WYROK

z dnia 28 maja 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 maja 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę

Stowarzyszenie Siła w Innowacji, ul. Bolesława Limanowskiego 26/30, 26-600 Radom w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Podlaskie, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 1, 15-888 Białystok

przy udziale wykonawcy B. H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Tech Koncept B. H., ul. Marcelińska 61/1, 60-354 Poznań zgłaszającego przystąpienie do

postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Stowarzyszenie Siła w Innowacji, ul.

Bolesława Limanowskiego 26/30, 26-600 Radom i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Stowarzyszenie Siła w Innowacji, ul. Bolesława Limanowskiego 26/30, 26-600 Radom tytułem wpisu od odwołania.

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

Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Zamawiający Województwo Podlaskie, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 1, 15-888 Białystok wszczął postępowanie na usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Inżynier kontraktu do projektu „Rozwój cyfrowych usług województwa podlaskiego"«.

14.02.2020 r. zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nrem 512634-N-2020.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

08.04.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy B. H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Tech Koncept B. H., ul. Marcelińska 61/1, 60-354 Poznań (dalej „wykonawca T").

Na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz.1843) („Pzp") 14.04.2020 r. wykonawca Stowarzyszenie Siła w Innowacji, ul. Bolesława Limanowskiego, nr 26/30, 26-600 Radom, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp przez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę T, pomimo że oferta wykonawcy T zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i wykonawca T nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Pzp, w tym wykonawca T nie złożył właściwych dowodów dotyczących wyliczenia ceny;

2) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez uznanie, że wykonawca T spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie określonym w rozdz. VII ust. 2 pkt 3 lit. e tiret pierwsze SIWZ (zmiana treści SIWZ z 25.02.2020 r.), tj. przez uznanie, że wykonawca T wykonał w okresie ostatnich 7 lat przed upływem składania ofert co najmniej jedno zamówienie polegające na zarządzaniu projektem partnerskim (projekt partnerski - projekt, w którym uczestniczyły min. 2 podmioty), o wartości projektu co najmniej 1 mln zł brutto;

3) art. 24 ust. 1 pkt 16 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T z postępowania, pomimo że wykonawca T:

a) w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził

zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca T spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie określonym w rozdz. VII ust. 2 pkt 3 lit. e tiret pierwsze SIWZ (zmiana treści SIWZ z 25.02.2020 r.) lub

b) w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, jakoby wykonawca T spełniał warunki udziału w postępowaniu w zakresie określonym w rozdz. VII ust. 2 pkt 3 lit. e tiret pierwsze SIWZ (zmiana treści SIWZ z 25.02.2020 r.), co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;

4) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T z postępowania oraz uznanie, że wykonawca T spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie określonym w:

a) rozdz. VII ust. 2 pkt 3 lit. b SIWZ, tj. przez uznanie, że wykonawca T posiada doświadczenie w przeprowadzeniu postępowań przetargowych o charakterze informatycznym o wartości projektu 1 mln zł każde, płynące z wykonania zamówienia wskazanego w wierszu nr 7, w części właściwej dla Specjalisty ds.

zamówień publicznych (str. 16 oferty wykonawcy T) pomimo, że projekt opiewa na kwotę mniejszą niż 1 mln zł,

b) rozdz. VII ust. 2 pkt 3 lit. b SIWZ, tj. przez uznanie, że wykonawca T posiada doświadczenie w przeprowadzeniu postępowań przetargowych o charakterze informatycznym o wartości projektu 1 mln zł każde, płynące z wykonania zamówień wskazanych w wierszach nr 7-9, w części właściwej dla Specjalisty ds. zamówień publicznych (str. 16-17 oferty wykonawcy T) pomimo, że zamówienia te nie zostały jeszcze zrealizowane,

c) rozdz. VII ust. 2 pkt 3 lit. c SIWZ, tj. przez uznanie, że wykonawca P. Z. posiada doświadczenie we wdrażaniu elektronicznych usług o wartości projektu co najmniej 1 mln zł brutto każdy, płynące z wykonania zamówienia wskazanego w wierszu nr 3, w części właściwej dla Specjalisty ds. projektowania i wdrażania projektów informatycznych (str. 17 oferty wykonawcy T) pomimo, że zamówienie to nie zostało jeszcze zrealizowane,

d) rozdz. VII ust. 2 pkt 3 lit. d SIWZ, tj. przez uznanie, że wykonawca A. K. posiada doświadczenie w opracowywaniu założeń i wdrażaniu rozwiązań technologicznych w zakresie bezpieczeństwa teleinformatycznego o wartości projektu co najmniej 1 mln zł brutto każdy, płynące z wykonania zamówień wskazanych w wierszach nr 3, 4 i 6, w części właściwej dla

Specjalisty ds. systemów i urządzeń ochrony sieci teleinformatycznych (str. 17 oferty wykonawcy T) pomimo, że zamówienia te nie zostały jeszcze zrealizowane;

5) ewentualnie, wyłącznie w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że zarzut nr 4 jest przedwczesny, odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art.

26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy T do

wyjaśnień w zakresie:

a) wartości projektu wskazanego w wierszu nr 7, w części właściwej dla Specjalisty ds. zamówień publicznych (str. 16 oferty wykonawcy T)

b) niezrealizowanych zamówień wskazanych w wierszach nr 7-9, w części właściwej dla Specjalisty ds. zamówień publicznych (str. 16 i 17 oferty wykonawcy T)

c) niezrealizowanego zamówienia wskazanego w wierszu nr 3, w części właściwej

dla Specjalisty ds. projektowania i wdrażania projektów informatycznych (str. 17 oferty wykonawcy T)

d) niezrealizowanych zamówień wskazanych w wierszach nr 3, 4 i 6, w części

właściwej dla Specjalisty ds. systemów i urządzeń ochrony sieci

teleinformatycznych (str. 17 oferty wykonawcy T)

- pomimo, że z wierszy tych nie wynika, by zamówienia w nich wskazane spełniały wymogi określone odpowiednio w rozdziale VII ust. 2 pkt 3 lit. b, rozdziale VII ust. 2 pkt 3 lit. c i rozdziale VII ust. 2 pkt 3 lit. d;

6) art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22d ust. 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T z postępowania, pomimo że osobiste i bezpośrednie zaangażowanie wykonawcy T w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia, co powinno skutkować uznaniem przez zamawiającego, że wykonawca T nie posiada wymaganych zdolności

- a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert;

3) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę T;

4) wykluczenie z postępowania wykonawcy T;

5) uznanie oferty odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu;

6) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Interes:

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Nieuwzględnienie odwołania przez zamawiającego spowoduje, że zamawiający udzieli zamówienia wykonawcy, którego oferta została wybrana wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Ponadto

uwzględnienie zarzutów odwołującego uczyni ofertę odwołującego najkorzystniejszą w postępowaniu, a tym samym umożliwi odwołującemu uzyskanie zamówienia.

Argumentacja odwołującego

I. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy T - rażąco niska cena

1. Pismem z 4.03.2020 r. zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, wezwał wykonawcę T do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny. Zamawiający zażądał złożenia dowodów („prosimy o złożenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów", „prosimy o dostarczenie wyjaśnień wraz z dowodami").

2. Zamówienie ma charakter czysto usługowy, a jego zakres precyzyjnie wskazuje załącznik nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ). Do sprawnej realizacji zamówienia przez Inżyniera Kontraktu konieczne jest współdziałanie szeregu specjalistów,

z których każdy powinien wykonywać adekwatne do jego umiejętności zadania w określonym

wymiarze godzin oraz otrzymywać stosowne wynagrodzenie.

3. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, 10.03.2020 r. wykonawca T złożył wyjaśnienia. Wyjaśnienia te mają charakter ogólny i w żaden sposób nie potwierdzają,

jakoby cena zaoferowana przez wykonawcę T miała charakter rynkowy. Choć zostały sporządzone na siedmiu stronach, po ich lekturze wciąż nie wiadomo, dlaczego cena w ofercie tego wykonawcy jest tak niska. Wyjaśnienia, poza porównaniem stosunku budżetów projektów do cen ofert w innych postępowaniach oraz ogólnymi, niepopartymi żadnymi dowodami frazami (np. głównym elementem cenotwórczym jest doświadczenie personelu oraz jego umiejętności interpersonalne, umiejętność sprawnego i szybkiego reagowania, podejmowania dobrych decyzji „(...) zamówienie jest adekwatne do nabytego doświadczenia wykonawcy, realizowanych projektów, napotykanych problemów i adekwatne do wykształcenia posiadanego przez dedykowany personel"), nie zawierają żadnych konkretnych stwierdzeń mogących przekonać odbiorcę do realności ceny zaproponowanej przez wykonawcę T. W szczególności wykonawca T:

1) nie wskazał zakładanej pracochłonności zamówienia - zarówno w sposób ogólny, jak w podziale na obszary;

2) nie wskazał stawek wynagrodzenia, jakie otrzymują konkretni, zatrudniani przez niego specjaliści ograniczając się do ogólnego stwierdzenia „Wykonawca w rozliczeniach z personelem przyjmuje uśrednioną stawkę godzinową w wysokości 1,6 stawki godzinowej dla przeciętnego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw;

3) nie przedstawił kalkulacji ceny;

4) nie nawiązał do zakresu zadań w ramach zamówienia;

5) nie złożył żadnych dowodów na okoliczność realności oferowanej ceny przez wykonawcę T;

6) powołał się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej sprzed nowelizacji Pzp, która to nowelizacja weszła w życie 28.07.2016 r. i na której mocy m.in. zobowiązano

wykonawców do składania dowodów dotyczących ceny.

Zamawiający, po otrzymaniu 10.03.2020 r. wyjaśnień wykonawcy T, był zobowiązany do odrzucenia oferty wykonawcy T bez wzywania go do kolejnych wyjaśnień. Procedura ponownego wzywania do wyjaśnień może mieć zastosowanie tylko wtedy, gdy istnieje potrzeba doprecyzowania części wyjaśnień. Tymczasem wyjaśnienia złożone przez wykonawcę T jako wyjaśnienia ogólne, nienawiązujące do zakresu przedmiotu zamówienia, niepoparte żadnymi dowodami, nie powinny być uznane za wyjaśnienia spełniające wymogi ustawodawcy i zamawiającego. 10.03.2020 r. wykonawca T nie sprostał wymogom Pzp oraz żądaniom zamawiającego, wykonawca T zignorował wyrażone dwukrotnie w wezwaniu zamawiającego żądanie złożenia dowodów i wykonawca T przedstawił zamawiającemu wyjaśnienia, które przesądziły o konieczności odrzucenia oferty wykonawcy T.

5. Jednak zamawiający postanowił dać wykonawcy T „drugą szansę" i pismem z 12.03.2020 r. ponownie wezwał go do wyjaśnienia ceny. Zamawiający precyzyjnie wskazał, że oczekuje złożenia mu „(...) konkretnych szacunków, kalkulacji, przedstawienie dowodów, składających się na cenę złożonej oferty, umożliwiających zamawiającemu podjęcie świadomej decyzji dotyczącej uznania ceny za niską czy rażąco niską" (akapit drugi). Ponadto zamawiający, podobnie jak w wezwaniu z 4.03.2020 r., zażądał dostarczenia zamawiającemu wyjaśnień wraz z dowodami za pośrednictwem udostępnionej platformy (akapit trzeci).

6. Pomimo otrzymania od zamawiającego „drugiej szansy" w postaci możliwości złożenia kolejnych wyjaśnień co do ceny, wykonawca T po raz kolejny nie sprostał żądaniom zamawiającego i wymogom Pzp. Składając 16.03.2020 r. wyjaśnienia, wykonawca T po raz kolejny skupił się na projektach realizowanych w innych postępowaniach i zamiast, zgodnie

z żądaniem zamawiającego, przedstawić zamawiającemu konkretne szacunki i konkretne

kalkulacje składające się na cenę oferty, wykonawca T omówił stosunek cen zaoferowanych przez siebie w innych projektach do budżetów tych projektów (str. 1-2 wyjaśnień z 16.03.2020 r.) Przechodząc dalej, wykonawca T wskazał, że:

1) „założono potrzebny czas pracy na 1600 godzin, co daje 200 dni roboczych" - nie wiadomo, jak kształtuje się pracochłonność w podziale na specjalistów (i jak są oni wynagradzani); co więcej, nie wiadomo, ile z tych godzin wykona osobiście wykonawca T (tj. osoba, która w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej złożyła ofertę w postępowaniu) zwłaszcza, że wskazał on siebie samego jako osobę mającą pełnić funkcje zarówno Kierownika zespołu, jak i specjalisty ds. zamówień publicznych (Wykaz osób - załącznik nr 3a/7, załączony do oferty);

2) „Koszt samochodu (0,64 zł na km) przyjęto jako suma kosztów samochodu za rok poprzedni, w przeliczeniu na km i zastosowanym mnożnikiem 1,04. Założono konieczność wykonania podróży - 32 000 km" - nie wiadomo, dlaczego liczbę 32 000 (a nie 20, 50 czy 70 tys.) jako liczbę kilometrów, które wykonawca T wykona w ramach wykonania zamówienia (brak szacunków, wskazania odległości personelu wykonawcy T od miejsca wykonania zamówienia); co więcej, koszt samochodu został obniżony ze stawki ogólnej za kilometrówkę 0,8358 zł do 0,64 zł, a jednocześnie wykonawca T nie wyjaśnił oraz nie udowodnił, jakie spalanie generuje posiadany przez niego samochód oraz dlaczego przyjął mnożnik 1,04 zł;

3) „Założono koszt Hoteli i Delegacji" (z tabeli na str. 3 wynika, że w łącznej kwocie 7 000 zł + VAT) - wykonawca T nie wskazał, ile kosztuje doba hotelowa w podlaskim hotelu, nie wskazał szacunkowej liczby dób hotelowych, które będzie zobowiązany opłacić, nie wskazał, co rozumie pod pojęciem „delegacji", ilu delegacji się spodziewa oraz jaką stawkę za delegację przyjmuje;

4) posiada „zaplecze do prowadzenia działalności" (3 laptopy itp.) jednocześnie nie wyjaśniając, w jaki sposób miałoby mu to dać przewagę cenową nad konkurencją, a także nie przedstawiając żadnych dowodów na okoliczność posiadania tego zaplecza.

7. W złożonych 16.03.2020 r. wyjaśnieniach wykonawca T zaniechał m.in.:

1) wskazania szacunkowej pracochłonności wykonania zamówienia w podziale na każdego z zatrudnianych przez wykonawcę T, delegowanych do realizacji zamówienia specjalistów oraz wykonawcę T;

2) złożenia dowodów na okoliczność wynagrodzenia, jakie otrzymują zatrudniani przez wykonawcę T specjaliści; projekt ma charakter czysto usługowy, na koszt zamówienia głównie składa się koszt ludzkiej pracy i w takiej sytuacji oczywistym jest, że do stwierdzenia realności ceny koniecznym jest wykazanie, jakie wynagrodzenie otrzymują ludzie zatrudniani przez wykonawcę T;

3) powiązania konkretnych grup czynności, które będą do wykonania w ramach zamówienia, z danym kosztem;

4) złożenia dowodów na okoliczność kosztów hoteli i delegacji.

8. Złożone przez wykonawcę T dokumenty nie są „dowodami" mającymi potwierdzać realność zaoferowanej ceny. Z punktu widzenia zamawiającego, oceniającego rynkowość ceny w prowadzonym przez zamawiającego (a nie przez innych zamawiających) postępowaniu bez znaczenia jest, jakie wynagrodzenie otrzymywał wykonawca T w innych projektach. Złożone wraz z wyjaśnieniami „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty" oraz dwie referencje (str. 6-8 wyjaśnień) nie są dowodami dotyczącymi wyliczenia ceny, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. Podobnie sprawa wygląda z informacją o posiadanych przez wykonawcę T 15.03.2020 r. środkach na rachunku bankowym - okoliczność, że wykonawca T zgromadził na rachunku kilkadziesiąt tysięcy złotych (których, notabene, już następnego dnia mógł nie mieć), nie może wpływać na ocenę realności oferowanej przez wykonawcę ceny.

9. Jak wyżej wskazano, zarówno 10.03.2020 r., jak i 16.03.2020 r., wykonawca T nie sprostał obowiązkowi wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niską.

Pomimo otrzymania wyraźnych instrukcji od zamawiającego oraz pomimo obowiązującej od kilku lat treści art. 90 ust. 1 i 3 Pzp, wykonawca T nie przedstawił konkretnych szacunków, kalkulacji, dowodów na okoliczność realności ceny. W treści obu wyjaśnień zawarto zapewnienia o doświadczeniu i predyspozycjach wykonawca T do realizacji zamówienia, lecz na podstawie treści tych wyjaśnień można wysnuć wniosek, że doświadczenie to nie idzie w parze z jakością składanych pism przez wykonawcę T.

Zważywszy na to, że w przypadku zawarcia przez zamawiającego z wykonawcą T umowy na realizację zamówienia, wykonawca T będzie odpowiedzialny za m.in. ocenę składanych przez wykonawców w ramach postępowań wyjaśnień dotyczących ceny, uznanie oferty wykonawcy T za najkorzystniejszą w postępowaniu jest nie tylko pogwałceniem art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp, ale rodzi też niebezpieczeństwo co do prawidłowego stosowania przepisów Pzp w postępowaniach, których przebieg w głównej mierze będzie zależał od wykonawcy T - Inżyniera Kontraktu.

10. Celem instytucji wezwania do wyjaśnień ceny oraz złożenia odpowiedzi na to wezwanie jest przekonanie zamawiającego lub udowodnienie zamawiającemu, że dany wykonawca znajduje się w tak wyjątkowej (odbiegającej od normy) sytuacji, w której zrealizuje zamówienie za kwotę o wiele niższą, niż szacował to zamawiający. Zamawiający wykonują zadania publiczne i muszą mieć pewność, że wykonawcy będą w stanie zrealizować zamówienie publiczne należycie, bez opóźnień i wad wynikających z niedoszacowania ceny oferty. Ponadto zamawiający publiczni nie mogą wspierać wykonawców oferujących ceny dumpingowe. Biorąc powyższe pod uwagę, uzasadnionym jest żądanie od wykonawców konkretnych, merytorycznych odpowiedzi, będących przeciwieństwem banalnych, ogólnikowych sformułowań.

11. Odwołujący przytoczył orzecznictwo Izby: KIO 992/19, KIO 619/19, KIO 2586/17 na poparcie swoich argumentów.

II. Zaniechanie wykluczenia T z postępowania - zamówienie dla Stowarzyszenia Wielkich Jezior Mazurskich 2020 (zarzuty nr 2-3)

1. 25.02.2020 r. doszło do zmiany treści SIWZ przez m.in. dodanie w rozdz. VII pkt 2 ust. 3 lit. e brzmiącej:

„e) Zamawiający uzna, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdy wykonawca wykaże, że:

wykonał w okresie 7 lat przed upływem składania ofert (...) co najmniej dwie usługi w zakresie zarządzania projektami, w tym:

- co najmniej jedno zamówienie polegające na zarządzaniu projektem partnerskim (projekt partnerski - projekt, w którym uczestniczyły min. 2 podmioty), o wartości projektu co najmniej 1 mln zł,

- co najmniej jedno zamówienie polegające na zarządzaniu projektem informatycznym, o wartości projektu co najmniej 1 mln zł brutto".

2. Pismem z 24.03.2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę T do złożenia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. W odpowiedzi wykonawca T 30.03.2020 r. złożył wykaz usług zawierający trzy pozycje, z czego dwie zawarto na str. 3, zaś jedną na str. 8. Dowód mający potwierdzać należyte wykonanie zamówienia z pozycji nr 3 znajduje się na str. 9 pisma wykonawcy T.

3. Pozycja nr 3 wykazu usług (str. 8 pisma wykonawcy T z 30.03.2020 r., pierwotnie utajniona przez wykonawcę T) miała dotyczyć spełnienia przez wykonawcę T warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdz. VII ust. 2 pkt 3 lit. e tiret pierwsze SIWZ, tj. doświadczenia w zarządzaniu projektem partnerskim. Zgodnie z jej treścią, wykonawca T miał pełnić rolę Koordynatora prac w projekcie o wartości ponad 11 mln zł, w którym jako odbiorcę wykonawcy T wskazał Stowarzyszenie Wielkie Jeziora Mazurskie 2020 oraz Entrast sp. z o.o. Jako datę wykonania usługi wykonawca T wskazał 1.01.2018-31.12.2019 r.

4. Tymczasem jak wynika z „Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty" z 6.11.2017 r. (załącznik nr 1 do odwołania) Stowarzyszenie Wielkie Jeziora Mazurskie 2020 udzieliło zamówienia na „Kompleksową usługę zarządzania projektem" nie Entrast sp. z o.o., lecz B. i Wspólnicy sp. k. Co więcej, jak wynika z odpisu pełnego z KRS (załącznik nr 2 do odwołania) Entrast sp. z o.o. została założona dopiero w marcu 2019 r., a więc po 14 miesiącach od daty wskazanej przez wykonawcę T (w pozycji 3 wykazu usług) jako data początkowa realizacji usługi.

5. Skoro:

1) Stowarzyszenie Wielkie Jeziora Mazurskie 2020 udzieliło zamówienia B. i Wspólnicy sp. k., a nie Entrast sp. z o.o. bądź wykonawcy T;

2) w pozycji nr 3 wykazu usług wykonawca T wskazał Entrast sp. z o.o. jako odbiorcę usługi (obok Stowarzyszenia Wielkich Jezior Mazurskich 2020);

3) Entrast sp. z o.o. powstała 14 miesięcy po wskazanym rozpoczęciu przez wykonawcę T wykonywania usługi

- to nieprawdą jest, by wykonawca T wykonał zamówienie dla Entrast sp. z o.o. (powstałej wiele miesięcy później).

Powyższe oznacza również, że wykonawca T nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zarządzania projektem partnerskim oraz że powinien zostać wykluczony z postępowania na mocy art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd co do zamówienia z pozycji nr 3 wykazu usług, ziściła się również przesłanka wykluczenia wykonawcy T z postępowania na mocy art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp.

6. Z ostrożności odwołujący dodaje, że zamówienia wskazane w pozycji nr 1 i 2 wykazu usług dotyczą zarządzania projektem informatycznym, a zatem ich wykonanie potwierdza spełnianie przez wykonawcę T warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym

w rozdz. VII ust. 2 pkt 3 lit. e tiret drugie (a nie pierwsze) SIWZ.

III. Dotyczy wykazu osób, załącznik nr 3a/7

1. W pozycji nr 7 Wykazu osób - Załącznik nr 3a/7, w części dotyczącej Specjalisty ds. zamówień publicznych (str. 16 oferty wykonawcy T), wykonawca T zamieścił informacje dotyczące projektu „Zakup i wdrożenie Systemu eRada. Przyjazny Cyfrowy Urząd w Iławie" wskazując, że wartość projektu wynosi ponad 1 mln zł.

2. Zgodnie z kryteriami oceny ofert, zamówienia wskazywane ponad minimum określone przez zamawiającego, mające stanowić o ponadpodstawowym doświadczeniu członków zespołu wykonawcy, były dodatkowo punktowane (rozdział XX ust. 2 pkt 2 SIWZ). Umieszczenie wiec w wykazie dotyczącym osób informacji o wielu zrealizowanych zamówieniach mogło przesądzić o wygranej wykonawcy T, zwłaszcza, że kryterium doświadczenia zespołu wykonawcy miało znaczenie aż 40% przy ocenie ofert.

3. W toku postępowania, w odpowiedzi na wezwanie dotyczące ceny, wykonawca T złożył wyjaśnienia z 16.03.2020 r., z których wynika, że zamówienie zrealizowane dla Powiatu Iława, wskazane w tabeli na str. 1 wyjaśnień, opiewało na kwotę 848 420,08 zł. Odwołujący domyśla się, że jest to to samo zamówienie, co zamówienie wskazane w pozycji nr 7 Wykazu osób - Załącznik nr 3a/7, w części dotyczącej Specjalisty ds. zamówień publicznych, które tam zostało określone na kwotę „ponad 1 mln PLN".

4. Skoro wartość zamówienia dla Powiatu Iława wynosiła 848 420,08 zł, to wykonawca T nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie pozycji nr 7, w części dotyczącej Specjalisty ds. zamówień publicznych.

5. W tabeli dotyczącej doświadczenia osób pojawiły się informacje dotyczące kilku projektów będących w toku realizacji, w tym projekt rozpoczęty 16.01.2020 r. (wiersz nr 6, część dotycząca Specjalisty ds. systemów i urządzeń ochrony sieci teleinformatycznych). Są

to projekty wskazane w wierszach nr 7-9, w części właściwej dla Specjalisty ds. zamówień publicznych (str. 16-17 oferty wykonawcy T), w wierszu nr 3, w części właściwej dla Specjalisty ds. projektowania i wdrażania projektów informatycznych (str. 17 oferty wykonawcy T) oraz w wierszach nr 3, 4 i 6, w części właściwej dla Specjalisty ds. systemów i urządzeń ochrony sieci teleinformatycznych (str. 17 oferty wykonawcy T).

6. Umieszczając informacje o niezrealizowanych jeszcze projektach, wykonawca T nie wskazał, w jakim zakresie projekt został zrealizowany. Tymczasem postanowienia SIWZ stanowią, że warunek dotyczący doświadczenia danej osoby z zespołu wykonawcy jest spełniony wtedy, gdy wartość projektu wynosi co najmniej 1 mln zł brutto (dla każdego z projektów) - dotyczy specjalistów ds. projektowania i wdrażania projektów informatycznych oraz ds. systemów i urządzeń ochrony sieci teleinformatycznych. Podobny wymóg sformułowano dla Specjalisty ds. zamówień publicznych - dana osoba ma doświadczenie, jeżeli przeprowadziła postępowania przetargowe dla projektów o wartości co najmniej 1 mln zł każdy. Czytając Wykaz osób wykonawcy T, zamawiający nie mógł więc mieć wiedzy, czy część z projektów wskazanych w tabeli spełnia wymogi SIWZ.

7. Skoro więc wykonawca T nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę T z postępowania. Ewentualnie, w przypadku uznania przez KIO, że jest to przedwczesne, zamawiający powinien wezwać wykonawcę T do wyjaśnień w zakresie wartości zamówienia (dot. Powiatu Iława) oraz zakresu

zrealizowanych usług w niedokończonych projektach.

IV. Zarzut dotyczący zaangażowania T w inne przedsięwzięcia gospodarcze (zarzut nr 6)

1. Zgodnie z OPZ, Inżynier Kontraktu będzie odpowiedzialny za wykonanie szeregu czynności dla Lidera Projektu oraz 13 Partnerów Projektu. Miejscem wykonywania usług będzie 14 miejsc na Podlasiu, co znacznie wydłuży realizację zamówienia w porównaniu do „klasycznego" zamówienia z jednym odbiorcą usług.

2. W pierwotnej treści SIWZ zamawiający nie zezwalał na łączenie przez jedną osobę funkcji w ramach zamówienia. W wyniku złożenia wniosku o zmianę SIWZ, zamawiający warunkowo zezwolił na wykonywanie dwóch funkcji przez jedną osobę. W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający stwierdził jednak, że „ze względu na wielkość i wartość projektu (14 podmiotów, 7 mln zł), konieczne jest, by Inżynier Kontraktu dysponował zespołem min. 3 osobowym" (odpowiedź na pytanie nr 2, Pytania i odpowiedzi z 18.02.2020 r.). Z tego wynika, że spełniając prośbę wykonawcy co do możliwości połączenia dwóch funkcji przez jedną osobę, zamawiający podkreślił, że projekt będzie wymagał dużego zaangażowania ze strony osób znajdujących się w zespole Inżyniera Kontraktu.

3. Sama treść OPZ jest wyrazem oczekiwania zamawiającego co do aktywnego zaangażowania Inżyniera Kontraktu w realizację zamówienia. Oprócz zadań, które można wykonywać zdalnie (jak przygotowywanie dokumentacji), do jego zadań będzie należeć m.in. osobisty nadzór nad odbiorami sprzętu i oprogramowania u Lidera i Partnerów projektu czy udział w negocjacjach, rokowaniach, rozmowach, spotkaniach itp. w sprawach związanych z realizacją projektu, w przypadku uznania przez zamawiającego i Partnerów projektu, że obecność przedstawiciela Inżyniera kontraktu jest niezbędna (rozdz. V pkt 12 i 18 OPZ).

4. Zgodnie z ofertą wykonawcy T, funkcje Kierownika projektu oraz Specjalisty ds. zamówień publicznych ma pełnić osobiście wykonawca T, którego działalność gospodarcza jest zarejestrowana w Poznaniu - 510 km od siedziby zamawiającego.

5. Jednocześnie z informacji dostępnych publicznie wynika, że wykonawca T w okresie analogicznym do okresu wykonywania przedmiotowego zamówienia ma wykonywać funkcję Doradcy Technicznego w zakresie prawidłowości realizacji umowy zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania oznaczonego znakiem: ZPL.273.7.2019 pn. „Dostawa cyfrowej platformy standaryzującej zasoby informacyjne o charakterze przestrzennym w celu ich publikacji oraz świadczenia związanych z nimi e-usług, w ramach projektu pn. „Informatyzacja i modernizacja danych zasobów geodezyjnych powiatów województwa lubuskiego do świadczenia e-usług". Zgodnie z informacjami zawartymi na stronie Związku Powiatów Lubuskich z siedzibą w Zielonej Górze

1) zamówienie to wykonawca T będzie realizować do 30.09.2021 r. (rozdz. IV SIWZ);

2) wykonawca T będzie uczestniczyć w spotkaniach w siedzibie zamawiającego min. 3 razy w tygodniu (wiersz nr 2 tabeli na str. 2 Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w związku z rozdz. XIII pkt 3 lit. b SIWZ - oba dokumenty stanowią załączniki odpowiednio nr 3 i 4 do odwołania).

6. Odległość pomiędzy siedzibą Związku Powiatów Lubuskich a siedzibą zamawiającego wynosi ok. 643 km. Termin realizacji zamówienia dla zamawiającego (do 25.10.2021 r.) niemal w całości pokrywa się z terminem realizacji zamówienia dla Związku Powiatów Lubuskich (do 30.09.2021 r.).

7. Co więcej, zgodnie z informacjami zawartymi na stronie wykonawca T złożył również ofertę w innym przetargu Związku Powiatów Lubuskich, w którym to przetargu oferta wykonawcy T prawdopodobnie zostanie uznana za najkorzystniejszą. Również w tym postępowaniu wykonawca T zaoferował stawiennictwo na 3 spotkaniach w tygodniu (informacja z otwarcia ofert stanowi załącznik nr 5 do odwołania).

8. Biorąc pod uwagę niedokończone projekty, w których wykonawca T osobiście pełni rolę Specjalisty ds. zamówień publicznych (w szczególności te z Wykazu osób), należyta realizacja przez wykonawcę T zamówienia dla zamawiającego jest niemożliwa. Wykonawca T to jednoosobowa działalność gospodarcza, w której przedsiębiorca, wykonawca T wykonuje wszelkie zadania poza zadaniami z zakresu stricte informatycznego. Oznacza to, że wykonawca T jest osobą osobiście podpisującą wszelkie protokoły, biorącą udział we wszelkich naradach, spotkaniach (funkcja Kierownika projektu), ale także sporządzającą

wszelką dokumentację w postępowaniu, sprawdzającą poprawność złożonych ofert, udzielonych wyjaśnień itp. (funkcja Specjalisty ds. zamówień publicznych). Nierealnym jest, by osoba tak zaangażowana w inne projekty, u zamawiających z różnych regionów Polski (Zielona Góra, Iława, Ostróda, Lidzbark Warmiński), a także inne, niewymienione w dokumentach złożonych w postępowaniu, była w stanie należycie zrealizować projekt tak ambitny jak ten dla zamawiającego (14 podmiotów, 7 mln zł). Jest to tym bardziej niemożliwe, że wykonawca T zdecydował się pełnić dwie funkcje w ramach zamówienia, nie zatrudniwszy osoby do pełnienia choć jednej z funkcji.

V. Podsumowanie

Uznanie oferty wykonawcy T za najkorzystniejszą w postępowaniu jest ewidentnym naruszeniem licznych przepisów Pzp. Wykonawca T powinien zostać wykluczony z postępowania, a oferta wykonawcy T powinna zostać odrzucona. Niezrozumiałym jest, dlaczego zamawiający nie podjął stanowczych kroków w stosunku do wykonawcy T, zamiast tego zamierzając udzielić mu zamówienia. W szczególności:

1. Zamawiający nie odrzucił oferty wykonawcy T po otrzymaniu wyjaśnień z 10.03.2020 r., których nie można uznać za wyjaśnienia ceny spełniające wymogi Pzp. Wykonawca T nie przedstawił w wyjaśnieniach pracochłonności, nie powiązał wyjaśnień z zakresem zamówienia, pomimo usługowego charakteru zamówienia nie wskazał na konkretne stawki otrzymywane przez specjalistów, nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność wyliczenia ceny, pomimo wyraźnego wymogu przepisów Pzp.

Już wtedy zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty wykonawcy T, lecz mimo to postanowił wezwać wykonawcę T do powtórnych wyjaśnień.

2. Składając powtórne wyjaśnienia, wykonawca T nie wykorzystał wyjątkowej szansy danej mu przez zamawiającego - wyjaśnienia wykonawcy T znów miały charakter ogólnikowy i pomimo wyraźnego żądania zamawiającego, nie zawierały ani konkretnych szacunków i kalkulacji, ani dowodów.

3. Wykonawca T wskazał, że posiada doświadczenie nabyte podczas realizacji usługi dla Entrast sp. z o.o., gdy jest to obiektywnie niemożliwe - spółka Entrast sp. z o.o. powstała wiele miesięcy później.

4. Część z zamówień wykonywanych przez specjalistów wskazanych przez wykonawcę T w Wykazie osób jest wciąż wykonywana. Pomimo tego, zamawiający uznał, że specjaliści ci posiadają doświadczenie opisane w SIWZ i zaniechał wykluczenia wykonawcy T z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu lub choćby wezwania wykonawcy T do wyjaśnień w tym zakresie.

5. Zaangażowanie wykonawcy T prowadzącego tylko jednoosobową działalność gospodarczą jest tak duże, że niemożliwym jest, by należycie zrealizował zamówienie dla zamawiającego. Projekt dla zamawiającego wymaga dużego zaangażowania oraz dużego zaplecza osób. Tymczasem poza realizacją już rozpoczętych projektów, wykonawca T zdobywa wciąż nowe zamówienia w zupełnie innych rejonach Polski (lubuskie).

6. Odwołujący rozumie, że wolą zamawiającego jest przeprowadzenie postępowania w poprawny sposób. Jednak prawidłowe przeprowadzenie postępowania wymaga równego traktowania wszystkich wykonawców w postępowaniu, bez „rozdawania drugich szans", „przymykania oka" na błędy w dokumentach. W obecnej sytuacji jedynym słusznym rozwiązaniem jest odrzucenie oferty wykonawcy T i wykluczenie wykonawcy T z postępowania.

Kierowanie do wykonawcy T jakichkolwiek wezwań i próśb o wyjaśnienie będzie stanowić prowadzenie negocjacji co do treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 Pzp i jako takie stanowić kolejne naruszenie przepisów Pzp. Dzięki zasadzie jawności odwołujący będzie mógł zweryfikować działania, jakie podejmie zamawiający po otrzymaniu kopii odwołania - mając nadzieję, że kolejne działania zamawiającego będą zmierzały do przywrócenia porządku prawnego w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę o uwzględnienie odwołania.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 14.04.2020 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 15.04.2020 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

18.04.2020 r. wykonawca złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego odwołującego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 25.05.2020 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący wniósł pisma procesowe odwołującego 25 i 26.05.2020 r. podtrzymując swoje stanowisko i polemizując z argumentacją przystępującego i odpowiedzią zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy - Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A) odwołującego:

1) odpis pełny z KRS podmiotu Entrast sp. z o.o. na termin powstania podmiotu;

2) zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu Związku Powiatów Lubuskich i SIWZ w postępowaniu Związku Powiatów Lubuskich na wskazanie podmiotu, który został wybrany jako najkorzystniejszy wykonawca;

3) wniosek o dofinansowanie projektu z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego - Lubuskie 2020 na wskazanie występowania tylko jednego podmiotu po stronie zamawiającego;

4) instrukcja wypełniania wniosku o dofinasowanie realizacji projektu w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podlaskiego na lata

2014-2020 na wskazanie warunków obowiązujących w tym postępowaniu;

B) zamawiającego:

5) ocena spełnienia warunków udziału w rozpoznawanym postępowaniu na wykazanie odpowiedniego zweryfikowania spełnienia warunków przez wykonawcę T;

C) przystępującego:

6) wykaz osób zał. nr 3a/7 do oferty wykonawcy T;

7) wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy T z 4.03.2020 r.;

8) odpowiedź na wezwanie z 4.03.2020 r. do wyjaśnień ceny oferty wykonawcy T;

9) wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy T z 12.03.2020 r.;

10) odpowiedź na wezwanie z 12.03.2020 r. do wyjaśnień ceny oferty wykonawcy T;

11) wezwanie do złożenia dokumentów przez wykonawcę T;

12) zmiana warunków udziału w postępowaniu z 25.02.2020 r.;

13) wykaz zrealizowanych usług - zał. nr 9 do oferty wykonawcy T;

14 i 15) lista projektów wybranych do dofinasowania w Województwie Warmińsko-Mazurskim;

16) usługi online w tarczy antykryzysowej;

17) kopia faktury na usługę hotelową

- dowody od nru 6 do nru 17 na wykazanie niezasadności zarzutów odwołującego.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy - naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp przez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę T, pomimo że oferta wykonawcy T zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i wykonawca T nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Pzp, w tym wykonawca T nie złożył właściwych dowodów dotyczących wyliczenia ceny - nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«, a art. 90 ust. 3 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«.

Odwołujący oparł swój zarzut na przeciętnej formie tłumaczeń wykonawców odnośnie zaniechania zastosowania rażąco niskiej ceny (dalej RNC), gdzie znaczącą rolę mają kwestie wyliczeń nakładów pracy i stawek wynagrodzeń za tę pracę, dowodów nabywania komponentów do wykonania zamówienia czy kosztów zakupu i amortyzacji sprzętu potrzebnego do wykonania zamówienia.

Jednak w rozpoznawanej sprawie przedmiotem zamówienia są usługi- jak to nazwał

zamawiający - miękkie, gdzie najważniejszym składnikiem wykonania zamówienia jest czynnik wiedza, doświadczenie, umiejętności i praca wykwalifikowanych fachowców. W związku z tym dosyć wysoka stawka dla fachowców przewidzianych do zatrudnienia przy wykonaniu zamówienia i liczba godzin zatrudnienia nie może wydawać się jako rażąco niska - 200 godzin i stawka 1,6 przeciętnego wynagrodzenia, a więc ponad 8 000 zł miesięcznie w odniesieniu do pełnego etatu. Inne składniki jak koszty noclegów hotelowych za około 80-100 zł, czy podróże samochodem obliczane na 32 000 km [odległość Białystok-Poznań ok. 500 km] również nie zostały dowodowo podważone przez odwołującego jako nieadekwatnie niskie do spełnienia świadczenia przez wykonawcę T. Ponadto założenie zamawiającego, że w rozliczaniu zamówienia będzie obowiązywać cena ryczałtowa również nie uprawnia zamawiającego do żądania zbyt szczegółowej kalkulacji, a mimo to wykonawca T złożył kalkulację na dowód nie zastosowania procedury RNC.

Odwołujący nie wykazał dowodowo, że świadczenia nie uda się wykonawcy T spełnić za cenę zaproponowaną przez wykonawcę T, a to właśnie na odwołującym spoczywa obowiązek nie tylko postawienia zarzutów i zasiania wątpliwości, ale dowiedzenia zarzutów stawianych przez odwołującego.

Ponadto Izba musi zauważyć, że dodatkowy zarzut odwołującego, że zamawiający naruszył przepisy Pzp, bo wzywał wykonawcę T do złożenia dwukrotnie wyjaśnień dotyczących tego samego zagadnienia z zakresu RNC nie może się ostać, gdyż Izba stoi na stanowisku, że zamawiający ma niepodważalne prawo rozwiewać swoje wątpliwości dopytując wykonawców o mniej lub bardziej szczegółowe zagadnienia, szczególnie gdy zamawiający w pierwotnym żądaniu wyjaśnienia oferty nie zadał jednoznacznego pytania czy zamawiający nie wskazał konkretnego miejsca w ofercie, które budzi wątpliwości zamawiającego - wyrok KIO 1479/15 »Żądanie ponownych wyjaśnień jest zatem dopuszczalne, o ile wcześniej, na pierwsze żądanie zamawiającego, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania. Ponowne żądanie wyjaśnienia od wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie może jednak prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień „do skutku", aż wykonawca „usprawiedliwi" swoją wycenę ofertową, czy też wreszcie nie może prowadzić do przywrócenia terminu na złożenie wyjaśnień«.

Biorąc wyżej wskazane okoliczności Izba nie może przychylić się do zarzutu pierwszego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp przez zamawiającego.

W ocenie Izby, zarzut drugi - naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez uznanie, że wykonawca T spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie określonym w rozdz. VII ust. 2 pkt 3 lit. e tiret pierwsze SIWZ (zmiana treści SIWZ z 25.02.2020 r.), tj. przez uznanie, że wykonawca T wykonał w okresie ostatnich 7 lat przed upływem składania ofert co najmniej jedno zamówienie polegające na zarządzaniu projektem partnerskim (projekt partnerski - projekt, w którym uczestniczyły min. 2 podmioty), o wartości projektu co najmniej 1 mln zł brutto - nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał

braku podstaw wykluczenia«.

Izba stwierdza, że pojęcie »projekt partnerski« nie zostało ustawowo zdefiniowane, dlatego należy wziąć pod uwagę definicję zawartą w SIWZ, która swoją ostateczną treść przybrała po uwzględnieniu zmian z 25.02.2020 r. Na tej podstawie należy stwierdzić, że w postępowaniu musi obowiązywać definicja projektu partnerskiego »projekt partnerski - projekt, w którym uczestniczyły min. 2 podmioty«. W definicji tej nie ma doprecyzowanego uczestnictwa w zamówieniu 2 podmiotów jako zamawiających, beneficjentów, wykonawców czy innych podmiotów. Dlatego wykazanie przez wykonawcę T, że w projekcie brało udział kilkanaście podmiotów jako „beneficjentów" (podmioty świadczące usługi oświatowe) nie może budzić zastrzeżeń zamawiającego, szczególnie że zgodnie z od dawna utrwalonym poglądem zamawiający nie może interpretować postanowień SIWZ w sposób niekorzystny dla wykonawców. Zamawiający także nie może dokonywać zmian postanowień SIWZ po upływie terminu składania ofert, co wynika z art. 38 ust. 4 zdanie pierwsze Pzp, który to przepis brzmi »W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

Z tych powodów zamawiający musiał uwzględnić przedstawiony dokument opiewający co prawda na jeden podmiot występujący w charakterze zamawiającego, ale także na kilkanaście równorzędnych podmiotów występujących w charakterze beneficjentów zamówienia. Dlatego Izba nie może się przychylić do zarzutu drugiego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T z postępowania, pomimo że wykonawca T: (a) w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca T spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie określonym w rozdz. VII ust. 2 pkt 3 lit. e tiret pierwsze SIWZ (zmiana treści SIWZ z 25.02.2020 r.) lub (b) w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, jakoby wykonawca T spełniał warunki udziału w postępowaniu w zakresie określonym w rozdz. VII ust. 2 pkt 3 lit. e tiret pierwsze SIWZ (zmiana treści SIWZ z 25.02.2020 r.), co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu - nie zasługuje na uwzględnienie.

Wykonawca T wskazując na spełnienie warunków zamówienia wskazał na dwa wykonane świadczenia jedno dla Starostwa w Iławie [wartość poniżej 1,0 mln zł] i drugie dla Gminy Miejskiej Iława [wartość ponad 1,5 mln zł]. Odwołujący skupił się na pierwszym wykazanym zamówieniu i całkowicie pominął w swoich rozważaniach drugie wykazane zamówienie.

Izba stwierdza, że gdyby wykonawca T wskazał tylko pierwsze z wykonanych zamówień - dla Starostwa w Iławie - zamawiający nie mógłby uwzględnić spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale biorąc pod uwagę drugie z wykazanych zamówień - dla samej Gminy Miejskiej Iława - zamawiający musiał zaliczyć spełnienie warunku udziału w postępowaniu i w żaden sposób zamawiający nie został wprowadzony w błąd. Dlatego w postępowaniu nie może być mowy o zaniechaniu wykluczenia wykonawcy T przez zamawiającego i naruszeniu przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, które to przepisy brzmią: art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedys-kryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów« i art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [.] wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia«.

W związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu trzeciego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut czwarty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T z postępowania oraz uznanie, że wykonawca T spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie określonym w (a) rozdz. VII ust. 2 pkt 3 lit. b SIWZ, tj. przez uznanie, że wykonawca T posiada doświadczenie w przeprowadzeniu postępowań przetargowych o charakterze informatycznym o wartości projektu 1 mln zł każde, płynące z wykonania zamówienia wskazanego w wierszu nr 7, w części właściwej dla Specjalisty ds. zamówień publicznych (str. 16 oferty wykonawcy T) pomimo, że projekt opiewa na kwotę mniejszą niż 1 mln zł, (b) rozdz. VII ust. 2 pkt 3 lit. b SIWZ, tj. przez uznanie, że wykonawca T posiada doświadczenie w przeprowadzeniu postępowań przetargowych o charakterze informatycznym o wartości projektu 1 mln zł każde, płynące z wykonania zamówień wskazanych w wierszach nr 7-9, w części właściwej dla Specjalisty ds. zamówień publicznych (str. 16-17 oferty wykonawcy T) pomimo, że zamówienia te nie zostały jeszcze zrealizowane, (c) rozdz. VII ust. 2 pkt 3 lit. c SIWZ, tj. przez uznanie, że wykonawca Paweł Ziemba posiada doświadczenie we wdrażaniu elektronicznych usług o wartości projektu co najmniej 1 mln zł brutto każdy, płynące z wykonania zamówienia wskazanego w wierszu nr 3, w części właściwej dla Specjalisty ds. projektowania i wdrażania projektów informatycznych (str. 17 oferty wykonawcy T) pomimo, że zamówienie to nie zostało jeszcze zrealizowane, (d) rozdz. VII ust. 2 pkt 3 lit. d SIWZ, tj. przez uznanie, że wykonawca Andrzej Kuźba posiada doświadczenie w opracowywaniu założeń i wdrażaniu rozwiązań technologicznych w zakresie bezpieczeństwa teleinformatycznego o wartości projektu co najmniej 1 mln zł brutto każdy, płynące z wykonania zamówień wskazanych w wierszach nr 3, 4 i 6, w części właściwej dla Specjalisty ds. systemów i urządzeń ochrony sieci teleinformatycznych (str. 17 oferty wykonawcy T) pomimo, że zamówienia te nie zostały jeszcze zrealizowane - nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący nie wziął pod uwagę dokumentów z wykonania zamówienia dla Gminy Miejskiej Iława [wartość ponad 1,5 mln zł], które wykonawca T wskazał na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a odwołujący wziął pod uwagę tylko dokumenty na wykonanie zamówienia na rzecz Starostwa w Iławie [wartość poniżej 1,0 mln zł], które samodzielnie rzeczywiście nie mogłyby być podstawą do zaliczenia spełnienia

warunków udziału w postępowaniu, co zostało wykazane na podstawie dowodów 14 i 15 przez przystępującego wykonawcę T.

Z tych powodów zamawiający musiał wziąć pod uwagę dokumenty odnośnie wykonania zamówienia dla Gminy Miejskiej Iława i uwzględnić spełnienie warunku doświadczenia przez wykonawcę T, dlatego Izba nie może się przychylić do zarzutu czwartego naruszenia art. 24

ust. 1 pkt 12 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut piąty naruszenia art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy T do wyjaśnień w zakresie: (a) wartości projektu wskazanego w wierszu nr 7, w części właściwej dla specjalisty ds. zamówień publicznych

(str. 16 oferty wykonawcy T), (b) niezrealizowanych zamówień wskazanych w wierszach nr 7-9, w części właściwej dla specjalisty ds. zamówień publicznych (str. 16 i 17 oferty wykonawcy T), (c) niezrealizowanego zamówienia wskazanego w wierszu nr 3, w części właściwej dla specjalisty ds. projektowania i wdrażania projektów informatycznych (str. 17 oferty wykonawcy T) i (d) niezrealizowanych zamówień wskazanych w wierszach nr 3, 4 i 6, w części właściwej dla specjalisty ds. systemów i urządzeń ochrony sieci teleinformatycznych (str. 17 oferty wykonawcy T) - pomimo, że z wierszy tych nie wynika, by zamówienia w nich wskazane spełniały wymogi określone odpowiednio w rozdziale VII ust. 2 pkt 3 lit. b, rozdziale VII ust. 2 pkt 3 lit. c i rozdziale VII ust. 2 pkt 3 lit. d - nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że przepisy art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp odnoszą się do różnych sytuacji. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp, który brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania« odnosi się zwłaszcza do oświadczeń wiedzy wykonawcy oraz złożonych z brakami lub mających być złożonymi dokumentów na poparcie oświadczeń wiedzy wykonawcy.

Natomiast przepis art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp, który brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert« odnosi się zasadniczo do oświadczeń woli wykonawcy, zwłaszcza do oświadczeń w zakresie zamiarów spełnienia oferowanego świadczenia.

Skoro - zdaniem zamawiającego i również zdaniem Izby - wykonawca T wykazał spełnienie i dowiódł spełnienia warunków udziału w postępowaniu to zamawiający, a szczególnie odwołujący nie dowiódł, że wykonawca T nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to nie ma podstaw do żądania uzupełnienia oferty czy w inny sposób skorzystania z uprawnień wynikających z art. 26 ust. 3 Pzp. Także zamawiający nie powinien korzystać z uprawnienia określonego w art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp i żądać od wykonawcy T wyjaśnień dotyczących treści oferty złożonej przez wykonawcę T.

Wobec tego Izba nie może uwzględnić zarzutu piątego naruszenia art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie ich zastosowania, gdyż zamawiający nie miał uprawnienia do zastosowania tych przepisów.

W ocenie Izby, zarzut szósty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22d ust. 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T z postępowania, pomimo że osobiste i bezpośrednie zaangażowanie wykonawcy T w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia, co powinno skutkować uznaniem przez zamawiającego, że wykonawca T nie posiada wymaganych zdolności - nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że zamawiający mając informację o zaangażowaniu wykonawcy T w inne przedsięwzięcia niż rozpoznawane zamówienie nie wykluczył wykonawcy T z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp , który brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia«. Wykluczenie wykonawcy T miałoby się odbyć na podstawie art. 22d ust. 2 Pzp, który brzmi »Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada

wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia«.

Jednak, jak realnie wyliczył wykonawca T poświęcenie około 200 godzin w ciągu roku wspólnie przez 3 fachowców (przeciętnie prawie 70 godzin rocznie) to zaangażowanie w wykonanie zamówienia, które nie wyklucza zatrudnienia tych pracowników przy innych przedsięwzięciach. Zdaniem Izby tak niewielka ilość koniecznego czasu do wykonania zamówienia zmusza wprost bezpośrednich świadczeniodawców do szukania innych jeszcze zajęć z przyczyn życiowych. Dlatego żądanie od zamawiającego wykluczenia wykonawcy T z zamówienia jest zdecydowanie przesadne i Izba nie może podzielić stanowiska odwołującego.

Wreszcie odwołujący zarzucił zamawiającemu, że zamawiający naruszył art. 7 Pzp przez przeprowadzenie rozpoznawanego postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, czyli realnie odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości«.

Jednak odwołujący nie poparł tego zarzutu żadnymi argumentami, a wobec braku wykazania zasadności także pozostałych, innych zarzutów Izba nie może przychylić się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający - podczas prowadzenia postępowania - nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów Izba oddaliła odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: .....