

WYROK
z dnia 16 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Monika Kawa-Ogorzałek Jolanta Markowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2020 r. przez Asseco Data Systems S.A. w Gdyni w postępowaniu prowadzonym przez Państwową Wyższą Szkołę Zawodową im. prof. Edwarda F. Szczepanika w Suwałkach

przy udziale wykonawcy IGNIBIT S.A. w Gdyni zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
 2. kosztami postępowania obciąża Asseco Data Systems S.A. w Gdyni i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Asseco Data Systems S.A. w Gdyni tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Asseco Data Systems S.A. w Gdyni na rzecz IGNIBIT S.A. w Gdyni kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
- Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Suwałkach.

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Zamawiający - Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa im. prof. Edwarda F. Szczepanika w Suwałkach - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Zakup aplikacji wirtualnej rzeczywistości (VR) wraz ze sprzętem niezbędnym do wdrożenia aplikacji na potrzeby modyfikacji programów nauczania w Państwowej Wyższej Szkole Zawodowej im. prof. Edwarda F. Szczepanika w Suwałkach na kierunkach Ekonomia, Finanse i Rachunkowość, Ratownictwo Medyczne i Pielęgniarstwo oraz Bezpieczeństwo Wewnętrzne” (część 1). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 11 maja 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 216486-2020. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania, w związku z czym wykonawca Asseco Data Systems S.A. w Gdyni wniósł odwołanie 31 sierpnia 2020 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez IGNIBIT S.A. w Gdyni z uwagi na to, że treść oferty IGNIBIT S.A. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty na podstawie ust. 7.3 pkt 10

ppkt b lit. d) SIWZ z uwagi na to, że udostępniona prezentacja wykonawcy IGNIBIT S.A. nie obejmowała wszystkich zadeklarowanych wraz z ofertą gotowych wymagań;

2.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez IGNIBIT S.A. z uwagi na to, że treść oferty IGNIBIT S.A. nie odpowiada treści SIWZ, z uwagi na to, że oferowane rozwiązania nie spełnia wymagań określonych w Załączniku nr 8 do WZ;

3.art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy IGNIBIT S.A. z uwagi na to, że wykonawca IGNIBIT S.A. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w ust. 6 pkt 2 lit. c. b) - c) SIWZ z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków dotyczących doświadczenia osób wskazanych do pełnienia funkcji „ekspert merytoryczny odpowiedzialny za nadzór nad treściami aplikacji (VR)” oraz „ekspert technologiczny odpowiedzialny za dostosowanie oraz integrację systemu/środowiska uruchomieniowego z poszczególnymi aplikacjami (VR)”;

4.art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp przez błędne i niezgodne z treścią SIWZ dokonanie oceny ofert w zakresie naruszenia zasad oceny ofert określonych w SIWZ przez przyznanie zbyt dużej liczby punktów w kryterium nr 2 „Ocena funkcjonalności - poziom gotowości”.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy IGNIBIT S.A, dokonania ponownej oceny oferty odwołującego oraz odrzucenia oferty IGNIBIT S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Alternatywnie, w przypadku nieuznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów nr 1 lub nr 2, odwołujący żądał nakazania wykluczenia IGNIBIT na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp lub nakazania ponownej oceny oferty IGNIBIT S.A. i uznania oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wykonawca IGNIBIT S.A. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający uwzględnił 11 września 2020 r. zarzuty odwołania w całości, wobec czego IGNIBIT S.A. 14 września 2020 r. wniósł sprzeciw.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwolujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Izba dokonała oceny dowodów powołanych przez odwołującego i przystępującego oraz rozważyła ich stanowiska wyrażone na rozprawie. Dowody, na których oparła się Izba, zostały powołane w treści uzasadnienia.

Odwolanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad. 1. W rozdziale 13 ust. 1 SIWZ zamawiający ustalił, że kryterium oceny ofert o wadze 30, będzie ocena funkcjonalności - poziom gotowości. Według zasad przyznawania punktów w tym kryterium zamawiający ocenia oferty (przyznaje punkty za poziom gotowości aplikacji przy założeniu, że łączna ilość funkcjonalności we wszystkich aplikacjach będących przedmiotem zamówienia wynosi 283 sztuki) wg następujących zasad:

- a) 30 punktów uzyska oferta wykonawcy, który zaproponuje oprogramowanie VR z gotowymi funkcjonalnościami na dzień składania oferty w liczbie równej lub większej od 142 tj. ponad 50 % wszystkich wymaganych funkcjonalności;
- b) 20 punktów uzyska oferta wykonawcy, który zaproponuje oprogramowanie VR z gotowymi funkcjonalnościami na dzień składania oferty w liczbie zawierającej się w przedziale od 100 do 141 ponad 35 % wszystkich wymaganych

funkcjonalności;

- c) 10 punktów uzyska oferta wykonawcy, który zaproponuje oprogramowanie VR z gotowymi funkcjonalnościami na dzień składania oferty w liczbie zawierającej się w przedziale od 71 do 99 ponad 25 % wszystkich wymaganych funkcjonalności;
- d) oferty, w których wykonawcy zadeklarują ilość gotowych funkcjonalności w ilości mniejszej niż 60, uzyskają 0 punktów.

Zamawiający ustalił, że wyliczy punkty procentowe z dokładnością do 1 miejsca po przecinku. Ocena dokonana będzie na podstawie dołączonej do oferty i wypełnionej tabeli z Załącznika nr 8 do SIWZ. W ramach oceny oferty w tym kryterium, wykonawca może otrzymać maksymalnie 30 pkt.

9 czerwca 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 11, które brzmiało:

„W SIWZ, w pkt. 13 lit. b. zamawiający wskazał, iż dokona oceny ofert pod kątem gotowości aplikacji VR na dzień składania ofert. W tym punkcie Zamawiający wskazał, iż oferty w których Wykonawca zadeklaruje ilość gotowych funkcjonalności w ilości mniejszej niż 60 uzyska 0 punktów. Niemniej jednak pierwszy punktowany przedział (10 punktów) rozpoczyna się od 71 spełnionych wymagań, co stanowi 25% wszystkich wymaganych funkcjonalności.

W związku z powyższym prosimy o informacje, jak należy interpretować te zapisy. Czy oferta wykonawcy, który zaproponuje oprogramowanie VR posiadające mniej niż 60 gotowych funkcjonalności zostanie odrzucona, a taka która będzie obejmowała od 60 do 71 gotowych funkcjonalności uzyska 0 punktów, czy też 0 punktów uzyskają wszystkie oferty, w których wykonawca zadeklaruje ilość gotowych funkcjonalności w ilości do 70 szt. włącznie”.

Zamawiający oświadczył w odpowiedzi, że dokonuje zmiany treści SIWZ w następujący sposób:

„Oferty, w których Wykonawcy zadeklarują ilość gotowych funkcjonalności w ilości mniejszej niż 70 uzyskają 0 punktów. Oferty, w których Wykonawcy wykażą mniej niż 70 funkcjonalności nie będą odrzucone. Pozostałe zapisy nie ulegają zmianom.”

Do oceny ofert kryterium poziom gotowości odnosi się pkt 7.3 10) b SIWZ. Zamawiający wskazał w nim, że w przypadku składania oferty na część 1 zamówienia będzie wymagał przeprowadzenia prezentacji działania funkcjonalności, które zostały zadeklarowane w dołączonym do oferty Załączniku nr 8 jako gotowe oraz, że:

- a) zamawiający przewiduje weryfikację w oparciu o prezentację przeprowadzoną przez wykonawcę w siedzibie zamawiającego na sprzęcie wykonawcy lub zdalnie przy użyciu systemu do wideokonferencji zapewnionego przez wykonawcę;
- b) prezentacja musi zostać przeprowadzona z użyciem systemu i symulatorów VR zapewnionych przez wykonawcę, nie dopuszcza się prezentacji poglądowych z użyciem oprogramowania prezentacyjnego np. Microsoft Power Point;
- c) w przypadku prezentacji symulatora/symulatorów VR prowadzonej zdalnie w formie wideokonferencji jednocześnie muszą być widoczne: ekran komputera na którym uruchomiono prezentację symulatora VR, widok z okularów VR oraz postać osoby użytkującej symulator VR podczas prezentacji;
- d) oferta wykonawcy, który nie udostępni prezentacji lub udostępniona prezentacja nie będzie obejmowała wszystkich zadeklarowanych wraz z ofertą gotowych wymagań, będzie podlegała odrzuceniu.
- e) wykonawca dla celów dowodowych prześle zamawiającemu prezentację w postaci plików komputerowych na dowolnym nośniku danych zapewniających nienaruszalność treści prezentacji.
- f) Na podst. art. 10c ust. 1 pkt. 4 Pzp zamawiający w zakresie prezentacji odstępuje od wymogu użycia środków komunikacji elektronicznej.

Wskazane postanowienie SIWZ było przedmiotem pytania nr 15 w brzmieniu:

„W punkcie 7.3 10) lit. b. d) Zamawiający wskazał, iż oferta Wykonawcy, który nie udostępni prezentacji lub udostępniona prezentacja nie będzie obejmowała wszystkich zadeklarowanych wraz z Ofertą gotowych wymagań, będzie podlegała odrzuceniu.” Wykonawca domniema, iż przez sformułowanie "udostępni prezentacji" Zamawiający rozumie przeprowadzenie jej zdalnie w formie wideokonferencji.

Prosimy o potwierdzenie, iż zapis ten został prawidłowo zrozumiany przez Wykonawcę lub też o wskazanie/doprecyzowanie jego innego znaczenia. Dodatkowo prosimy o potwierdzenie, iż odrzuceniu będą podlegały oferty Wykonawców, którzy nie przeprowadzili prezentacji w jednej z możliwych form, tj. w siedzibie Zamawiającego lub

zdalnie.”

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

Zamawiający potwierdza. Zamawiający uzna za spełnienie warunku udostępnienie prezentacji w formie wideokonferencji i odrzuci ofertę wykonawcy, który nie udostępnił prezentacji w żadnej z wymienionych w SIWZ form.

IGNIBIT S.A. w załączniku nr 8 do SIWZ, który został przez niego wypełniony, podpisany i złożony wraz z ofertą wskazał, że oferowane przez niego rozwiązanie posiada 162 gotowe funkcjonalności.

27 lipca 2020 r. miała miejsce prezentacja IGNIBIT S.A.

Na pytanie wykonawcy, czy wszystkie zadeklarowane funkcjonalności zostały pokazane, zamawiający odpowiedział, że tak (nagranie z prezentacji załączonej przez przystępującego, czas: 2:33:53).

19 sierpnia 2020 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty IGNIBIT S.A. W zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazał, że wykonawca podczas prezentacji dotyczącej oceny działania funkcjonalności zadeklarowanych w Załączniku nr 8 jako gotowe, potwierdził gotowość 154 z zadeklarowanych 162 funkcjonalności. Weryfikacja funkcjonalności została przeprowadzona zdalnie przy użyciu systemu do wideokonferencji zapewnionego przez wykonawcę.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, którego naruszenie zarzuca odwołujący stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Orzecznictwo zdefiniowało treść SIWZ jako opis potrzeb i wymagań zamawiającego dotyczących jakości, ilości, terminu lub innych elementów mających znaczenie dla wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W badanym postępowaniu zamawiający opisał 283 funkcjonalności, które zaprezentowane przez wykonawcę miały posłużyć ocenie jego oferty w kryterium jakości. Jednocześnie jednak zamawiający nie przewidział możliwości odrzucenia oferty w sytuacji braku zadeklarowania przez wykonawcę jakiegokolwiek funkcjonalności. SIWZ stanowi bowiem, że w razie przedstawienia przez wykonawcę od 0 do 71 funkcjonalności deklarowanych jako gotowe, zamawiający nie odrzuci oferty, jednak wykonawca nie otrzyma punktów w kryterium ocena funkcjonalności - poziom gotowości. Zamawiający nie ustalił minimalnego wymagania dotyczącego gotowości funkcjonalności. Wydaje się zatem, że w tej sytuacji sankcją za brak potwierdzenia gotowości deklarowanych funkcjonalności jest wyłącznie być zmniejszenie liczby punktów w kryterium poziom gotowości lub ewentualne wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w sytuacji ziszczenia wszystkich przesłanek wskazanych w tym przepisie. Brak postawienia przez zamawiającego jakichkolwiek wymagań co do jakości - minimalnej liczby oczekiwanych gotowych funkcjonalności uzasadnia tezę, że kwestia jakości nie stanowiła tego wymagania SIWZ, które uzasadniałoby zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Potwierdza to również wskazanie przez zamawiającego, że załącznik Nr 8, w którym wykonawcy deklarowali gotowość poszczególnych funkcjonalności ma służyć ocenie ofert - przyznaniu punktów, w kryterium pozacenowym.

Odwołujący zarzut zaniechania odrzucenia oferty IGNIBIT S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp buduje na literalnym brzmieniu pkt 7.3 10) lit. b. d) SIWZ zgodnie z którym, oferta wykonawcy, jeśli udostępniona prezentacja nie będzie obejmowała wszystkich zadeklarowanych wraz z ofertą gotowych wymagań, będzie podlegała odrzuceniu. Postanowienie to jednak stoi w sprzeczności z powołanym stwierdzeniem, że załącznik nr 8 ma służyć do oceny oferty, nie zaś do badania jej zgodności z SIWZ. Ponadto, w ocenie składu orzekającego postanowienie SIWZ, będące podstawą zarzutu, nie może być interpretowane w oderwaniu od kontekstu, który tworzą pozostałe postanowienia SIWZ. SIWZ będąca bowiem oświadczeniem zamawiającego, które zawiera w sobie elementy oświadczenia woli i wiedzy, ma charakter cywilnoprawny. Podlega zatem wykładni z zastosowaniem dyrektyw wynikających z art. 65 k.c.

Izba zważyła, że oparcie się wyłącznie na postanowieniu pkt 7.3 10) lit. b. d) SIWZ prowadziłoby do sytuacji, w której oferta IGNIBIT S.A., która prezentowała (w razie przyjęcia stanowiska zamawiającego) 154 zadeklarowanych z 162 zadeklarowanych funkcjonalności podlegałaby odrzuceniu, natomiast nie podlegałaby takiej sankcji oferta, w której wykonawca nie zadeklarowałby żadnej gotowej funkcjonalności albo liczba tych funkcjonalności byłaby znacząco mniejsza. Przyjęcie za trafne rozumowania odwołującego prowadziłoby zatem do sytuacji, w której zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera 152 z 283 przewidzianych funkcjonalności (ofertę, która powinna otrzymać 30 - maksymalną liczbę punktów), a przyjmuje ofertę z 71 funkcjonalnościami (otrzyma ona 10 punktów) albo ofertę nie deklarującą żadnej funkcjonalności (otrzyma ona 0 punktów). Skutkiem tego zamawiający musiałby odrzucić ofertę, która w istocie byłaby

oferta najkorzystniejszą zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 5 lit. a) Pzp, czyli oferującą najlepszy bilans ceny i pozostałych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Taka konstatacja prowadziłaby do rezultatu absurdalnego i sprzecznego ze społeczno-gospodarczym celem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznym. Dostrzec bowiem trzeba, że nawet ewentualne uznanie, że IGNIBIT

S.A. w dacie prezentacji miał gotowe 154, a nie wszystkie deklarowane 162 funkcjonalności, nie prowadziłoby do zmniejszenia liczby punktów w kryterium oceny gotowości, gdyż maksymalna liczba punktów 30, była przyznawana w sytuacji potwierdzenia gotowości 142 albo większej liczby funkcjonalności. Należy również uwzględnić, że wobec przewidzianych przez zamawiającego 283 ogólnej liczby funkcjonalności i deklarowanych przez IGNIBIT S.A. 162 funkcjonalności, ich ewentualne zmniejszenie do 154 nie miałyby istotnego, tak co do łącznej liczby funkcjonalności, jak i oceny w tym kryterium.

W tej sytuacji, mając na uwadze zarówno niekonsekwencję postanowień SIWZ, jak i opisane indywidualne okoliczności sporu, literalna wykładnia pkt 7.3 10) lit. b. d) SIWZ nie znajduje dostatecznego uzasadnienia. Prowadzi ona bowiem do sprzeczności z innymi postanowieniami SIWZ oraz rażąco niesprawiedliwych konsekwencji absurdalnych z punktu widzenia ekonomicznego i społecznego.

Izba zważyła ponadto, że przyznanie racji odwołującemu prowadziłoby w okolicznościach sprawy do rażącego naruszenia zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp - równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, a przede wszystkim zasady przejrzystości.

Zamawiający po zakończeniu prezentacji doszedł do przekonania, że IGNIBIT S.A. nie potwierdził gotowości wszystkich funkcjonalności przedstawionych w czasie prezentacji, jednak nie wskazał nigdzie, które funkcjonalności uznał za niegotowe. Nie uzewnętrznił swej oceny, ani w oświadczeniu skierowanym do odwołującego, ani w informacji o wyniku postępowania. Ocena zamawiającego została wyrażona wyłącznie w wewnętrznym dokumencie - protokole z posiedzenia komisji przetargowej.

Takie działanie zamawiającego należy uznać za nieprawidłowe. Zamawiający jest wprawdzie uprawniony do tego, aby czynność badania i oceny ofert kontynuować również po prezentacji oferowanego rozwiązania, jednak wyniki tej oceny powinny zostać upublicznione, w taki sposób, by czynność zamawiającego była możliwa do weryfikacji. Tymczasem w sprawie doszło do sytuacji, w której IGNIBIT S.A. nie otrzymał informacji, które funkcjonalności zamawiający uznał za niegotowe, a po przeprowadzonej prezentacji był uprawniony do mniemania, że wszystkie zaprezentowane funkcjonalności spełniały oczekiwania zamawiającego.

Nieprzejrzyste działanie zamawiającego mogłoby zatem doprowadzić do sytuacji, w której oferta IGNIBIT zostałaby odrzucona, choć wykonawca nie otrzymał od zamawiającego informacji o przyczynach takiej oceny. Nie mógł zatem odnieść się do tej oceny tak w toku postępowania. Również prawo do weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego przez wniesienie środków ochrony prawnej zostałoby w takim przypadku wyłączone albo co najmniej poważnie utrudnione. Takie działanie uniemożliwia uczciwe konkutowanie o udzielenie zamówienia i nie zasługuje na ochronę.

Wskazanie przez zamawiającego na rozprawie elementów prezentacji, obejmujących funkcjonalności, które uznał on za niegotowe, nie może być wzięte pod uwagę. Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może rozpoznawać zarzutów nie zawartych w odwołaniu. Brak uzewnętrznienia przez zamawiającego, które funkcjonalności uznał za niegotowe oraz przyczyn tej oceny, spowodował bowiem, że nie stało się to przedmiotem odwołania.

Kierując się tymi racjami Izba uznała, że oferta IGNIBIT S.A. nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ad. 2. W pkt 3. 3. zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia. Wskazał, że przedmiotem zamówienia jest zakup aplikacji wirtualnej rzeczywistości (VR) wraz ze sprzętem niezbędnym do wdrożenia aplikacji na potrzeby modyfikacji programów nauczania w Państwowej Wyższej Szkole Zawodowej im. prof. Edwarda F. Szczepanika w Suwałkach na kierunkach Ekonomia, Finanse i Rachunkowość, Ratownictwo Medyczne i Pielęgniarstwo oraz Bezpieczeństwo Wewnętrzne. Wskazał, że szczegółowe opisy przedmiotu zamówienia zawarte są w Załącznikach nr 8 i 9 do SIWZ. W pkt 7.1. ppkt 5) ustalił, że w przypadku składania oferty na Część 1 zamówienia wypełniony i podpisany przy pomocy kwalifikowanego podpisu elektronicznego załącznik nr 8 „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” Załącznik wymagany jest celem przeprowadzenia oceny ofert w kryterium Poziom gotowości.

Szczegółowe zestawienie podstaw faktycznych zarzutów zostało zawarte w formie tabeli w odwołaniu.

Rozpoznanie tego zarzutu odwołania wymaga w pierwszej kolejności przypomnienia, że prezentacja miała na celu ocenę oferty w kryterium pozacenowym, nie zaś zbadanie zgodności tej oferty z SIWZ. W konsekwencji ewentualne potwierdzenie zarzutów odwołania nie przyniosłoby skutku w postaci odrzucenia oferty IGNIBIT, lecz jedynie ewentualne uznanie części funkcjonalności za niegotowe. Jeśli liczba tych funkcjonalności byłaby znacząca biorąc pod uwagę przedziały przyznawania punktów w kryteriach pozacenowych, zamawiający mógłby ewentualnie jedynie obniżyć ocenę oferty IGNIBIT, natomiast nie byłby uprawniony do jej odrzucenia. Zarzut dotyczący obniżenia liczby punktów przyznanych ofercie IGNIBIT w kryterium dotyczącym gotowych funkcjonalności odwołujący opisuje odrębnie.

Ta konstatacja jest wystarczająca dla uznania zarzutu za niepotwierdzony. Stosownie bowiem do art. 192 ust. 7 Pzp Izba rozpoznaje wyłącznie zarzuty podniesione w odwołaniu, co oznacza, że odwołanie jest badane w granicach konkretnych okoliczności faktycznych i prawnych. Skoro ewentualne zaoferowanie funkcjonalności nie spełniających wymagań wynikających z opisu nie może przynieść skutku w postaci odrzucenia oferty, lecz jedynie zmniejszenia liczny punktów, zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie oferty INGIBIT nie może znaleźć potwierdzenia.

Myli się też odwołujący twierdząc, że to na przystępującym spoczywa obowiązek wykazania zamawiającemu zgodności swojej oferty z SIWZ. Obowiązek taki został wyrażony wprost w art. 30 ust. 5 Pzp jedynie w odniesieniu do rozwiązań równoważnych, w sytuacji gdy wykonawca powołuje się na takie rozwiązania. Do pozostałych przypadków złożenia oferty odnosi się art. 82 ust. 3 Pzp, który wskazuje jedynie, że treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Oznacza to, że w przypadku żądania odrzucenia oferty ciężar dowodu, co braku zgodności oferty z wymaganiami zamawiającego, spoczywa zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp na tym, kto podnosi zarzut, czyli w okolicznościach sporu na odwołującym. Na rozprawie odwołujący wprowadził w ogólny sposób podtrzymał wszystkie zarzuty i żądania odwołania, jednak zarzutów swych nie poparł dalszą argumentacją, ani dowodami.

Izba oceniła treść wymagań zamawiającego, których niespełnienie zarzuca odwołujący i skonstatowała, że zasadniczo ich źródłem jest odmienne rozumienie postanowień SIWZ przez odwołującego. W szczególności odwołujący wyprowadza z treści SIWZ wymagania, które wprost nie zostały w niej zapisane. W postępowaniu, w którym wykonawcy konkurują ze sobą oferując zamawiającemu różne rozwiązania, ich wzajemne kwestionowanie nie może być oparte wyłącznie na różnicach tych rozwiązań. Izba zważyła, że zamawiający badał ofertę IGNIBIT S.A. w czasie prezentacji oraz ponownie weryfikując następnie tę czynność, czego następstwem było obniżenie liczby funkcjonalności uznanych przez zamawiającego za gotowe w stosunku do liczby zadeklarowanej. Zamawiający uznał wprowadził zarzuty odwołania, jednak nie podał żadnej argumentacji skłaniającej do twierdzenia, że ocena dokonana przez niego pierwotnie była obarczona błędem, zwłaszcza o takim rozmiarze, jaki wskazuje odwołujący. Również zapoznanie się z nagraniem z prezentacji nie skłania do przyznania racji odwołującemu.

Odwołujący zarzucił również, że IGNIBIT złożył ofertę podlegającą odrzuceniu z uwagi na wskazanie edytora symulatorów VR Unreal Editor. Podniósł, że nie posiada on uprawnień do sublicencjonowania ww. narzędzia.

Z opisu przedmiotu zamówienia zawartego w pkt 3 SIWZ wynika, że zamawiający chciałby uzyskać w części 1 aplikację wirtualnej rzeczywistości (VR) obejmującą:

- a.
- b.
- c.
- d.

„Wirtualna interaktywna sala sądowa”

- e. Zakup bezterminowej licencji na moduł aplikacji wirtualnej rzeczywistości (VR) „Wirtualne skutki decyzji gospodarczych - symulator”
- f. Zakup bezterminowej licencji na moduł aplikacji wirtualnej rzeczywistości (VR) „Wirtualny symulator ewakuacji”

Należy przyznać rację odwołującemu, że zamawiający w żadnym punkcie dokumentacji przetargowej nie wskazuje sublicencjonowania jako warunku koniecznego do spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący nie wskazał również żadnych argumentów, czy dowodów na tezę przeciwną do poglądu odwołującego, że edytor jest częścią symulatora VR i nie jest integralną częścią modułu aplikacji, a zamawiający w

żadnym punkcie dokumentacji przetargowej nie wyklucza możliwości oferowania narzędzi komercyjnych i publicznie dostępnych. Odwołujący wyjaśnił również, że umowa licencyjna edytora Unreal Engine jest bezterminowa, a warunki licencji w ramach wersji 'Custom License' przewidują możliwość sublicencjonowania. Niezaprzeczona pozostała również teza, że odwołujący powołuje się na niewłaściwą wersję licencji.

O dopuszczeniu oferowania publicznie dostępnych narzędzi komercyjnych świadczy odpowiedź na pytanie nr 14 Uczestnika 2 udzielone 9 czerwca 2020 r. Na pytanie, czy w sytuacji, w której wykonawca zaoferuje oprogramowanie komercyjne i publicznie dostępne spełniające zamawiający będzie oczekiwał gwarancji udzielonej przez wykonawcę, czy producenta oprogramowania, zamawiający wyjaśnił, że będzie wymagał gwarancji od wykonawcy.

Ad. 3. Zgodnie z pkt 6 ppkt 2) c. SIWZ wykonawca powinien dysponować: b. jedną osobą wyznaczoną do pełnienia funkcji eksperta merytorycznego odpowiedzialną za nadzór nad treściami aplikacji (VR) a w szczególności nad treściami dydaktycznymi posiadającą:

a) wykształcenie wyższe;

b) doświadczenie obejmujące udział w roli eksperta merytorycznego w trakcie realizacji minimum trzech projektów polegających na dostawie aplikacji wirtualnej rzeczywistości (VR) wspierającej procesy dydaktyczne, każdy o wartości nie niższej niż 150.000 zł brutto.

c. jedną osobą wyznaczoną do pełnienia funkcji eksperta technologicznego odpowiedzialną za dostosowanie oraz integrację systemu/środowiska uruchomieniowego z poszczególnymi aplikacjami (VR) oraz dostarczaniem sprzętem posiadającą:

a) wykształcenie wyższe.

b) minimum pięcioletnie doświadczenie, obejmujące udział jako osoba odpowiedzialna

za dostosowanie, rozwój i adaptację oprogramowania w ramach systemu, w minimum trzech projektach każdy o wartości nie niższej niż 150 000 zł brutto.

W celu wykazania spełniania tego warunku wykonawca powinien złożyć wykaz zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ.

W odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp IGNIBIT złożył wykaz, w którym wskazał:

1) jako osobę powołaną do funkcji „ekspert merytoryczny odpowiedzialny za nadzór nad treściami aplikacji (VR)” Pana M. K. i doświadczenie uzyskane przez niego w związku z trzema projektami, w których pełnił funkcję „Kierownik projektu”;

2) jako osobę powołaną do funkcji „ekspert technologiczny odpowiedzialny za dostosowanie oraz integrację systemu/środowiska uruchomieniowego z poszczególnymi aplikacjami (VR)” Pana R. K. i doświadczenie uzyskane przez niego w związku z trzema projektami, w których pełnił funkcję „Kierownik projektu”.

Zdaniem odwołującego z tak opisanej funkcji nie wynika jednoznacznie, że w zakresie obowiązków powołanych osób było pełnienie funkcji związanych z rolą eksperta merytorycznego.

Izba uznała, że odwołujący nie udowodnił tego zarzutu. W załączniku nr 5 zamawiający żądał podania funkcji pełnionych przez dane osoby. Tymczasem o posiadaniu wymaganego doświadczenia nie może przesądzać sama nazwa stanowiska, na jakim dana osoba była zatrudniona. IGNIBIT na podstawie poglądu wyrażonego w literaturze przedmiotu wywodził, że kierownik projektu posiada również władzę ekspercką. Z braku jakiegokolwiek argumentacji oraz dowodów na twierdzenie przeciwne Izba uznała, że IGNIBIT dysponuje osobami o doświadczeniu wymaganym przez zamawiającego. Za dowód nie mogą zostać uznane powołane przez odwołującego wyjaśnienia SIWZ z 9 czerwca 2020 r. udzielone uczestnikowi 2 na pytanie nr 7. Zamawiający stwierdził w nim, że ze względu na znaczną wartość zamówienia i wymaganą, rozległą wiedzę merytoryczną osób mających uczestniczyć w kierowaniu i realizacji zamówienia nie dopuszcza powierzenia jednej osobie wszystkich funkcji kierowniczych. Wymaga się aby każdą z wymaganych funkcji kierowniczych sprawowała odrębna osoba. Wyjaśnienie to wskazuje wyłącznie na zakaz łączenia funkcji w czasie wykonywania danego zamówienia. Nie odnosi się natomiast w żaden sposób do wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności do kwestii możliwości nabycia oczekiwanych kompetencji w związku z pełnioną funkcją.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że IGNIBIT nie podlega wykluczeniu na podstawie art., 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. W świetle sformułowania wykazu osób oraz argumentacji przystępującego brak jest podstaw do wzywania do uzupełnienia

wykazu na podstawie art.

26 ust. 3 Pzp. Przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z wymaganiami opisanymi w SIWZ.

Ad. 4. W pkt 13 SIWZ zamawiający wskazał, że dokona oceny oferty pod kątem gotowości oferowanych aplikacji, uwzględniając wyłącznie funkcjonalności we wszystkich aplikacjach będących przedmiotem zamówienia w liczbie 283 sztuk. W odpowiedzi na pytanie nr 13 zadane przez Uczestnika II zamawiający wskazał, że część funkcjonalności zadeklarowana przez oferentów jako gotowa a mająca charakter ogólny, wspólny dla wszystkich aplikacji będzie punktowana jednorazowo, niezależnie od ilości aplikacji przedstawionych do oceny.

Odwolujący zarzucił, że zamawiający podczas oceny oferty IGNIBIT przyznał punkty niezgodnie z postanowieniami SIWZ, uwzględnił bowiem deklarację oferenta w zakresie spełnienia wymagań odnoszących się do opieki serwisowej oraz funkcjonalności ogólne, wspólne dla wszystkich aplikacji policzył kilkakrotnie.

W świetle stanowiska przystępującego zawartego w piśmie procesowym, zarzut ten jest zasadniczo niesporny. Izba przyznała jednak rację IGNIBIT również co do tego, że uwzględnienie tego zarzutu nie wpłynie na obniżenie liczby punktów przyznanej jego ofercie w kryterium ocena funkcjonalności - poziom gotowości. Izba zgodziła się, że w takim przypadku powinna ulec obniżeniu zarówno maksymalna możliwa do uzyskania ilość punktów oraz proporcjonalnie liczba punktowanych funkcjonalności. Zatem odwołujący otrzyma taką samą liczbę punktów, a relatywna ocena względem oferty odwołującego również nie ulegnie zmianie. Wobec powyższego potwierdzenie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 2 pkt 5 nie miało wpływu na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji, wydając orzeczenie łączne na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp. O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł, zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 2 oraz § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: