Sygn. akt: KIO 4064/24

WYROK

Warszawa, dnia 26.11. 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2024 r. przez Odwołującego: **Comtegra S.A. z/s w Warszawie** (ul. Puławska 474, 02884 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miejska Kraków** (Urząd Miasta Krakowa, Pl. Wszystkich Świętych 34, 31004 Kraków),

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **Comtegra S.A. z/s w Warszawie** (ul. Puławska 474, 02884 Warszawa) i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 676 zł 00 gr (słownie: sześćset siedemdziesiąt sześć złoty zero groszy) tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę poniesioną przez Zamawiającego;
   2.2. zasądza na rzecz Zamawiającego: **Gmina Miejska Kraków** (Urząd Miasta Krakowa, Pl. Wszystkich Świętych 34, 31004 Kraków), od Odwołującego kwotę 676 zł 00 gr (słownie: sześćset siedemdziesiąt sześć złoty zero groszy) poniesioną tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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

……..

Sygn. akt: KIO 4064/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2024 r. przez wykonawcę: Comtegra S.A. z/s w Warszawie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Gmina Miejska Kraków. Przedmiotem zamówienia publicznego jest „Wynajem wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, oprogramowania do zarządzania wydrukiem oraz serwis i materiały eksploatacyjne dla RZGW Wrocław przez 36 miesięcy" oznaczenie sprawy: V.ROZ.2710.57.2024. 2. Ogłoszenie o konkursie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25/04/2022 r., numer ogłoszenia: 82/2024 247903-2024. Odwołujący podał, że wnosi odwołanie od: (...) od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w konkursie oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od:

a) czynności wyboru pracy konkursowej złożonej przez YOUNEEDIT BYSZEWSKI SPÓŁKA JAWNA, ul. Ignacego Paderewskiego 65, 04-443 Warszawa (zwanego dalej „YOUNEEDIT");

b) dokonania oceny pracy konkursowej złożonej przez uczestnika konkursu „YOUNEEDIT";

c) zaproszenia uczestnika konkursu „YOUNEEDIT" do składania prac konkursowych;

d) zaniechania odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie złożonego przez uczestnika konkursu „YOUNEEDIT".

3. Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego, Odwołujący stawia następujące zarzuty:

a) zarzut naruszenia art. 343 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie złożonego przez uczestnika konkursu „YOUNEEDIT", w sytuacji w której został on złożony przez uczestnika konkursu, który nie wykazał spełnienia wymagań Zamawiającego wskazanych w ogłoszeniu o konkursie i regulaminie konkursu,

b) zarzut naruszenia art. 343 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaproszenie uczestnika konkursu „YOUNEEDIT" do składania prac konkursowych, pomimo że jego wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie podlega odrzuceniu,

c) zarzut naruszenia art. 345 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny pracy konkursowej złożonej przez uczestnika

konkursu „YOUNEEDIT”, pomimo że została ona złożona przez uczestnika, którego wniosek podlega odrzuceniu,
d)zarzut naruszenia art. 354 ustawy w związku z art. 350 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru pracy konkursowej złożonej przez „YOUNEEDIT”.
4.Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
a)unieważnienia czynności wyboru pracy konkursowej złożonej przez „YOUNEEDIT”,
b)unieważnienia oceny pracy konkursowej złożonej przez uczestnika konkursu „YOUNEEDIT”,
c)unieważnienia czynności zaproszenia uczestnika konkursu „YOUNEEDIT” do składania prac konkursowych,
d)odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie złożonego przez „YOUNEEDIT”.
5.Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie jest uczestnikiem konkursu, który ma interes w uzyskaniu nagrody konkursowej, tj. zaproszenia Uczestnika Konkursu, będącego autorem wybranej pracy konkursowej, do udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie Zamówienia z wolnej ręki o udzielenie zamówienia na realizację usługi, zgodnie z projektem umowy na realizację usługi (wraz z załącznikami) zawartym w załączniku nr 8 do Regulaminu, w szczególności zgodnie z OPZ (Opisem Przedmiotu Zamówienia) stanowiącym załącznik nr 1 do tego projektu umowy. Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę, bowiem gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp, należycie zbadałby i ocenił dokumenty złożone przez „YOUNEEDIT”, a w konsekwencji dokonał odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie, co skutkowałoby uzyskaniem nagrody konkursowej przez Odwołującego (obecnie drugie miejsce w rankingu prac konkursowych). Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie nagrody konkursowej oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć (lucrum cessans) poprzez uzyskanie, w trybie Zamówienia z wolnej ręki, zamówienia na realizację usługi, zgodnie z projektem umowy na realizację usługi (wraz z załącznikami) zawartym w załączniku nr 8 do Regulaminu, w szczególności zgodnie z OPZ (Opisem Przedmiotu Zamówienia) stanowiącym załącznik nr 1 do tego projektu umowy. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów Ustawy niewątpliwie miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik konkursu, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru pracy konkursowej Odwołującego, co w istotny sposób wpłynęło na wynik konkursu.
6.Zamawiający w dniu 23.10.2024 r. zawiadomił o powtórnym rozstrzygnięciu konkursu. Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 04.11.2024 r. co oznacza, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisu art. 509 ust. 2 ustawy Pzp, i wniósł odwołanie w terminie. Odwołujący wyjaśnia, iż Zamawiający w wyniku odwołania wniesionego na pierwotny wybór pracy konkursowej złożonej przez „YOUNEEDIT” dokonał odtajnienia dokumentów złożonych przez „YOUNEEDIT”. Niniejsze odwołanie dotyczy wyłącznie treści dokumentów odtajnionych przez Zamawiającego po unieważnieniu pierwotnej czynności rozstrzygnięciu konkursu.
(...)
W uzasadnieniu stanowiska w szczególności podał:
1.Konkurs ma na celu opracowanie projektu, realizację i wdrożenie systemu gromadzenia i przetwarzania danych miejskich Miasta Krakowa. Zamawiający w Rozdz. VIII ust. 3 pkt 2 lit.
a) Regulaminu ustanowił następujące warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia uczestnika konkursu:
Ponadto, Zamawiający w Rozdz. IX ust. 3 tiret pierwszy Regulaminu wskazał, iż w celu potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu należy złożyć:
2.Odwołujący wskazuje, iż „YOUNEEDIT” złożył dokumenty, które nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający przeprowadził już procedurę uzupełnienia dokumentów. Tym samym, Zamawiający powinien dokonać czynności odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie. Uczestnik konkursu „YOUNEEDIT” przedstawił następujący wykaz usług:
3.W odniesieniu do pozycji nr 2 wykazu przedstawiono Zamawiającemu oświadczenie własne uczestnika konkursu, w którym wskazano:
4.Zamawiający w dniu 7 czerwca 2024 r. skierował wezwanie do uzupełnienia dokumentów o następującej treści:
5.W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienie uczestnik przedstawił następujące uzasadnienie:
W ocenie Odwołującego przedstawione informacje nie są prawidłowe i wystarczające do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w szczególności uczestnik nie wykazał przyczyn dla których nie jest w stanie przedstawić dowodów (referencji lub innych dokumentów) potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. Po pierwsze, uczestnik „YOUNEEDIT” w żaden sposób nie odniósł się do kwestii przedstawienia innych dokumentów niż referencje. Standardem jest sporządzanie takich dokumentów jak protokół odbioru końcowego lub innych podobnych na etapie realizacji zamówienia (faktura z potwierdzeniem zapłaty). Tego typu dokumenty są wystarczające do

potwierdzenia należytego wykonania zamówienia. Jeżeli uczestnik „YOUNEEDIT" rzeczywiście wykonał należycie zamówienie, to z pewnością jest w posiadaniu tego typu dokumentów. Jeżeli zaś tego typu dokumenty nie powstały, to uczestnik „YOUNEEDIT" powinien przedstawić w tym zakresie stosowne wyjaśnienia, poparte przykładowo zawartą umową (z której wynikałby brak obowiązku sporządzenia protokołów odbioru). Wadliwość uzasadnienia posłużenia się oświadczeniem własnym już w tym zakresie przesądza o braku możliwości zaakceptowania oświadczenia własnego uczestnika „YOUNEEDIT". Z niezrozumiałych i nigdzie niewyjaśnionych powodów uczestnik „YOUNEEDIT" zrezygnow z możliwości przedstawienia ww. innych dokumentów i zdecydował się na złożenie oświadczenia własnego. Decyzja o przedstawieniu oświadczenia własnego była zatem samodzielną decyzją uczestnika „YOUNEEDIT" i powinien ponieść on jej konsekwencje. Po drugie, uczestnik „YOUNEEDIT" poprzestał jednie na przedstawieniu własnych wyjaśnień dotyczących braku możliwości przedstawienia dowodów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby wykazanie przyczyn wymaga przedstawienia stosownych dowodów, np. odmowy wystawienia referencji, korespondencji w sprawie uzyskania referencji itp. Uczestnik „YOUNEEDIT" w celu potwierdzenia własnych twierdzeń mógł przedstawić dokumenty potwierdzające zmiany właścicielskie w spółce lub zarządzie, mógł przedstawić korespondencję lub przynajmniej wysłane wiadomości z prośbą o wystawienie referencji. Ponadto z orzecznictwa KIO wynika, że oświadczenie uczestnika nie jest prostym zamiennikiem referencji (innych dokumentów), tylko rozwiązaniem dopuszczalnym wyjątkowo i w szczególnych okolicznościach. Uczestnik „YOUNEEDIT" powinien wykazać, że już od dnia wszczęcia konkursu zaczął pozyskiwać potrzebne referencje (inne dokumenty), przede wszystkim zwrócił się o ich wystawienie do obiorcy referencyjnych dostaw lub usług. Uczestnik „YOUNEEDIT" powinien także wykazać, tj. przedstawić stosowne dowody, że nie może uzyskać wymaganych dokumentów, a nie jedynie poprzestać na oświadczeniu własnym. Uczestnik „YOUNEEDIT" zwlekał z wystąpieniem o wystawienie odpowiedniego dokumentu. Ponadto, „YOUNEEDIT" nie przedstawił żadnych dowodów, które rzeczywiście potwierdzałby, że wystąpił o wystawienie referencji, a także faktycznie otrzymał opisaną przez niego odpowiedź. „YOUNEEDIT" nie wyjaśnił także dlaczego nie może przedstawić innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie, np. protokoły, faktury, potwierdzenia zapłaty.

Jak to słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 18 września 2020 r., sygn. akt KIO 2019/20: „Dla rozstrzygnięcia odwołania najbardziej istotna jest przesłanka zaistnienia uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze, która pozwala wykonawcy na zastąpienie referencji oświadczeniem własnym. Obiektywny charakter przyczyn, dla których wykonawca nie może uzyskać dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług oznacza, że są to przyczyny zrozumiałe, dotyczące okoliczności niezależnych od wykonawcy uzasadniających brak możliwości uzyskania referencji lub dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. Fakt zaistnienia przyczyn uniemożliwiających uzyskanie dokumentów przez wykonawcę powinien być możliwy do oceny i weryfikacji w konkretnych okolicznościach faktycznych. Nie może wynikać wyłącznie z subiektywnego przekonania wykonawcy i opierać się wyłącznie nie jego twierdzeniu. Należy zatem przyznać rację zamawiającemu, że odwołujący, który złożył oświadczenie własne, powinien był zwrócić się do odbiorcy usług o wydanie stosownego dokumentu oraz wykazać zamawiającemu, że podjął starania zmierzające do uzyskania takiego dokumentu. (…) Najbardziej istotne jest jednak, że odwołujący nie wykazał braku możliwości złożenia zamawiającemu dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług. Jeżeli odwołujący nie mógł uzyskać referencji, chociaż na ich uzyskanie miał co najmniej 58 dni od zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu, mógł i powinien był posłużyć się innym dokumentem, przykładowo protokołem odbioru lub fakturą.

Do analogicznych wniosków Izba doszła wyroku z dnia 31 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO1183/20, wskazując, że: „Powyższy przepis (tj. § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia – przyp. Przystępującego) znalazł potwierdzenie w treści SIWZ opracowanej przez zamawiającego w pkt 8.8.2 lit. A SIWZ. W postanowieniu tym zamawiający wyraźnie wskazał, że wykonawca może poprzestać na oświadczeniu własnym jako na dowodzie należytego wykonania dostaw, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze nie jest w stanie przedstawić referencji lub innych dokumentów wystawionych przez odbiorcę. Z przepisu i powołanego postanowienia SIWZ wynika po pierwsze, że warunkiem od którego uzależnia się możliwość poprzestania na oświadczeniu własnym wykonawcy są okoliczności o charakterze obiektywnym, które uniemożliwiły pozyskanie referencji lub innych dokumentów wystawionych przez odbiorcę. Jak słusznie wskazał odwołujący w odwołaniu, słowo obiektywny w języku polskim oznacza istniejący niezależnie od poznającego podmiotu. Powyższe prowadzi do wniosku, że nie można powoływać się na powody niepozyskania referencji zależne od wykonawcy, czyli okoliczności subiektywne. Po drugie, jak wynika wyraźnie z przepisu i postanowienia SIWZ, te obiektywne powody niezłożenia referencji muszą być uzasadnione. Oczywistym jest więc, że okoliczności niepozyskania referencji muszą być należycie umotywowane. Nie ulega wątpliwości, że ciężar dowodu zarówno co do faktu obiektywnego charakteru okoliczności niepozyskania referencji jak i ich należytego uzasadnienia (wykazania) spoczywa na tym, kto z faktu tego wywodzi skutek prawny w postaci uprawnienia do złożenia oświadczenia własnego. Powyższe wynika z ogólnej zasady rozkładu ciężaru dowodu, o której

mowa w art. 6 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp. W analizowanej sprawie ciężar ten spoczywał na przystępującym, który miał obowiązek przedstawić stosowne wyjaśnienia i dowody w trakcie wykazywania warunku udziału w postępowaniu przed zamawiającym."

Odwołujący pragnie podkreślić, że kwestia dopuszczalności zastąpienia referencji oraz innych dokumentów wystawionych przez odbiorców dostaw lub usług oświadczenie własnym wykonawcy była przedmiotem szczegółowej analizy Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych, przeprowadzonej w wyroku z 10 listopada 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 118/21. Sąd, oceniając przedstawione zamawiającemu oświadczenie własne wykonawcy, w pierwszej kolejności wskazał, że: „podstawowym warunkiem skorzystania przez wykonawcę z oświadczenia w miejsce w miejsce referencji lub dokumentów jest wykazanie uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze, z powodu której wykonawca nie jest w stanie uzyskać referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonane w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane. Bezspornym jest, że oświadczanie skarżącego zawierało wyłącznie wymienienie usług realizowanych na rzecz podmiotów w nim wskazanych ale brak było wyjaśnienia przyczyn z powodu których wykonawca nie mógł przedstawić referencji czy innych dokumentów, o których mowa w tirecie pierwsze punktu 8.1. ppkt 3 SIWZ. Już zatem z tej przyczyny, niejako pierwotnej, oświadczenie wykonawcy nie spełniało wymogów SIWZ. Nie ma żadnych wątpliwości, że skarżący przedkładając w ofercie zamiast referencji oświadczenie własne, powinien szczegółowo wyjaśnić zamawiającemu jak i udokumentować, dlaczego nie mógł tak przedstawić referencji lub dokumentów. Sporne oświadczenie nie zawierało nawet minimalnego wyjaśnienia przyczyn, dla których referencje zostały zastąpione przez oświadczenie. Okoliczność, że powody, dla których wykonawca nie jest w stanie przedstawić referencji winny być wyjaśnione wynika także z tej przyczyny, że zamawiający winien mieć możliwość zweryfikowania czy te konkretne okoliczności zaszły i czy usprawiedliwiają one odstąpienie od przedstawienia referencji. Jest to konieczne dla zachowania równość oferentów a zatem zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości. Co najmniej winno być wykazane, że wykonawca dążył do uzyskania referencji ale z przyczyn od niego niezależnych nie osiągnął w tym zakresie sukcesu a zatem podjął on starania ale nie przynosiły one oczekiwanego rezultatu. (…) Nie ma zatem żadnych wątpliwości, że skarżący, przedkładając w ofercie zamiast referencji oświadczenie własne, powinien szczegółowo wyjaśnić zamawiającemu i udokumentować, dlaczego mógł tak postąpić. W tym miejscu wskazać należy, że zasadniczym powodem uprawniającym do skorzystania z oświadczenia w miejsce referencji i innych dokumentów jest istnienie niezależnego od wykonawcy powodu, uniemożliwiającego przedstawienie referencji lub innych dokumentów. Wyjaśnienie tego powodu i jego udokumentowanie ciążyło na skarżącym, przy czym winna to być przyczyna o charakterze obiektywnym a zatem istniejąca niezależnie od podmiotu. Powyższe prowadzi do wniosku, że po pierwsze nie można powoływać się na powody niepozyskania referencji zależne od wykonawcy, czyli okoliczności subiektywne. Po drugie, jak wynika wyraźnie z przepisu i postanowienia SIWZ, te obiektywne powody niezłożenia referencji muszą być uzasadnione. Oczywistym jest wiec, że okoliczności niepozyskania referencji muszą być należycie umotywowane. Nie ulega wątpliwości, że ciężar dowodu zarówno co do faktu obiektywnego charakteru okoliczności niepozyskania referencji jak i ich należytego uzasadnienia (wykazania) spoczywa na tym, kto z faktu tego wywodzi skutek prawny w postaci uprawnienia do złożenia oświadczenia własnego. Skarżący nie tylko w oświadczeniu nie wskazał na te powody ale w ocenie sądu okręgowego te powody nie zaszły. Zamawiający wskazał wyraźnie, że oświadczenie wykonawcy nie jest prostym zamiennikiem referencji, tylko rozwiązaniem dopuszczalnym wyjątkowo i w szczególnych okolicznościach. Nie jest uzasadnioną przyczyną o obiektywnym charakterze to, że skarżący zbyt późno wystąpił do swoich kontrahentów o referencje.

(…)

6.W odniesieniu do pozycji nr 4 wykazu (usługa dla Future Processing S.A.) wskutek wezwania do uzupełnienia przedstawiono Zamawiającemu następujące referencje:

7.Odwołujący wskazuje, że przedmiotowa usługa nie odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu, a także przedstawiona referencja nie potwierdza zakresu usługi przedstawionego w wykazie usług. Zamawiający wyraźnie wymagał, aby to uczestnik konkursu wykonał w sposób prawidłowy i należyty co najmniej 3 wdrożenia systemu gromadzenia i przetwarzania danych. Z dokumentów przedstawionych przez „YOUNEEDIT" wynika jednak, że podmiotem odpowiedzialnym za wdrożenia systemu był podmiot Future Processing S.A. będący wystawcą referencji.W treści referencji wyraźnie wskazano, że „YOUNEEDIT" jedynie wspiera wystawcę referencji we wdrożeniu systemu, a nie samodzielnie wykonał to wdrożenie. Dalsza treść referencji wyraźnie wskazuje, że udział „YOUNEEDIT" ograniczał się do udostępnienia wymienionych w referencji specjalistów. „YOUNEEDIT" nie był zatem stroną umowy, której przedmiotem było wdrożenia systemu gromadzenia i przetwarzania danych. Wsparcie dla wykonawcy odpowiadającego za wdrożenie systemu nie jest równoznaczne z wykonaniem wdrożenia opisywanego w warunku udziału, zwłaszcza gdy wsparcie to polegało na udostępnieniu wymienionych w referencji specjalistów. Uczestnik „YOUNEEDIT" nie wykonał wdrożenia systemu dla Future Processing S.A. Z treści referencji wynika, że to Future Processing S.A. wykonała wdrożenie systemu na zlecenie swojego klienta. Odwołujący zwraca także uwagę, że to treść referencji opisuje zakres i

sposób realizacji spornej usługi. Na podstawie treści samego wykazu usług nie sposób uzyskać jakichkolwiek informacji, bowiem jako zakres wdrożenia wskazano jedynie „FP (Hurtownia Danych, BI)". Reasumując, uczestnik „YOUNEEDIT nie może legitymować się wykonaniem wdrożenia systemu gromadzenia i przetwarzania danych dla Future Processing S.A., bowiem „YOUNEEDIT" jedynie wspierał Future Processing S.A. w wykonaniu wdrożenia na rzecz innego klienta. całą pewnością wsparcie innego wykonawcy w realizacji usługi referencyjnej nie oznacza wykonania usługi referencyjnej, tym bardziej, że udział „YOUNEEDIT" ograniczał się do udostępnienia wskazanych w treści referencji specjalistów. Zamawiający na podstawie przedłożonych dokumentów nie miał żadnych podstaw do przyjęcia, że to „YOUNEEDIT" wykonał wymagane wdrożenie. Zwrócić należy także uwagę, iż wezwanie do uzupełnienia wskazywało na możliwość uzupełnienia wykazu usług i przedstawienia całkiem nowej usługi:

8.W odniesieniu do pozycji nr 3 wykazu (UMK hurtownia danych dla Gminy Miejskiej Kraków) uczestnik „YOUNEEDIT" nie przedstawił jakichkolwiek dokumentów potwierdzających należyte wykonanie, nie wskazał także na dokumenty będące w posiadaniu Zamawiającego. Tym samym, Zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw do uwzględnienia przedmiotowej usługi jako potwierdzającej spełnienie warunków określonych przez Zamawiającego. W Rozdz. IX ust. 3 tiret pierwszy Regulaminu wyraźnie wskazano jakie dokumenty należy przedstawić w celu potwierdzenia należytego wykonania zamówienia. Żaden ze wskazanych dokumentów nie został przedłożony przez „YOUNEEDIT". Reasumując, uczestnik „YOUNEEDIT" nie może legitymować się wykonaniem wdrożenia systemu gromadzenia i przetwarzania danych dla Gminy Miejskiej Kraków.
Podsumowanie
9.Zgodnie z art. 343 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie, jeżeli ostał złożony przez uczestnika konkursu, który nie wykazał spełnienia wymagań zamawiającego wskazanych w ogłoszeniu o konkursie i regulaminie konkursu. Ponadto, zgodnie z art. 343 ust. 5 ustawy Pzp Zamawiający zaprasza jednocześnie do składania prac konkursowych tylko tych uczestników konkursu, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegają odrzuceniu. W niemniejszym postępowaniu Zamawiający wymagał, aby uczestnik legitymował się wykonaniem w sposób prawidłowy i należyty co najmniej 3 wdrożenia systemu gromadzenia i przetwarzania danych. Jak wynika z przedstawionego wyżej uzasadnienia, trzy z czterech przedstawionych przez „YOUNEEDIT" usług nie mogą potwierdzać posiadania wymagane doświadczenia, a zatem „YOUNEEDIT" nie legitymuj się wykonaniem trzech wdrożeń systemu gromadzenia i przetwarzania danych. W ocenie Odwołującego nie ma możliwości przeprowadzenia procedury uzupełnienia w odniesieniu do przedłożonego wykazu usług i referencji. Zamawiający już przeprowadził procedurę uzupełnienia dokumentów w odniesieniu do wykazu oraz referencji. Gdyby jednak w ocenie Izby możliwe było przeprowadzenie uzupełnienia, to Odwołujący z daleko idącej ostrożności procesowej stawia zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.
10.Zarzut naruszenia art. 345 ust. 2 ustawy Pzp jak i zarzut naruszenia art. 354 ustawy w związku z art. 350 ust. 1 ustawy Pzp, w okolicznościach niniejszej sprawy nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z faktu konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny prac konkursowych. Tym samym, uchybienia przedstawione powyżej w uzasadnieniu odwołania oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność unieważnienia wyboru pracy konkursowej oraz – po przeprowadzeniu ponownego badania i oceny, uwzględniającego ww. czynności – dokonania ponownego wyboru pracy konkursowej. Tym samym, ww. zarzuty również nie wymagają odrębnego uzasadnienia, lecz ich zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę co najmniej jednej okoliczności spornej, rozstrzyganej w toku postępowania odwoławczego.
11.Odnosząc się do wyrażonych w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zasad prowadzenia przez Zamawiającego konkursu w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie oraz w sposób przejrzysty, wskazać należy, że w niniejszym konkursie zasady te doznały poważnego ograniczenia. Jak wynika z zarzutów sformułowanych w niniejszym odwołaniu, Zamawiający dokonał wadliwej oceny dokumentów złożonych przez „YOUNEEDIT". Zatem tak sposób rozstrzygnięcia konkursu stanowi rażące naruszenie przepisów art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 20/11/24) podał: (...) wnoszę o oddalenie odwołania Uczestnika konkursu Comtegra S.A., ul. Puławska 474, 02884 Warszawa, zwanego dalej także „Odwołującym" – wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej 4 listopada 2024 r. – jako merytorycznie bezzasadnego. Ponadto wnoszę o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów dojazdu na rozprawę trzech osób reprezentujących Zamawiającego stosownie do załączonych biletów, uwzględniając także analogiczne koszty powrotu. Do odwołania po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden Uczestnik konkursu. Uczestnik konkursu YouNeedIT Byszewski Sp. J., ul. Ignacego Paderewskiego 65, 04-443 Warszawa (zwany dalej „YouNeedIT") w dniu 12 listopada 2024 r. przekazał Organizatorowi konkursu pismo informujące o tym, że nie przystępuje do postępowania odwoławczego (dokument w załączeniu).

Zamawiający uznaje zarzuty odwołania za bezzasadne i wyjaśnia co następuje.

I. Odnosząc się do zarzutów dotyczących pozycji 2. w wykazie wykonanych usług przedłożonym przez

YouNeedIT, tj. wdrożenie „Komex/5-10-15 (hurtownia danych)", Zamawiający wskazuje co następuje. Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (zwane dalej „rozporządzeniem ws. podmiotowych środków dowodowych") wykonawca może zastąpić własnym oświadczeniem dowody określające czy usługi zostały wykonane należycie wystawione przez podmiot na rzecz którego usługi zostały wykonane, jeżeli z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów. Zamawiający stoi na stanowisku, że w przypadku przedmiotowego przepisu wykładnia językowa jest wystarczająca do jego interpretacji i nie można z jego treści wnioskować, że wykonawca korzystający z takiej możliwości jest zobowiązany ją udowodnić także nie pochodzącymi od niego dokumentami. Zrozumiała jest obawa o interpretację tej normy z uwagi na jej charakter wyjątku od reguły oraz zakaz rozszerzającej interpretacji, która poszerzałaby ten wyjątek, jednakże zastosowanie się literalnie do tej normy nie powoduje rozszerzenia tego wyjątku. Wręcz przeciwnie interpretacja, która proponuje Odwołujący rozszerza wymagania w stosunku do Wykonawcy względem literalnego brzmienia przepisu co jest zakazane. Zamawiający zgadza się, że obowiązkiem jaki należy wywnioskować z treści tego przepisu jest konieczność wykazania przez wykonawcę przyczyn niezależnych od niego, o których mowa w tym przepisie co nie może oznaczać konieczności potwierdzenia tych okoliczności dowodami zewnętrznymi – Zamawiający, zgodnie z przywołanym przez siebie w wezwaniu do uzupełnienia orzecznictwie, stoi na stanowisku, że przyczyny te powinny zostać wskazane tak aby „Zamawiający mógł ocenić czy wystąpiły okoliczności usprawiedliwiające nie złożenie dokumentu wystawionego przez podmiot na rzecz którego wdrożenie zostało wykonane, w szczególności czy podjął starania w celu uzyskania takiego dokumentu." (KIO 721/24). Oczywiście łatwiejsza dla oceny przez Zamawiającego ww. usprawiedliwiających okoliczności byłoby przedstawieniu przez YouNeedIT dowodów, jednakże Zamawiający zgodnie z zasadą proporcjonalności wyrażoną w ustawie Pzp, uważa, że literalna interpretacja przepisu § 9 ust. 2 pkt 1 jest wystarczająca i nie można zastosować wykładni rozszerzającej, gdyż ta możliwa jest do zastosowania jedynie gdy wykładnia systemowa czy funkcjonalna spowodują, że należy przyjąć szerszy rozumienie przepisu. Tymczasem właśnie systemowa czy funkcjonalna wykładnia tego przepisu musi prowadzić do wniosku, że skoro nadrzędnym celem ustawy Pzp jest doprowadzenie do udzielenia zamówienia z zastosowaniem proporcjonalnych środków to interpretacja uzupełniająca ten przepis o treści, których w nim nie ma, tj. konieczność przedstawienia dowodów wystąpienia okoliczności usprawiedliwiających dodaje nadmierne, zbyt sformalizowane, nieproporcjonalne trudności zbędne dla osiągnięcia zasadniczego celu ustawy Pzp. Warto podkreślić, że taką interpretację przepisów ustawy Pzp tzn. nie prowadzącą do nadmiernych wymagań można z powodzeniem wyinterpretować także a contrario z treści ustawy, gdyż tam, gdzie ustawodawca oczekuje od wykonawcy udowodnienia przepis mówi o tym wprost, nawet treść tego samego rozporządzenia, w tym samym paragrafie pozwala wykonawcy (tak jak w § 9 ust. 1 pkt 2) na odstępstwo od generalnej zasady pod warunkiem udowodnienia danej okoliczności używając wprost w § 9 ust. 6 określenia wprost „o ile udowodni". Co więcej ten przepis § 9 ust. 6 w zasadzie dotyczy analogicznej konstrukcji polegającej na możliwości nieskładania danych podmiotowych środków dowodowych w określonej – w tym przypadku wymagającej udowodnienia – sytuacji. Interpretacja dwóch przepisów dotyczących tego samego mechanizmu zapisanych inaczej, która miałaby prowadzić do takich samych ustaleń byłaby wręcz interpretacją contra legem, a co najmniej nieracjonalną. Podobne przepisy można przywoływać w treści samej ustawy Pzp, przykładowo: art. 85 dający wykonawcy możliwość udowodnienia; art. 101 ust. 5 i 6 wskazujące na konieczność udowodnienia, jeżeli Wykonawca chce skorzystać z możliwości jakie daje mu ustawa Pzp; czy też art. 104 ust. 5 i art. 105 ust. 4, które - podobnie jak problematyczny § 9 rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych - dają możliwość skorzystania z wyjątku od konieczności przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych lub art. 110 ust. 2, także oba doniosłe dla ustalenia czy Wykonawca podlega eliminacji z postępowania czy dalej też art. 114, art. 224 ustawy Pzp.

Zatem Zamawiający rozumiejąc doniosłość obowiązków formalnych jakim musi podołać wykonawca, ma jednak na uwadze także systemową i funkcjonalną wykładnię przepisów i stoi na stanowisku, że YouNeedIT nie musiał przedstawiać dowodów na swe twierdzenia o niemożności uzyskania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi z poz. 2. wykazu usług i jego wyjaśnienia w tym zakresie są wystarczające. Przedmiotowa norma rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych stanowi wprost nie tylko o możliwości ale wręcz konieczności złożenia jedynie oświadczenia wykonawcy, a nie tego oświadczenia wraz z dowodami, a także nie mówi o konieczności udowodnienia tych okoliczności. Trzeba mieć także na względzie wyjaśnienia jakie w przedmiotowym zakresie przedstawił YouNeedIT w szczególności w uzupełnionym dokumencie, w których wykazał przyczyny niemożności przedstawienia dokumentów pochodzących od podmiotu na rzecz, którego usługa została wykonana. Wyjaśnienia te są jasne, logiczne i wyczerpujące. Zamawiający chciałby zauważyć, że podobne rozważania można prowadzić na gruncie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, tj. przepisów dot. możliwości objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa i konieczności wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym przypadku także mamy do czynienia z rozdźwiękiem w orzecznictwie co do tego czy pewne aspekty tego uzasadnienia należy udowadniać podczas gdy ustawodawca nie

wskazuje w tym przypadku literalnie na konieczność udawadniania. Mimo że faktycznie niektórzy orzekający pomimo literalnej treści przepisu są zwolennikami wyinterpretowania z treści tego przepisu konieczności przedkładania dowodów potwierdzających twierdzenia wykonawców z uzasadnienia utajnienia to nie podlega wątpliwości, że dominująca jest ostatecznie linia orzecznicza (jak podkreślał W. Dzierżanowski i w odpowiedzi na dotychczasowe doświadczenia Zamawiającego w tym zakresie na szkoleniach realizowanych wyłącznie właśnie dla Zamawiającego) nie zgadzająca się z takim dokładaniem nadmiernych, formalistycznych obowiązków na Wykonawców i dalej wyciągania dla nich negatywnych, nieproporcjonalnych, konsekwencji tylko i wyłącznie z nie przedłożenia dokumentów, o których przepisy oczywiście nie stanowią. Przykładowo w jaki sposób zmienia się sytuacja podmiotu który stwierdza że w swej polityce bezpieczeństwa informacji ma określone postanowienia, od tego który to stwierdzi, ale także przedstawi z niej wyciąg, jej kopię (już nie mówiąc że samo to stwierdzenie jest także swego rodzaju wyciągiem informacji z których do oceny korzysta Zmawiający). Jednocześnie ustawa Pzp w wielu aspektach, także tych najbardziej doniosłych dla przeprowadzenia procedury udzielenie zamówienia publicznego, pozwala na legitymowanie się dokumentami, które de facto stanowią oświadczenia wiedzy wykonawców (np. w celu wykazania wystarczającego doświadczenia czy potencjału). W przypadku naginania prawdy przez wykonawców czy wręcz poświadczania nieprawdy właściwe są odpowiednie instytucje prawa karnego, (czy instytucje w ustawie Pzp pozwalające wykonawców wykluczyć, przy czym tych akurat fakultatywnych przesłanek w przedmiotowym konkursie Zamawiający nie stosował), a nie przepisy ustawy Pzp i aktów wykonawczych, zwłaszcza tam, gdzie nie stanowią wprost o określonych obowiązkach wykonawców. A co więcej po analogii problemów z interpretacją przepisów dot. tajemnicy przedsiębiorstwa należy wyciągać wnioski dalece korzystniejsze dla § 9 ust. 1 pkt 2, gdyż to w przepisie dot. tajemnicy mowa o wykazywaniu, ze znaczenia którego to słowa orzekający próbują wyinterpretować (wciąż zdaniem Zamawiającego i dominującej linii orzeczniczej w sposób nieuprawniony) konieczność przedkładania dowodów, a tymczasem należy zauważyć, że w normie zawartej w § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia nie ma nawet mowy o konieczności wykazywania okoliczności.

Odnosząc się do twierdzeń jakoby YouNeedIT mogło przedstawić zamiast referencji inne dokumenty, w szczególności protokoły odbioru, Zamawiający nie zaprzecza, że ten Uczestnik Konkursu gdyby takimi dokumentami dysponował to mógłby tak postąpić, jednakże skoro zdecydował się o wystąpienie o referencje i w obliczu ich nie otrzymania zmuszony był przedstawić oświadczenie własne to oznacza to że nie jest także w posiadaniu innych dokumentów pochodzących od podmiotu na rzecz którego wykonywana była usługa, które potwierdzają należyte wykonanie zamówienia. Może tak się dziać z wielu powodów, przykładowo protokoły są tak skonstruowane, że nie sposób z nich jednoznacznie wyczytać informację o należytym wykonaniu, bądź nie wystąpiły protokoły odbioru w takim rozumieniu jak zakłada to Odwołujący. Trzeba zauważyć, że zarówno pismo przewodnie złożone w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów jak i samo uzupełnione oświadczenie wskazuje, że ten Uczestnik konkursu odnosi się do niemożności złożenia nie tylko referencji, ale także innych dokumentów wystawionych przez podmiot na rzecz którego wdrożenie zostało wykonane. Należy także zauważyć, że wezwanie Zamawiającego mówiło także o innych dokumentach niż referencje a i tak YouNeedIT nie zdecydowało się na ich przedłożenie, a jako że konstrukcja przepisu (a za nim wezwania) jest taka, że konieczność przedłożenia dokumentów pochodzących od podmiotu na rzecz którego usługa była wykonywana ma pierwszeństwo przed możliwością złożenia oświadczenia własnego to z tego należy wnioskować, że YouNeedIT nie dysponował takimi dokumentami pochodzącymi od tego podmiotu, nie tylko referencjami. Dalej, przechodząc do aspektu jakoby zbyt późnego wystąpienia YouNeedIT o referencje do Komex, zarzut ten pokazuje jedynie posługiwanie się przez Odwołującego serią zarzutów jakie wyszukał akurat w momencie przygotowywania się do złożenia odwołania związanego z danym przepisem. Prosta analiza dat złożenia dokumentów i daty w której YouNeedIT wystąpiło o referencje, a także informacji jak długo Komex nie będzie w stanie wystawić odpowiedniego dokumentu, pokazuje, że ten zarzut jest oczywiście nietrafiony, ale także że Odwołujący raczej jest zmotywowany do mnożenia zarzutów licząc na to, że któryś z nich się ostanie, niż że faktycznie jest przekonany do nieprawidłowości w prowadzonym konkursie.

Z ostrożności Zamawiający zwraca także uwagę, że nawet gdyby przyjąć za słuszne (z czym jak wskazano wyżej się nie zgadza) twierdzenia, że:

1)YouNeedIT zobowiązany był przedstawić dowody, a tym samym nie podołał udowodnieniu okoliczności niemożności pozyskania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wdrożenia (podmiotu, mowa w poz. 2. wykazu) pochodzących od podmiotu, na rzecz którego to wdrożenie zostało wykonane;

2)oświadczenie YouNeedIT zawęża się jedynie do referencji, to należy dojść do przekonania co najwyżej, że YouNeedIT powinien zostać wezwany wprost do uzupełnienia takich dowodów potwierdzających ww. niemożność lub innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie niż referencje. Zbyt daleko idącym jest żądanie uznania, że YouNeedIT nie wykazał spełniania warunków udziału w konkursie i należy odrzucić jego wniosek, ponieważ dotychczasowe wezwanie do uzupełnienia wystosowane przez Zamawiającego (zgodnie z przyjętą przez niego interpretacją przedmiotowych przepisów) ograniczone zostało do wezwania do uzupełnienia samego oświadczenia

YouNeedIT o wskazanie powodów i nie wskazywało na konieczność złożenia dowodów potwierdzających te okoliczności. Jak wynika z ugruntowanego i jednolitego w tym przypadku orzecznictwa, wezwanie do uzupełnienie musi jednoznacznie wskazywać na niedostatki dotychczas złożonych dokumentów i określać zakres w jakim należy uzupełnić dokumenty. W przedmiotowym przypadku (kontynuując hipotetyczne założenie słuszności zarzutów) ten zakres został zbytnio zawężony do stwierdzenia jednoznacznie, że należy uzupełnić jedynie złożone uprzednio oświadczenie wykonawcy o podanie powodów, a zatem Zamawiający wykluczył z tego wezwania zakres, którego brak stwierdza w swych zarzutach Odwołujący, co oznacza, że nie została wyczerpana ścieżka jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentu w tym spornym zakresie. Zawarcie w uprzednim wezwaniu także możliwości alternatywnego złożenia wciąż innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wykazanego (w tej poz. 2. wykazu) wdrożenia także w żaden sposób nie stanowi o wyczerpaniu ścieżki uzupełniania dokumentów, gdyż wezwanie w tym zakresie było właśnie alternatywne, zatem YouNeedIT realizując jedno z nich pozostawał w przekonaniu, że jego realizacja zakończy się dla niego pozytywną oceną i nie można go obarczać konsekwencjami tak zredagowanego wezwania. O nieprecyzyjnym wezwaniu, z którego realizacji nie można wyciągać negatywnych konsekwencji dla uzupełniającego wypowiadała się KIO przykładowo w orzeczeniu 1794/22.

II.Odnosząc się do zarzutów dotyczących pozycji 4. w wykazie wykonanych usług przedłożonym przez YouNeedIT, tj. wdrożenie „FP (Hurtownia Danych, BI)", Zamawiający wskazuje co następuje. Zamawiający nie miał i nie ma podstaw do jakichkolwiek wątpliwości dotyczących wskazań w zakresie dotyczącym doświadczenia wykazanego przez YouNeedIT na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, którego dotyczy ww. pozycja złożonego przez niego wykazu. Zarówno treść wykazu wykonanych usług jak i treść przedłożonych referencji nie pozostawiała i nie pozostawia żadnych wątpliwości w tym zakresie. Nie było i nie ma powodu ani do wzywania do złożenia wyjaśnień, uzupełnień, ani też zwracania się do podmiotu, na rzecz którego zamówienie zostało wykonane, a tym bardziej do stwierdzenia, że to wdrożenie nie może zostać wykazane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w konkursie. Wobec faktu przedstawienia wykazu wraz z referencjami o przedłożonej przez YouNeedIT treści, nie było powodu, aby wątpić, że przez YouNeedIT zostało zrealizowane zamówienie polegające na odpowiednim wdrożeniu systemu gromadzenia i przetwarzania danych. Należy stwierdzić, że od referencji nie można wymagać, aby została zawarta w nich określona treść, która w konkretny sposób (dalej idący niż wystarczający dla przyporządkowania jej do danej pozycji wykazu i stwierdzenia należytego wykonania) wskazywała na zakres wykonanej usługi. Informację o zakresie zrealizowanej usługi wykonawcy zawierają zgodnie z obowiązującymi przepisami w wykazie usług. Zatem w przedmiotowym przypadku Zamawiający posiadał wszystkie niezbędne informacje z odpowiednich dokumentów, aby stwierdzić, że ta pozycja wykazu może zostać pozytywnie zakwalifikowana na poczet spełniania odpowiedniego warunku udziału w konkursie. Samo stwierdzenie w referencjach, że YouNeedIT wspierało FutureProcessing S.A. we wdrożeniu nie jest wątpliwe, gdyż jak wskazano powyżej dobór słów przez przedstawiciela tego podmiotu nie wyklucza w żaden sposób zakresu realizacji tego zamówienia przez YouNeedIT pozwalającego stwierdzić, że ten Uczestnik konkursu w tej realizacji odpowiadał za wdrożenie odpowiedniego systemu gromadzenia i przetwarzania danych. Po pierwsze FutureProcessing S.A. mogło chcieć podkreślić swoją rolę tak aby nie została umniejszona takimi referencjami, po drugie nie wiadomo jaki całościowy zakres miało zadanie dla klienta FutureProcessing S.A., więc nie wyklucza to w żaden sposób realizacji wdrożenia odpowiedniego systemu przez YouNeedIT, po trzecie relacja pomiędzy FutureProcessing S.A., a YouNeedIT nie jest znana, zatem także nie sposób wyciągać z niej jakiekolwiek negatywne wnioski dla YouNeedIT w przedmiotowej sprawy i na koniec najważniejsze te wszystkie niedookreślone aspekty w żadne sposób nie są potrzebne dla oceny czy dana pozycja wykazu wypełnia wymagania postawionego warunku udziału w konkursie. W zakresie niemożności oczekiwania od referencji określonej treści także istnieje ugruntowana, jednolita linia orzecznicza. Jeżeli Odwołujący chciałby wyciągać negatywne wnioski dla YouNeedIT z faktu konfiguracji podmiotów w realizacji wdrożenia, o którym mowa w przedmiotowym pkt 4. wykazu, tzn. że jak wynika z referencji wdrożenie realizowane było ostatecznie w innej organizacji niż FutureProcessing S.A. to należy zauważyć, że Zamawiający nie może wymagać aby dane zamówienie odbywało się w określonej konfiguracji relacji, w szczególności YouNeedIT mogło odpowiadać właśnie przed FutureProcessing S.A., za realizację tego wdrożenia, być w stosunku zobowiązaniowym właśnie z tym podmiotem i to ten podmiot mógł posiadać całość wiedzy na temat prawidłowej realizacji tego wdrożenia, w tym co do aspektów, o których wiedzy nie musi mieć podmiot, u którego dane wdrożenie się odbywało, np. takich jak terminowość realizacji względem wymagań FutureProcessing S.A. Znajduje to także potwierdzenie w orzecznictwie KIO, przykładowo orzeczenie KIO 1/24 stanowi: „Nie ograniczono więc kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. Nie istnieją też ściśle określone w przepisach sformułowania czy wyrażenia, które powinny zostać zawarte w treści takiego dowodu. Powinno się w nich znaleźć jedynie potwierdzenie prawidłowego wykonania zobowiązania, którego dokument dotyczy."; czy też podobnie KIO 2728/21. Także z samej merytorycznej treści warunku udziału nie wynikało, że miało znaczenie dla kogo wykonywane było wdrożenie systemu gromadzenia i przetwarzania danych. Podkreślenia wymaga, że w zakresie tego zarzutu Odwołujący podaje jedynie

swoje domysły i insynuacje, a tymczasem zgodnie z przepisami i orzecznictwem spoczywa na nim ciężar dowodu podważenia tego co - jak wskazano wyżej – wynika z przedłożonych przez YouNeedIT dokumentów, czyli że wdrożył odpowiedni system gromadzenia i przetwarzania danych i podmiot na rzecz, którego to zamówienie było realizowane potwierdził należytą realizację tego wdrożenia. Najjaskrawszym przykładem braku jakichkolwiek dowodów i opierania się wręcz na przeinaczonych stwierdzeniach jest zarzut jakoby referencje od FutureProcessing S.A. informowały, że udział YouNeedIT iograniczał się do udostępnienia wymienionych w referencji specjalistów, podczas gdy racjonalna analiza treści tego dokumentu nie pozwala na dojście do takich wniosków. Jak widać z analizy pozostałych referencji (dotyczących poz. 1 wykazu usług) i wykazu osób YouNeedIT zapewne starając się o referencje wymieniające także osoby z którymi współpracowano chciał nawiązać do kolejnego warunku udziału w konkursie wymagającego dysponowania określonymi osobami (co oczywiście nie było niezbędne). Jedynie z daleko posuniętej ostrożności Zamawiający wskazuje, że gdyby nawet uznać ten zarzut za słuszny to Zamawiający powinien był co najwyżej wezwać YouNeedIT do wyjaśnień czy użycie w referencji stwierdzenia „wspierał" oznacza, że wdrożył odpowiedni system gromadzenia i przetwarzania danych. Odpierając także w tym przypadku uogólniony zarzut Odwołującego jakoby ścieżka wezwań została także w tym przypadku wyczerpana, Zamawiający zauważa, że po pierwsze w zakresie tej pozycji wykazu usług wzywał do uzupełnienia w innym zakresie, tj. odnośnie kwestii zakończenia realizacji wdrożenia, a ponadto jak podnoszone jest powyżej, w spornym zakresie konieczne jest wezwanie co najwyżej do wyjaśnień, gdyż treść wykazu jest jednoznaczna, a w stosunku do referencji nie można wymagać określonego ich brzmienia (poza umożliwiającym przyporządkowanie do danej pozycji w wykazie oraz stwierdzenia, że zamówienie zostało należycie wykonane). Dla wyczerpania ścieżki wezwań nie ma także znaczenia, że dotychczasowe wezwanie zwracało uwagę na alternatywną możliwość uzupełnienia wykazu o inne usługi, gdyż było właśnie alternatywą (z której swoją drogą wykonawcy zawsze mogą skorzystać niezależnie czy zamawiający im o tym przypominają) i YouNeedIT realizując jedną z alternatyw pozostawał w przekonaniu, że zostanie to ocenione pozytywnie, przy czym jak wykazano wyżej to pierwotne wezwanie nie obejmowało nawet insynuowanych przez Odwołującego uchybień.

III. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego 3. pozycji wykazu usług przedłożonego przez YouNeedIT, tj. wdrożenie „UMK (hurtownia danych)", czyli wdrożenie na rzecz Zamawiającego, wskazuje się co następuje. Oś sporu zasadza się na problemie czy należy korzystając z art. 127 ust. 2 wskazać Zamawiającemu konkretny dokument i do tego jeszcze literalnie potwierdzić, że jest prawidłowy i aktualny. W tym przypadku Zamawiający stoi na stanowisku, że po pierwsze dokumenty w posiadaniu których jest Zamawiający zostały wskazane w ten sposób, że YouneedIT wskazało odpowiednią realizację zatem Zamawiający doskonale wie, że jest w posiadaniu odpowiednich dokumentów i wiedzy potwierdzających, że ta realizacja została wykonana należycie. W załączonym do dokumentacji protokole z ustaleń (także w załączeniu do niniejszego pisma, ale znajdujący się także w przekazanej zarówno Odwołującemu jak i KIO dokumentacji) Zamawiający zadbał o potwierdzenie, że przedmiotowa realizacja została wykonana należycie. Warto zauważyć, jak wskazuje na orzecznictwo w komentarzu do ustawy Pzp A. Gawrońska-Baran: „Do tego jak rozumieć w praktyce ust. 2 odniosła się KIO z wyroku z 27.10.2021 r., KIO 3007/21. W rozpoznawanej przez Izbę sprawie wykonawca nie wskazał zamawiającemu, że posiada on już podmiotowe środki dowodowe, ani tym bardziej nie potwierdził ich prawidłowości i aktualności. Stwierdzono, że o ile w jednym z przypadków wiedza zamawiającego, że wykonawca posiada decyzję (zezwolenie) była obiektywnie możliwa do ustalenia ze względu na fakt, że wykonawca świadczył na rzecz tego zamawiającego tożsamą usługę, jeszcze do końca danego roku, o tyle drugi z przypadków nie został wykazany, ponieważ zamawiający nie mógł być pewien prawidłowości i aktualności posiadanego środka dowodowego.". Także wyrok w sprawie KIO 439/20 podnosi, że wskazanie nie musi być dokładną identyfikacją dokumentu, w którym podano informacje o należytym wykonaniu: „Owo wskazanie powinno, zdaniem składu orzekającego, być na tyle konkretne, aby Zamawiający mógł zidentyfikować postępowanie o udzielenie zamówienia, w którym niezbędne dokumenty zostały przez wykonawcę złożone.". E. Nowicki w komentarzu do ustawy Pzp także zauważa taką szczególną właściwość wykazu w połączeniu z dokumentem potwierdzającym należyte zrealizowanie, polegającą na tym, że nabyte doświadczenie (zwłaszcza w zakresie usług wykonanych) nie dezaktualizuje się, więc bezprzedmiotowym jest potwierdzanie jego aktualności i prawidłowości, albo inaczej, że wskazanie konkretnej zakończonej realizacji przez wykonawcę w wykazie jest już jednocześnie potwierdzeniem prawidłowości i aktualności dokumentów w posiadaniu których jest zamawiający. Także W. Jaworska w komentarzu do ustawy Pzp zauważa: „Zamawiający może również odstąpić od wezwania do złożenia określonych środków dowodowych wiedząc, że je posiada. W takim przypadku powinien jednak wezwać wykonawcę do potwierdzenia ich prawidłowości i aktualności, chyba że charakter określonych środków dowodowych (np. dowodu potwierdzającego należyte wykonanie robót, dostaw lub usług świadczonych na rzecz zamawiającego) wskazuje na oczywistą bezzasadność wezwania.". Podobnie orzeczenie KIO 777/22 tłumaczy art. 127 ust. 2 następująco: „Przepis ten obejmuje także sytuacje, w których wykonawca powołuje się na usługi zrealizowane na rzecz zamawiającego, prowadzącego dane postępowanie. W takim przypadku zamawiający posiada wiedzę, jak zamówienie zostało wykonane, jak i dysponuje dokumentami, pozwalającymi na ocenę

jakości jego wykonania. (…) W tym stanie rzeczy nie ma także podstaw do tego, aby zamawiający wzywał na obecnym etapie wybranego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tej usługi.". Również Urząd Zamówień Publicznych w swym komentarzu słusznie zauważa obserwację jaką należy zastosować do dokumentów, o których mowa w art. 127 ust. 2, tzn. zauważa, że zamawiający może posiadać lub nie posiadać wiedzę co do aktualności dokumentów (przy czym akurat w tym przypadku UZP stosuje tę obserwację do przykładu w którym to wykonawca, a nie zamawiający posiada wiedzę o ich aktualności, gdyż UZP odnosi się przykładowo do dokumentów złożonych uprzednio w innym postępowaniu, a nie realizacji dla zamawiającego). Przepis art. 127 ust. 2 ustawy Pzp ma na celu odbiurokratyzowanie procedury o udzielenie zamówienia publicznego, niewątpliwie wymaganie od wykonawcy potwierdzania prawidłowości i aktualności dokumentów, w których po pierwsze Zamawiający jest posiadaniu i dodatkowo ze swojej natury nie dezaktualizują się ani nie tracą prawidłowości, byłoby zbyt formalistycznym podejściem. Należy zauważyć, że Odwołujący nie przedstawił w zakresie tego zarzutu ani szczegółowej argumentacji (zapewne zdając sobie sprawę z absurdalności interpretacji przepisów przedstawionej w jego zarzucie), ani dowodów, które kwestionowałyby należyte wykonanie usługi wskazanej w pozycji 3. wykazu złożonego przez YouNeedIT (czego nie był w stanie zrobić, gdyż ta usługa została zrealizowana należycie). Podkreślenia wymaga, że dyspozycja art. 127 ust. 2 ustawy Pzp obejmuje różne rodzaje dokumentów, a zatem przyjęcie jednej, literalnej interpretacji tego przepisu dla każdego z dokumentów, które mogą być w jego ramach wywołane dawałoby nieracjonalne wyniki, co powoduje, że trzeba wyjść poza językową wykładnię. Dopiero wykładnia celowościowa, funkcjonalna czy systemowa powodują dojście do racjonalnych wniosków opisanych w poprzednim akapicie. Przy czym jak zauważono wyżej nawet literalna interpretacja nie daje powodów, aby zachowanie YouNeedIT oceniać negatywnie, gdyż wskazanie dokumentu odbywa się pośrednio poprzez wskazanie danej realizacji, a wskazanie jego prawidłowości i aktualności także odbywa się pośrednio poprzez wskazanie takiej realizacji, której potwierdzenie należytej realizacji nie dezaktualizuje się ani nie można pozbawić go „prawidłowości" i Zamawiający ma wiedzę zarówno na temat aktualności i prawidłowości. Ustawodawca potraktował wykaz usług i dokumenty potwierdzające należyte wykonanie jako w zasadzie spójny zestaw i niejako jeden podmiotowy środek dowodowy, a zatem tym bardziej uprawnione są wyżej wymienione wnioski. Należy pamiętać, że nie ma jednego słusznego rozumienia słowa „wskazanie", ta czynność może odbywać się w różnoraki sposób, a instrumentalne zawężanie jego słowa w partykularnym interesie Odwołującego jest nieprawidłowe i niedopuszczalne. Ponownie także z daleko posuniętej ostrożności i hipotetycznie zakładając słuszność zarzutów w zakresie poz. 3. wykazu usług, Zamawiający zwraca uwagę, że w takim przypadku Zamawiający zobowiązany byłby co najwyżej do wezwanie YouNeedIT do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie czy też wskazania tych dokumentów w jakich posiadaniu jest Zamawiający i wskazania, że są prawidłowe i aktualne. W zakresie tej pozycji wykazu Zamawiający nie wzywał w ogóle do uzupełnienia a zatem nie można mówić o wyczerpaniu ścieżki wezwań jak ogólnie chciałby ten zarzut rozciągnąć Odwołujący na każdą z pozycji wykazu usług której dotyczy spór.

IV. Zamawiający zwraca także uwagę, że warunek udziału w konkursie, którego wykazania spełniania dotyczy spór wymagał wykazanie jedynie trzech usług, przy czym w wykazie usług złożonym przez YouNeedIT znajdują się cztery pozycje, w tym pozycja pierwsza której nie podważał w ocenie wniosków ani Zamawiający ani Odwołujący.

V. Podkreślenia wymaga też, że wobec braku dotychczasowego wykazania i udowodnienia zarzutów, że Odwołujący nie może podnosić nowych zarzutów czy ich rozszerzać. Zobowiązany On był odpowiednio wykazać i udowodnić zarzuty, a jedynie przedstawiał przypuszczenia i domysły czy tezy nie poparte dokumentacją postępowania czy dowodami.

VI. Na marginesie Zamawiający chciałby zauważyć, że nie znając motywacji YouNeedIT w nieprzystąpieniu do postępowania odwoławczego może jedynie domyślać się, że zraził się najprawdopodobniej sformalizowanym, przedłużającym się postępowaniem, co jest dobrym przykładem na nieatrakcyjność zamówień publicznych dla wykonawców i preferowanie przez nich rynku prywatnego. Według wiedzy Zamawiającego YouNeedIT brało udział w postępowaniach Zamawiającego na zasadzie wyjątku od skupiania się na rynku prywatnym z uwagi na problematyczny formalizm rynku publicznego. Jako, że zarzuty odwołania opierają się właśnie na chęci wykorzystania nadmiernie sformalizowanych interpretacji przepisów, brak tego przystąpienia znamiennie pokazuje, że taka wykładnia przepisów nie współgra z celem nowelizacji przepisów (czy też nowych przepisów), które miały odformalizować postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (czy konkursu jak w tym przypadku) i zachęcić wykonawców do udziału w nich z uwagi na bardzo niską średnią liczbę składanych ofert w postępowaniach. Warto także nadmienić, że Zamawiający zastosował w przedmiotowym przypadku tryb konkursu z uwagi na innowacyjność przedmiotu konkursu (pierwotnie nawet konkurs ten przygotowywany był w ramach projektu „GovTech_InnLab_Innowacyjne Samorządy Przyszłości. Wsparcie dla JST w procesie wdrażania innowacji na rzecz lokalnych społeczność") co zapewne pozwoliło na zachęcenie do udziału także podmioty, które standardowo nie są zainteresowane rynkiem publicznym z uwagi właśnie na jego biurokratyzację i nadmierny formalizm. Tymczasem przedmiotowe odwołanie urzeczywistnia najgorsze aspekty tego sformalizowania i biurokratyzacji.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący Comtegra S.A. z/s w Warszawie kwestionując czynności: (1) wyboru pracy konkursowej złożonej przez YOUNEEDIT BYSZEWSKI SPÓŁKA JAWNA z/s w Warszawie (YouNeedIT); (2) dokonania oceny pracy konkursowej tego uczestnika konkursu odniósł zarzuty do zaniechania odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie złożonego przez uczestnika konkursu YouNeedIT i zaproszenia tego uczestnika konkursu do składania prac konkursowych. Wskazał na naruszenie:

a)art. 343 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie złożonego przez uczestnika konkursu YouNeedIT, w sytuacji w której został on złożony przez uczestnika konkursu, który nie wykazał spełnienia wymagań Zamawiającego wskazanych w ogłoszeniu o konkursie i regulaminie konkursu,

b)art. 343 ust. 5 ustawy Pzp z uwagi na zaproszenie uczestnika konkursu YouNeedIT do składania prac konkursowych, pomimo że jego wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie podlega odrzuceniu,

c)art. 345 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na dokonanie oceny pracy konkursowej złożonej przez uczestnika konkursu YouNeedIT z uwagi na to, że została ona złożona przez uczestnika, którego wniosek podlega odrzuceniu,

d) art. 354 ustawy w związku z art. 350 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na bezpodstawne dokonanie wyboru pracy konkursowej złożonej przez YouNeedIT.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienie: (a) czynności wyboru pracy konkursowej złożonej przez YouNeedIT; (b) oceny pracy konkursowej złożonej przez uczestnika konkursu YouNeedIT; (c) czynności zaproszenia uczestnika konkursu YouNeedIT do składania prac konkursowych oraz (2) odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie złożonego przez YouNeedIT. W podsumowaniu – w części uzasadnienie wskazał, z ostrożności procesowej, na ewentualne zastosowanie art. 128 ust.1 ustawy Pzp.

W zakresie warunku z rozdziału VIII. 8. 3. 2) lit. a) Regulaminu konkursu - z którym związany jest spór - wymagane było wykazanie, że: (...) *w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w Konkursie, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał w sposób prawidłowy i należyty co najmniej 3 wdrożenia systemu gromadzenia i przetwarzania danych typu: hurtownia danych lub data lake lub data lakehouse lub data mesh lub Business Intelligence, o wartości przekraczającej 300 000 zł brutto każde wdrożenie; (...)*

Z kolei w rozdziale IX pkt 3 tiret 1 odnoszącym się do Wykazu usług i jego wzoru wg zał. 3 do Regulaminu - wskazano na wymagane podanie **(...)** *ich przedmiotu, wartości, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały* **(...)** *wraz z załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego (przy czym te przyczyny te należy wskazać) nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy, na potwierdzenie spełniania warunków posiadania doświadczenia, o których mowa w rozdziale VIII ust. 3 pkt 2 lit. a*; (...)

Z kolei w Uwadze do tego Wykazu wskazano: *„Do wykazu należy dołączyć dowody określające, że zamówienie wskazane w wykazie zostały wykonane należycie - zgodnie z wymaganiami określonymi w rozdz. IX. pkt 3 tiret 1."*

Wykonawca YouNeedl wskazał w Wykazie usług na 4 referencyjne zamówienia:

Odwołujący zakwestionował 3 usługi referencyjne wymienione pod poz. 1, poz. 2 i poz. 3.

W odniesieniu do pierwszej pozycji Odwołujący stwierdził brak przedłożenia przez wykonawcę innych dokumentów aniżeli referencje, które mogły być w miejsce tych referencji przedłożone, a do treści złożonego oświadczenia własnego wykonawcy podniósł brak wykazania okoliczności uzasadniających złożenie takiego oświadczenia.

Do Wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie wykonawca YouNeedIT przedłożył oświadczenie własne, w którym podał: (...) że *YouNeedIT, z przyczyn niezależnych od niej, nie jest w stanie, w czasie wskazanym przez Organizatora Konkursu, uzyskać dokumentów stanowiących dowody określające, że usługi wskazane w wykazie, opisane w Załączniku nr 3 do Regulaminu Konkursu, zostały wykonane należycie - zgodnie z wymaganiami określonymi w Regulaminie Konkursu".*

Zamawiający w wezwaniu z dnia 7.06.2024 r. w punkcie 1 pisma podał: (...) *wzywam do uzupełnienia (alternatywnie):*

a)oświadczenia Wykonawcy o należytym wykonaniu wdrożenia wskazanego w poz. 2. wykazu usług uzupełnione o wskazanie przyczyn, które były powodem nieuzyskania dowodu określającego, że to wdrożenie zostało wykonane należycie, tj. referencji bądź innego dokumentu wystawionego przez podmiot, na rzecz którego wdrożenie zostało wykonane;

lub

b)dowodu określającego, że wdrożenie, o którym mowa w poz. 2. wykazu usług zostało wykonane należycie, tj. referencji bądź innego dokumentu wystawionego przez podmiot, na rzecz którego wdrożenie zostało wykonane".

W tym punkcie wskazując na orzeczenie KIO 721/24 oraz postanowienie SWZ (rozdz. IX. ust. 3) podał również, że: (...)

przyczyny te powinny zostać wskazane, aby to Zamawiający mógł ocenić czy wystąpiły okoliczności usprawiedliwiające nie złożenie dokumentu wystawionego przez podmiot na rzecz którego wdrożenie zostało wykonane, w szczególności czy podjął starania w celu uzyskania takiego dokumentu".

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca w piśmie z dnia 11.06.2024 r. przedłożył ponownie oświadczenie własne, w którym – w zakresie spornym – wskazał, że: (...) *YouNeedIT, z przyczyn niezależnych od niej, nie jest w stanie, w czasie wskazanym przez Organizatora Konkursu, uzyskać dokumentów stanowiących dowody określające, że usługi wskazane w wykazie usług, opisane w Załączniku nr 3 do Regulaminu Konkursu, zostały wykonane należycie - zgodnie z wymaganiami określonymi w Regulaminie Konkursu. Nawiązując bezpośrednio do usług wykonanych na rzecz Komex S.A., o których mowa w poz. 2. wykazu usług, niniejszym informuję, że w dniu 15 maja 2024 roku poprosiliśmy spółkę Komex S.A. o wystawienie nam referencji potwierdzających realizację wdrożenia, o którym mowa w przedmiotowym wykazie. W odpowiedzi otrzymaliśmy informację, że w związku ze zmianami obecnie zachodzącymi wewnątrz spółki (zmiana właściciela spółki oraz zmiana zarządu spółki), sporządzanie/wydawanie dokumentów o niskim priorytecie dla spółki, (do takich zalicza się również wydawanie referencji), zostało wstrzymane na okres co najmniej trzech miesięcy. W związku z powyższym, z przyczyn od nas niezależnych, nie jesteśmy w stanie, w czasie wskazanym przez Organizatora Konkursu, uzyskać dokumentów stanowiących dowody określające, że usługi wskazane w poz. 2 wykazu usług, opisane w Załączniku nr 3 do Regulaminu Konkursu, zostały wykonane należycie - zgodnie z wymaganiami określonymi w Regulaminie Konkursu".*

Zgodnie ze wskazanym postanowieniem rozdziału IX pkt 3 tiret 1 możliwe było złożenie oświadczenia własnego przez wykonawcę, jeżeli „*Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego (przy czym te przyczyny te należy wskazać) nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy, na potwierdzenie spełniania warunków posiadania doświadczenia, o których mowa w rozdziale VIII ust. 3 pkt 2 lit. a)".*

Z treści z tego postanowienia nie wynika żądanie wykazywania (uprawdopodobnienia) przez wykonawcę powoływanych w oświadczeniu okoliczności braku możliwości posłużenia się dokumentem referencyjnym.

Takie wymaganie nie wynika również z przepisu rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (rozporządzenie). W myśl § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia wykonawca może zastąpić własnym oświadczeniem dowody określające czy usługi zostały wykonane należycie wystawione przez podmiot na rzecz którego usługi zostały wykonane, jeżeli z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, że interpretacja, której domaga się Odwołujący rozszerzałaby wymaganie w stosunku do wykonawcy przede wszystkim względem wskazanego postanowienia SWZ jak i treści cytowanego wezwania. Izba ponadto zauważa, że wykonawca YouNeedIT w oświadczeniu odniósł się nie tyle do referencji, co do dokumentów wymaganych w Regulaminie konkursu. Także w jego uzupełnieniu okoliczności wskazane przez YouNeedIT odnoszą się – jak podał w oświadczeniu cytowanym powyżej - do wymaganych w Regulaminie konkursu. Odwołujący nie kwestionuje tych okoliczności, także co do ich prawdziwości, uznając tylko, że w świetle rozporządzenia okoliczności nie są dostatecznie wskazane. Z takiego stanowiska nie można wywodzić sankcji powodującej, że konkurencyjny wykonawca na gruncie ustawy Pzp podlegałby wykluczeniu z postępowania.

Izba, mając na uwadze brzemiennie postanowień Regulaminu konkursu oraz treść wezwania i wobec literalnego brzmienia przepisu § 9 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, że nie można w tej sprawie stosować wykładni rozszerzającej jakiej żąda Odwołujący.

W odniesieniu do kwestionowanej usługi referencyjnej wskazanej pod pozycją 3, Izba miała na uwadze, że ta usługa [wdrożenie „UMK (hurtownia danych)"] była realizowana na rzecz tego Zamawiającego – organizatora konkursu w tym postępowaniu. Zarzut w odniesieniu do tej usługi Odwołujący oparł na twierdzeniu braku wskazania *„jakichkolwiek dokumentów potwierdzających należyte wykonanie"* oraz braku także wskazania *„na dokumenty będące w posiadaniu Zamawiającego*".

Zgodnie z art. 127 ust.2 ustawy Pzp: *„2. Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność"*.

Wykonawca YouNeedIT w Wykazie – w odniesieniu do usługi z pozycji 3 - wskazał na podmiot – Gminę Miejską Kraków - na którego rzecz była ta usługa zrealizowana. Jak podał Zamawiający na rozprawie na jego rzecz była zrealizowana tylko taka jedna usługa. Według informacji podanej w Wykazie jej zakończenie nastąpiło 5.12.2023 r. Tym samym Zamawiający – bez udziału wykonawcy - miał obiektywnie możliwość ustalenia, czy usługa z pozycji 3 była należycie wykonana. Podobnie w odniesieniu do tej usługi Odwołujący nie kwestionuje faktu jej realizacji czy jej jakości czy też możliwości jej zidentyfikowania przez Zamawiającego bez udziału wykonawcy. W konkluzji Izba – uwzględniając fakt wykonania usługi na rzecz tego Zamawiającego - zgodziła się z jego stanowiskiem, który powołując się na doktrynę

podał, że (...) *wskazanie konkretnej zakończonej realizacji przez wykonawcę w wykazie jest już jednocześnie potwierdzeniem prawidłowości i aktualności dokumentów w posiadaniu których jest zamawiający*".

Możliwe zatem było zdaniem Izby – w tym stanie faktycznym, gdy odbiorcą usługi był Zamawiający- odstąpienie od wezwania wykonawcy YouNeedIT do złożenia dodatkowego odrębnego oświadczenia, co do podmiotu, który mógłby potwierdzić staranność usługi, a tym bardziej odstąpienie od wezwania wykonawcy YouNeedIT do złożenia środka dowodowego wskazanego w Regulaminie konkursu. Izba zwraca też uwagę, że treść wezwania z dnia 7.06.2024 r. nie dotyczy tej pozycji, którego to wezwania Odwołujący nie kwestionuje. W tym wezwaniu w punkcie 3 Zamawiający m.in. podał: „*3. Zamawiający*

zwraca uwagę, że przedmiotowy warunek udziału (o którym mowa w rozdz. VIII. ust. 3 pkt 2 lit. a) Regulaminu konkursu) wymaga wykazania jedynie 3 wdrożeń, jednakże wezwanie dotyczy obu powyższych zakresów (pkt. 1. i 2. niniejszego pisma), gdyż zastrzeżenia dotyczą dwóch z czterech wykazanych pozycji, natomiast to od Uczestnika konkursu zależy w jakiej konfiguracji uzupełni ostatecznie dokumenty tak aby wykazać spełnianie warunku.(...)

Izba dodatkowo zwraca uwagę, że dyspozycja art. 127 ust. 2 ustawy Pzp niewątpliwie – jak podnosił Zamawiający – może dotyczyć dokumentów pochodzących od różnych podmiotów, a wykładnia celowościowa, funkcjonalna czy systemowa pozwala na przyjęcie, że wykonawca YouNeedIT pośrednio wskazał na posiadacza dokumentu, wskazując na podmiot (Zamawiającego) na którego rzecz usługa była zrealizowana, potwierdzając tym samym jego aktualność.

Powyższe ustalenia wskazują na brak podstaw do kwestionowania oceny Zamawiającego w zakresie usług referencyjnych wskazanych pod poz. 2 i 3 Wykazu.

Odnoście zarzutów dotyczących pozycji 4 Wykazu wdrożenie „FP (Hurtownia Danych, BI)" w wezwaniu z dnia 7.06.2024 w punkcie 2 Zamawiający podał: (...)

2.W stosunku do poz. 4. wykazu usług Uczestnik Konkursu przedstawił referencje, w treści których podane są stwierdzenia wyrażone w czasie teraźniejszym wskazujące na realizację wciąż przedmiotowego wdrożenia, co powoduje, że nie można uznać tego dokumentu za potwierdzającego wykonanie wykazanego wdrożenia. Zamawiający w przedmiotowym warunku udziału wymagał właśnie wykazania wykonanych już (zakończonych) wdrożeń. Dodatkowo, taka treść referencji kłóci się z datą wykonania wdrożenia wskazaną w wykazie usług przez Uczestnika Konkursu.

W świetle powyższego wzywam:

a)- jeżeli wdrożenie, o którym mowa w pkt 4. wykazu usług ***zostało zakończone*** *– do uzupełnienia dowodu określającego, że wdrożenie w tej pozycji wykazu usług* ***zostało wykonane (zakończone)*** *należycie, tj. referencji bądź innego dokumentu wystawionego przez podmiot, na rzecz którego wdrożenie zostało wykonane, a jeżeli Uczestnik Konkursu z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tego dokumentu – jego oświadczenie o należytym wykonaniu (ze wskazaniem przyczyn nieuzyskania dokumentu od podmiotu na rzecz którego wdrożenie zostało wykonane);*

b)- jeżeli wdrożenie, o którym mowa w pkt 4. wykazu usług nie zostało zakończone – do uzupełnienia wykazu o nowe, inne wdrożenie na potwierdzenie spełniania warunku udziału, o którym mowa w rozdz. VIII. ust. 3 pkt 2 lit. a) Regulaminu konkursu wraz z dowodem określającym, że to wdrożenie zostało wykonane należycie, tj. referencją bądź innym dokumentem wystawionym przez podmiot, na rzecz którego wdrożenie zostało wykonane, a jeżeli Uczestnik Konkursu z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tego dokumentu – jego oświadczenie o należytym wykonaniu (ze wskazaniem przyczyn nieuzyskania dokumentu od podmiotu na rzecz którego wdrożenie zostało wykonane), w szczególności zgodnie z wymogami opisanymi w Regulaminie konkursu (rozdz. VIII. ust. 3 pkt 2 lit. a) oraz rozdz. IX. ust. 3 w opisie wymaganego do złożenia wykazu usług".

Wykonawca YouNeedIT w odpowiedzi na to wezwanie przedłożył dokument z datą 11/06/2024 ze zmienionym akapitem drugim w którym podano:

„*Z firmą YouNeedIT współpracujemy od 01-08-2019 i jesteśmy bardzo zadowoleni z jakości dostarczanych nam usług programistycznych. W okresie od 01-08-2019 do 31 grudnia 2023 YouNeedIT wspierała nas we wdrożeniu systemu gromadzenia i przetwarzania danych typu: Business Intelligence w projekcie dla jednego z naszych klientów*". Pozostałe akapity tego dokumentu w stosunku do złożonego w wniosku nie zostały zmienione

W liście referencyjnym z dnia 15.05.2024 r. załączonym do wniosku podano: „*Z firmą YouNeedIT współpracujemy od 01-08-2019 i jesteśmy bardzo zadowoleni z jakości dostarczanych nam usług programistycznych. YouNeedIT wspierała nas i wspiera obecnie we wdrożeniu systemu gromadzenia i przetwarzania danych typu: Business Intelligence w projekcie dla jednego z naszych klientów.* (...)

Treść dokumentów – ich porównanie – potwierdza, że wykonawca YouNeedIT zastosował się do treści wezwania skupiając się na uzupełnieniu referencji datą zakończenia przedmiotowego wdrożenia. Jednakże porównanie treści wskazanych dokumentów przemawia za stanowiskiem Odwołującego, że w treści referencji jednoznacznie wskazano, że wykonawca YouNeedIT wspierał wystawcę referencji we wdrożeniu systemu, a nie samodzielnie wykonał to wdrożenie. Zdaniem Izby ta okoliczność z uwagi na treść warunku z rozdziału VIII. 8. 3. 2) lit. a) i brzmienie referencji

także powinna być przedmiotem wezwania wykonawcy YouNeedIT do wyjaśnienia czy pod pojęciem wspierania należy rozumieć wykonanie przez wykonawcę YouNeedIT (...) *systemu gromadzenia i przetwarzania danych typu: hurtownia danych lub data lake lub data lakehouse lub data mesh lub Business Intelligence (...).*

Tym samym podnoszony z ostrożności zarzut zaniechania zastosowania wezwania na podstawie art. 128 ust.1 ustawy Pzp w zakresie wskazanym powyżej jest zasadny.

W konkluzji Izba stwierdza, że odwołanie podlega oddaleniu z uwzględnieniem wytycznych z przepisu art. 554 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu:

„*1. Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi:*

1)naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców; (...)

W stanie faktycznym tej sprawy ustalenia Izby potwierdziły wykazanie przez wykonawcę YouNeedIT trzech – wymaganych warunkiem - usług referencyjnych. Tym samym kierowanie wezwania w odniesieniu do usługi z pozycji 4 byłoby bezprzedmiotowe.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, działając w granicach zarzutów odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak sentencji wyroku.

.....