacja prawna nie ma zastosowania w tym stanie faktycznym.

W ocenie Izby brak podania uzasadnienia faktycznego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego powoduje, że nie może on skutecznie wnieść odwołania od tej czynność, co oznacza w ocenie Izby, że konieczne jest powtórzenie czynności z dnia 9 marca 2020 roku. Tym samym Izba nakazała unieważnienie czynności z dnia 9 marca 2020 roku oraz powtórzenie czynności zawiadomienia o podjętej czynności w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego względem Odwołującego z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Izba zaznacza, że uwzględnienie odwołania nie oznacza, że Izba dokonała jakichkolwiek czynności w zakresie oceny podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, wręcz przeciwnie Izba nie dokonywała oceny czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania dokonanej przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, a uznała jedynie że brak było uzasadnienia dokonania tej czynności w piśmie z dnia 9 marca 2020 roku.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała nieprzydatność dowodów złożonych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego w trakcie rozprawy dla rozstrzygnięcia zarzutu odwołania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór oferty Sygnity jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, podczas gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert obowiązującymi w Postępowaniu oferta Odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na I miejscu w rankingu ofert - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów podmiotowych - w tym formularza JEDZ, w zakresie dot. zdolności technicznej i zawodowej potwierdzającej spełnienie wskazanego pkt 12.2.1. SIWZ warunku udziału w postępowaniu - Izba wskazuje:

w odniesieniu do zarzutu ewentualnego, tj. naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Izba wskazuje, że z uwagi na uwzględnienie zarzutu głównego odwołanie w części odnoszącej się do ww. zarzutu ewentualnego nie podlega rozpoznaniu.

Izba wskazuje, odnosząc się do podniesionych zarzutów odwołania (art. 7 ust. 1 ustawy), że na kanwie zamówień publicznych granicą stosowania i naruszenia zasad w stosunku jednego wykonawcy jest naruszenie tej zasady w stosunku do innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie zasady równego traktowania wykonawców będzie miało miejsce, gdy działania podejmowane w stosunku do wykonawcy będą powodowały inną, nierówną w postępowaniu sytuację pozostałych wykonawców lub wykonawcy. Granicą dopuszczalności działań Zamawiającego odnośnie danego wykonawcy zawsze będzie naruszenie zasady / zasad w odniesieniu do innego wykonawcy. Zasady Prawa zamówień publicznych - w tym wypadku równego traktowania wykonawców - nie są dane tylko jednemu wykonawcy, a ich ocena dokonywana w danym postępowaniu oraz podejmowane przez Zamawiającego czynności bądź zaniechania czynności oceniane w kontekście zasad muszą być dokonywane z uwzględnieniem interesów wszystkich wykonawców. Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: .....