Sygn. akt: KIO 1598/20

WYROK

z dnia 30 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: e-Instytucja.pl Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz B. N.-S., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą MICOMP Systemy Komputerowe mgr inż. B. N.-S., Katowice,

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Susz,

przy udziale wykonawcy ZETO Projekt Sp. z o.o., z siedzibą w Olsztynie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Konsorcjum: e-Instytucja.pl Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz B. N.-S., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą MICOMP Systemy Komputerowe mgr inż. B. N.-S., Katowice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Konsorcjum: e-Instytucja.pl Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz B. N.-S.,

prowadząca działalność gospodarczą pod firmą MICOMP Systemy Komputerowe mgr inż. B. N.-S., Katowice tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy Konsorcjum: e-Instytucja.pl Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz B. N.-S., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą MICOMP Systemy Komputerowe mgr inż. B. N.-S., Katowice na rzecz zamawiającego Gminy Susz kwotę 3 230 zł 00 gr (słownie: trzy tysięcy dwieście trzydzieści złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 147 zł 00 gr (słownie: sto czterdzieści siedem złotych zero groszy) stanowiące koszty strony poniesione z

tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Elblągu.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1598/20

UZASADNIENIE

W dniu 13 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: e-Instytucja.pl Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz B. N.-S., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą MICOMP Systemy Komputerowe mgr inż. B. N.-S., Katowice (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Gminie Susz (dalej „Zamawiający") naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione jego zastosowanie i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego;

2) art. 92 ustawy Pzp poprzez brak przedstawienia uzasadnienia prawnego podjętej przez Zamawiającego czynności;

3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie w trakcie prowadzenia Postępowania, po naruszającym postanowienia dokumentacji Postępowania zbadaniu próbki przez Zamawiającego, bez udziału Odwołującego w tej czynności;

4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie wezwania alternatywnego, niejednoznacznego, dającego Odwołującemu swobodę wyboru i działania, nieokreślającego precyzyjnie braków w próbce Odwołującego;

5) art. 58 ust. 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia czynności wezwania (w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), o którym mowa powyżej;

6) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego docelowy brak zastosowania w odpowiednim

- zgodnym z przepisami Pzp i dokumentacją Postępowania - momencie, jeżeli nawet przyjąć, że dokonanie badania próbki w dniu 01.07.2020 r. było zgodne z procedurą określoną w dokumentacji Postępowania (pomimo wcześniejszego otwarcia próbki przez Zamawiającego);

7) art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez (de facto) zmianę dokumentacji Postępowania po otwarciu ofert i zastosowanie procedury nieopisanej w dokumentacji Postępowania.

W konsekwencji naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz: (i) uznanie czynności wezwania do uzupełnienia próbki poczynione dnia 28.04.2020 r. za naruszające procedurę określoną w dokumentacji

Postępowania, w szczególności procedurę określoną w postanowieniach pkt. 6.9.3 w rozdz. 6. SIWZ oraz rozdz. 1 ust. 7 Załącznika nr 10 do SIWZ, a tym samym nieważne (w

szczególności w oparciu o przepis art. 58 ust. 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp) jako naruszające zasadę zakazu zmiany postanowień dokumentacji Postępowania po czynności otwarcia ofert, a w konsekwencji godzące w normę zakreśloną przepisem art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zastosowanie procedury nieopisanej w dokumentacji Postępowania; (ii) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego; (iii) nakazanie Zamawiającemu uwzględnienia oferty Odwołującego w dalszym toku badania ofert, w szczególności wezwanie Odwołującego do prezentacji całości próbki złożonej wraz z ofertą w terminie przynajmniej dziesięciu dni (zgodnie z dokumentacją Postępowania) od daty doręczenia Odwołującemu tego wezwania; (iii) nakazanie Zamawiającemu wezwania - w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - Odwołującego do uzupełnienia próbki po dokonaniu przez niego jej prezentacji i przejściu wszystkich wskazanych w Załączniku nr 10 do SIWZ scenariuszy, o ile (co jest możliwe) w trakcie prezentacji próbki nie zostanie osiągnięty pozytywny wynik prezentacji wszystkich przewidzianych w dokumentacji Postępowania scenariuszy; (iv) zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu według rachunków, które zostaną przedłożone na rozprawie.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że istota sporu (poza wątkami pobocznymi) sprowadza się do odpowiedzi na pytanie: czy w świetle przepisów ustawy Pzp oraz postanowień dokumentacji Postępowania, Zamawiający może powołać się na brak możliwości kilkukrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentu (na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) w okoliczności, gdy w tym wezwaniu nie wskazał wszystkich brakujących elementów dokumentu?

W ocenie Odwołującego Zamawiający najpierw zbadał (z naruszeniem postanowień dokumentacji Postępowania) do pierwszego błędu dokument (próbkę), po czym wezwał Odwołującego do jego uzupełnienia w oparciu o przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Następnie, uzupełniony dokument (próbkę) ponownie (już w obecności Odwołującego) zaczął „dalej" badać i przy pierwszym kolejnym błędzie (braku) uznał, że nie ma prawa do kolejnego wezwania - na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - do uzupełnienia tego dokumentu. W ocenie Odwołującego, takie postępowanie nie jest prawidłowe. Zamawiający, w świetle postanowień dokumentacji Postępowania (co zostanie wykazane poniżej), powinien przede wszystkim w obecności Odwołującego (a nie samodzielnie) badać złożoną przez niego próbkę „od początku do końca", zdiagnozować podczas tego badania wszystkie braki lub błędy, a następnie ewentualnie wezwać - na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - do złożenia kompletnej próbki (z wyszczególnieniem wszystkich ewentualnych jej braków; tak bowiem nakazuje reguła precyzji wezwania do uzupełnienia dokumentu). W ocenie Odwołującego działania Zamawiającego, niezgodne było niezgodne z przepisami ustawy Pzp i dokumentacją Postępowania, skutecznie uniemożliwiło Odwołującemu zaprezentowanie całości próbki i finalnie doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego (gdyby nawet założyć faktyczną poprawność działania Zamawiającego, prawidłowo pod kątem formalno - prawnym powinna to być czynność wykluczenia).

Odwołujący wskazał, że prowadząc Postępowanie Zamawiający określił w dokumentacji Postępowania (postanowienie pkt. 6.9.3 w rozdz. 6. SIWZ: „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia), że dokumentem składanym na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy, usługi wymagań określonych przez Zamawiającego będzie m.in. próbka zaoferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego. Wymagania dotyczące formy i sposobu złożenia dokumentu, jakim jest próbka oraz sposób jej badania na podstawie scenariuszy Zamawiający opisał w Załączniku nr 10 do SIWZ.

W ocenie Odwołującego co istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, to: (1) próbka oferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego składana miała być w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, tym samym jest próbką w rozumieniu rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 roku Ministra Rozwoju w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej jako: „rozporządzenie ws. dokumentów"), a do jej braków lub wątpliwości zastosowanie mają przepisy m.in. art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp; trudno w przedmiotowym przypadku mówić jednocześnie o możliwości odrzucenia oferty poprzez zastosowanie przesłanki, na którą powołał się w swojej decyzji Zamawiający, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w tym miejscu bowiem Odwołujący został - w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp - wezwany do złożenia próbki, co - przy zastosowaniu procedury określonej w art, 24aa ustawy Pzp - było możliwe wyłącznie po zbadaniu oferty pod katem właśnie przesłanek odrzucenia oferty, o których mowa w art. 89 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje na postanowienie pkt 8, w rozdz. III SIWZ („Opis przedmiotu zamówienia"): „Zamawiający informuje, iż stosownie do możliwości, jakie daje art. 24aa ust. 1 ustawy w pierwszej kolejności dokona oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 ustawy) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, a następnie zbada, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu tj. zbada oświadczenie wstępne w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia, a następnie zażąda przedłożenia pozostałych dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 ustawy".

W ocenie Odwołującego powyższe oznacza, że skoro Odwołujący pismem z dnia 15.04.2020 r. został wezwany do złożenia próbki, to jego oferta musiała zostać oceniona jako najkorzystniejsza po uprzedniej weryfikacji zgodności oferty z SIWZ pod katem przesłanek odrzucenia określonych przepisem art. 89 ustawy Pzp (na co sam Zamawiający wskazał w dokumentacji Postępowania). Odwołujący powołał się na fragment treści rzeczonego wezwania Zamawiającego: „Działając na podstawie art. 26 ust. 2 w związku z art. 24aa ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 1843 z późn. zm.) dalej: ustawy. Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy i określonych w Rozdziale VI Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ". Oświadczenia i dokumenty jakie Wykonawca zobowiązany jest złożyć to: 5. Próbka zaoferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego w ceiu potwierdzenia, że spełnia wymagania (cechy i funkcjonalności) określone przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ.

W ocenie zatem Odwołującego, z jednej strony, aby móc wezwać Odwołującego do przedłożenia próbki oferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego, Zamawiający musiał był uprzednio zweryfikować poprawność oferty Odwołującego pod kątem zgodności z dokumentacją Postępowania i jednocześnie uznać, że oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza. Z drugiej strony Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego uznając, że jednak jest ona niezgodna z SIWZ. Co ważne - Zamawiający w żadnym momencie prowadzenia Postępowania nie zweryfikował w pełni, czy oferowane przez Odwołującego rozwiązanie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Niniejszą weryfikację umożliwiałoby dokonanie pełnej prezentacji przez Odwołującego jego próbki, co do obecnego momentu zostało przez Zamawiającego skutecznie uniemożliwione. W ocenie Odwołującego takie procedowanie nakazuje dokumentacja Postępowania.

Odwołujący wskazał, że to na wykonawcy ciążył obowiązek prezentacji próbki oferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego (tak stanowi m.in. rozdz. 1 i 2 Załącznika nr 10 do SIWZ - Wymagania dla próbki przedmiotu zamówienia oraz zasady i zakres jej badania). PRZYKŁADOWE postanowienia z Załącznika nr 10 do SIWZ:

rozdz. 1 pkt 6 Załącznika nr 10 do SIWZ: „W celu przeprowadzenia badania próbki, Zamawiający wezwie Wykonawcę do dokonania prezentacji zawartości próbki..."
rozdz. 1 pkt 7 Załącznika nr 10 do SIWZ: „Oceny czy oferowane dostawy (Oprogramowanie) odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego dokona Komisja Przetargowa na podstawie prezentacji zawartości złożonej próbki przeprowadzonej przez Wykonawcę".

rozdz. 2 pkt 1 Załącznika nr 10 do SIWZ: „Badanie próbki odbędzie się w siedzibie Zamawiającego na zasadzie prezentacji przez Wykonawcę systemów informatycznych w oparciu o scenariusze działania systemów informatycznych określone w Rozdziale 3 niniejszego załącznika."

rozdz. 2 pkt 1 Załącznika nr 10 do SIWZ: „Badanie próbki będzie prowadzone według scenariuszy wskazanych w Rozdziale 3 niniejszego załącznika."

rozdz. 1 pkt 12 Załącznika nr 10 do SIWZ: „Jeżeli którakolwiek funkcjonalność nie zostanie zaprezentowana (nie zostanie zaprezentowany jeden lub więcej elementów któregokolwiek ze scenariuszy lub też sposób jego realizacji będzie stał w sprzeczności z SOPZ lub prezentacja jakiegokolwiek elementu ujawni braki w funkcjonalności określonej w SOPZ), Zamawiający uzna, że próbka zawiera błędy lub jest niekompletna i na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwie Wykonawcę do złożenia próbki potwierdzającej wymagania Zamawiającego w terminie 5 dni." (red.: jak wynika z powyższego, sam Zamawiający

przewidział, że nie „zatrzyma" badania próbki po wystąpieniu pierwszego błędu, ale będzie badał dalej próbkę). Podobny wniosek nasuwa się po analizie postanowienia rozdz. 2 pkt 6 zd. trzecie Załącznika nr 10 do SIWZ w brzmieniu: „Badanie próbki będzie prowadzone do momentu wyczerpania pytań Zamawiającego."

Odwołujący wskazał, że z przyczyn wiadomych Zamawiającemu, Zamawiający samodzielnie otworzył zawartość próbki. a następnie wezwał (w ograniczonym przez siebie zakresie) Odwołującego - powołując się na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - do jej uzupełnienia. Odwołujący jako dowód na to, że Zamawiający samodzielnie weryfikował zawartość próbki powołał się na następujące zapisy: Na podstawie badania kompletności próbki, Zamawiający stwierdza, że nośnik złożony jako próbka (zarówno podstawowy, jak i zapasowy) nie zawiera kompletnego oprogramowania Zintegrowanego Systemu Dziedzinowego (ZSD), które Wykonawca zaoferował w ramach wdrożenia Zintegrowanego Systemu Dziedzinowego (ZSD) na zasadzie równoważności w stosunku do modernizacji istniejącego systemu dziedzinowego, co jest niezgodne 2 wymogiem zawartym w SIWZ i załącznikach do SIWZ. Dodatkowo, z treści przedstawionego przez Wykonawcę pliku „Wstep-Probka.docx" zawartego na dostarczonej próbce Wykonawca określił, że "3. Opis spełnienia funkcjonalności wymaganych w Załączniku Nr 10 do SIWZ dotyczący systemu dziedzinowego i GIS znajduje się w katalogu

DOKUMENTACJA". W przypadku, jeśli wątpliwości Zamawiającego są słuszne i nośnik złożony jako próbka (zarówno podstawowy, jak i zapasowy') nie zawiera kompletnego oprogramowania ZSD zaoferowanego przez Wykonawcę, Wykonawca zobowiązany jest złożyć próbkę zawierającą kompletne oprogramowanie Zintegrowanego Systemu Dziedzinowego (ZSD).

W ocenie Odwołującego wezwania Zamawiającego było bardzo niejednoznaczne, pozostawiające wykonawcy (Odwołującemu) dowolność wyjaśnienia, poprawienia lub uzupełnienia próbki, po samodzielnej (przez Odwołującego) weryfikacji jej poprawności. W ocenie Odwołującego, takie wezwanie nie czyni zadość przepisowi art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Co więcej - podstawa tego wezwania (do uzupełnienia), czyli wynik samodzielnej weryfikacji próbki przez Zamawiającego, bez udziału Odwołującego, naruszała wskazane wcześniej postanowienia dokumentacji Postępowania, a tym samym - była bezprawna. W konsekwencji dokonane w dniu 28.04.2020 r. wezwanie do uzupełnienia próbki powinno zostać uznane za obarczone wadą i nie wywołujące konsekwencji, a Odwołujący powinien mieć możliwość dokonania prezentacji próbki załączonej do oferty (na podstawie np. postanowień rozdz. 1 ust. 7 Załącznika nr 10 do SiWZ), a dopiero w przypadku, gdy podczas całokształtu prezentacji i przejściu wszystkich scenariuszy, którakolwiek funkcjonalność nie zostałaby zaprezentowana, Zamawiający powinien wezwać - na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - Odwołującego do złożenia (w terminie 5 dni, jak stanowi dokumentacja Postępowania) próbki potwierdzającej wymagania Zamawiającego.

BRAK UZASADNIENIA PRAWNEGO PODJĘTEJ CZYNNOŚCI ODRZUCENIA OFERTY ODWOŁUJĄCEGO

W ocenie Odwołującego, w świetle aktualnego orzecznictwa, brak uzasadnienia prawnego decyzji Zamawiającego należy rozumieć również jako wskazanie lakonicznej podstawy prawnej, tudzież wskazanie pozornej podstawy prawnej, niemającej czegokolwiek wspólnego z przedstawionym przez zamawiającego uzasadnieniem faktycznym. Odwołujący wskazał, że jako podstawę prawną swojego działania, Zamawiający wskazał przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nadto, Zamawiający wskazał, że „nie miał już możliwości wezwania Wykonawcy do ponownego, kolejnego uzupełnienia złożonej już dwukrotnie próbki ze względu na wykorzystanie procedury wskazanej w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w tym zakresie". Jednakże, w ocenie Odwołującego, w wyniku niezgodnych z postanowień dokumentacji Postępowania działań Zamawiającego, sam Zamawiający rzekomo „pozbawił się" możliwości wezwania Odwołującego do uzupełnienia próbki. Zamawiający przyjął (niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz judykaturą), że możliwość jednokrotności wezwania dotyczy całości dokumentu (tu próbki) jeśli Zamawiający wykaże choćby jeden brak w jego zawartości. Z takim podejściem nie sposób się zgodzić. Jednokrotność wezwania dotyczy jednego błędu, braku. O jednokrotności wezwania względem całości dokumentu (tu również próbki) można mówić wyłącznie wtenczas, jeśli Zamawiający wykaże wszystkie występujące w nim braki i wskaże je w skierowanym do wykonawcy wezwaniu, poczynionym w oparciu o przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego skoro, naruszając procedurę badania dokumentu (próbki), Zamawiający pokusił się o wezwanie do uzupełnienia jednego, konkretnego braku, to musiało ono (wezwanie) dotyczyć tylko tego braku (zakreślonego w wezwaniu). Odwołujący sprostał temu wezwaniu i co więcej - w tym zakresie Zamawiający nie czyni zarzutu (uznając uzupełnienie za poprawne). Zamawiający jednak „wyciąga konsekwencje" swojego wezwania względem całości dokumentu (próbki) i uzasadnia obecne działanie możliwością wyłącznie jednokrotnego wezwania do uzupełnienia.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dwukrotnie wezwał Odwołującego do złożenia próbki, a obecnie u Zamawiającego znajdują się cztery dyski Odwołującego. Jednakże, jak wskazał Odwołujący, Zamawiający niezgodnie z procedurą, sam otworzył próbkę złożoną przez Odwołującego na wezwanie poczynione w oparciu o przepis art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Niniejsze miało taki skutek, że Odwołujący po pierwsze, nie miał wpływu na to, co działo się z niniejszą próbką, a szczególnie z jej zawartością i nie chciał ponosić negatywnych konsekwencji takiego działania Zamawiającego. Po drugie, w prawidłowym, określonym w dokumentacji Postępowania toku badania próbki, Wykonawca dokonując jej prezentacji, w obecności Zamawiającego, na bieżąco miałby szansę poznawać błędy lub braki w niej występujące, a czyniąc uzupełnienie w oparciu o wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, miałby możliwość „naprawienia" w całości próbki w taki sposób, aby Zamawiający mógł bez przeszkód wybrać ofertę Odwołującego. W ocenie Odwołującego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma na celu „ratowania" najkorzystniejszej oferty, a został użyty przeciwko Odwołującemu. Zamawiający naruszył procedurę określoną dokumentacją Postępowania, co przyniosło skrajnie negatywne skutki dla Odwołującego. Odwołujący nie miał bowiem jakiegokolwiek wpływu na ocenę przez Zamawiającego pierwszej próbki, przy czym dokumentacja Postępowania przewidywała taki wpływ poprzez dokonanie (przez Wykonawcę) prezentacji próbki. Dodatkowo, w wyniku naruszenia tej procedury, Odwołujący utracił możliwość poznania „słabych punktów" próbki i ewentualną możliwość jej uzupełnienia w sposób zgodny z oczekiwaniami dokumentacji Postępowania oraz ustawą Pzp. W istocie rzeczy, Odwołujący został pozbawiony przywileju płynącego z normy zakreślonej przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego wezwanie Zamawiającego było niejednoznaczne i zawierające rozwiązania alternatywne, pozostawiające Odwołującemu dowolność. Takie działanie, w świetle orzecznictwa sądów okręgowych oraz Krajowej izby Odwoławcze, godzi w normę przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. „Zamawiający, przygotowując treść wezwania, powinien pamiętać, iż wykonawca będzie działać zgodnie z wezwaniem, jakie otrzyma, dlatego też należy je sformułować w sposób precyzyjny." (tak KIO w wyroku z dnia 16.01.2018 r. w spr. o sygn. akt KIO 29/18, KIO w wyroku z dnia 2.01.2019 r. w spr. o sygn. akt KIO 2578/18).

ZANIECHANIE ZASTOSOWANIA PRZEPISU ART. 58 UST. 1 KODEKSU CYWILNEGO W ZW. ŻART. 14 UST. 1 USTAWY PZP WZGLĘDEM PIERWOTNEGO (DOKONANEGO W DNIU 28.04.2020 R.) WEZWANIA ODWOŁUJĄCEGO DO UZUPEŁNIENIA PRÓBKI I UZNANIE TEJ CZYNNOŚCI ZA BEZPODSTAWNĄ I BEZPRAWNĄ

W ocenie Odwołującego mając na uwadze powyższe, Zamawiający powinien autorefleksyjnie dokonać unieważnienia czynności wezwania Odwołującego dokonanego w dniu 28.04.2020 roku do uzupełnienia próbki oraz umożliwić Odwołującemu dokonanie prezentacji całości próbki. Brak niniejszego w przedstawionych okolicznościach, w istocie narusza zarzucany przepis kodeksu cywilnego.

ZANIECHANIE WEZWANIA ODWOŁUJĄCEGO DO UZUPEŁNIENIA PRÓBKI ORAZ PONOWNEJ JEJ PREZENTACJI, ZGODNIE Z PROCEDURĄ OKREŚLONĄ W DOKUMENTACJI POSTĘPOWANIA POMIMO, ŻE ODWOŁUJĄCY MIAŁ JEDNOKROTNĄ MOŻLIWOŚĆ PREZENTACJI PRÓBKI, A PROCEDURA OKREŚLONA W DOKUMENTACJI POSTĘPOWANIA PRZEWIDUJE MOŻLIWOŚĆ JEJ PREZENTACJI PRZYNAJMNIEJ DWUKROTNIE

W ocenie Odwołującego mając na uwadze powyższe, Odwołujący powinien mieć możliwość zaprezentowania próbki złożonej wraz z ofertą, a dopiero ewentualne uznanie przez Komisję Przetargową, iż w trakcie prowadzonej przez Odwołującego jej prezentacji nie zostały zaprezentowane wszystkie funkcjonalności (dopiero po analizie kompletu próbki), stanowiłoby podstawę do wezwania do uzupełnienia próbki. W przeciwnym razie, Odwołujący powinien mieć prawo do uzupełnienia próbki każdorazowo w zakresie, w jakim dotychczas nie został wezwany. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 5.06.2018 r. w spr. o sygn. akt 988/18).

Odwołujący podkreślił, że w dokumentacji Postępowania Zamawiający nie zabezpieczył możliwości dokonywania jakiejkolwiek weryfikacji złożonej próbki bez udziału wykonawcy, a co uczynił w przedmiotowym Postępowaniu. Niniejsze stanowisko potwierdza nie tylko przedstawiona dotychczas argumentacja, wskazująca na konkretne postanowienia dokumentacji Postępowania ale również fakt, że żadne z postanowień dokumentacji Postępowania nie regulują kwestii związanych z udzieleniem majątkowych praw autorskich (licencji) do korzystania z przekazanej próbki na określonych polach eksploatacji. To jednoznacznie potwierdza, że Zamawiający nie miał na celu samodzielnego weryfikowania próbki - w przeciwnym razie określiłby, że przekazując próbkę wykonawca zobowiązany jest udzielić licencji np. do jej samodzielnego odtwarzania. Tym samym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający wykonując czynności analizowania zawartości próbki w sposób samodzielny naruszył postanowienia dokumentacji Postępowania i finalnie doprowadził do pozbawienia prawa Odwołującego do jej ewentualnego uzupełnienia zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła co następuje:

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r..

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Uruchomienie e-usług, zakup niezbędnej infrastruktury IT oraz wartości niematerialnych i prawnych.”

Izba ustaliła, że w Rozdziale VI, pkt 9 SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawca, który składa ofertę na Część 1 zamówienia składa:

a. próbkę zaoferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego w celu potwierdzenia, że spełnia wymagania(cechy i funkcjonalności) określone przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ. Wymagania dotyczące formy i sposobu złożenia dokumentu, jakim jest próbka oraz sposób jej badania na podstawie scenariuszy Zamawiający opisał w Załączniku nr 10 do SIWZ;

b. opis dotyczący zaoferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego, wskazujący dla każdego elementu zawartego tabeli w pkt 3 Formularza ofertowego producenta/autora i nazwy oprogramowania oraz opis charakterystyki zaoferowanego sprzętu informatycznego umożliwiający Zamawiającemu weryfikację spełniania przez oferowany sprzęt wymagań minimalnych, zawierający również nazwę producenta i modelu oraz numer katalogowy (jeśli posiada) dla każdego z zaoferowanych sprzętów informatycznych, odnoszący się do wymagań określonych w SOPZ.

Izba ustaliła, że w Załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający zawarł szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Formularz ofert stanowiła Załącznik nr 2 do SIWZ.

Izba ustaliła, że elementem SIWZ był Załącznik nr 10 pn. „Wymagania dla próbki przedmiotu zamówienia oraz zasady i zakres jej badania.” Izba ustaliła, że w Rozdziale 1 „Wymagania ogólne” Załącznika nr 10, w pkt 12 Zamawiający zawarł następujące zapis: „Jeżeli którakolwiek funkcjonalność nie zostanie zaprezentowana (lub nie zostanie zaprezentowany jeden lub więcej elementów któregokolwiek ze scenariuszy lub też sposób jego realizacji będzie stał w sprzeczności z SOPZ lub prezentacja jakiegokolwiek elementu ujawni braki w funkcjonalności określonej w SOPZ), Zamawiający uzna, że próba zawiera błędy lub jest niekompletna i na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwie Wykonawcę do złożenia próbki potwierdzającej 3 Zamawiającego w terminie 5 dni ”, zaś w pkt 14 Zamawiający zawarł następujące zapis: „Jeżeli podczas badania poprawionej/uzupełnionej próbki którakolwiek funkcjonalność nie zostanie zaprezentowana (nie zostanie zaprezentowany jeden lub więcej elementów któregokolwiek ze scenariuszy lub też sposób jego realizacji będzie stał w sprzeczności z SOPZ lub prezentacja jakiegokolwiek elementu ujawni braki w funkcjonalności określonej w SOPZ), Zamawiający uzna, że treść oferty nie odpowiedna treści SIWZ i odrzuci ofertę Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Izba ustaliła, iż w Rozdziale 2 „Opis procedury badania próbki, w pkt 7) Zamawiający zawarł następujące zapisy: „W przypadku awarii/błędu oprogramowania lub dysku przenośnego, Wykonawca ma prawo do przerwy w badaniu próbki w celu naprawienia awarii/błędu lub podłączenia dysku zapasowego. W takim przypadku, sumaryczna przerwa w badaniu próbki nie może trwać dłużej niż 1 godzinę łącznie dla wszystkich awarii, które mogą wystąpić w toku prezentacji. Nieusunięcie awarii/błędu oprogramowania lub dysków przenośnych w trakcie przerwy powoduje zakończenie badania próbki. W takim wypadku Zamawiający uzna, że oprogramowanie nie posiada cech/funkcjonalności oprogramowania, określonych w opisie przedmiotu zamówienia, co spowoduje zakończenie procesu badania próbki."

Zgodnie z zapisami SIWZ, termin składania i otwarcia ofert został wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 7 kwietnia 2020 r. W postępowaniu ofertę na Część I zamówienia — Modernizacja, dostawa i wdrożenie systemów informatycznych oraz uruchomienie e-usług publicznych wraz z dostawą niezbędnego sprzętu złożyło trzech Wykonawców:

a) Odwołujący Konsorcjum Firm: e-Instytucja.pl Sp. z o.o. ul. (Lider Konsorcjum) Marszałkowska 58, 00-545 Warszawa i Micomp Systemy Komputerowe B. N.-S. (Partner Konsorcjum) ul. Astrów 7, 40-045 Katowice;

b) Sputnik Software Sp. z o.o. ul. Klinkierowa 7, 60-104 Poznań;

c) Przystępujący — ZETO Projekt sp. z o.o. ul. Pieniężnego 15, 10-003 Olsztyn.

Izba ustaliła, że Zamawiający w trybie art. 26 ust. 2 ustawy w dniu 15 kwietnia 2020 r. wezwał Odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów wskazanych w SIWZ w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Po dokonaniu analizy oświadczeń i dokumentów złożonych przez Odwołującego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy, Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał Odwołującego pismem z dnia 28 kwietnia 2020 r. do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów lub do udzielania wyjaśnień, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Zamawiający w treści pisma wskazał, że Wykonawca zobowiązany był przedstawić opis oferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego, wskazujący dla każdego elementu zawartego w tabeli w pkt 3) Formularza oferty producenta/autora i nazwy oprogramowania. Z treści przedstawionego przez Wykonawcę opisu oferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego wynika, że w ramach Modernizacji systemu dziedzinowego Wykonawca wymieni posiadane przez Zamawiającego Oprogramowanie Aplikacyjne na jedno zintegrowane rozwiązanie Zintegrowany System Dziedzinowy (ZSL)). Wykonawca jednak nie odniósł się do wszystkich wymagań stawianych przez Zamawiającego w kontekście wymiany istniejącego systemu dziedzinowego na inny przez co nie potwierdził, że oferowane dostawy i usługi spełniają wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego, tj. z treści przedstawionego przez Wykonawcę opisu oferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego wynika, że w ramach Modernizacji systemu dziedzinowego Wykonawca wymieni posiadane przez Zamawiającego Oprogramowanie Aplikacyjne na jedno zintegrowane rozwiązanie - Zintegrowany System Dziedzinowy, które nie zawiera wszystkich elementów wymaganych przez Zamawiającego w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia, tj. elementu zapewniającego obsługę obszaru kadrowo — płacowego. Tak przedstawiony opis wskazuje, że Zintegrowany System Dziedzinowy, który Wykonawca zamierza dostarczyć i wdrożyć nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ oraz w załącznikach do SIWZ". Ponadto Zamawiający wskazał, że zgodnie z Załącznikiem nr 10 do SIWZ próbka musi zawierać na jednym dysku zewnętrznym wszystkie wskazane systemy, tj. system Centralna Platforma e-Usług Mieszkańca, system elektronicznego obiegu dokumentów, moduł komunikacji dla CPeUM oraz Zintegrowany System Dziedzinowy (ZSL)) (...). Na podstawie badania kompletności próbki, Zamawiający stwierdza, że nośnik złożony jako próbka (zarówno podstawowy, jak i zapasowy) nie zawiera kompletnego oprogramowania Zintegrowanego Systemu Dziedzinowego (ZSL)), które Wykonawca zaoferował w ramach wdrożenia Zintegrowanego Systemu Dziedzinowego (ZSD) (...) W przypadku, jeśli wątpliwości Zamawiającego są słuszne i nośnik złożony jako próbka (zarówno podstawowy, jak i zapasowy) nie zawiera kompletnego oprogramowania ZSL zaoferowanego przez Wykonawcę, Wykonawca zobowiązany jest złożyć próbkę zawierającą kompletne oprogramowanie Zintegrowanego Systemu Dziedzinowego (ZSD)".

Izba ustaliła, że Odwołujący w dniu 4 maja 2020 r. załączył ponownie nowy (drugi, inny), uzupełniony opis dotyczący zaoferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego oraz załączył ponownie nową (drugą, inną) próbkę zaoferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego z

uzupełnioną zawartością kompletnego oprogramowania. Zamawiający po dokonaniu analizy dokumentów uzupełnionych przez Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, stwierdził, że ich treść nie budzi wątpliwości w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w piśmie z dnia 28 kwietnia 2020 r., a także Zamawiający nie zidentyfikował ich braku kompletności czy błędów.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 24 czerwca 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przeprowadzenia prezentacji zawartości uzupełnionej próbki zaoferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego zgodnie z Załącznikiem nr 10 do SI WZ — „ Wymagania dla próbki", wyznaczając termin prezentacji na dzień 01.07.2020 r. na godz. 10:00.

Jak wynika z protokołu badania próbki, w dniu prezentacji 1 lipca 2020 r. przedstawiciel Odwołującego o godz. 10:00 rozpoczął prowadzenie prezentacji. Podczas prezentacji kroku 7 ze Scenariusza nr 1 Komisja Przetargowa stwierdziła, że krok ten nie został zaprezentowany w sposób zgodny z wymaganiami określonymi w dokumentacji przetargowej, co zostało potwierdzone przez przedstawiciela Odwołującego. W związku z zaistniałą sytuacją, stosownie do zapisów Rozdział 2 pkt 7 Załącznika nr 10 do SIWZ, przedstawiciel Odwołującego poprosił o przerwę techniczną w celu usunięcia błędu. Po wykorzystaniu maksymalnego czasu na przerwę techniczną (l godzina), jaki został przewidziany w treści Załącznika nr 10 do SIWZ, przedstawiciel Odwołującego poinformował, że nie zdołał usunąć powstałego błędu. W związku z tym, zgodnie z zapisami Załącznika nr 10 do SI WZ Zamawiający uznał, że oprogramowanie nie posiada cech/funkcjonalności oprogramowania, określonych w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia, co spowodowało zakończenie procesu badania próbki na podstawie prezentacji.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 8 lipca 2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Zamawiający wskazał m.in., że stosowanie do zapisów Załącznika nr 10 do SIWZ — Wymagania dla próbki, Rozdział l. Wymagania ogólne pkt 14 oraz ustawy Prawo zamówień publicznych odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, jako, że jej treść nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby odwołanie podlegało oddaleniu.

Wskazać należy, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp statuuje obowiązek zamawiającego do wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów podmiotowych i przedmiotowych oraz pełnomocnictw (tak m.in. SO w Katowicach w wyr. z 11.4.2013 r., XIX Ga 179/13). Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Dalej wskazać należy, że zamawiający może żądać uzupełnienia tych samych dokumentu tylko raz w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tak m.in. wyr.. Umożliwienie
zamawiającemu wielokrotnie zwracania się do wykonawców o uzupełnienie tych samych dokumentów stanowiłoby zagrożenie nieustannego przedłużania postępowania i stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Podkreślić jednocześnie należy, że mając na uwadze formalizm postępowania i ograniczone możliwości uzupełnienia przez wykonawców dokumentów, to na wykonawcy decydującym się na udział w postępowaniu przetargowym ciąży obowiązek poprawnego przygotowania dokumentacji ofertowej, dołożenia należytej staranności i zachowania wymaganego poziomu profesjonalizmu. Oczywistym jest, że błędy ludzkie w przygotowaniu dokumentacji ofertowej mogą się zdarzyć. Ustawodawca przewidział instytucję ich korygowania, stwarzając każdemu wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia możliwość jednokrotnego poprawienia zaistniałych omyłek. Procedura z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp umożliwia jednokrotną weryfikację i naprawienie błędów i niestaranności wykonawców bowiem to obowiązkiem wykonawcy jest wprowadzenia mechanizmów weryfikujących poprawność dokumentacji przetargowej, nawet jeśli wiąże się z dodatkowymi kosztami po jego stronie.

Istota sporu pomiędzy stronami sprawdzała się do odmiennej interpretacji postanowień SIWZ dotyczących opisu procedury badania próbki oferowanego przedmiotu zamówienia oraz prawidłowości zastosowania przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią zapisów SIWZ oraz Załącznikiem nr 10 do SIWZ, celem złożenia próbki było potwierdzenie, że oferowane dostawy i usługi spełniają wymagania Zamawiającego określone w

Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ. Procedura badania próbki została szczegółowo uregulowana w Załączniku nr 10 do SIWZ i jej postanowienia nie zostały w żaden sposób naruszone przez Zamawiającego. Zamawiający również w żaden sposób nie naruszył przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert.

Po pierwsze Izba uznała, że procedur badania próbki Odwołującego została przeprowadzona zgodnie z zapisami SIWZ, w tym załączniku nr 10 do SIWZ. Zamawiający w dniu 24 czerwca 2020 r. wezwał Odwołującego do przeprowadzenia prezentacji próbki w celu zaprezentowania cech i funkcjonalności zaoferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego zgodnie ze Scenariuszami określonymi w Załączniku nr 10 do SIWZ. Przedstawiciel Odwołującego nie zaprezentował kroku 7 ze Scenariusza nr 1 w sposób zgodny z wymaganiami określonymi w dokumentacji przetargowej, co zostało potwierdzone przez przedstawiciela Odwołującego. Zgodnie z zapisami dokumentacji przetargowej Zamawiający uznał, że oprogramowanie nie posiada cech/funkcjonalności oprogramowania, określonych w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia, co spowodowało zakończenie procesu badania próbki na podstawie prezentacji. Postępowanie Zamawiającego było zgodne z procedurą uregulowaną w pkt 7) Rozdziału 2 Załącznika nr 10. Z przywołanego zapisu w sposób jednoznaczny wynika, że w przypadku nieusunięcia przez wykonawcę błędu oprogramowania w ciągu 1h przerwy skutkuje zakończeniem badania próbki i uznaniem przez Zamawiającego, że oprogramowanie nie posiada funkcjonalności określonych w opisie przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby z taką sytuacją mamy do czynienia w analizowanym stanie faktycznym. Odwołujący wykorzystał maksymalny czas przewidziany w dokumentacji przetargowej w celu usunięcia awarii/błędu oprogramowania na etapie prezentacji kroku 7 dla Scenariusza nr 1, po czym oświadczył, że nie zdołał usunąć zaistniałego błędu, a więc stosownie do zapisów dokumentacji przetargowej, Zamawiający zakończył prezentację i w konsekwencji odrzucił ofertę Odwołującego. Podkreślić należy, że Odwołujący zgodził się z wynikiem prezentacji próbki i nie wniósł do protokołu, w tym zakresie żadnych zastrzeżeń.

W ocenie Izby niezasadne jest przyjęcie przez Odwołującego, iż obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie badania całości próbki, o czym miałby świadczyć zapis pkt 12 Rozdziału 1, Załącznika nr 10. Treść pkt 7 reguluje w sposób wyczerpujący procedurę pojawienia się błędu podczas badania próbki. Niezrozumiałe dla Izby są argumenty Odwołujący, iż pkt 7) odnosi się do rzekomych awarii urządzenia, problemów technicznych, nie zaś do sytuacji, w której podczas badania próbki nie została potwierdzona określona funkcjonalność przedmiotu zamówienia. Taka interpretacja stoi w sprzeczności z literalną wykładnią spornego zapisu, w którym Zamawiający wprost mówi o błędzie oprogramowania, bez sprecyzowania jego źródła. Chodzi więc o każdy błąd oprogramowania, który nie potwierdza określonej funkcjonalności. Takie postanowienia SIWZ były lub powinny być znane Odwołującemu. Nie były kwestionowane przez Odwołującego na etapie publikacji SIWZ, sam Odwołujący nie zgłaszał żadnych wątpliwości interpretacyjnych co do brzmienia Załącznika nr 10. Podnoszenie na obecnym etapie postępowania rzekomego błędnego zastosowania przez Zamawiającego ustalanej przez siebie procedury jest, w ocenie Izby, wyłącznie nieuprawnioną próbą ratowania własnej oferty, próbą opartą na błędnej interpretacji SIWZ.

Niezasadny okazał się również zarzut Odwołującego co do nieprecyzyjności treści wezwania z dnia 28 kwietnia 2020 r. W ocenie Izby treść wezwania była precyzyjna, jednoznaczna i w sposób niebudzący wątpliwości precyzowała braki oraz wątpliwości Zamawiającego co do kompletności dokumentów złożonych przez Odwołującego, co potwierdził sam wykonawca udzielając odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego i nie zgłaszając żadnych wątpliwości co do podnoszonych na obecnym etapie niejednoznaczności czy braku precyzji treści wezwania. Sam fakt złożenia przez Odwołującego nowych dokumentów, poprawionych zgodnie z tym, o czym mowa w wezwaniu Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi dowód potwierdzających klarowność i precyzyjność stanowiska Zamawiającego. Podkreślić raz jeszcze należy, że Odwołujący na etapie wezwania nie kwestionował precyzyjności przedmiotowego wezwania, podobnie jak nie kwestionował jego zasadności, co w odniesieniu do obydwu aspektów czyni obecnie, tj. dopiero po odrzuceniu jego oferty, doszukując się w sposób nieuprawniony uchybień w czynnościach podjętych przez Zamawiającego. Takie działanie Odwołującego Izba uznaje za nieuprawnione. Wykonawca udzielił precyzyjnych odpowiedzi na pytanie i wątpliwości Zamawiającego. Z treści pisma Odwołującego z dnia 4 maja 2020 r. w sposób jednoznaczny wynika, że Odwołujący zgodził się z Zamawiającym, że próbka (dysk podstawowy i zapasowy) złożona na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy nie zawiera kompletnego Oprogramowania Zintegrowanego Systemu Dziedzinowego. Odwołujący bowiem oświadcza w treści ww. pisma: cyt. „Wykonawca przekazuje próbki, które zawierają kompletne Oprogramowanie Zintegrowanego Systemu Dziedzinowego.” Odwołujący uzupełnił próbkę o brakujące oprogramowanie, czym potwierdził zasadność wezwania. Odwołujący nie kwestionował tej czynności w momencie powzięcia informacji o niej. Działanie Zamawiającego spotkało się z pełną akceptacją i aprobatą, czemu Odwołujący

dał wyraz w dniu 4 maja 2020 r. poprzez uzupełnienie/poprawienie dokumentów w zakresie wskazanym przez Zamawiającego. Ponadto, jeżeli Odwołujący, stosownie do obowiązujących w jego firmie procedur wiedział, że przekazane na próbce treści wymagają licencji, sublicencji lub jakichkolwiek innych upoważnień, to obowiązkiem Odwołującego było złożenie takiego dokumentu, który umożliwi Zamawiającemu prawidłowe prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, w tym również umożliwienie prowadzenia czynności kontrolnych dokumentacji przetargowej, instytucjom do tego powołanym. Odwołujący był zobowiązany dostarczyć dokument w takiej formie, która w pełni umożliwi Zamawiającemu dostęp do zawartości tego dokument, analogicznie jak od innych. Odwołujący jako podmiot profesjonalny odpowiadał za prawidłowe zabezpieczenie próbki przed ewentualną modyfikacją czy zapisem. Na marginesie wskazać należy, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż doszło do naruszenia w jakikolwiek sposób próbek złożonych przez wykonawcę poprzez samodzielnie ich otworzenie przez Zamawiającego.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, iż w analizowanym stanie faktycznym istniały podstawy do kolejnego wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący w dniu 28 kwietnia 2020 r. został wezwany przez Zamawiającego do weryfikacji czy pierwotnie złożona próba zawiera wszystkie wymagane elementy oprogramowania, bowiem jak wynikało z opisu oferowanego przedmiotu zamówienia, Zamawiający ustalił określone braki. Odwołujący skorzystał z przewidzianego w przepisach ustawy Pzp tj. w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, prawa do uzupełnienia/poprawienia braków w złożonych dokumentach i jak sam wskazał w treści pisma z dnia 4 maja 2020 r., złożył nową kompletną próbkę. Tym samym wyczerpał możliwość ponownego wezwania go przez Zamawiającego do przedłożenia kolejnej próbki. Uznanie roszczenia Odwołującego w zakresie możliwości ponownego, kolejnego uzupełnienia złożonej dwukrotnie próbki, prowadziłoby do umożliwienia przez Zamawiającego złożenia próbki po raz trzeci przez Odwołującego. Takie działanie byłoby bezprawne i stanowiłoby naruszenie naczelnych zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy. Podkreślić należy, że uzupełnienie oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy ma charakter wyjątkowy, w którym ustawodawca dopuszcza uzupełnienie dokumentów, na wypadek niezłożenia dokumentu (posiadanego, ale niezałączonego do oferty) lub złożenia dokumentu obarczonego błędami. Jednakże to rolą wykonawcy jest powzięcie takich działań i wdrożenie takich procedur, aby dokumenty składane w ramach postępowania przetargowego były zgodne z wymaganiami SIWZ. Możliwość jednokrotnego uzupełnienia dokumentów przedmiotowych nie może być postrzegana przez wykonawców, jak to określił Odwołujący, jako narzędzie do poznania ewentualnych słabych punktów w oferowanym przedmiocie zamówienia. Takie podejście przeczy zasadzie profesjonalizmu i rzetelności wykonawców. Procedura oceny i badania ofert nie służy udoskonaleniu produktu oferowanego przez wykonawcę, nie jest formą dialogu technicznego pomiędzy zamawiającym a wykonawcami w celu wypracowania lepszego produktu. To etap, podczas którego Zamawiający ocena profesjonalizm, wiedzę i rzetelność wykonawcy, które mają zagwarantować poprawne i terminowe wykonanie zamówienia. Odwołujący zaś poprzez błędne interpretowanie przepisów ustawy Pzp i postanowień SIWZ próbuje usprawiedliwić własne zaniechania i błędy w oferowanym przedmiocie zamówienia, co, w ocenie Izby, jest nieuprawnione. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że w świetle charakteru dokumentu jakim jest próbka możliwym jest uzupełnienie próbki każdorazowo w zakresie, w jakim wykonawca dotychczas nie został wezwany do jej uzupełnienia. Podkreślić należy, że w celu wykazanie, że oferowane Oprogramowanie Aplikacyjne spełnia wymagania wskazane w SIWZ wykonawca miał przedstawić próbkę potwierdzającą te wymagania. Zamawiający opisał procedurę badania i weryfikacji funkcjonalności określając w sposób jednoznaczny skutki pojawiania się podczas badania błędu oprogramowania. Wywody Odwołującego o możliwości wzywania wykonawcy co do uzupełnienia poszczególnych funkcjonalności są bez jakiegokolwiek znaczenia dla niniejszej sprawy bowiem Odwołujący sam potwierdził w treści pisma z 4 maja 2020 r., iż złożył nową kompletną próbę, w której podczas badania wystąpił błąd. Błąd ten nie został usunięty przez Odwołującego w wyznaczonym czasie, co skutkowała zastosowaniem procedury z pkt 7). Analizowanie więc możliwości kilkukrotnego wzywania wykonawcy do uzupełnień błędów w poszczególnych funkcjonalnościach jest w ocenie Izby bezprzedmiotowe. Na marginesie Izba wskazuje, że gdyby stanowisko Odwołującego uznać za prawidłowe, to wykonawca mógłby złożyć kompletnie niewłaściwe oprogramowanie, które byłoby tworzone z udziałem Zamawiającego podczas procesu badania i oceny poszczególnych funkcjonalności, co uznać należy za niedopuszczalne. Nie ma wątpliwości, że próbkę należy traktować jako jeden dokument służący potwierdzeniu, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego. Złożenie nowej próbki przez Odwołującego w dniu 4 maja 2020 r. wyczerpywało przysługujące mu uprawienie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu przeprowadzenia procedury badania próbki bez udziału Odwołującego i naruszenia zasad postępowania określonych w SIWZ, to Izba podziela stanowisko Zamawiający, iż nie ma on obowiązku opisywania w dokumentacji przetargowej czynności, które zobligowany jest realizować na podstawie przepisów ustawy. Zamawiający w załączniku nr 10 do SIWZ uregulował procedurę dotycząca zakresu i sposobu badania próbki w celu potwierdzenia, iż spełnia ona wymagania określone przez Zamawiającego. Z żadnego zapisu

SIWZ, w tym załącznika nr 10 nie wynika, iż Zamawiający nie ma możliwości samodzielnego otwarcia próbki celem zweryfikowania czy zawartość nie stoi w sprzeczności z przepisami prawa ani dokumentacji przetargowej. W ocenie Izby jest to czynność konieczna i obowiązkowa. Czynność tą należy odróżnić od czynności badania próbki w celu oceny spełnienia wymaganych funkcjonalności według scenariuszy określonych w Załączniku nr 10. Z istoty żądania próbki jako dokumentu potwierdzającego spełnienie określonych wymagań wynika, że jest to dokument, który jak każdy dokument z katalogu dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp podlega weryfikacji przez Zamawiającego pod kontem kompletności jego zawartości. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli złożone 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. Nie jest przy tym konieczne żeby Zamawiający swój obowiązek ustawowy wprost wskazał w treści SIWZ. W ocenie Izby taki obowiązek wynika choćby z obowiązku weryfikacji przez Zamawiającego bazowych wymagań dot. zawartości próbki wskazanych w dokumencie Załącznik Nr 10 do SIWZ - Wymagania dotyczące próbki (Rozdział 1, pkt 2) w treści: Mając na uwadze wymieniony powyżej cel badania próbki, próbka ma zawierać oprogramowanie zaoferowane przez Wykonawcę w ramach zamówienia W zakresie następujących systemów:

1) system Centralna Platforma e-Usług Mieszkańca,

2) system elektronicznego obiegu dokumentów,

3) modułu komunikacji dla CPeUM,

4) Zintegrowany System Dziedzinowy (ZSD) - jeżeli Wykonawca skorzystał z możliwości

dostawy ZSD na zasadzie równoważności w stosunku do modernizacji Istniejącego systemu dziedzinowego.

Zgodnie zaś z treścią pkt 5, Rozdział 1 Załącznika Nr 10 do SIWZ Próbka musi zawierać na jednym dysku zewnętrznym (dysk podstawowy) wszystkie systemy wskazane w pkt 2 niniejszego Rozdziału. Zamawiający dopuszcza zainstalowanie na dostarczonym dysku zewnętrznym więcej niż jednej maszyny wirtualnej. Drugi dysk zewnętrzny (dysk zapasowy) powinien posiadać identyczną zawartość jak dysk podstawowy, ponieważ stanowi on jego kopię. Nie ulega zatem wątpliwości, że Odwołujący wdrażając nowy ZSD miał obowiązek zamieszczenia kompletnego oprogramowania na złożonych nośnikach, naturalnym jest również to, że Zamawiający miał nie tyle prawo, co obowiązek dokonania weryfikacji próbki pod tym kątem przed dokonaniem prezentacji próbki przez Odwołującego. Zamawiający miał prawo przed przystąpieniem do procedury weryfikacji poszczególnych funkcjonalności zgodnie ze scenariuszami określonymi w Załączniku nr 10 zweryfikować co wykonawca przekazał w ramach próbki i czy zakres przekazanych informacji jest zgodny z wymaganymi SIWZ. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby w jakimkolwiek momencie doszło do naruszenia procedury badania próbki. Jej samodzielnie otwarcie przez Zamawiającego i weryfikacja jej zawartości, bez badania wymaganych funkcjonalności zgodnie ze scenariuszami określonymi w Załączniku nr 10, nie stanowi, w ocenie Izby, naruszenia czy zmiany dokumentacji przetargowej.

Nie potwierdził się tym samym zarzut naruszenia art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zmianę dokumentacji Postępowania po otwarciu ofert i zastosowanie procedury nieopisanej wcześniej w dokumentacji Postępowania. W ocenie Izby, Zamawiający nie dokonał zmiany treści dokumentacji dotyczącej prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak Izba wskazała powyżej, Zamawiający nie jest obligowany do opisywania każdej czynności dotyczącej weryfikacji złożonych dokumentów. W związku z tym, błędnym jest utożsamianie przez Odwołującego procesu weryfikacji kompletności próbki dokonywanej przez Zamawiającego z procesem jej badania w oparciu o scenariusze opisane w Załączniku nr 10 SIWZ podczas prezentacji prowadzonej przez Wykonawcę, ponieważ są to dwie niezależne od siebie czynności.

W zakresie zarzutu Odwołującego dotyczącego naruszenia art. 92 ustawy Pzp poprzez brak przedstawienia uzasadnienia prawnego podjętej przez Zamawiającego czynności, to również, w ocenie Izby, argumentacja prezentowana przez Odwołującego nie może zyskać aprobaty. Po pierwsze, z treści złożonego odwołania w sposób oczywisty wynika, że Odwołujący miał

pełną wiedzę o przyczynach odrzucenia jego oferty. Okoliczności faktyczne stanowiące podstawę decyzji Zamawiającego zostały w sposób wyczerpujący i prawidłowy opisane w decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy z dnia 8 lipca 2020 r. Po drugie, zarzucane przez Odwołującego lakoniczne/pozorne wskazanie podstawy prawnej pozostaje w sprzeczności z zapisami SIWZ, które winny być znane Odwołującemu i których Odwołujący nie kwestionował. Zamawiający podał podstawę prawną odrzucenia (art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp wraz ze wskazaniem jego powodu. Podstawa ta został w sposób jednoznaczny wskazana w pkt 14 Rozdziału 1 Załącznika nr 10 do SWIZ. Zamawiający podał pełną, konkretną i właściwą dla zaistniałej sytuacji podstawę prawną, z katalogu podstaw odrzucenia oferty wskazanych przez ustawodawcę i niezrozumiałym dla Izby są argumenty podniesione przez Odwołującego w tym zakresie. Zamawiający szczegółowo uzasadnił faktyczne i rzeczywiste powody odrzucenia oferty, jako tej, która nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego poprzez brak potwierdzenia, że dostawy i usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, a więc nie odpowiada treści SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 3 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238). Izba zasądziła na rzecz Zamawiającego koszty dojazdu na rozprawę w kwocie 147 zł 00 gr, zgodnie z § 3 ust. 2 ww. rozporządzenia. Zamawiający złożył do akt sprawy wydruki biletów kolejowych potwierdzających poniesione koszty dojazdu oraz koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika Zamawiającego, zgodnie z złożonymi do akt sprawy rachunkami.

Przewodniczący: .....