

Sygn. akt: KIO 1232/25

WYROK

Warszawa, dnia 25 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Luiza Łamejko

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2025 r. przez wykonawcę Linux Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego postępowanie prowadzi: Biuro Informatyki Urzędu m.st. Warszawy we współpracy

z Biurem Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie

uczestnicy po stronie zamawiającego:

A. Tameshi Investment Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi

B. Chaos Gears S.A. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego uznania przez Zamawiającego, że wykonawca Tameshi Investment Sp. z o.o. przedstawiając Wykaz usług i dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień wskazanych w wykazie, wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt. 12.2.1. SWZ i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Tameshi Investment Sp. z o.o. na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnień w zakresie usługi wykonanej na rzecz T-Mobile Polska S.A.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża Linux Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ½ oraz Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego postępowanie prowadzi: Biuro Informatyki Urzędu m.st. Warszawy we współpracy z Biurem Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie w ½ i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Linux Polska Sp. z o.o. z siedzibą

w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Linux Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego postępowanie prowadzi: Biuro Informatyki Urzędu m.st. Warszawy we współpracy z Biurem Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2. zasądza od Miasta Stołecznego Warszawa, w imieniu którego postępowanie prowadzi: Biuro Informatyki Urzędu m.st. Warszawy we współpracy z Biurem Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie na rzecz Linux Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy).

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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 1232/25

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego postępowanie prowadzi: Biuro Informatyki Urzędu m.st. Warszawy we współpracy z Biurem Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Udostępnienie Zamawiającemu Systemu EZD-RP w chmurze publicznej w modelu Saas wraz z jego utrzymaniem”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 listopada 2024 r. pod numerem 668742-2024.

W dniu 31 marca 2025 r. wykonawca Linux Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego:

- 1) czynności ponownego wyboru oferty wykonawcy Tameshi Investment Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej: „TAMESHI”) jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,
- 2) bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego z Postępowania z uwagi na bezpodstawne uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu,
- 3) bezpodstawnego uznania, że wykonawca TAMESHI wykazał spełnienie warunków udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w Postępowaniu, podczas gdy wykonawca TAMESHI winien zostać co najmniej wezwany do uzupełnienia i wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych potwierdzających wykazanie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b) w zw. art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy Pzp przez bezpodstawne uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt. 12.2.2. lit. a) SWZ, pomimo że:

a) Odwołujący złożył wszystkie wymagane w SWZ dokumenty niezbędne do wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt. 12.2.2. lit. a) SWZ,

b) Zamawiający nie miał przy pierwszym wyborze oferty TAMESHI wątpliwości co do spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu, zaś odrzucenie oferty Odwołującego należy traktować jedynie jako niedozwoloną zmianę własnej oceny dokumentów złożonych przez Odwołującego przy zastosowaniu zawężającej interpretacji warunku udziału w Postępowaniu, a co za tym idzie, niezgodną z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności próbę zniechęcenia Odwołującego do złożenia odwołania do Krajowej izby Odwoławczej celem zakwestionowania oferty wykonawcy TAMESHI, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. [Zarzut#1]

2) art. 226 ust.1 pkt 2) lit. b), c), art 128 ust.1, 4 ustawy Pzp oraz §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 (Dz.U.2020.2415) w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp przez bezpodstawne uznanie, że wykonawca TAMESHI przedstawiając Wykaz usług i dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień wskazanych w wykazie, wykazał spełnienie warunków udziału w Postępowaniu określonych w pkt. 12.2.1. SWZ, podczas gdy

z odtajnionych i udostępnionych przez Zamawiającego Odwołującemu dokumentów wynika, że Zamawiający nie miał podstaw do takowej oceny i zaniechał wezwania wykonawcy TAMESHI do uzupełnienia i wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych złożonych przez tego wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. [Zarzut#2]

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy TAMESHI jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z Postępowania,
- 2) przywrócenia do Postępowania oferty Odwołującego,
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 4) wezwania wykonawcy TAMESHI do wyjaśnień i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dot. wykazania,
- 5) ewentualnie – odrzucenia oferty TAMESHI z Postępowania z uwagi na brak wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, w przypadku gdyby okazało się, że Zamawiający uprzednio wzywał wykonawcę TAMESHI do uzupełnienia i wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturą, która zostanie przedłożona na rozprawie.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący argumentował jak następuje.

[Zarzut#1 – bezpodstawne odrzucenie oferty Linux]

Odwołujący zwrócił uwagę, że przy pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy TAMESHI, który został unieważniony w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2025 r. w sprawie o sygn. akt KIO: 7/25 Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości odnośnie dokumentów składanych przez Odwołującego, również w zakresie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Odwołujący stoi na stanowisku, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty jest wadliwa i narusza art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonał błędnej interpretacji postanowień SWZ dotyczących wymaganych certyfikatów w pkt. 12.2.2. lit. a) SWZ, zawężając ich zakres w sposób nieuzasadniony i sprzeczny z literalnym brzmieniem dokumentacji postępowania.

Odwołujący stwierdził, że złożone przez niego certyfikaty, tj. Cloud Native Certified Kubernetes Administrator oraz Certified Administrator in Kubernetes, w pełni odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, które dotyczyły pokrycia obszaru technologii wykorzystywanych do realizacji usługi. Zamawiający nie sprecyzował w SWZ, że certyfikaty mają dotyczyć wyłącznie konkretnej chmury (np. Microsoft Azure), a jedynie wskazał ogólny zakres certyfikacji. W pkt 12.2.2. lit. a) SWZ Zamawiający wskazał, że „zakres certyfikatu musi pokrywać obszar technologii wykorzystywanych do realizacji usługi”. Z treści przytoczonego postanowienia nie wynika, w ocenie Odwołującego, że Zamawiający żąda certyfikatu producenta rozwiązania, które dany Wykonawca chce dostarczyć. Zamawiający w treści SWZ odwołał się do zakresu certyfikatu, który powinien pokrywać obszar technologii wykorzystywanych do realizacji usługi. Jak pisał Odwołujący w swoich wyjaśnieniach z 2 grudnia 2024 r.: „w celu spełnienia wskazanych z OPZ warunków dotyczących usługi udostępnienia systemu EZD RP będzie bazował na platformie Kubernetes. Azure Kubernetes Service (AKS) nie jest własną dystrybucją Kubernetesa, lecz zarządzaną usługą opartą na standardowym, open-source'owym Kubernetesie, który jest rozwijany przez społeczność pod auspicjami Cloud Native Computing Foundation (CNCF). Microsoft korzysta z oryginalnych wersji Kubernetesa i dostosowuje je do swoich potrzeb w ramach AKS, co oznacza, że użytkownicy mają dostęp do tych samych funkcji i aktualizacji, które są dostępne w innych implementacjach Kubernetesa, w tych udostępnionych na platformach takich jak AWS (Amazon Web Service) czy GCP (Google Public Cloud). Oznacz to, że posiadane przez Wykonawcę kompetencje w zakresie zarządzania klastrami Kubernetes są w pełni kompatybilne i transferowalne do środowiska Microsoft Azure Kubernetes Service.”

Odwołujący zaznaczył, że przed pierwszym wyborem oferty wykonawcy TAMESHI Zamawiający uznał złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w pełni.

Odwołujący zauważył, że certyfikaty, które przedstawił, potwierdzają wysokie kompetencje osób skierowanych do realizacji zamówienia w zakresie technologii chmurowych, w tym Kubernetes, który jest kluczowym elementem infrastruktury chmurowej, niezależnie od dostawcy chmury. Zdaniem Odwołującego, ograniczenie wymagań Zamawiającego wyłącznie do certyfikatów specyficznych dla jednej platformy chmurowej jest nieuzasadnione i dyskryminujące. Odwołujący wskazuje, że rozumienie warunku obecnie prezentowane przez Zamawiającego jest jakby niezgodne z logiką budowania warunków udziału w Postępowaniu przyjętą przez Zamawiającego. Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiot zamówienia dotyczy dostawy systemu EZD-RP, mimo wszystko Zamawiający nie wymagał w warunku udziału

w Postępowaniu określonym w pkt. 12.2.1. SWZ jako warunku koniecznego by wykonawca legitymował się doświadczeniem w dostawie systemu EZD-RP. Nie ma zatem żadnych podstaw ku temu, by Zamawiający nagle zmienił swoją optykę na własne warunki udziału

w Postępowaniu i w sposób zawężający interpretował akurat warunek z pkt. 12.2.2. lit. a) SWZ.

Odwołujący powołał się na utrwaloną linię orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, która konsekwentnie podkreśla, że ocena kwalifikacji wykonawcy winna być dokonywana

w sposób obiektywny, proporcjonalny i niedyskryminujący. W wyroku z dnia 30 września 2024 r., sygn. XXIII Zs 115/24 Sąd Okręgowy w Warszawie jednoznacznie wskazał na nakaz jednakowego traktowania wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości.

W opinii Odwołującego, Zamawiający nie powinien dokonywać takiego zawężenia, ponieważ sama dostawa chmury jest relatywnie prostą usługą. W omawianym przypadku, jeśli Zamawiający wymaga certyfikatów specyficznych dla jednej platformy chmurowej (np. Azure), podczas gdy ogólne kompetencje chmurowe są wystarczające do wykonania zamówienia, narusza zasadę proporcjonalności równego traktowania wykonawców. Odwołujący stwierdził, że jeśli Zamawiający raz akceptuje certyfikaty danego wykonawcy, a później je kwestionuje, to narusza ww. zasady. Podobnie, jeśli Zamawiający faworyzuje wykonawców posiadających certyfikaty konkretnej platformy chmurowej.

W opinii Odwołującego, Zamawiający po pierwszym wyborze oferty, który został unieważniony wyrokiem KIO z

dnia 7 lutego 2025 r. sygn. akt KIO 7/25, zaczął inaczej interpretować wymagania dotyczące certyfikatów, co oznacza, że dokonał niedopuszczalnej zmiany oceny w trakcie trwania Postępowania. Zamawiający dokonał zawężającej i nieuprawnionej interpretacji zakresu certyfikacji, wykraczając poza literalne brzmienie SWZ. Taka interpretacja narusza zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także proporcjonalności wyrażone w art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, żądanie posiadania wyłącznie certyfikatów producenckich (np. Azure Administrator Associate) w sytuacji, gdy oferowany personel posiada certyfikacje o charakterze bardziej zaawansowanym, stanowi naruszenie zasady proporcjonalności. Zdaniem Odwołującego, tego rodzaju zawężenie kwalifikacji może być postrzegane li tylko jako ukryta forma dyskryminacji wykonawców posiadających szersze, bardziej uniwersalne kompetencje techniczne.

[Zarzut#2 – brak wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu przez TAMESHI, zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych]

W ocenie Odwołującego, oferta wybranego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, ponieważ TAMESHI nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt. 12.2.1. SWZ. Z udostępnionych dokumentów przez Zamawiającego po ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej TAMESHI nie wynika, że Zamawiający wzywał do uzupełnienia dokumentów podmiotowych tego wykonawcę na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, czy też choćby do wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Jednakże biorąc pod uwagę strategię przyjętą przez Zamawiającego polegającą na braku przekazywania również dokumentów, które są oczywiście jawne w świetle art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Odwołujący stwierdził, że nie może być pewny, że wszystkie dokumenty, w tym wezwania wykonawcy TAMESHI do uzupełnienia, czy wyjaśnień Wykazu usług i dokumentów potwierdzających należyte wykonania zamówień, zostały mu przekazane.

Odwołujący podniósł, że dokumenty przedstawione przez wybranego wykonawcę razem z Wykazem usług nie potwierdzają w sposób niezbitý, jednoznaczny, że usługi, na które się powołuje, były realizowane w zasobach chmury publicznej.

W przedłożonych dokumentach występuje szereg niespójności w zakresie ciągłości

i charakteru świadczonych usług oraz brak jednoznacznego potwierdzenia spełnienia warunków określonych przez Zamawiającego w pkt. 12.2.1. SWZ.

Odwołujący wskazał, że na skutek wyroku KIO z dnia 7 lutego 2025 r. w sprawie o sygn. akt KIO 7/2025 r. Zamawiający obowiązany był odtajnić 4/5 Wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień wskazanych w Wykazie usług.

Odwołujący odniósł się do 4/5 zamówień wskazanych w Wykazie usług przez wykonawcę TAMESHI, wskazując na zastrzeżenia, które powinny być co najmniej przyczyną wezwania wykonawcy TAMESHI do uzupełnienia Wykazu usług i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie oraz złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów.

Zamówienie realizowane dla TUI Poland Dystrybucja Sp. z o.o.

W dokumencie „Oświadczenie wyjaśniające w sprawie spełnienia warunków udziału w postępowaniu ZP/EM/271/III-194/24” (dot. pozycji nr 1 w wykazie usług; TUI Poland Dystrybucja Sp. z o.o.) wykonawca Tameshi wslazał, że usługa obejmowała kilka umów realizowanych w trybie ciągłym, pokrywających się co najmniej w zakresie świadczenia usług dostawy i utrzymania w chmurze publicznej (AWS), utrzymania w sprawności dostarczonego rozwiązania, tworzeniu i aktualizacji dokumentacji rozwiązania. Dostarczone rozwiązanie obsługuje ponad 8000 osób logujących się, a wartość świadczonej usługi w ujęciu 12 miesięcznym przekracza 1.000.000,00 PLN brutto.”. Odwołujący zwrócił uwagę, że SWZ nie wskazuje, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu może wynikać z realizacji kilku umów, a ponadto wykonawca TAMESHI oprócz oświadczenia własnego, nie przedstawił żadnego innego dowodu, który poświadczałby, że usługi realizował należycie oraz wskazywałby, jakie umowy obejmowały jakie konkretnie usługi oraz w jakim okresie były one realizowane.

Zamówienie realizowane dla Privat Bank

W dokumencie „Oświadczenie wyjaśniające w sprawie spełnienia warunków udziału w postępowaniu ZP/EM/271/III-194/24” (dot. pozycji nr 2 w wykazie usług; Privat Bank (Joint-Stock Company Commercial Bank) wykonawca TAMESHI wskazuje, że usługa obejmowała kilka umów realizowanych w trybie ciągłym, pokrywających się co najmniej w zakresie świadczenia usług dostawy i utrzymania w chmurze publicznej (AWS),

utrzymania

w sprawności dostarczonego rozwiązania, tworzeniu i aktualizacji dokumentacji rozwiązania. Dostarczone rozwiązanie obsługuje ponad 8000 osób logujących się, a wartość świadczonej usługi w ujęciu 12 miesięcznym przekracza 1.000.000,00 PLN brutto”. Odwołujący zwrócił uwagę, że SWZ nie wskazuje, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu może wynikać z realizacji kilku umów, a ponadto wykonawca Tameshi Investment oprócz oświadczenia własnego nie przedstawił, żadnego innego dowodu, który poświadczałby, że usługi realizował należycie oraz wskazywałby, jakie umowy obejmowały jakie konkretnie usługi oraz w jakim okresie były one realizowane.

Zamówienie realizowane dla T-Mobile

W ocenie Odwołującego, w zakresie, jaki dotyczy projektu migracyjnego dla T-Mobile (poz. nr 3 w wykazie usług) widać szereg nieprawidłowości. W dokumencie „2023 Customer Sign-Off Template” wyraźnie wskazano, że projekt migracji zasobów obejmował infrastrukturę chmury prywatnej (Cloud Migration from TMPL private cloud). W dokumencie „2023 Customer Sign-Off Template” oraz dokumencie “Szablon Potwierdzenia Zakończenia Projektu na rok 2023” jako rzeczywiste daty rozpoczęcia i zakończenia projektu podano odpowiednio: 01.06.2023 oraz 27.02.2024, co nie dowodzi terminu realizacji usługi nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy. W mailu datowanym na 19 grudnia 2024 r., którego nadawcą jest H.A., wskazano, że projekt migracyjny realizowany jest w okresie od 11.07.2023 do lutego 2024 i następnie od 2025 r – co oznacza, że w momencie składania wykazu terminu realizacji usługi nie obejmował 12 miesięcy i nie ma ona nieprzerwanego charakteru. Na marginesie należy dodać, że wykonawca Tameshi przedkładając niniejszy dokument powołuje się na usługę, którą dopiero będzie świadczył od 2025 r. Z treści maila wynika również, że migracja dotyczyła chmury publicznej, co stoi w sprzeczności z treścią dokumentów „2023 Customer Sign-Off Template” oraz “Szablon Potwierdzenia Zakończenia Projektu na rok 2023”, które mówią o chmurze prywatnej. Na protokołach odbioru z T-Mobile daty nie wskazują na fakt realizacji usługi przez okres 12 miesięcy, dodatkowo ich przedmiot również nie wskazuje jasno na fakt usługi dostawy chmury (np. protokół odbioru etapy 6 dotyczy wyłącznie spotkań projektowych).

Zamówienie realizowane dla Stokrotka Sp. z o.o.

W dokumencie (dot. pozycji nr 5 w wykazie usług; Stokrotka Sp. z o.o.) wykonawca Tameshi wskazuje, że usługa obejmowała kilka umów realizowanych w trybie ciągłym, pokrywających się co najmniej w zakresie świadczenia usług dostawy i utrzymania w chmurze publicznej (AWS), utrzymania w sprawności dostarczonego rozwiązania, tworzeniu i aktualizacji dokumentacji rozwiązania. Dostarczone rozwiązanie obsługuje ponad 8000 osób logujących się, a wartość świadczonej usługi w ujęciu 12 miesięcznym przekracza 1.000.000,00 PLN brutto”. Jak zauważył Odwołujący, SWZ nie wskazuje, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu może wynikać z realizacji kilku umów, a ponadto wykonawca Tameshi oprócz oświadczenia własnego, nie przedstawił żadnego innego dowodu, który poświadczałby, że usługi realizował należycie oraz wskazywałby jakie umowy obejmowały jakie konkretnie usługi oraz w jakim okresie były one realizowane. Dodatkowo, w dokumencie zatytułowanym jako „Oświadczenie” z treści wynika, że spółka Tameshi realizowała swoje usługi od stycznia 2023 do grudnia 2023, a w czasie obowiązywania zamówienia SLA usług hostingu na AWS nie spadło poniżej 99.9% od stycznia 2023 do grudnia 2023, co oznacza, że usługi były realizowane w okresie krótszym niż wymagane 12 miesięcy oraz dotyczyły hostingu a nie dostawy usługi w chmurze publicznej, co nie jest tożsame. Usługa hostingu polega na wynajęciu fizycznej lub wirtualnej przestrzeni serwerowej, klient najczęściej otrzymuje dostęp do serwera lub jego części, zasoby mają ograniczoną skalowalność oraz stałą moc obliczeniową, klient sam zarządza oprogramowaniem i konfiguracją, usług taka najczęściej wiąże się z wynajmem konkretnego sprzętu lub jego części. Dostawa usługi chmurowej oferuje dynamiczne, elastyczne zasoby obliczeniowe, pełną skalowalność zasobów w czasie rzeczywistym, model pay-as-you-go (płatność tylko za faktycznie wykorzystane zasoby), możliwość niemal natychmiastowego zwiększania lub zmniejszania zasobów.

Dodatkowo Odwołujący wskazał na wątpliwą wiarygodność dokumentów przedstawionych przez wybranego wykonawcę jako pochodzące od klientów, ponieważ są one podpisane przez osoby nieujęte w KRS tych firm, co podważa ich autentyczność. Odwołujący zwrócił uwagę, że oświadczenie dot. firmy Stokrotka zostało podpisane przez osobę, której nie można zidentyfikować z imienia i nazwiska, protokoły dotyczące T-Mobile S.A. mają nieprawidłowy podpis (Protokół Odbioru etapu 1, Protokół Odbioru etapu 2) oraz nie wynika z nich, że osoby, które składały na nich podpis były uprawnione do odebrania prac objętych ww. dokumentami.

Odwołujący podkreślił ponadto, że oświadczenia własne, które złożyło Tameshi, nie są wystarczające do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 1 i 2 rozporządzenia, wykonawca usług powinien przedstawić dowody, które wskazują, że usługi opisane w wykazie zostały wykonane należycie, dowodami mogą być referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dane usługi zostały wykonane. Jako wyjątek ustawodawca dopuszcza - jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty. Oznacza

to, że oświadczenie własne może być złożone

w określonych okolicznościach, np. w przypadku braku możliwości uzyskania innych dokumentów. Zdaniem Odwołującego, wykonawca Tameshi nie wykazał, że zachodziły takie okoliczności. Jak zauważył Odwołujący, wykonawca powołuje się, brak możliwości uzyskania od klientów potwierdzenia odpowiadającego treścią wymogom SWZ z uwagi na czas końca roku oraz ograniczoną dostępność pracowników klienta. Niemniej z treści oświadczeń wynika, że usługi realizowane są od 2022 i 2023 roku, co oznacza, że wykonawca Tameshi mógł uzyskać referencje lub inne dokumenty potwierdzające prawidłowe wykonanie usług od poszczególnych podmiotów. Jest to normalna praktyka biznesowa, zmierzająca do zabezpieczenia interesów firm, które mają doświadczenie w udziale w postępowaniach zakupowych na rynku publicznym. Z punktu widzenia Odwołującego, nie zachodzą żadne obiektywne okoliczności, które uniemożliwiłyby wykonawcy Tameshi uzyskanie referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego dane usługi zostały wykonane.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy Tameshi Investment Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz Chaos Gears S.A. z siedzibą w Warszawie.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego odrzucenie w zakresie zarzutu 1 oraz oddalenie odwołania w zakresie zarzutu 2.

W toku posiedzenia Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu 1. Izba stwierdziła, że samo wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie odzwierciedla decyzji Zamawiającego, nie jest to czynność ostateczna. Odwołujący mógł pozostawać w przekonaniu, że Zamawiający po otrzymaniu odpowiedzi Odwołującego uzna, że złożone przez Odwołującego dokumenty są prawidłowe. Izba podkreśliła, że wezwanie do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego nie jest równoznaczne z decyzją Zamawiającego o odrzuceniu oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestników postępowania odwoławczego złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy Pzp przez uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 12.2.2. lit. a SWZ.

Izba ustaliła, że w pkt 12.2.2. lit. a SWZ Zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie wykazania dysponowania w całym okresie realizacji zamówienia co najmniej:

„a) dwoma certyfikowanymi inżynierami w zakresie zaproponowanego do realizacji usługi rozwiązania chmury publicznej – zakres certyfikatu musi pokrywać obszar technologii wykorzystywanych do realizacji usługi;”.

Izba stwierdziła, że treść przedmiotowego warunku bez wątplenia wskazuje, że Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia dysponowali inżynierami posiadającymi certyfikaty w zakresie zaproponowanego do realizacji usługi rozwiązania chmury publicznej, który to zakres pokrywa obszar technologii wykorzystywanych do realizacji usługi.

W złożonym Formularzu Ofertowym Odwołujący zaoferował wykorzystanie Platformy Microsoft Azure, lecz nie złożył dokumentów potwierdzających posiadanie przez wskazanych inżynierów certyfikatów dla zaoferowanego rozwiązania chmury publicznej. Certyfikaty posiadane przez wskazanych przez Odwołującego inżynierów (Cloud Native Certified Kubernetes Administrator oraz Certified Administrator in Kubernetes), jakkolwiek specjalistyczne, nie obejmują pełnego zakresu zaoferowanego przez Odwołującego rozwiązania. Wykonanie przedmiotu zamówienia wymaga szerszych kompetencji niż objęte złożonymi certyfikatami.

Bez znaczenia jest przy tym na obecnym etapie postępowania celowość wymagania sformułowanego przez Zamawiającego, bowiem przedmiotowy warunek nie został zakwestionowany w ustawowym terminie. Izba miała również na względzie, że, jak oświadczył Zamawiający, pozostali wykonawcy prawidłowo zrozumieli warunek udziału w

postępowaniu
i złożyli certyfikaty w pełni pokrywające obszary zaoferowanych przez nich technologii.

Bez wpływu na rozpoznanie przedmiotowego zarzutu pozostaje również okoliczność, że w pierwotnym rozstrzygnięciu postępowania Zamawiający nie stwierdził uchybień w wykazaniu spełniania warunków przez Odwołującego. Zamawiający jest uprawniony do weryfikacji własnych czynności, a wynik decyzji Zamawiającego może być zakwestionowany przez wykonawcę, co też miało miejsce.

Za zasadny Izba uznała zarzut dotyczący uznania przez Zamawiającego, że wykonawca Tameshi przedstawiając Wykaz usług i dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień wskazanych w wykazie, wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt. 12.2.1. SWZ.

W pkt 12.2.1. SWZ Zamawiający stwierdził, że za spełniającego warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uznał wykonawców, którzy:

„w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy, w tym okresie, należycie zrealizowali lub realizują co najmniej dwie usługi polegające na świadczeniu usług realizowanych na zasobach chmury publicznej, w tym w szczególności na:

- dostawie usługi w chmurze publicznej,
- utrzymaniu w sprawności dostarczonego rozwiązania realizowanego w zasobach chmury publicznej,
- tworzeniu lub aktualizacji dokumentacji rozwiązań IT realizowanych w chmurze publicznej,

z których każda spełnia co najmniej jedno z poniższych kryteriów:

- usługa była/jest realizowana nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy i system objęty usługą posiada co najmniej 8000 użytkowników logujących się do systemu,
- usługa była/jest realizowana nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy i była/jest realizowana w zakresie dostarczenia/wdrożenia systemu EZDRP,
- usługa była/jest realizowana nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy i wartość świadczonej usługi w ujęciu dwunastomiesięcznym była/jest nie mniejsza niż 1 000 000,00 zł brutto.”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uznając, że wykonawca Tameshi spełnia przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu wziął pod uwagę doświadczenie nabyte podczas realizacji usług wskazanych w pozycjach nr 3 i 4 Wykazu usług złożonego przez wykonawcę Tameshi.

Izba stwierdziła, że usługa powołana w pozycji 4 Wykazu usług spełnia warunek udziału w postępowaniu. Oświadczenie wykonawcy zawarte w wykazie zostało potwierdzone dokumentem sporządzonym przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane. Dokument ten potwierdza zarówno termin realizacji usługi, zakres usługi, jak też jej należyte wykonanie. Przedstawienie szerszego uzasadnienia w zakresie przedmiotowej usługi nie jest możliwe, jako że treść ta pozostaje zastrzeżona przez Tameshi jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W zakresie usługi wykonanej na rzecz T-Mobile Polska S.A. Izba stwierdziła, że zarzut podniesiony w odwołaniu dotyczył niespójności złożonych dokumentów – w dokumencie Szablon Potwierdzenia Zakończenia Projektu na 2023 rok jest mowa o chmurze prywatnej („Nazwa Projektu: Migracja Chmurowa dla TMPL (chmura prywatna)”), podczas gdy z korespondencji elektronicznej pochodzącej od przedstawiciela T-Mobile Polska S.A. z dnia 19 grudnia 2024 r. oraz oświadczenia własnego Tameshi z dnia 18 grudnia 2024 r. wynika, że migracja dotyczyła chmury publicznej. Takie też oświadczenie zostało złożone w poz. 3 Wykazu usług. Podniesiony przez Odwołującego zarzut obejmuje również niespójność dokumentów co do terminu realizacji usługi.

Po analizie złożonych przez Tameshi dokumentów dotyczących usługi na rzecz T-Mobile Polska S.A. Izba stwierdziła, że niezbędne jest wezwanie wykonawcy Tameshi na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie tego, czy powołana usługa dotyczyła chmury publicznej. Złożone dokumenty w tym zakresie przedstawiają sprzeczne informacje. Z uwagi na to, że warunek udziału w postępowaniu wymagał realizacji usług na zasobach chmury publicznej, niezbędne jest wykazanie przez wykonawcę w sposób nie budzący wątpliwości, że usługa na rzecz T-Mobile Polska S.A. spełnia przedmiotowy wymóg.

Jednocześnie, Izba uznała, że wątpliwości podniesione przez Odwołującego w zakresie terminu realizacji usługi na rzecz T-Mobile Polska S.A. są nieuzasadnione

i wynikają z nieprawidłowego odczytu dokumentu pochodzącego od przedstawiciela ww. podmiotu. W informacji z dnia 19 grudnia 2024 r. stwierdzono, że Tameshi realizuje usługę na rzecz T-Mobile Polska S.A. od dnia 11 lipca 2023 r., której pierwsza faza zakończyła się w lutym 2024 r., zaś druga toczy się do 2025 r.

Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do przyjęcia, że wykazana została przez Tameshi należyta realizacja pozostałych powołanych w wykazie usług.

Wykonawca Tameshi na potwierdzenie realizacji poszczególnych usług złożył oświadczenia własne nie wykazując przy tym, że z przyczyn niezależnych od siebie nie jest w stanie uzyskać dokumentów pochodzących od podmiotów, na rzecz których usługi były wykonywane.

Tymczasem zgodnie z §9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu zamawiający może żądać wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane/są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy.

Z powyższego w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że co do zasady, wykonawca zobowiązany jest złożyć dokumenty pochodzące od podmiotu, na rzecz którego usługi zostały wykonane/są wykonywane. Możliwość złożenia oświadczenia własnego wykonawcy stanowi wyjątek od tej zasady i obwarowana jest wykazaniem, że wykonawca nie jest w stanie uzyskać stosownych dokumentów od ww. podmiotów z przyczyn od siebie niezależnych. Wykonawca Tameshi nie wykazał, że pozyskanie takich dokumentów jest choćby utrudnione, nie podjął próby wykazania, że starał się takowe dokumenty pozyskać. W tych okolicznościach, oświadczenia własne wykonawcy Tameshi nie mogą być uznane za wystarczające.

Za spełniającą warunek nie może zostać uznana usługa dla Stokrotka Sp. z o.o. Wykonawca Tameshi nie wykazał, że usługa ta była wykonywana przez 12 miesięcy – nie potwierdza tego ani wykaz usług, ani dokument pochodzący od Stokrotka Sp. z o.o. (pismo z dnia 9 lipca 2024 r.). Zakreślenie terminu od stycznia 2023 go grudnia 2023 nie stwarza pewności co do dwunastomiesięcznego okresu realizacji usługi.

Izba nie stwierdziła uchybienia w tym, że dokumenty pochodzące od podmiotów, na rzecz których realizowane były usługi nie zostały podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji tych podmiotów. Jako oświadczenia wiedzy, dokumenty referencyjne nie muszą pochodzić od takich osób.

W tych okolicznościach, Izba za zasadne uznała nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwania wykonawcy Tameshi na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnień w zakresie usługi wykonanej na rzecz T-Mobile Polska S.A.

Jednocześnie, zaznaczenia wymaga, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, Izba orzeka w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Jak stanowi art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie

z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający. W takim przypadku Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od

zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła (§ 7 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia). Analogicznie Izba rozdziela koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia.

W świetle powyższych regulacji, Izba rozdzieliła koszty postępowania wywołanego odwołaniem wniesionym przez Odwołującego stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku $\frac{1}{2}$ i bezzasadne w takiej samej części. Kosztami postępowania obciążono zatem po połowie Odwołującego i Zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł oraz koszty poniesione przez obie strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocników (w wysokości 3 600 zł każda ze stron) - łącznie 22 200 zł. Różnica pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku, wynosiła 7 500 zł. Różnicę tę Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Przewodnicząca:.....