Sygn. akt: KIO 380/20

WYROK

z dnia 10 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 lutego 2020 r. przez wykonawcę EUVIC sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (44-100) w postępowaniu prowadzonym przez Aplikacje Krytyczne sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (00-805)

przy udziale wykonawców:

A. Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie (02-797), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. SII sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-626), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę EUVIC sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (44-100) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę EUVIC sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (44-100) tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy EUVIC sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (44-100) na rzecz Aplikacji Krytycznych sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (00-805) kwotę 3 564 zł 54 gr (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt cztery złote pięćdziesiąt

cztery grosze), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Warszawie.

Przewodniczący: .....

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienie publicznego na Świadczenie kompleksowych usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich z branży IT dla spółki Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o., prowadzonego przez Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o., ul. Chmielna 85/87, 00-805 Warszawa (dalej „zamawiający") wykonawca EUVIC Sp. z o.o., ul. Przewozowa 32, 44-100 Gliwice (dalej „odwołujący") złożył odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ"), zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp"]:

1. art. 91 ust. 2d w związku z art. 7 ust. 1, poprzez określenie pozacenowych kryteriów oceny oferty w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały, uniemożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców,

2. art. 91 ust 2c oraz ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1, poprzez ustalenie kryterium pozacenowego niezwiązanego wprost z realizacją przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i dokonanie zmiany treści SIWZ zgodnie z wnioskiem co do zakresu i sposobu zmiany treści SIWZ zawartą w odwołaniu.

Odwołujący podał, że w Rozdziale IX SIWZ zamawiający opisał kryteria oceny ofert, ustalając, że będą nimi całkowita cena oferty brutto z wagą 60% oraz liczba konsultantów aktywnych w bazie wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ z wagą 40%.

Uzupełnił, że zamawiający w kryterium konsultantów aktywnych ma przyznać punkty na podstawie informacji podanych przez wykonawcę w Formularzu oferty oraz wyjaśnił, że pod pojęciem konsultanta aktywnego w bazie wykonawcy zamawiający rozumie konsultanta, który na dzień składania ofert posiada zawartą umowę o współpracy z wykonawcą składającym ofertę.

Wskazał nadto, iż w celu przyznania punktów w tym kryterium zamawiający wymaga, by wykonawca posiadał w bazie co najmniej po jednym aktywnym konsultancie na każdy profil wskazany w OPZ, przy czym zamawiający nie dopuszcza wskazywania tej samej osoby na więcej niż jeden profil; w przypadku niewskazania co najmniej jednego konsultanta na którykolwiek z profili wskazanych w OPZ w formularzu ofertowym zamawiający przyjmie, że wykonawca nie posiada w swojej bazie aktywnego konsultanta/-ów w zakresie danego profilu/danych profili i wykonawca otrzyma 0 punktów (żeby uzyskać punkty wykonawca musi wskazać przynajmniej po jednym aktywnym konsultancie na każdy profil wskazany w OPZ); w przypadku wskazania co najmniej po jednym aktywnym konsultancie na każdy profil wskazany w OPZ, zamawiający do oceny przyjmie ogólną liczbę konsultantów aktywnych w bazie wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ ujętą w ofercie wykonawcy. Punkty w tym kryterium liczone będą według wzoru wskazanego: I = (lo/ ln) x 40 pkt gdzie:

I - oznacza liczbę punktów przyznanych zgodnie z kryterium „Liczba Konsultantów aktywnych w bazie wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ ",

Lo - oznacza ogólną liczbę Konsultantów aktywnych w bazie wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ wskazaną w ofercie badanej,

In - oznacza największą ogólną liczbę Konsultantów aktywnych w bazie wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ spośród złożonych ofert, podlegających ocenie. Wykonawca w powyższym kryterium może otrzymać maksymalnie 40 pkt.

Odwołujący podał w dalszej kolejności, że zgodnie z wzorem formularza ofertowego wykonawca ma wskazać dla konsultantów 25 specjalności liczbę Konsultantów aktywnych w bazie wykonawcy, a także cenę netto i brutto za jeden dzień roboczy (Manday, MD) Konsultanta każdej specjalności.

Podkreślił, że całkowita cena oferty brutto stanowi sumę cen za jeden MD w każdej specjalności i służy tylko do porównania złożonych ofert, a dopiero całkowita cena brutto oferty wykonawczej będzie obliczana jako suma wynagrodzeń za wszystkich Konsultantów niezbędnych do realizacji zamówienia wykonawczego, przy czym wynagrodzenie każdego konsultanta obliczone będzie jako iloczyn przewidzianej przez zamawiającego w zaproszeniu do składania ofert wykonawczych dla danego konsultanta maksymalnej liczby MD oraz cen jednostkowych netto powiększonych o należny podatek VAT za 1 MD pracy danego konsultanta podanych każdorazowo w ofercie wykonawczej. Dodał, że w załączniku nr 1 do SIWZ - OPZ zamawiający określił wymagania odnośnie poszczególnych 25 specjalności konsultantów.

Podniósł, że zgodnie z Rozdziałem IV pkt I SIWZ zamawiający nie wymagał, by wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego wykazali się dysponowaniem osobami, konsultantami o określonych specjalnościach, zgodnie natomiast z Rozdziałem I pkt VI SIWZ zamawiający dopuszczał możliwość powierzenia podwykonawcy lub podwykonawcom wykonania części przedmiotu zamówienia.

W ocenie odwołującego określone zasady punktowania oferty wykonawcy w kryterium konsultant aktywny nie są spójne i jasne, a także pozwalają zamawiającemu na ich dowolną ocenę, bez zachowania porównywalności ofert wykonawców.

Stwierdził, że jako konsultanta aktywnego w bazie wykonawcy rozumie się konsultanta, który na dzień składania ofert posiada zawartą umowę o współpracy z wykonawcą składającym ofertę jest niejasna.

Podniósł, że samo zawarcie umowy na dzień składania oferty nie przesądza o aktywności konsultanta, to jest jego dostępności dla wykonawcy o zdolności do podejmowania pracy, zawarcie umowy na dzień składania ofert również nie jest okolicznością, która potwierdza zdolność wykonawcy do realizacji umowy wykonawczej w przyszłości. Zauważył, że zapis ten można uznać za realizowany również w sytuacji, gdy

wykonawca zawrze umowę z konsultantem na jeden dzień roboczy - dzień składania ofert.

Uznał, że działanie takie może być uzasadnione celem uzyskania przez wykonawcę jak najwyższej liczby punktów, jednak może i powinno być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji i wprowadzanie zamawiającego w błąd. Podkreślił, że pomimo to zamawiający nie przewidział w SIWZ żadnych mechanizmów weryfikacyjnych i opierać się ma wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, a nie na dokumentach, przez co kryterium oceny ofert z wagą 40% staje się kryterium niekontrolowanym przez zamawiającego jak i innych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego, zamawiający, określając zasady oceny oferty w kryterium pozacenowym nie wskazał również jednoznacznych zasad przyznawania punktów; określił jedynie, że w przypadku braku deklaracji konsultanta aktywnego w bazie wykonawcy przyzna 0 pkt, natomiast maksymalna liczba punktów jaką można uzyskać w całym kryterium

to 40 pkt.

Podkreślił, że aby podlegać punktacji w ramach tego kryterium wykonawca musi wskazać przynajmniej po jednym aktywnym konsultancie na każdy profil wskazany w OPZ, jednak - skoro zamawiający przewidział możliwość realizacji Umowy przez podwykonawców, powinien również uwzględnić w kryterium oceny ofert, że konsultant z danego profilu, nie musi być związany umową bezpośrednio z wykonawcą, tylko jego podwykonawcą. Ponieważ jednak SIWZ przewiduje wyłącznie punktację za aktywnych konsultantów w bazie wykonawcy, mimo tego, że mógłby on dysponować potencjałem podwykonawcy na etapie realizacji umowy wykonawczej, to na etapie oceny oferty w celu zawarcia umowy ramowej, taki wykonawca uzyska 0 pkt.

Przypomniał, że zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Stwierdził, że kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz w odniesieniu do poszczególnych etapów ich cyklu życia, w tym procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia; kryteria oceny ofert zgodnie z ustawą Pzp nie mogą

dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Za oczywiste uznał, że kryteria oceny ofert powinny preferować rzeczy istotne dla zamawiającego, związane z przedmiotem zamówienia, ustalone przez zamawiającego kryteria pozacenowe winny być uzasadnione nie tylko z punktu widzenia preferencji zamawiającego, ale także jego uzasadnionych potrzeb.

Stanął na stanowisku, że biorąc pod uwagę wynikające z przepisu art. 91 ustawy Pzp zasady ustalania pozacenowych kryteriów oceny ofert, należy wysnuć wniosek, że powinny one dotyczyć okoliczności, które decydują o lepszym wykonaniu przedmiotu zamówienia na tle innych wykonawców.

Przypomniał, że zgodnie z art. 90 ust. 2d. ustawy Pzp zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiający sprawdzenie informacji

przedstawianych przez wykonawców.

Uznał, że opisany przez zamawiającego sposób oceny w kryterium pozacenowym nie jest jasny i zrozumiały, może podlegać wielu niepożądanym interpretacjom oraz nadużyciom, jednocześnie kryterium to, bazując wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy jest w żaden sposób nieweryfikowalne, zarówno przez zamawiającego jak i innych wykonawców - nikt nie ma dostępu do bazy konsultantów wykonawcy i nie jest w stanie potwierdzić, czy wykonawca składa prawdziwe oświadczenie co do ilości konsultantów aktywnych.

W ocenie odwołującego, dopuszczając w Załączniku nr 1 do SIWZ, aby jedna i ta sama osoba pełniła różne funkcje/specjalności, de facto kryterium to można wykazać bardzo małym zespołem osób, deklarując jedną osobę kilku lub kilkunastu z 25 profili.

Stwierdził, że gdyby fakt wykazania konsultantów określonych specjalności był warunkiem udziału w postępowaniu, to każdy wykonawca wykazywałby minimalną liczbę wymaganych osób; w tym przypadku jednak zamawiający nie stawia warunku udziału odnoszącego się do osób i ich kwalifikacji, ale ocenia ilość jaką dysponuje wykonawca.

Za oczywiste uznał, że liczba ta będzie większa niż 1 dla każdego profilu, bo tylko podanie jak największej liczby konsultantów może zagwarantować wykonawcy kwalifikację do zawarcia umowy ramowej.

Podkreślił, że tak opisane pozacenowe kryterium oceny ofert narusza zasady określone w art. 91 ustawy Pzp, w szczególności zaś art. 91 ust. 2c, ust. 2d oraz ust. 3

ustawy Pzp, ponieważ w żaden sposób wskazanie przez wykonawcę ilości posiadanych konsultantów aktywnych na dzień składania oferty posiadających określone kompetencje, przy aktualnych zapisach SIWZ, nie gwarantuje lepszej realizacji umowy wykonawczej niż wykonawca, który uzyska mniej punktów w rankingu. Uznał, że ustalone kryterium jest kryterium fikcyjnym.

Stanął na stanowisku, że czytelniejszym rozwiązaniem i zgodnym z zasadami

formułowania kryteriów oceny ofert, a także harmonijne z pozostałymi zapisami byłaby taka zmiana SIWZ w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert która zakładałaby, że:

- konsultantami aktywnymi mogą być również konsultanci dedykowani przez podwykonawcę wykonawcy, jeżeli jest on wskazany w ofercie zgodnie z zasadami

  opisanymi w Rozdziale I pkt VI SIWZ,

- punktacja nie jest oparta o wzór przyrównujący liczbę zadeklarowanych konsultantów w danej ofercie do oferty z najwyższą liczbą konsultantów, lecz punktacja cząstkowa dla każdego profilu, precyzująca przyznawaną liczbę punktów za dany przedział liczby osób, a następnie sumowanie takich punktów cząstkowych (np. 1-5 Konsultantów to 5 punktów, 5-10 Konsultantów to 10 punktów),

- określenie maksymalnej punktowanej liczby konsultantów,

- dana osoba wskazana przez wykonawcę byłaby identyfikowana przez określenie jej doświadczenia i związania z wykonawcą nie tylko na dzień składania oferty,

- jedna osoba mogłaby zostać wskazana w co najwyżej dwóch profilach wymaganych przez zamawiającego,

a także wykreślenie lub precyzyjne opisanie wymogu wpisu konsultanta do bazy wykonawcy i dookreślenie na czym polega aktywność konsultanta.

Odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji SIWZ we wskazanym wyżej zakresie i w taki sposób, by zmiany te odpowiadały zasadom określonych w art. 91 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 2 marca 2020 r., „Odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie" - pismo z dnia 9 marca 2020 r., złożonego przez zamawiającego na rozprawie Wyciągu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Centralny Ośrodek Informatyki na „Świadczenie kompleksowych usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich w obszarze IT dla Centralnego Ośrodka Informatyki - nr referencyjny:COI-ZAK.320118.2016, a także stanowisk stron i przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego (prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia przystępujący po stronie zamawiającego nie stawił się), zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty:

- określenia pozacenowych kryteriów oceny oferty w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały, uniemożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 2d w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- ustalenia kryterium pozacenowego niezwiązanego wprost z realizacją przedmiotu zamówienia, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust 2c oraz ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

nie potwierdziły się.

Odwołujący zaprezentował swoje stanowisko i argumentację w odniesieniu do obu postawionych zarzutów bez ich wyodrębnienia. W taki też łączny sposób odniesie się do obu zarzutów skład orzekający Izby.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowych usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich z branży IT do wykonywania zadań w ramach projektów i prac realizowanych przez zamawiającego w ramach umowy ramowej przez okres

24 miesięcy od dnia zwarcia umowy ramowej, poprzez wynajem konsultantów spełniających określone wymagania oraz posiadających określone kompetencje i doświadczenie (Rozdział II "Opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania" pkt I lit. a) SIWZ).

Wymagania dotyczące personelu informatycznego zamawiający zawarł w załączniku nr 1 do SIWZ, tj. „Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia"- ujął tam wymagania dla poszczególnych specjalności konsultantów - personelu informatycznego (ponad 20).

W ramach usługi wykonawca ma także zapewnić obsługę kadrowo-płacową konsultantów oraz zapewnić nadzór nad realizacją umowy w zakresie niezbędnym do zapewnienia ciągłości świadczenia usług przez konsultantów (Rozdział II pkt I lit. a) SIWZ).

Zamawiający podał dla przedmiotu zamówienia następujące kody Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) [Rozdział II pkt I lit. f) SIWZ]:

- 79610000-3 Zapewnienie usług personelu,
- 79600000-3 Usługi rekrutacyjne,
- 7200000-5 Usługi informatyczne: konsultacyjne, opracowania oprogramowania, internetowe, i wsparcie.

Postępowanie jest prowadzone w celu zawarcia umowy ramowej; zamawiający przewidział, że zawrze umowę ramową z wykonawcami w liczbie nie większej niż 5 (Rozdział IV „Tryb udzielenia zamówienia pkt 1 i 4 SIWZ).

Zamawiający dopuścił możliwość powierzenia podwykonawcy lub podwykonawcom wykonania części wykonania przedmiotu zamówienia (Rozdział VI „Podwykonawcy" pkt 1 SIWZ).

Zgodnie z rozdziałem IX „Kryteria i zasady oceny ofert" pkt II „Kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu realizowanym w celu zawarcia umowy ramowej" SIWZ zamawiający przewidział, obok ceny, jedno kryterium pozacenowe - „Liczba Konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ", podając, że pod pojęciem konsultanta aktywnego w bazie wykonawcy rozumie konsultanta, który na dzień składania ofert posiada zawartą umowę o współpracy z wykonawcą składającym ofertę.

Zamawiający wskazał także, że w ww. kryterium pozacenowym przyzna punkty na podstawie informacji podanych przez wykonawcę w Formularzu oferty, a nadto iż wymaga, aby wykonawca posiadał w bazie co najmniej po jednym aktywnym konsultancie na każdy profil wskazany w Opisie przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ"), zastrzegając że nie dopuszcza wskazywania tej samej osoby na więcej niż jeden profil (Rozdział IX pkt III ppkt 2) trzeci akapit SIWZ).

Zamawiający wskazał nadto, że w przypadku:

- niewskazania przez wykonawcę co najmniej jednego Konsultanta na którykolwiek z profili wskazanych w OPZ w Formularzu ofertowym przyjmie, że wykonawca nie posiada w swojej bazie aktywnego Konsultanta/Konsultantów w zakresie profilu/danych profili w ramach przedmiotowego kryterium i wykonawca otrzyma 0 zł,
- wskazania przez wykonawcę co najmniej po jednym aktywnym Konsultancie na każdy profil wskazany w OPZ, do oceny przyjmie ogólna liczbę Konsultantów aktywnych w bazie wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ ujętą w ofercie wykonawcy.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 91 ust. 2c ustawy Pzp brzmi:

„Kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz w odniesieniu do poszczególnych etapów ich cyklu życia,

w tym procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cecha przedmiotu zamówienia."

Art. 91 ust. 3 ustawy Pzp brzmi:

„Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej."

W pierwszej kolejności zaznaczenia wymaga, że odwołujący - o czym przesądza treść uzasadnienia odwołania - zakwestionował kryterium pozacenowe - „Liczba

Konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ"

w postępowaniu realizowanym w celu zawarcia umowy ramowej, a nie - jak wynika z użycia liczby mnogiej sformułowanego na str. 2 odwołania zarzutu - więcej niż jednego kryterium („określenie pozacenowych kryteriów oceny ofert').

Wyeksponować należy, że przedmiotem zamówienia są usługi, polegające na zapewnianiu zasobów ludzkich w branży IT - usługi rekrutacyjne, co znalazło odzwierciedlenie zarówno w nazwie postępowania [„Świadczenie kompleksowych usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich z branży IT dla (...)], jak i opisie przedmiotu zamówienia ujętym przez zamawiającego w Rozdziale II SIWZ w tym kodach CPV.

Ze względu na taki przedmiot zamówienia skład orzekający Izby podzielił stanowisko zamawiającego, że „to zespół rekruterów / obsługujących kontrakty realizacyjne jest de facto zespołem przeznaczonym do realizacji zamówienia, ponieważ to właśnie rekruterzy wyszukują specjalistów odpowiadających wymaganiom Zamawiającego. Tym samym kwestionowane kryterium nie odnosi się do zespołu wykonawcy w przedstawionym powyżej rozumieniu, ale stanowi pozacenowe kryterium oceny ofert o charakterze przedmiotowym pozostające w bezpośrednim związku z przedmiotem zamówienia i przekłada się wprost na możliwość realizacji i jakość usług świadczonych w ramach zamówień wykonawczych. (...) Jak najszersza baza aktywnych konsultantów o tyle jest wprost związana z przedmiotem zamówienia, że im większa ilość konsultantów aktywnych w bazie, z tym większej puli oferuje się konsultantów Zamawiającemu i jest większa szansa, że któryś z aktywnych konsultantów podejmie współpracę w ramach zamówienia wykonawczego. Możliwość świadczenia usług rekruterskich na jak najszerszej bazie konsultantów przekłada się również na większą pewność, że wykonawca będzie składał oferty realizacyjne w postępowaniach wykonawczych, gdyż będzie miał dostęp do potencjalnych kandydatów do wskazania ich na poszczególne profile." (str. 8 ostatni akapit Odpowiedzi na odwołanie).

Podkreślić warto, że zamawiający na etapie umowy ramowej nie wybiera konsultantów, ale, jak założył w pkt 4 rozdziału IV SIWZ wykonawców - rekruterów.

Podkreślić także należy, że przepis art. 91 ust. 2c ustawy Pzp nie wymaga „powiązania wprost' (jak w sformułowanym przez odwołującego zarzucie), ale „jedynie' związania z przedmiotem zamówienia, nawet jeżeli aspekty powiązania nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający Izby zgodził się także z zamawiającym co do tego, że fakt, iż bazy firm rekruterskich „ulegają ciągłym modyfikacjom nie powoduje (...) że jako „aktywnego konsultanta" należałoby uznawać tylko taką osobę, która na moment składania ofert w postępowaniu na Umowę ramową, czy też przez cały dwuletni okres jej trwania, gwarantowałaby podjęcie pracy u Zamawiającego. Uzyskanie takiej gwarancji przy zawieraniu umowy ramowej jest (.) nierealne, a wręcz niemożliwe" (str. 8 ostatni akapit i str. 9 pierwszy akapit Odpowiedzi na odwołanie).

Na rozprawie przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego podnosił, że „wymagania, jakie ustanowił zamawiający w odniesieniu do konsultantów poszczególnych profili prowadzą do wniosku, iż są to osoby o relatywnie wysokich kwalifikacjach", które „nie czekają na zlecenie", ale które jednocześnie stale pozostają w bazie wykonawcy" (str. 4 Protokołu posiedzenia i rozprawy).

Skład orzekający Izby powyższe podziela, ale dostrzega również, że oczekiwanie, aby wysokiej klasy specjaliści pozostawali do dyspozycji jednego zamawiającego przez cały dwuletni okres jest nie tylko oderwane od realiów rynkowych, ale ostatecznie nawet niekorzystne dla zamawiającego, który byłby (w przypadku innego rozumienia aktywnego

konsultanta niż zamawiający podał w SIWZ) bezpowrotnie pozbawiony możliwości sięgnięcia po niektórych specjalistów w okresie całych dwóch lat.

Podkreślić nadto należy, że niedostępność konsultantów pozostających w bazie wykonawcy spowodowana ich zaangażowaniem w inne projekty przez jakiś czas dotyczy wszystkich wykonawców niezależnie od wielkości ich baz.

Uznając dopuszczalność przyznania punktów nawet za tych konsultantów, którzy, pozostając w bazie wykonawcy (w momencie składania ofert), realizują inne projekty w perspektywie dwóch lat, czy dłuższej, skład orzekający Izby uwzględnił to, że również ci specjaliści mogą ostatecznie okazać się dostępni dla zamawiającego - jak trafnie podnosił zamawiający dostępność ta może być w szczególności wynikiem zmian leżących po stronie samych konsultantów, czy wynikiem żądań podmiotów na rzecz, których pracują (żądanie zmiany konsultanta). Sam wykonawca także może, ważąc okoliczności, podjąć działania zmierzające do „przesunięcia" konsultantów z jednego projektu na inny.

Racjonalne jest założenie zamawiającego, że „posiadanie umowy o współpracy z firmą rekruterską przesądza o aktywności danego konsultanta o tyle, że skoro dana osoba ma zawartą umowę z firmą rekruterską, to po pierwsze jest co najmniej potencjalnie zainteresowana współpracą z jej klientami, a firma rekruterska zawsze może mu złożyć propozycję angażu na wskazanych w zaproszeniu warunkach" (str. 8 drugi akapit Odpowiedzi na odwołanie).

W dalszej kolejności skład orzekający Izby, biorąc pod uwagę prezentowaną przez odwołującego argumentację doszedł do przekonania, że ustanowione ww. pozacenowe kryterium oceny ofert nie jest dla odwołującego (i nie jest w ogóle) ani niejednoznaczne, ani niezrozumiałe.

Zamawiający zdefiniował, jak należy rozumieć kluczowe dla oceny w kryterium pozacenowym pojęcie, tj. konsultanta aktywnego w bazie wykonawcy, a wykonawca nie wskazał, który element tejże definicji pozostaje dwuznacznym (jakie są możliwe różne sposoby rozumienia), którego nie rozumie (co nie jest jasne) i z jakich względów.

Odwołujący rozumie definicję, ale ma do niej zastrzeżenia („samo zawarcie umowy na dzień składania ofert nie przesądza o aktywności Konsultanta", „Zawarcie umowy na dzień składania ofert również nie jest okolicznością, która potwierdza zdolność wykonawcy do realizacji umowy powykonawczej w przyszłości", wykonawcy, celem uzyskania zamówienia mogą dopuścić się czynów nieuczciwej konkurencji i wprowadzania zamawiającego w błąd - str. 4 odwołania), a poprzez odwołanie, podjął próbę jej zmiany.

Skład orzekający Izby wskazuje nadto, że w okolicznościach faktycznych zarzutu odwołujący nie ujął niejasności co do tego, czy umowę o pracę należy rozumieć jako umowę o współpracy (kwestia podnoszona na rozprawie przez przystępującego po stronie odwołującego) stąd skład orzekający Izby, ze względu na przepis art. 192 ust.7 ustawy Pzp („Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu") nie mógł się do tegoż odnieść. Jedynie zatem na marginesie odnotować należy, że na rozprawie zamawiający oświadczył, że w szczególności umowa o pracę winna być rozumiana jako umowa o współpracy.

W ocenie składu orzekającego Izby nie można także przypisać ustanowionym przez zamawiającego zasadom przyznawania punktów braku jednoznaczności w kontekście dopuszczenia przez zamawiającego możliwości realizacji umowy przez podwykonawców.

Po pierwsze, bez wątpienia zamawiający posłużył się pojęciem wykonawcy, a nie podwykonawcy.

Po wtóre, w konsekwencji powyższego zamawiający przewidział przyznanie punktów za konsultantów aktywnych w bazie wykonawcy, a nie podwykonawcy/podwykonawców.

Po trzecie, dopuszczenie przez zamawiającego możliwości powierzenia przez wykonawcę wykonania części zamówienia podwykonawcy odnieść należy do objętych przedmiotem zamówienia usług - świadczenia kompleksowych usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich z branży IT do wykonywania zadań w ramach projektów i prac realizowanych przez zamawiającego w ramach umowy ramowej przez okres 24 miesięcy od dnia zawarcia umowy ramowej, obsługi kadrowo-płacowej konsultantów, zapewnienia nadzoru nad realizacją umowy w zakresie niezbędnym do zapewnienia ciągłości świadczenia usług przez konsultantów.

Odwołujący nie wskazał przy tym przepisu, w którym upatruje powinność

zamawiającego (tu: aby uwzględnić w kryterium, aby konsultant aktywny danego profilu mógł być związany umowę o współpracy z podwykonawcą).

Trafnie natomiast podniósł zamawiający, że „możliwość powoływania się na potencjał podmiotów trzecich przewidziana została w ramach instytucji warunków udziału w postępowaniu, przy czym w tej sytuacji podmiot trzeci - podwykonawca, który przekazuje Wykonawcy swój potencjał zobowiązany jest zrealizować usługi, w odniesieniu do których potencjał ten jest użyczany w toku realizacji zamówienia.” (str. 9 akapit ostatni, str. 10 akapit pierwszy Odpowiedzi na odwołanie).

W ocenie składu orzekającego Izby wymóg przepisu art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, aby zamawiający określił kryteria oceny ofert w sposób umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawcę nie należy utożsamiać z obowiązkiem zamawiającego weryfikacji przedstawianych przez wykonawców informacji przed przyznaniem punktów (i wskazaniem sposobu weryfikacji w SIWZ), ponieważ brzmienie tegoż przepisu wniosku takiego nie uzasadnia; uznać należy, że chodzi tu o obiektywną możliwość weryfikacji informacji przedstawianych przez wykonawców.

Jak podnosił zamawiający „przepisy nie nakładają na zamawiającego obowiązku żądania dokumentów na potwierdzenie prawdziwości, czy rzetelności oświadczeń odnoszących się do spełniania kryteriów oceny ofert w Postępowaniu, co ma miejsce w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu o wartości powyżej progów unijnych” (str. 11 akapit pierwszy odpowiedzi na odwołanie).

Skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie wykazał, iżby informacja o liczbie konsultantów aktywnych w bazie wykonawcy nie była weryfikowalna, a co najwyżej, że jest to czasochłonne i wymaga zaangażowania dużych sił ze względu na potencjalnie dużą liczbę konsultantów aktywnych pozostających w bazach wykonawców (dużą liczbę umów o współpracy i informacji o ich kwalifikacjach i doświadczeniu), przy czym odwołujący nie uprawdopodobnił nawet konsultanci w jakiej liczbie mogą wchodzić w grę - w toku rozprawy odwołujący podał liczbę 100 000 konsultantów (str. 4 Protokołu posiedzenia i rozprawy), natomiast z przedłożonego przez zamawiającego wyciągu z SIWZ wynika, że najwyższa punktacja została przewidziana dla programistów Java w bazie wykonawcy w ilości „zaledwie” powyżej 500.

Pomocniczo odwołać się także należy do praktyki zamówień publicznych, w których powszechnie zamawiający ustalają zasady przyznawania punktów w przypadku kryteriów pozacenowych na podstawie informacji przedstawianych przez wykonawców w Formularzach ofertowych (np. okres gwarancji, termin realizacji, termin płatności).

Odnosząc się do dopuszczenia przez zamawiającego, aby jedna i ta sama osoba pełniła różne funkcje / specjalności i obawy odwołującego, że „de facto kryterium to można wykazać bardzo małym zespołem osób’ (str. 5 odwołania) skład orzekający Izby wskazuje, że zamawiający zastrzegł, że nie dopuszcza wskazywania tej samej osoby na więcej niż jeden profil (Rozdział IX pkt III ppkt 2) trzeci akapit), a nadto modyfikacją z dnia 6 marca 2020 r. nadał postanowieniu Załącznika nr 1 do SIWZ brzmienie: „Zamawiający zaznacza, że dopuszcza by jedna i ta sama osoba pełniła różne funkcje/specjalności na etapie realizacji umowy ramowej/wykonawczej”, co czyni obawę odwołującego nieaktualną.

Skład orzekający Izby stanowczo odrzuca zawoalowaną sugestię odwołującego jakoby wykonawcy - uczestnicy rynku zamówień publicznych, składając oferty czynili to bez poszanowania zasad uczciwej konkurencji, czy z zamieram wprowadzenia zamawiającego w błąd („Potencjalnie, zapis ten można uznać za realizowany również w sytuacji, gdy wykonawca zawrze umowę z Konsultantem na jeden dzień roboczy - dzień składania ofert. Działanie takie może być uzasadnione celem uzyskania przez wykonawcę jak najwyższej liczby punktów, jednak może i powinno być ono kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji i wprowadzenie zamawiającego w błąd’ - str. 4 odwołania, „Opisany przez Zamawiającego sposób oceny (.) może podlegać nadużyciom’ - str. 5 odwołania).

Odnosząc się końcowo do sformułowanych przez odwołującego żądań (str. 6 i 7 odwołania), skład orzekający Izby wskazuje, że bądź pozostają niespójne z zarzutem (rozszerzenie kwestionowanego jako naruszającego przepisu ustawy Pzp kryterium o bazy

podwykonwców), bądź przedstawiają w istocie inną, dopuszczalną propozycję sposobu oceny (np. „punktacja cząstkowa dla każdego profilu, precyzująca przyznawaną liczbę punktów za dany przedział liczby osób, a następnie sumowanie takich punktów cząstkowych", „określenie maksymalnej punktowej liczby Konsultantów' - str. 6 odwołania ostatni akapit).

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie i przychylając się do oceny zamawiającego wyartykułowanej w Odpowiedzi na odwołanie - str. 5, że przyjęta przez niego konstrukcja kryteriów „została więc pomyślana w ten sposób, by do etapu zamówień realizacyjnych zakwalifikować i wybrać takich wykonawców, którzy gwarantować będą Zamawiającemu ekonomicznie uzasadnioną (element cenowy), ale i maksymalnie realną możliwość zaoferowania i wykonania usługi

rekruterskiej, polegającej na dostarczeniu wymaganych w zapytaniu specjalistów o kwalifikacjach opisanych w OPZ", tym bardziej w sytuacji, gdy „oferta na usługi będące

przedmiotem zamówienia, tj. usługi rekrutacyjne/zapewnienia personelu informatycznego

(...) ma być składana zasadniczo w terminie 7 dni".

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....