

Sygn. akt: KIO 261/21

## WYROK

z dnia 1 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Jan Kuzawiński

**Protokolant:** Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum **PCG ACADEMIA sp. z o.o., Jasionka 954F, 36-002 Jasionka, CLOUDTEAM sp. z o.o., ul. Grochowska 306/308, 03-840 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Akademię Wychowania Fizycznego Józefa Piłsudskiego, ul. Marymoncka 34, 00-968 Warszawa, Filia w Białej Podlaskiej, ul. Akademicka 2, 21-500 Biała Podlaska**

przy udziale wykonawcy **American Systems Sp. z o.o., ul. 27 Grudnia 7, 61-737 Poznań** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum **PCG ACADEMIA sp. z o.o., Jasionka 954F, 36-002 Jasionka, CLOUDTEAM sp. z o.o., ul. Grochowska 306/308, 03-840 Warszawa** i 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 – konsorcjum **PCG ACADEMIA sp. z o.o., Jasionka 954F, 36-002 Jasionka, CLOUDTEAM sp. z o.o., ul. Grochowska 306/308, 03-840 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie -

w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

Sygn. akt 261/21

### Uzasadnienie

Zamawiający - Akademia Wychowania Fizycznego Józefa Piłsudskiego, ul. Marymoncka 34, 00-968 Warszawa, Filia w Białej Podlaskiej, ul. Akademicka 2, 21-500 Biała Podlaska prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę, wdrożenie i uruchomienie Systemu E-usług w Akademii Wychowania Fizycznego Józefa Piłsudskiego w Warszawie Filia w Białej Podlaskiej oraz dostawą, instalacją i wdrożenie systemu zabezpieczenia sieci i dostępu do internetu (Firewall), Część 1- dostawa, wdrożenie i uruchomienie systemu e-usług w akademii Wychowania Fizycznego Józefa Piłsudskiego w Warszawie, Filia w Białej Podlaskiej.” Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 153-374394.

W dniu 25.01.2021 wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum PCG ACADEMIA sp. z o.o., Jasionka 954F, 36-002 Jasionka, CLOUDTEAM sp. z o.o., ul. Grochowska 306/308, 03-840 Warszawa (dalej jako Odwołujący) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od nw. czynności Zamawiającego, zarzucając naruszenie:

1. art. 90 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy American Systems Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, pomimo że Zamawiający powziął lub powinien powziąć wątpliwości co do możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia przez ww. wykonawcę za zaoferowaną przez niego cenę;

wy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy American Systems Sp. z o. o. do uzupełnienia złożonego wykazu dostaw wraz z referencjami/protokołami odbioru/umowami, pomimo że treść tych dokumentów jest wewnętrznie sprzeczna, niespójna i niekompletna oraz w aktualnym kształcie z całą pewnością nie potwierdza spełniania warunków udziału przez American Systems Sp. z o. o.;

wy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy American Systems Sp. z o. o. do wyjaśnienia złożonego wykazu dostaw wraz z referencjami/protokołami odbioru/umowami, pomimo że treść tych dokumentów jest wewnętrznie sprzeczna, niespójna i niekompletna oraz nie potwierdza spełniania warunków udziału przez American Systems Sp. z o. o.;

awy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy American Systems Sp. z o. o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ;

5. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez dokonanie bezpodstawnego wyboru oferty wykonawcy American Systems Sp. z o. o. w części 1 przedmiotowego postępowania pomimo, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału i winien zostać wykluczony z postępowania, wskutek czego zamawiający nie zapewnił przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i wybrał wykonawcę w sposób naruszający przepisy ustawy.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty American Systems Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej w części 1 zamówienia;

- powtórzenia czynności badania i oceny oferty American System Sp. z o. o. a w jej ramach:

a) wezwania wykonawcy American Systems do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,

b) wezwania wykonawcy American Systems do uzupełnienia przedłożonego wykazu dostaw wraz z dowodami mającymi potwierdzać należyte wykonanie wskazanych w wykazie dostaw,

c) wezwania wykonawcy American Systems do wyjaśnień w zakresie przedłożonego wykazu dostaw wraz z dowodami mającymi potwierdzać należyłą realizację wskazanych w wykazie dostaw,

d) wezwania wykonawcy American Systems do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ.

### **Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.**

Ad zarzutu 1.

Odwołujący informuje, że w dniu 19.11.2020 r. Zamawiający wezwał American Systems Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że zgodnie z zaakceptowanymi przez wszystkich wykonawców warunkami zamówienia wskazanymi w SIWZ realizacja wdrożenia systemu e-usług nie może się odbyć bez integracji z systemami funkcjonującymi u Zamawiającego, a w niektórych przypadkach konieczna będzie także modyfikacja istniejących systemów. Zamawiający nie jest właścicielem kodów źródłowych do funkcjonujących u niego systemów (właścicielem i dysponentem tych kodów jest wyłącznie dostawca istniejących systemów). Zamawiający zapytał wprost, w jaki sposób American Systems Sp. z o. o. zapewni realizację ww. dostaw mając na uwadze obowiązujące przepisy prawa autorskiego (zarówno American Systems jak również Zamawiający nie mogą dysponować kodami źródłowymi co nie było kontestowane na etapie procedury przetargowej), w jaki sposób zapewni transfer wiedzy od właściciela ww. kodów źródłowych czy American Systems posiada porozumienie z właścicielem ww. kodów źródłowych lub pozyskał ofertę współpracy w obszarze integracji. W pkt 6 wezwania Zamawiający wprost wezwał American Systems do wyjaśnienia kwestii czy w cenie oferty (m.in.: wskazanie podstawy

wyceny), zostały ujęte koszty integracji wdrażanego systemu z systemem funkcjonującym u Zamawiającego (do którego Zamawiający nie dysponuje kodami źródłowymi umożliwiającymi ową integrację). Skoro Zamawiający zażądał wyjaśnienia ww. kwestii, to na pewno musiał powziąć wątpliwości co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez American Systems cenę. Wykonawca American Systems w odpowiedzi z dnia 24.11.2020 r. nie udzielił odpowiedzi na to pytanie (nie wskazał podstawy wyceny; nie potwierdził, że koszty integracji zostały ujęte w cenie oferty).

W dniu 11.12.2020 r. Zamawiający ponownie wystosował do American Systems Sp. z o. o. drugie wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp ponownie podkreślając, że nie dysponuje kodami źródłowymi do posiadanych systemów, ani nie ma praw do ich modyfikacji. Kodami źródłowymi dysponuje dostawca owych systemów - PCG Academia Sp. z o. o. Zamawiający jeszcze raz wskazał, że konieczne jest nabycie usług obcych (dostęp do kodów źródłowych, możliwości modyfikacji systemu funkcjonującego u Zamawiającego) aby móc zrealizować zamówienie zgodnie z wymogami SIWZ. W pkt 5 wezwania z dnia 11.12.2020 r. Zamawiający po raz drugi wezwał American Systems do wyjaśnienia kwestii czy w cenie oferty (m.in.: wskazanie podstawy wyceny), zostały ujęte koszty integracji wdrażanego systemu z systemem funkcjonującym u Zamawiającego (do którego Zamawiający nie dysponuje kodami źródłowymi umożliwiającymi ową integrację). Ponowne żądanie wyjaśnienia ww. kwestii przesądza i dowodzi faktu, że Zamawiający musiał powziąć wątpliwości czy zaoferowana przez American Systems cena umożliwi wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami zawartymi w SIWZ. W odpowiedzi z dnia 16.12.2020 r. American Systems ponownie nie udzielił jakiegokolwiek odpowiedzi na to pytanie (nie wskazał podstawy wyceny; nie stwierdził, że koszty integracji zostały ujęte w cenie oferty).

Odwołujący podkreśla, że Zamawiający dwukrotnie wyraził pisemnie swoje wątpliwości, co do faktu czy przedmiot zamówienia może być zrealizowany zgodnie z wymogami z SIWZ za cenę zaoferowaną przez American Systems Sp. z o.o. (wezwania w trybie art. 87 ust. 1 z dnia: 19.11.2020 r. i 11.12.2020 r.). Wezwany wykonawca w udzielonych odpowiedziach nie wskazał podstawy wyceny oraz nie potwierdził, że koszty integracji zostały ujęte w cenie oferty. Tym samym Zamawiający był zobligowany do wystosowania wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z 29 stycznia 2004 roku, gdyż przesłanki z art. 90 ust. 1 ziszczyły się a treść artykułu 90 ust.1 ma charakter obligatoryjny: „(...) zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów (...)”.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że Zamawiający zaniechał wystosowania wezwania w trybie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, czym dopuścił się naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania (ewentualne odrzucenie oferty American Systems Sp. z o. o.).

Ad zarzutu nr 2.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający wymagał, aby wykonawca w zakresie posiadanego doświadczenia zrealizował należycie, w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, 2 (dwie) dostawy e-usług wspomagających zarządzanie procesami dydaktycznymi w uczelniach albo szkołach, wraz z usługą wdrożenia, w tym co najmniej jedną na kwotę minimum 850 000,00 zł brutto (punkt V.3.a SIWZ).

Z tego wywodzi, że wykonawca winien należycie zrealizować co najmniej 2 dostawy (każda z nich musi składać się z należytej dostawy e-usług i należytego wdrożenia e-usług) i jedna z nich (dostawa e-usługi + wdrożenie e-usługi) musi mieć wartość co najmniej 850 000,00 zł brutto.

Odwołujący informuje, że American Systems Sp. z o. o. przedłożył Zamawiającemu wykaz dostaw wraz z referencjami/protokołami odbioru/umowami, które miały potwierdzać należyłą realizację wykazanych dostaw.

Zdaniem Odwołującego pomiędzy treścią wykazu a referencjami/protokołami odbioru/umowami zachodzą istotne sprzeczności, niejasności, które na chwilę obecną uniemożliwiają uznanie, że wykonawca potwierdził spełnianie ww. warunku udziału.

1. Dostawa na rzecz Akademii Polonijnej w Częstochowie - według wykazu dostawa i wdrożenie zrealizowane w okresie 01.11.2019 -09.10.2020 o wartości pow. 850 tys. zł brutto;

ynny wystawiony przez Akademia Polonijną w Częstochowie potwierdza wyłącznie należyłą realizację wdrożenia systemu (nie potwierdzają zrealizowania żadnej dostawy). Odwołujący podnosi, że treść referencji również wskazuje na to, że umowa dotyczyła wyłącznie usług wdrożenia systemu oraz aplikacji mobilnej - nie zostały zrealizowane żadne dostawy i nie wiadomo również jaką wartość miało wdrożenie systemu oraz czy faktycznie zostało zrealizowane, skoro umowa trwa. Umowa dotyczy wdrożenia systemu oraz aplikacji mobilnej, która nie była objęta wymaganiami referencyjnymi. Z treści referencji wynika, że wartość zrealizowanych prac to ponad 850 tys. zł brutto, jednak nie wiadomo jakie prace zostały zrealizowane do daty wystawienia referencji. Nie wiadomo także jaką wartość stanowi koszt aplikacji mobilnej. Odwołujący zauważa, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający oczekiwiał dostawy oraz wdrożenia e-usług wspomagających zarządzanie procesami dydaktycznymi w uczelniach albo szkołach, wraz z usługą wdrożenia.

Odwołujący podnosi, że zgodnie z treścią OPZ w niniejszym postępowaniu Zamawiający oczekuje dostawy systemu e-usług a nie systemu dziekanatowego - taki system Zamawiający już posiada (Wirtualna Uczelnia) i nie zamawia tego rodzaju systemu w tym postępowaniu. Zamawiany system e-usług składa się ze wskazanych poniżej e-usług:

aktycznych 4

Zdaniem Odwołującego usługa wdrożenia systemu dziekanatowego nie spełnia wymogów Zamawiającego i nie może zostać wliczona do wartości wykazywanej celem spełniania warunków udziału w postępowaniu.

2. Dostawa na rzecz Wyższej Szkoły Rehabilitacji w Warszawie:

a i wdrożenie zrealizowane w okresie 29.11.2019 - 23.09.2020;

cyjny wystawiony przez Asecco Data Systems SA potwierdza należytą realizację dostawy i wdrożenia systemu dziekanatowego wraz ze szkoleniami na rzecz Asecco Data Systems SA przez American Systems Sp. z o. o. (dla American Systems Sp. z o. o. (dla Asecco Data Systems, a nie Wyższa Szkoła Rehabilitacji wskazana w wykazie dostaw).

W opinii Odwołującego dostawa i wdrożenie systemu dziekanatowego z przyczyn wskazanych powyżej nie spełnia wymogów Zamawiającego i nie może zostać wliczona do wartości wykazywanej celem spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podnosi również, że istnieje konieczność uzupełnienia dokumentów oraz ustalenia następujących okoliczności tj.

a) Czy American Systems był podwykonawcą Asecco Data Systems SA, które było wykonawcą głównym dostawy i wdrożenia dla Wyższej Szkoły Rehabilitacji?

b) Jeżeli zamówienie (zgodnie z wykazem dostaw) obejmowało dostawę i wdrożenie na rzecz Wyższej Szkoły Rehabilitacji to w jakim zakresie faktycznie zrealizował je podwykonawca American Systems Sp. z o. o.?

c) W jaki sposób American Systems Sp. z o. o. zrealizowało jako podwykonawca dostawę i wdrożenie, jeżeli zamówienie wykonawcy głównego to była dostawa i wdrożenie, a zgodnie z art. 36a ust.1 ustawy pzp z dnia 29 stycznia 2004 r. wykonawca może powierzyć podwykonawcy wykonanie części zamówienia a nie całość zamówienia?

Odwołujący wskazuje, że mając na uwadze orzeczenie TSUE w sprawie Esaprojekt wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem konsorcjum, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej części zamówienia, do którego całościowego wykonania jest zobowiązana ta grupa wykonawców (konsorcjum). Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych konsorcjantów, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. Niewystarczające jest powoływanie się na potencjał całego konsorcjum - bez wyraźnego wskazania, jaką część - i o jakiej wartości - realizował ten konsorcjant, który zamierza wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podnosi, że przenosząc realia wskazanego wyroku na niniejsze postępowanie American Systems zobowiązany był wyraźnie wskazać jaka część dostaw faktycznie wykonał

jako Podwykonawca w ramach zamówienia dla Wyższej Szkoły Rehabilitacji w Warszawie mając także na względzie zakaz podzlecenia całości zamówienia.

### 3. Dostawa na rzecz Wyższej Szkoły Społeczno-Przyrodniczej w Lublinie:

a i wdrożenie zrealizowane w okresie 14.11.2019 -12.10.2020 r.,  
. zł brutto;

e załączony protokół odbioru wystawiony przez Wyższą Szkołę Społeczno- Przyrodniczą w Lublinie potwierdza jedynie wdrożenie jednego modułu System Dziekanatowy (nie potwierdza zrealizowania żadnej dostawy), nie wiadomo jaką wartość miało zrealizowane samo wdrożenie modułu System Dziekanatowy (bez dostawy). Odwołujący podnosi również, że Zamawiający wymagał dostawy oraz wdrożenia e-usług

systemu. Zdaniem Odwołującego dostawa i wdrożenie systemu dziekanatowego z przyczyn wskazanych powyżej nie spełnia wymogów Zamawiającego i nie może zostać wliczona do wartości wykazywanej celem spełniania warunków udziału

ujący podnosi, że załączona umowa z dnia 14.11.2019 r.

wskazuje, że przedmiot zamówienia obejmuje: dostawy licencji do systemów, dostawę licencji do aplikacji mobilnej, wdrożenia systemu, wdrożenie aplikacji mobilnej, maintenance, support, szkolenia, za kwotę 4 831 000,00 zł, realizacja do dnia 31.03.2023 r. W paragrafie 8 umowy zaciemnione są poszczególne wartości za elementy przedmiotu umowy. Zapewne jest to nieprzypadkowe. W opinii Odwołującego taka treść dokumentów w oczywisty sposób skutkuje istotnymi wątpliwościami: Czy American Systems Sp. z o. o. rzeczywiście na dzień wystawienia protokołu zrealizował należycie dostawę

ększą niż 850 000,00 zł brutto?

Uczelni Jańskiego w Łomży:

a i wdrożenie zrealizowane w okresie 15.10.2019 -14.10.2020 r.,  
. zł brutto;

e załączony protokół odbioru wystawiony przez Uczelnię Jańskiego

jedynie należyłą realizację wdrożenia systemu do modułów Systemu -Moduł: platforma edukacyjna (nie potwierdza zrealizowania żadnej dostawy), nie wiadomo jaką wartość miało zrealizowane wdrożenie systemu bez dostawy - czy nie mniejszą niż 850 tys. zł brutto. Odwołujący wskazuje, że załączona umowa z dnia 15.10.2019 r. w paragrafie 2 jasno wskazuje, że przedmiot zamówienia obejmuje; dostawy licencji do modułów Systemu, wdrożenia Systemu do modułów Systemu, maintenance, support, szkolenia za kwotę 1 779 700,00 zł, realizacja do dnia 30.06.2023 r. W paragrafie 8 umowy zaciemnione są poszczególne wartości za elementy przedmiotu umowy. Zdaniem Odwołującego taka treść dokumentów skutkuje istotnymi wątpliwościami: Czy American Systems Sp. z o.o. rzeczywiście na dzień wystawienia protokołu zrealizował należycie dostawę i wdrożenie za kwotę większą niż 850 000,00 zł brutto?

Odwołujący wywodzi, że przedłożony przez American Systems Sp. z o. o. wykaz dostaw i dokumenty potwierdzające ich należyłą realizację nie potwierdzają spełniania warunku udziału w sposób wymagany zapisami SIWZ. Nieścisłości, niejasności i niespójność treści wynikające z ww. dokumentów obligują Zamawiającego do zastosowania dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy pzp z dnia 29 stycznia 2004 roku. Zdaniem Odwołującego zaniechując wezwania do wyjaśnień/uzupełnień z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający dopuścił się naruszenia, które mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania (ewentualne wykluczenie wykonawcy American Systems Sp. z o. o.).

Ad zarzutu nr 3.

i powołuje się na stan faktyczny opisany już w punkcie poprzednim, tj. pkt 2) - co do uchybień, niejasności i sprzeczności pomiędzy wykazem dostaw

dzającymi ich należyłą realizację. Odwołujący podnosi, że przedłożony przez American Systems Sp. z o. o. wykaz dostaw i dokumenty potwierdzające ich należyłą realizację nie potwierdzają spełniania warunku udziału w sposób wymagany zapisami SIWZ. Nieścisłości, niejasności i niespójność treści wynikające z ww. dokumentów obligują Zamawiającego do zastosowania dyspozycji art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Podnosi, że zaniechując wezwania do wyjaśnień z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający dopuścił się naruszenia, które mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania (ewentualne wykluczenie wykonawcy American Systems Sp. z o.o.).

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z Rozdziałem VI.C SIWZ Zamawiający żądał od Wykonawców w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia, odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, tj.: sporządzone w języku polskim lub angielskim, specyfikacje techniczne (opisy techniczne) i/lub prospekty, foldery, katalogi, części instrukcji obsługi, itp. oferowanego oprogramowania.

W konsekwencji Zamawiający korzystając z uprawnień ustawowych żądał ww. dokumentów potwierdzających, że system odpowiada wymaganiom Zamawiającego i tylko na podstawie tak określonych dokumentów powinien przeprowadzić weryfikację zgodności systemu z treścią OPZ. Za jakość i prawidłowość przedstawionych dokumentów odpowiedzialność ponosi wyłącznie Wykonawca.

Pismem z dnia 04.11.2020r. Zamawiający wezwał American Systems Sp. z o.o. do przedłożenia wymaganych dokumentów. Wykonawca zaniechał jednak przedłożenia dokumentów potwierdzających kluczowe z punktu widzenia oczekiwań Zamawiającego wymagania dotyczące poziomu dojrzałości e-usług. Zamiast wymaganych dokumentów, na podstawie których Zamawiający powinien samodzielnie ocenić i sprawdzić czy oferowane dostawy w istocie odpowiadają wymaganiom SIWZ, Wykonawca przedłożył w trybie nieznanym ustawie oświadczenie własne z dnia 16.11.2020 r., że system składa się z usług o określonym poziomie dojrzałości oraz spełnia wymagania OPZ.

Odwołujący podnosi, że tego rodzaju oświadczenie nie mogło zastąpić dokumentów żądanych przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania SIWZ. Gdyby Zamawiający chciał poprzestać na oświadczeniach własnych Wykonawców to z całą pewnością nie uwzględnił by w SIWZ obowiązku przedłożenia dokumentów potwierdzających że oferowane dostawy spełniają wymagania SIWZ.

Nadto Odwołujący podnosi, że z przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów tj. specyfikacji technicznej oferowanego systemu nie wynika, że system ten spełnia następujące wymagania OPZ: 1. W zakresie realizacji usługi e-wyбір aktywności: „Usługa e-wyбір aktywności skierowana będzie do studentów uczelni. Udostępni ona studentom możliwość wyboru różnych udostępnionych przez uczelnię aktywności: specjalności, specjalizacji, seminariów, przedmiotów. Usługa e-wyбір aktywności udostępniana będzie za pośrednictwem aplikacji internetowej Wirtualny Dziekanat. Usługa będzie świadczona dla studentów uczelni w procesach obsługiwanych i wspieranych przez dedykowany system obsługi dydaktyki. Za jakość świadczenia tej usługi odpowiedzialny będzie Dziekanat.” (Załącznik nr 1 a, rozdział 1.1., str. 6);

ii usługi e-praca dyplomowa: „Usługa e-praca dyplomowa skierowana będzie do studentów i pracowników naukowo-dydaktycznych uczelni, pełniących role promotorów i recenzentów. Udostępni ona studentom możliwość elektronicznego, zdalnego wybierania promotorów i tematów prac dyplomowych, elektronicznego przesyłania prac dyplomowych do uczelni i współpracę z promotorem nad ostatecznym kształtem pracy za pośrednictwem aplikacji internetowej Wirtualny Dziekanat. Pracownikom pełniącym funkcje promotorów i recenzentów usługa udostępni możliwość elektronicznej, zdalnej obsługi prac dyplomowych studentów, ocenianie jej, przesyłanie uwagi i recenzji oraz wysłanie pracy do badania antyplagiatowego. Pracownikom administracyjnym usługa umożliwi weryfikację procesu dyplomowania oraz zautomatyzuje wysyłanie prac do Ogólnopolskiego Repozytorium Pisemnych Prac Dyplomowych. Usługa e-praca dyplomowa udostępniana będzie za pośrednictwem aplikacji internetowej Wirtualny Dziekanat oraz aplikacji dziekanatowej. Usługa będzie świadczona dla studentów i pracowników uczelni w procesach obsługiwanych i wspieranych przez dedykowany system obsługi dydaktyki. Za jakość świadczenia tej usługi odpowiedzialne będą Sekretariaty Katedr.” (Załącznik nr 1a, rozdział 1.1., str. 7);

usługi e-przydzielanie godzin dydaktycznych: „Usługa e-przydzielanie godzin skierowana będzie do pracowników uczelni. Udostępni ona uprawnionym pracownikom (np. pełniącym funkcje kierowników katedr/zakładów/institutów) możliwość planowania dydaktyki dla podległych sobie pracowników za pomocą aplikacji internetowej Wirtualny Dziekanat. Usługa będzie świadczona dla pracowników uczelni w procesach obsługiwanych i wspieranych przez istniejący, dedykowany system obsługi dydaktyki. Za jakość świadczenia tej usługi odpowiedzialne będą Sekretariaty Katedr.” (Załącznik nr 1 a, rozdział 1.1., str. 7);

„Użytkownicy usługi e-Wyбір aktywności muszą mieć dostęp do usługi za pośrednictwem systemu dziekanatowego funkcjonującego u Zamawiającego”;

„Przygotowanie danych o aktywnościach możliwych do wybrania przez studenta oraz terminach uruchamiania poszczególnych tur wyborów musi odbywać się w ramach usługi”;

„W ramach usługi każdy ze studentów będzie miał możliwość:

• zmiany wybranej aktywności na inną (dostępna);

• branych przez siebie aktywności z poziomu aplikacji internetowej Wirtualny Dziekanat”;

„Użytkownicy usługi e-Praca dyplomowa muszą mieć dostęp do usługi za pośrednictwem systemu dziekanatowego funkcjonującego u Zamawiającego”;

„Usługa musi umożliwiać studentom możliwość elektronicznego, zdalnego wybierania promotorów i tematów prac dyplomowych oraz elektronicznego przesyłania prac dyplomowych do uczelni za pośrednictwem aplikacji internetowej systemu dziekanatowego funkcjonującego u Zamawiającego”;

„Usługa e-Praca dyplomowa musi być realizowana za pośrednictwem aplikacji internetowej Wirtualny Dziekanat oraz aplikacji systemu obsługi dydaktyki funkcjonującego u Zamawiającego”;

„Usługa musi udostępniać uprawnionym pracownikom (np. pełniącym funkcje kierowników katedr/zakładów/institutów) możliwość planowania dydaktyki dla podległych sobie pracowników na poszczególnych przedmiotach i dla poszczególnych grup za pomocą aplikacji internetowej systemu dziekanatowego funkcjonującego

„Plany studiów dla poszczególnych kierunków studiów, czyli informacje na semestry i przedmiotach prowadzonych na każdym z nich wraz z ym poszczególnych rodzajów zajęć muszą być wprowadzane do systemu obsługi dydaktyki funkcjonującego u Zamawiającego”;

„Usługa e-Akademik (dalej system) umożliwi składanie wniosku o pokój w DS oraz wniosku o zwrot kaucji za pośrednictwem systemu Wirtualny Dziekanat”;

„Formularz podania o pokój w DS, udostępniany w Wirtualnym Dziekanacie musi umożliwiać dołączanie załączników”;

„W ramach usługi studenci muszą mieć możliwość:

„o wniosku o miejsce w domu studenckim oraz wniosku o zwrot kaucji za pośrednictwem Wirtualnego Dziekanatu; śledzenia statusu wniosku; podglądu informacji o naliczonych płatnościach.”;

„Użytkownicy usługi e-Baza wiedzy muszą mieć dostęp do usługi za pośrednictwem portalu internetowego uczelni i a pośrednictwem aplikacji internetowej systemu dziekanatowego funkcjonującego u Zamawiającego”.

wymaganie nr 156 - „W przypadku prac dyplomowych studentów w systemie obsługi dydaktyki musi być tworzony wewnętrzny magazyn elektronicznych wersji prac dyplomowych, opisanych metadanymi. Zgromadzone prace będą udostępniane poprzez usługę e-Baza wiedzy za pośrednictwem portalu internetowego uczelni i aplikacji internetowej systemu dziekanatowego funkcjonującego u Zamawiającego.”;

„Usługa musi umożliwiać gromadzenie i udostępnianie studentom za pośrednictwem aplikacji internetowej systemu dziekanatowego funkcjonującego łałów dydaktycznych dedykowanych studentom uczestniczącym aktywnych”;

„Tworzenie i zatwierdzanie sylabusów musi odbywać się w systemie obsługi dydaktyki funkcjonującym u Zamawiającego”;

- „Definiowanie statusu zajęć otwartych musi być realizowane w systemie obsługi dydaktyki funkcjonującym u Zamawiającego”;

Odwolujący podnosi, że nadto z wymagań wymienionych poniżej wynika konieczność zapisu części danych bezpośrednio do bazy danych systemów wykorzystywanych obecnie przez Zamawiającego:

„Usługa musi być w pełni zintegrowana z systemem obsługi dydaktyki używanym przez Zamawiającego w zakresie pobierania z bazy danych systemu informacji o możliwych do wyboru aktywnościach oraz zapisu do bazy danych wybranych przez studentów aktywności”.

„Dane o wyborach dokonanych przez studentów muszą być zapisywane w bazie systemu obsługi dydaktyki i natychmiast dostępne dla uprawnionych użytkowników oraz innych zainteresowanych osób (np. liczba wolnych miejsc dla innych studentów)”.

„Po zakończonym procesie zapisów użytkownik systemu obsługi dydaktyki musi mieć możliwość automatycznego utworzenia grup ćwiczeniowych/wykładowych dla wybranych aktywności.”;

„Dane muszą być bezpośrednio zapisywane do bazy danych systemu obsługi dydaktyki funkcjonującego u Zamawiającego, co będzie umożliwiało realizację kolejnych procesów (np.: tworzenie harmonogramu zajęć)”;

„Dane ze złożonych przez studentów podań muszą być zapisywane u obsługi dydaktyki funkcjonującego u Zamawiającego”;

„Gwarantuje wgląd w zestawienie informacji o stanie rozliczeń finansowych studenta z Domem Studenckim (w zakresie opłat,

odsetek). Połączenie modułu obsługi domów studenckich z funkcjonalnością naliczania opłat Dziekanatu”;

lane o liczbie interesariuszy zapisanych na poszczególne zajęcia otwarte muszą być gromadzone w bazie danych systemu obsługi dydaktyki i muszą być natychmiastowo dostępne dla wszystkich pozostałych zainteresowanych osób.”.

że okoliczności powyższe zauważył sam Zamawiający w treści wezwania z dnia 11.12.2020 r., które zostało wystosowane w trybie wezwania do wyjaśnień złożonej oferty - art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego obowiązkiem wykonawcy American Systems Sp. z o.o. było wykazanie, że oferowany przedmiot zamówienia, odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, za pomocą dokumentów wskazanych przez Zamawiającego tj.: sporządzonych w języku polskim lub angielskim, specyfikacjach technicznych (opisy techniczne) i/lub prospekty, foldery, katalogi, części instrukcji obsługi, itp. oferowanego oprogramowania. Wywodzi, że w sytuacji, w której wykonawca zaniechał wykazania powyższych okoliczności na Zamawiający wskazywał wanej do American Systems to Zamawiający winien wezwać w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do ich uzupełnienia.

go, wybór oferty American Systems Sp. z o. o., pomimo, że treść przedłożonych przez wykonawcę wykazu dostaw i referencji nie potwierdza spełniania warunku udziału wymaganego w SIWZ (a wręcz odwrotnie - treść tych dokumentów bez dodatkowych wyjaśnień/uzupełnień wskazuje, że wykonawca nie spełnia owych warunków na podstawie art. 24 ust. 12 ustawy Pzp) skutkuje naruszeniem przez Zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz uniemożliwia udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie

Odwołujący wywodzi, że Zamawiający bezpodstawnie domniemywał, że wykonawca spełnia warunki udziału, podczas gdy powinien mieć taką pewność. Uzyskanie pewności co do faktu spełniania warunków udziału, w opisanej wyżej sytuacji, umożliwiłoby zastosowanie art. 26 ust. 3 lub art. 26 ust. 4 ustawy pzp co do przedłożonego wykazu dostaw i referencji.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie, jak też nie stawiał się na rozprawie.

Do odwołania po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpienie zgłosił wykonawca American Systems Sp. z o.o. Wraz ze zgłoszeniem przystąpienia złożył pismo w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W toku rozprawy Odwołujący i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Odwołującego i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp” lub „nowa Pzp”).

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy nPzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania oraz dowody Odwołującego i Przystępującego złożone na rozprawie.

**Izba oceniła zgromadzony materiał dowodowy w następujący sposób:**

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wszechstronny i umożliwi wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie. Akademia Wychowania Fizycznego Józefa Piłsudskiego, ul. Marymoncka 34, 00-968 Warszawa, Filia w Białej Podlaskiej, ul. Akademicka 2, 21-500 Biała Podlaska prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę, wdrożenie i uruchomienie Systemu E-usług w Akademii Wychowania Fizycznego Józefa Piłsudskiego w Warszawie Filia w Białej Podlaskiej oraz dostawa, instalacja i wdrożenie systemu zabezpieczenia sieci i dostępu do internetu (Firewall), Część 1- dostawa, wdrożenie i uruchomienie systemu e-usług w akademii Wychowania Fizycznego Józefa Piłsudskiego w Warszawie, Filia w Białej Podlaskiej”.

Na Część 1 zamówienia wpłynęły dwie oferty – Odwołującego z ceną 1 759 453,50 zł i Przystępującego z ceną 1 722 000,00 zł.

W dniu 4.11.2020 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do złożenia w terminie do 16.11.2020 r. dokumentów potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymogi Zamawiającego.

W odpowiedzi Przystępujący złożył oświadczenie o poziom dojrzałości oferowanych usług oraz specyfikację techniczną oferowanego systemu.

W dniu 19.11.2020 r. i 11.12.2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty. Przystępujący udzielił odpowiedzi w dniach 24.11.2020 r. i 16.12.2020 r.



Szczegółowo przywołany w odwołaniu stan faktyczny odpowiada rzeczywistości przebiegowi postępowania, był bezsporny (strony różniły się jego oceną prawną), podobnie jak przytoczone postanowienia SIWZ, wobec czego nie będzie powtarzany.

Istotne dla rozstrzygnięcia postanowienia SIWZ, nieprzytoczone w odwołaniu, dla zachowania czytelności wyводу Izba wskazała w treści uzasadnienia poniżej.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Ad zarzutu 1 – naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu wezwania Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwolujący podnosił, że Zamawiający dwukrotnie wzywał Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia, w jaki sposób zamierza on zapewnić realizację integracji e-usług z systemami funkcjonującymi u Zamawiającego. Zamawiający wskazywał, że nie posiada kodów źródłowych, a w niektórych przypadkach konieczna będzie także modyfikacja systemów obecnie funkcjonujących u Zamawiającego. Zamawiający zwracał się również o wyjaśnienie, czy w cenie oferty zostały ujęte koszty ww. integracji. Odwołujący zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny uzasadniał okolicznościami, że skoro Zamawiający żądał wyjaśnień ww. kwestii to powziął wątpliwości co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez American Systems, natomiast Przystępujący nie wskazał podstawy wyceny oraz nie potwierdził, że koszty integracji zostały ujęte w cenie oferty.

Przedmiotowy zarzut Izba uznała za nieudowodniony i niepotwierdzony. W pierwszej kolejności Izba zaznacza, że wbrew twierdzeniom odwołania Przystępujący udzielając odpowiedzi na ww. wezwania Zamawiającego w wyjaśnieniach, każdorazowo (w wyjaśnieniach z dnia 24.11.2020 r. i 16.12.2020 r.) potwierdził, że koszty integracji obejmują wyłącznie koszty wewnętrzne po jego stronie. Przystępujący wyjaśniał, że SIWZ stanowi o integracji

z istniejącymi systemami, nie ich modyfikacji, zaś integracja nie wymaga modyfikacji systemów ani wsparcia ze strony producentów systemów funkcjonujących u zamawiającego, natomiast koszty integracji obejmują wyłącznie koszty wewnętrzne po stronie American Systems (odpowiednio odpowiedzi na pytanie 6 i 5). Rzeczono „koszty wewnętrzne” należało rozumieć w kontekście twierdzeń o braku konieczności korzystania ze wsparcia zewnętrznych producentów i zakupu licencji. Zatem Przystępujący potwierdził, że koszty integracji zostały ujęte w cenie oferty.

W ocenie Izby nie można uznać, że Przystępujący nie udzielił odpowiedzi na pytanie Zamawiającego, gdyż wskazał, że nie wycenił konieczności zakupu licencji, uznając je za zbędne, zaś koszty integracji stanowią koszt wewnętrzny. Jakkolwiek nie można uznać tego za szczegółowe wyjaśnienie, to jednak odpowiadało ono na ogólne pytanie Zamawiającego. Należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy nPzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Co za tym idzie, to po stronie Odwołującego leżał ciężar udowodnienia, że Zamawiający winien był powziąć wątpliwości co do realności ceny oferty Przystępującego, a w rezultacie wezwać go do wyjaśnień ceny oferty. W realiach niniejszej sprawy oznaczało to, że Odwołujący powinien był obalić twierdzenia Przystępującego zawarte

w ww. wyjaśnieniach – w zakresie braku konieczności modyfikacji systemów oraz choćby uprawdopodobnić brak realności ceny oferty Przystępującego. W ocenie Izby Odwołujący nie uniół spoczywającego na nim ciężaru dowodowego w tym zakresie. Odwołujący swój zarzut oparł jedynie na okoliczności wystosowania ww. wezwań do Przystępującego. Zarzut odwołania skoncentrowany był na braku ujęcia w cenie oferty kosztów integracji, argumentacja dotycząca konieczności modyfikacji systemów funkcjonujących u Zamawiającego oraz ingerencji w kod źródłowy wybrzmiała dopiero w toku rozprawy, co graniczy z nieuprawnionym rozszerzeniem zarzutu. Graniczy, gdyż do wskazanej kwestii odnosiły się również ww. wezwania Zamawiającego, wobec czego Izba orzekła również w tym zakresie. Jednakże, Odwołujący nie udowodnił, że wskazywane przezeń postanowienia SIWZ wymagają modyfikacji systemu i nie jest wystarczająca integracja siłami własnymi Przystępującego. Odwołujący poprzestał na złożeniu zestawienia wymagań z których jego zdaniem miała wynikać konieczność modyfikacji, wskazując w konkluzjach, że „*Jasno określona konieczność udostępnienia e-usługi (...) za pośrednictwem istniejącej aplikacji, czyli w jej interfejsie*”, wskazał również że nie będzie możliwe objęcie uzyskanie gwarancji na zapis do istniejących baz danych. Powyższe stanowią jedynie oświadczenia Odwołującego, o mocy dowodowej równej przeciwnym oświadczeniom Przystępującego. Odwołujący ww. oświadczeń nie poparł żadnym dowodem, co za tym idzie - nie udowodnił zatem faktu (konieczność modyfikacji),

z którego wywodził skutki prawne (konieczność wezwania do wyjaśnień). Udowodnienie konieczności modyfikacji było istotne również z uwagi na brak jej jednoznacznego wskazania

w SIWZ, jak też braku informacji o konieczności współpracy z dostawcą funkcjonujących systemów czy zakupie licencji.

Przed wszystkim jednak Odwołujący nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił, że cena oferty Przystępującego może być rażąco niska, wobec czego Zamawiający powinien był powziąć w tym zakresie wątpliwości.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień (w tym złożenie dowodów) dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, 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.

Wobec brzmienia ww. przepisu dla stwierdzenia, że Zamawiający winien był wezwać Przystępującego do wyjaśnień, koniecznym było wykazanie ziszczenia się określonych w nim przesłanek. Odwołujący powinien udowodnić lub choćby uprawdopodobnić, że zaoferowana cena nie daje gwarancji realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ lub przepisami prawa. Odwołujący nie wykazywał, że za zaoferowaną cenę nie jest możliwa realizacja zamówienia. Odwołujący nie wskazał, jak brak dysponowania licencją, dostępem do kodu źródłowego wpływa na cenę oferty. Cena oferty Przystępującego stanowiła prawie 98% ceny oferty Odwołującego, różnica w cenie była więc znikoma. Należy przy tym zwrócić uwagę, że w postępowaniu na Część 1 zamówienia – której dotyczy odwołanie, złożono tylko dwie oferty (Przystępującego i Odwołującego), trudno więc też ustalić referencyjny poziom ceny. Cena oferty Przystępującego może być bowiem wyindowana z uwagi na konieczność ww. integracji, zaś Odwołującego może wynikać z uprzywilejowanej pozycji jako jedynego podmiotu, który posiada licencje i dostęp do kodu źródłowego systemu z którym konieczne będzie zintegrowanie przedmiotu zamówienia, wobec czego mógł założyć, że nie musi obawiać się konkurencji. Powyższe dodatkowo wskazuje na konieczność szczegółowego podważenia realności ceny Przystępującego, by móc uznać, że Zamawiający był zobowiązany do wszczęcia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zaznaczyć należy, że dopiero po powzięciu przez Zamawiającego takich wątpliwości i wystosowaniu wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, następuje odwrócenie ciężaru dowodu (art. 537 pkt 1 nPzp) i aktualizuje się obowiązek wykazania realności ceny przez Przystępującego. Jak Izba wskazała powyżej, Przystępujący udzielił odpowiedzi na pytanie Zamawiającego w zakresie

uwzględnienia kosztów integracji w cenie oferty, Odwołujący powinien był zatem skutecznie podważyć tę odpowiedź bądź też wskazać na inne okoliczności uzasadniające powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości co do realności ceny o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, czego nie uczynił.

Jak wskazano powyżej Izba uznała rzeczoną zarzut za nieudowodniony, wobec czego podlegał on oddaleniu.

Ad zarzutów 2 i 3, dotyczących naruszenia art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp mającego polegać na zaniechaniu wezwania Przystępującego do uzupełnienia lub wyjaśnienia złożonego wykazu dostaw wraz z referencjami/protokołami odbioru/umowami, pomimo że treść tych dokumentów jest wewnętrznie sprzeczna, niespójna i niekompletna oraz w aktualnym kształcie z całą pewnością nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zarzuty nr 2 i 3 odwołania Izba rozpoznała łącznie, jako wywodzone z tożsamyh okoliczności i zbliżonych podstaw prawnych.

Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia ubiegać się mogli wykonawcy, którzy posiadali odpowiednie doświadczenie – tj.

*„zrealizował należycie, w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, 2 (dwie) dostawy e-usług wspomagających zarządzanie procesami dydaktycznymi w uczelniach albo szkołach, wraz z usługą wdrożenia, w tym co najmniej jedną na kwotę minimum 850 000,00 zł brutto”.*

Przystępujący dla wykazania spełnienia ww. warunku powołał 4 dostawy. Odwołujący wywodził, że żadna z tych dostaw nie potwierdza spełnienia warunku udziału. Poniżej Izba odnosi się do zarzutów odwołania w zakresie poszczególnych dostaw wykazanych przez Przystępującego.

1. Akademia Polonijna w Częstochowie.

Odwołujący zarzucał, że list referencyjny potwierdza jedynie realizację wdrożenia systemu a nie dostawy oraz nie jest znana wartość wdrożenia systemu oraz czy zamówienie zostało zrealizowane i w jakiej wartości, skoro umowa trwa. Ponadto Odwołujący wskazał, że zgodnie z warunkiem udziału Zamawiający oczekiwał wykazania się wykonaniem dostaw i wdrożenia e-usług wspierających proces dydaktyczny, a usługa wdrożenia systemu dziekanatowego nie spełnia wymogów Zamawiającego.

W ocenie Izby twierdzenia Odwołującego częściowo okazały się zasadne. Zgodnie ze złożonym listem referencyjnym umowa obejmuje wdrożenie systemu i aplikacji mobilnej, zaś system składa się z portalu pracowniczego, systemu dziekanatowego i systemu do zarządzania informacją i obiegu dokumentów, zaś „wartość zrealizowanych prac: ponad 850 000,00 zł brutto”.

Izba uznała, że wobec tak sformułowanego listu referencyjnego nie sposób uznać, że Przystępujący wykazał się dostawą e-usługi wspomagającej proces dydaktyczny o wartości co najmniej 850 000,00 zł brutto. Skoro na wdrażany system składał się m.in. portal pracowniczy i system obiegu dokumentów, oznacza to, że wartość zrealizowanej e-usługi wspierającej proces dydaktyczny z dużym prawdopodobieństwem była niższa niż 850 000,00 zł, gdyż na część tej kwoty zapewne składały się portal pracowniczy i system obiegu dokumentów, których nie można uznać za wspierające proces dydaktyczny, a wspierające czynności administracyjno-pracownicze zamawiającego. Zatem gdyby żadna inna dostawa nie potwierdziła spełnienia warunku udziału w zakresie ww. kwoty Zamawiający winien był wezwać do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W pozostałym zakresie Izba uznała twierdzenia Odwołującego za bezpodstawne. Odwołujący skutecznie powołał rzeczoną dostawę jako jedną z dwóch dostaw wymaganych warunkiem, przy czym nie tę, która posiadała wartość co najmniej 850 000,00 zł. Powyższe wynika z następujących okoliczności.

Argumentacja dotycząca wykazania się jedynie wdrożeniem, bez dostawy, jest oczywiście niezasadna. Wiedzą notoryjną jest, że wraz przed wdrożeniem oprogramowania własnego autorstwa nastąpić musi jego dostawa z przekazaniem licencji. Jeżeli Odwołujący chciał podważyć tę okoliczność, powinien był wykazać, że dostawa e-usługi realizowana była przez inny podmiot niż jej wdrożenie. Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1 przedłożonego przez Odwołującego załącznika nr 7 do zapytania ofertowego dotyczącego rzeczonego zamówienia, przedmiotem umowy jest „wdrożenie systemu” a w szczególności – dostawa licencji do poszczególnych modułów systemu i aplikacji mobilnej. Jednoznacznie zatem brak było podstaw do uznania, że Przystępujący nie wykonał dostawy w ramach ww. zamówienia.

Dalej, Odwołujący przedstawił rozbudowaną argumentację dla twierdzenia, że system dziekanatowy nie stanowi e-usługi, a zatem omawiane zamówienie, jak i pozostałe usługi referencyjne, których przedmiotem również był system dziekanatowy nie mogą być powołane dla wykazania spełnienia warunku.

W pierwszej kolejności Izba za bezzasadne uznała żądanie Przystępującego o uznanie wskazanej argumentacji jako nieuprawnionego rozszerzenia odwołania. Na stronie 7 odwołania, w przedmiocie warunku udziału w postępowaniu, wyraźnie powołano, że przedmiotem zamówienia jest e-usługa, a nie system dziekanatowy i referencyjne dostawy systemu dziekanatowego nie mogą być uznane za doświadczenie jakiego wymagał Zamawiający. W toku rozprawy nastąpiło jedynie rozbudowanie argumentacji w tym zakresie.

Rozpoznając zarzut w zakresie braku możliwości powołania się na dostarczenie i wdrożenie systemu dziekanatowego, wskazać należy na powołaną przez Odwołującego definicję e-usługi. Odwołujący powołał się na publikację Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości „E-usługi – definicja i przykłady” i zawarł tam w pierwszym akapicie definicję „e-usługi to takie usługi, których świadczenie odbywa się za pomocą Internetu, jest zautomatyzowane (może wymagać niewielkiego udziału człowieka) i zdalne. Od usługi w pojęciu tradycyjnym, e-usługę odróżnia brak udziału człowieka po drugiej stronie oraz świadczenie na odległość”. Jednakże, dalej w tej publikacji przedstawione są 3 inne definicje e-usług, a podsumowanie rozdziału dotyczącego definicji zawiera się w słowach: „Konsekwencją zbyt płynnej i szerokiej definicji e-usług jest mętnik pojęciowy i trudności w jednoznacznym określeniu, czy dana aktywność internetowa jest e-usługą, czy nie. Wydaje się wręcz niemożliwe jednoznaczne wyznaczenie granic e-usług ze względu na dynamiczny charakter środowiska w którym się ona tworzy i rozwija”. Należy więc uznać, że zgodnie z powyższą publikacją nie jest możliwe jednoznaczne określenie czy dana usługa, system stanowi e-usługę czy też nie. Warto zwrócić również uwagę, że publikacja ta zawiera również dwa katalogi usług, których nie można określić mianem e-usług, w których z całą pewnością nie zawiera się system dziekanatowy. Katalogi te zawierają takie usługi jak dostawy zamawiane elektronicznie, udzielanie porad drogą poczty elektronicznej, połączenia zdalne, usługi reklamowe, hurtownie danych off-line itp.

Wskutek powyższego należy e-usługę w rozumieniu warunku udziału definiować w kontekście przedmiotu zamówienia. Zgodnie z rozdziałem pierwszym Opisu Przedmiotu Zamówienia, wdrożony system będzie się składał z następujących e-usług:

1. e-akademia (usługa wyposażona w materiały do samodzielnego kształcenia zdalnego jak również umożliwiającą

- realizowanie zajęć w formule blended learning);
2. e-wyбір aktywności (np. specjalizacji przedmiotów);
  3. e-praca dyplomowa (zdalna obsługa prac dyplomowych, elektroniczny obieg pracy dyplomowej);
  4. e-przydzielanie godzin dydaktycznych (planowanie dydaktyki dla podległych sobie pracowników);
  5. e-zgłoszenia (elektroniczne zgłaszanie wszelkiego rodzaju awarii infrastruktury obiektów, usterek, problemów z dostępem do usług);
  6. e-akademik (umożliwia składanie podań o pokój w domach studenta i ewidencję studentów);
  7. e-ABK firma (umożliwia tworzenie symulacji biznesowych);
  8. e-baza wiedzy (pozwala na gromadzenie, indeksowanie i udostępnianie prac dyplomowych, kart przedmiotów PRK (sylabusów) i materiałów dydaktycznych do przedmiotów);
  9. e-open academy (umożliwia obsługę zapisów na zajęcia otwarte);
  10. e-wydarzenia (umożliwia zapisy na różnego typu wydarzenia).

Przedmiotem zamówienia referencyjnego dla Akademii Polonijnej, zgodnie z załącznikiem nr 1 do zapytania ofertowego – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, System Dziekanatowy posiadać miał m.in. następujące szczegółowe wymagania funkcjonalne – „30. System umożliwi obsługę procesu dyplomowego”, „31. System umożliwi obsługę toku studiów”, „32. System umożliwi ewidencje pensum pracowników dydaktycznych”, „38. „System umożliwi zapis studenta do grupy zajęć”, „36. System umożliwi w ramach typów zajęć przedmiotu tworzenie grup zajęciowych z możliwością określenia prowadzącego, studentów terminów zajęć wraz z salą”, „ 51. System pozwala na definiowanie dowolnych typów opłat”, „61. System umożliwi przegląd przedmiotów, na które student jest zapisany”, „65. System umożliwia wystawianie ocen i zaliczeń”.

W ocenie Izby powyższe wskazane elementy systemu dziekanatowego dla Akademii Polonijnej jednoznacznie potwierdzają, że przedmiotem dostawy były e-usługi wspierające proces dydaktyczny. Izba zaznacza, że powyższe wyliczenie, ma charakter przykładowy, zawarto w nim funkcje w najbardziej jaskrawy sposób kwalifikujące się jako „e-usługi wspomagające zarządzanie procesami dydaktycznymi” w kontekście przedmiotu zamówienia. Wymienione funkcje korespondują z ww. katalogiem e-usług które ma posiadać system, który kupuje Zamawiający. Mając powyższe na uwadze, jak również brak jednoznacznej definicji „e-usługi”, należało uznać, że przystępujący w sposób uprawniony powołał się na ww. dostawę dla wykazania posiadania wymaganego doświadczenia. Za nieuprawnione Izba uznała również żądania Odwołującego, by do wartości wykonanej dostawy zaliczać tylko te elementy, które stanowiły e-usługę w przedstawionym przezeń rozumieniu. Jak wskazano powyżej, sposób rozumienia e-usługi przez Odwołującego był zbyt wąski i nie mógł być uznany za prawidłowy. Ponadto Izba stoi na stanowisku, że dostawa systemu dziekanatowego odpowiada brzmieniu warunku udziału w postępowaniu i nie ma podstaw do wydzielenia wartości poszczególnych funkcjonalności takiego systemu. Wydzielanie takie stanowiłoby wysoce zawężającą interpretację warunku, w nieuprawniony sposób ograniczającą konkurencję.

#### 2. Wyższa Szkoła Rehabilitacji w Warszawie

Odwołujący zarzucał, że przedmiotem tej dostawy był system dziekanatowy, który w jego opinii z ww. względów nie spełnia wymogów warunku. Ponadto podniósł, że jeżeli wykonawcą zamówienia było Asseco, zaś Przystępujący był podwykonawcą to należy zbadać w jakim zakresie faktycznie zamówienie zrealizował Przystępujący, mając na uwadze, że legitymować można się jedynie doświadczeniem realnie nabytym, a podwykonawca nie może zrealizować całości zamówienia.

Izba uznała argumentację w powyższym zakresie za bezpodstawną. Na wstępie zaznaczyć należy, że w wykazie dostaw Przystępujący omawianą dostawę powołał jako dostawę o wartości poniżej 850 000,00 zł, zatem jej wartość nie była przedmiotem zarzutu

i badania przez Izbę. W przedmiocie twierdzeń odnośnie niemożności powołania się na dostawę i wdrożenie systemu dziekanatowego, aktualne pozostają wyżej zawarte ustalenia Izby. Z uwagi na zbieżność OPZ, aktualne pozostają również wskazania konkretnych funkcjonalności wskazujących na odpowiadające wymaganiom Zamawiającego wspomaganie procesów dydaktycznych przez referencyjne e-usługi.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących realności nabycia doświadczenia przez Przystępującego jako podwykonawcę, Izba uznała je za niepotwierdzone. Wystawione przez Asseco referencje wprost stwierdzają, że dostawę i wdrożenie systemu dziekanatowego ze szkoleniami wykonał Przystępujący. Ponadto Przystępujący nie twierdził, że całość zamówienia wykonał sam – wskazał, że za utrzymanie systemu odpowiedzialne było Asseco. Dalej, przedmiotem zamówienia zgodnie z OPZ był portal pracowniczy, system dziekanatowy, platforma symulatorów i aplikacja mobilna. Zatem wykonanie przez Przystępującego dostawy i wdrożenia systemu dziekanatowego nie świadczyło o wykonaniu całości zamówienia.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że Przystępujący był uprawniony do powołania się na wykonanie ww. dostawy dla wykazania posiadania doświadczenia, a Zamawiający nie był zobowiązany do wezwania o dokumenty czy wyjaśnienia w tym zakresie.

#### 3. Wyższa Szkoła Społeczna – Przyrodnicza w Lublinie.

Odwołujący podnosił, że protokół odbioru potwierdzał jedynie wdrożenie modułu systemu dziekanatowego, bez dostawy i nie wiadomo też, jaką miało wartość samo wdrożenie systemu dziekanatowego. W zakresie wdrożenia bez dostawy i niemożności powołania się na system dziekanatowy jako e-usługę powołał argumentację tożsamą jak w odniesieniu do ww. dostaw referencyjnych.

Wobec tożsamości argumentacji w przedmiocie dostawy i kwestii powołania się na dostawę systemu dziekanatowego, aktualna pozostaje również ww. wyrażona ocena Izby, zgodnie z którą argumenty te są bezpodstawne. Należy uzupełnić, że zgodnie z § 2 umowy jej przedmiotem, oprócz m.in. wdrożenia była również dostawa licencji do poszczególnych modułów systemu i aplikacji mobilnej.

W przedmiocie wartości dostawy i wdrożenia systemu dziekanatowego, to z przedłożonej w toku rozprawy umowy wynika, że zakup licencji i wdrożenie systemu dziekanatowego kosztowały odpowiednio 368 000,00 zł i 333 000,00 zł, czyli w sumie 701 000,00 zł, zatem mniej niż 850 000,00 zł. Koresponduje to z oświadczeniem Przystępującego z rozprawy, zgodnie z którym rzeczona dostawa posiadała mniejszą wartość niż 850 000 zł, ale potwierdzała dostawę. Z uwagi na powyższe Izba uznała, że podobnie jak w przypadku Akademii Polonijnej w Bydgoszczy dostawa ta potwierdza spełnianie warunku w zakresie jednej z dostaw, która nie posiada wartości co najmniej 850 000,00 zł.

#### 4. Uczelnia Jańskiego w Łomży.

Odwołujący podnosił, że protokół odbioru potwierdza jedynie należyłą realizację wdrożenia systemu do modułów systemu platforma edukacyjna, bez dostawy i nie wiadomo, jaką wartość miało zrealizowane wdrożenie bez dostawy.

Izba uznała argumentację Odwołującego za niepotwierdzoną. Zgodnie z § 2 ust. 1 zawartej umowy przedmiotem umowy jest wdrożenie systemu, a w szczególności m.in. – dostawa licencji do poszczególnych modułów systemu i wdrożenie Systemu do modułów systemu. Nie budzi więc wątpliwości, że Przystępujący wykonał również dostawę ww. modułów systemu, jeżeli protokoły odbioru potwierdzają wdrożenie tych modułów. Okoliczność, że protokoły odbioru dotyczą jedynie wdrożeń wynika z § 8 umowy, zgodnie z którym odbiorom na podstawie protokołu odbioru podlegać będą wdrożenia, maintenance i szkolenia. Całość umowy natomiast realizowana będzie do 30.06.2023.

W odniesieniu do wartości wykonanej dostawy, należy zwrócić uwagę, że Przystępujący powoływał się nie tylko na dostawę platformy edukacyjnej, ale również systemu dziekanatowego, co wynika ze złożonych wraz z wykazem dostaw protokołów odbiorów. Izba podtrzymuje swą opinię o dopuszczalności powołania się na dostawę systemu dziekanatowego dla wykazania spełnienia warunku.

W § 9 umowy wskazano kwoty wynagrodzenia za poszczególne części: licencje do platformy edukacyjnej – 382 000,00 zł, licencje do systemu dziekanatowego – 205 000,00 zł, wdrożenie platformy edukacyjnej – 360 000,00 zł, wdrożenie systemu dziekanatowego – 180 000,00 zł. Razem daje to kwotę 1 127 000,00 zł.

Wobec powyższego należało uznać, że rzeczona dostawa potwierdzała spełnianie warunku udziału w postępowaniu – dostawa e-usługi wspomagającej proces dydaktyczny o wartości minimum 850 000,00 zł wraz z usługą wdrożenia.

Reasumując, wobec uznania, że wartość dostaw i wdrożeń e-usług dla Uczelni Jańskiego przenosiła 850 000,00 zł, a ponadto Przystępujący wykonał trzy dostawy wraz

z usługą wdrożenia e-usług wspomagających proces dydaktyczny, to należy stwierdzić, że spełniał on warunek posiadania odpowiedniego doświadczenia. Wynikało to ze złożonych przez Przystępującego dokumentów, zaś ewentualne wątpliwości zostały usunięte w toku postępowania przed KIO, wobec czego zaniechanie Zamawiającego pozostało bez wpływu na wynik postępowania, a wyjaśnianie tych wątpliwości przez Zamawiającego stało się zbyteczne.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzuty nr 2 i 3 odwołania.

Ad zarzutu 4 odwołania, dotyczącego naruszenia 26 ust. 3 ustawy Pzp, mającego polegać na zaniechaniu wezwania wykonawcy Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający żądał od wykonawców specyfikacji technicznych (opisów) lub prospektów, folderów, katalogów, części instrukcji obsługi itp. oferowanego oprogramowania, celem potwierdzenia, że oferowany przedmiot spełnia wymagania Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie do przedłożenia ww. dokumentów Przystępujący złożył oświadczenie własne, że system składa się z usług o określonym poziomie dojrzałości oraz spełnia wymagania OPZ. W opinii Odwołującego stanowiło to zaniechanie przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań Zamawiającego. Odwołujący wywodził również, że z części wymagań OPZ wynika konieczność zapisu części danych bezpośrednio do bazy danych systemów wykorzystywanych obecnie przez Zamawiającego, co ten zauważył i wezwał w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Przystępującego do wyjaśnień w tym zakresie. Zdaniem Odwołującego Przystępujący nie wykazał spełnienia wymagań OPZ.

Izba omawiany zarzut uznała za bezzasadny. Wezwanie do złożenia rzeczonych dokumentów, wystosowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wskazywało, powtarzając postanowienie VI.C.3. SIWZ, na konieczność złożenia „następujących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających: że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, tj. sporządzone w języku polskim lub angielskim, specyfikacje techniczne (opisy techniczne) i/lub prospekty, foldery, katalogi, części instrukcji obsługi, itp. oferowanego oprogramowania”. W odpowiedzi Przystępujący złożył oświadczenie o poziomach dojrzałości usług oraz opis techniczny oferowanego systemu. Tym samym zadośćuczynił ww. wezwaniu, które wprost dopuszczało takie właśnie dokumenty. Zatem twierdzenie Odwołującego o zaniechaniu złożenia wymaganych dokumentów w odpowiedzi na wezwanie było całkowicie bezpodstawne. Przystępujący udzielił również odpowiedzi na pytanie w zakresie wymagań skierowane na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z żądaniem Zamawiającego potwierdzając, że oferowane systemy spełniają wymagania OPZ. Należy zaznaczyć, że takie oświadczenie jest zgodne i powinno być uznane za wystarczające wobec brzmienia postanowienia VI.C.3 SIWZ.

W odwołaniu nie wskazano, dlaczego zdaniem Odwołującego opis techniczny nie potwierdza powołanych wymagań. W toku rozprawy Odwołujący doprecyzował zarzut, wskazując, że w nielicznych przypadkach w zakresie powołanych w odwołaniu wymagań OPZ

z opisu technicznego Przystępującego wynika, by wymagania te były realizowane poprzez wirtualny dziekanat, w pozostałych zaś przypadkach brak określenia korzystania z systemów już funkcjonujących sugeruje wolę zamiany tych systemów przez Przystępującego.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że rzeczony opis techniczny nie potwierdza wymagań OPZ. Po pierwsze, Zamawiający nie był uprawniony do uznania, że złożony przez Przystępującego opis techniczny jest niesatysfakcjonujący co do formy, wobec dopuszczenia wprost opisu i oświadczeń w SIWZ. Po drugie, wskazane przez Odwołującego „nieliczne przypadki” gdzie opis techniczny wskazuje na realizację funkcji przez wirtualny dziekanat funkcjonujący u Zamawiającego nie pozwalają na przyjęcie, że Przystępujący będzie dążył do zastąpienia zastanych systemów. Przystępujący tworząc opis techniczny nie ma też obowiązku powielania wprost brzmienia wszystkich wymagań OPZ. Takie brzmienie właśnie mogłoby sugerować fikcyjność opisu technicznego. Odwołujący dążąc do podważenia opisu technicznego powinien był choćby wskazać na jego wadliwość techniczne, niezasadność założeń itd. W zakresie niemożności integracji i modyfikacji aktualna pozostaje ocena Izby wyrażona w odniesieniu do zarzutu nr 1.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że Zamawiający nie miał obowiązku wzywania Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających zgodność oferowanych produktów z OPZ.

Ad zarzutu 5 odwołania, dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp mającego polegać na bezpodstawnym wyborze oferty Przystępującego pomimo, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału i winien zostać wykluczony z postępowania.

Zarzut ten podlegał oddaleniu.

Przedmiotowy zarzut miał charakter zarzutu skutkowego, wynikającego z zarzutów 1-4. Wobec oddalenia wszystkich tych zarzutów, brak było też podstaw do uznania, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, wobec czego nie zaszła przesłanka wykluczenia z postępowania o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....