Sygn. akt KIO 3756/21
KIO 3771/21

WYROK

z dnia 11 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2022 r., w Warszawie, odwołań wniesionych

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 27 grudnia 2021 r. przez wykonawcę INFOMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu,

B. w dniu 27 grudnia 2021 r. przez wykonawcę Trimtab Arteria Management Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez

Instytut Pamięci Narodowej - Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu
z siedzibą w Warszawie
przy udziale wykonawców:

A. Trimtab Arteria Management Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania

odwoławczego o sygn. akt KIO 3756/21 po stronie zamawiającego,

B. INFOMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3771/21 po

stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala oba odwołania,

2. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 3756/21 obciąża INFOMEX Spółkę

z ograniczoną odpowiedzialnością i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez INFOMEX Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

3. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 3771/21 obciąża Trimtab Arteria

Management Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Trimtab Arteria Management Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 3756/21
KIO 3771/21

Zamawiający - Instytut Pamięci Narodowej - Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „usługę utrzymania oraz rozwoju systemu Cyfrowego Archiwum IPN" na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 8 października 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 196-510153. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych.

Odwołanie o sygn. KIO 3756/21

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - INFOMEX Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez

zaniechanie wezwania wykonawcy Trimtab Arteria Management Sp. z o.o. sp. komandytowa, zwanego dalej „przystępującym Trimtab", do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny ofertowej, w szczególności w zakresie zaoferowanej ceny za jedną godzinę deweloperską, która stanowi samodzielną podstawę do rozliczenia za faktycznie zrealizowane usługi, a także jako zarzuty ewentualne:

2. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego Trimtab, pomimo że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie zaoferowanej ceny za jedną godzinę deweloperską, która stanowi samodzielną podstawę do rozliczenia za faktycznie zrealizowane usługi,

3. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego Trimtab, pomimo że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia

16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania ponownego badania oferty złożonej przez przystępującego Trimtab,

2. wezwanie przystępującego Trimtab do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny ofertowej w szczególności w zakresie zaoferowanej ceny za jedną godzinę deweloperską,

3. ewentualnie nakazania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego Trimtab.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest usługa utrzymania i rozwoju systemu Cyfrowego Archiwum IPN, na którą składa się część pewna obejmująca m.in. modyfikację systemu zgodnie z dostarczonym zakresem zmian czy też utrzymanie systemu, oraz część fakultatywna obejmująca wykorzystanie zgodnie z potrzebami Zamawiającego maksymalnie 12.000 godzin deweloperskich. Zamawiający w formularzu oferty oczekiwał rozbicia łącznej ceny oferty na trzy elementy: a) cena za etap I - modyfikacja w systemie Cyfrowe Archiwum, b) cena za utrzymanie systemu, c) cena za 1 godzinę deweloperską (maksymalnie 12.000 godzin).

Zamawiający wyraźnie zaznaczył, iż w zakresie części dotyczącej godzin deweloperskich wykonawca otrzyma wynagrodzenie wyłącznie za faktycznie zrealizowaną ilość godzin deweloperskich. Przedmiotowe zastrzeżenie zostało potwierdzone w postanowieniami § 11 ust. 3 i 7 projektu umowy. Ponadto w § 11 ust. 6 projektu umowy zamawiający zastrzegł , iż w przypadku, gdy w związku z realizacją umowy nie zostanie osiągnięte całkowite maksymalne wynagrodzenie, wykonawcy nie przysługuje prawo do dochodzenia pozostałej części tego wynagrodzenia. W § 7 ust. 8 projektu umowy wskazano, że „jednostką rozliczeniową Zleceń dotyczących Prac Deweloperskich będzie jedna Godzina deweloperska". Cena za 1 godzinę deweloperską ma więc charakter samodzielnej podstawy rozliczenia za prace, które mogą zostać zlecone w ramach realizacji umowy. Wynagrodzenie za pozostałą część zamówienia ma charakter ryczałtowy.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku, gdy ceny jednostkowe pełnią funkcję samodzielnych cen, w oparciu o które jest naliczane

wynagrodzenie za wykonanie wyodrębnionych prac lub dostaw, ceny jednostkowe mogą i powinny podlegać weryfikacji ich poprawnej kalkulacji, zarówno przez pryzmat ceny rażąco

niskiej, jak i w kategorii czynu nieuczciwej konkurencji.

Jeżeli zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zastosowanie ww. procedury jest obowiązkiem zamawiającego, od którego realizacji w przypadku podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną niewątpliwie odstąpić nie może. Cena za 1 godzinę deweloperską w ofercie przystępującego Trimtab budzi wątpliwości i powinna podlegać weryfikacji na etapie badania i oceny ofert, jest bowiem nierealistyczna i nieadekwatna do stawek rynkowych. Oferta

Odwołującego, czyli jedyna konkurencyjna oferta w postępowaniu, jest aż o 41,45 % wyższa. Zgodnie z postanowieniami projektu umowy przez „godzinę deweloperską" należy rozumieć „godzinę liczoną zegarowo (60 minut), którą Wykonawca poświęca na analizę, zaprogramowanie, testy wewnętrzne nowych rozwiązań oraz ich wdrożenie". Tym samym w ramach ceny za 1 godzinę należało ująć koszty związane z: a) zapewnieniem 60 minut pracy specjalisty z branży IT (programista, analityk, tester) o kompetencjach i doświadczeniu wynikającym ze specyfikacji warunków zamówienia, b) pozostałe koszty związane z realizacją projektu IT w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego, c) zapewnieniem zysku.

Odwołujący przeprowadził szeroką analizę stawek występujących na rynku IT. W tym celu pozyskał oferty z firm outsourcingowych oraz firm rekrutacyjnych, przy czym w otrzymanych ofertach zwracano uwagę, iż koszty te mogą być jeszcze wyższe, bowiem praca przy projektach w sektorze publicznym nie jest pożądana przez kandydatów z branży IT

i pozyskanie kandydatów dla tego typu projektów jest utrudnione i wymaga większych nakładów. Ponadto zebrane oferty zastrzegały, iż wejście w życie „Polskiego Ładu" może spowodować dalszy wzrost stawek.

Niedopuszczalne jest przenoszenie części kosztów ponoszonych w związku z realizacją godzin deweloperskich do części zamówienia objętej ryczałtowym wynagrodzeniem. Tego typu działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i powinno skutkować odrzuceniem

oferty.

Realizacja zleceń Zamawiającego w toku realizacji zamówienia wiąże się z koniecznością zapewnienia odpowiednich specjalistów z branży IT. W zależności od etapu realizacji danego zlecenia będą to: analityk, programista oraz tester, przy czym Zamawiający w dokumentach zamówienia określił wymagane kompetencje i doświadczenie dla analityka oraz programisty.

Odwołujący pozyskał z rynku oferty firm outsourcingowych, gdzie specjalista zatrudniony jest w tej firmie i realizuje prace na zlecenie wykonawcy. Rozliczenie następuje za przepracowane godziny w cyklu miesięcznym. Z otrzymanych ofert wynika następujący poziom kosztów: analityk 120 - 160 PLN/godz., programista 120 - 200 PLN/h. Porównanie stawek rynkowych z ceną przystępującego Trimtab za 1 godzinę deweloperską potwierdza, iż cena ta jest rażąco niska.

Odwołujący dokonał również analizy kosztów wynikających z bezpośredniego zatrudnienia w ramach umowy o pracę lub na warunkach „B2B". Z otrzymanych ofert firm rekrutacyjnych wynika następujący poziom kosztów: analityk: 90 - 140 PLN/godz., 10.000 - 23.000 PLN brutto na umowę o pracę; programista 100 - 150 PLN/godz., 15 000 - 25 000 PLN brutto na UoP; tester 70 - 130 PLN/godz., 7.400 - 12.500 PLN brutto na umowę o pracę. Stawki te są zgodne z ogólnodostępnymi raportami płacowymi: Raport Płacowy Hasy Poland 2021 opracowany przez największą na świecie firmę zajmującą się rekrutacją specjalistyczną, Raport „Przegląd wynagrodzeń. Polska 2021" opracowany przez Devire, przeciętne wysokości wynagrodzeń na danym stanowisku publikowane na łamach portalu pracuj.pl, opracowane dane pochodzą z analizy 350.000 ankiet wypełnionych na portalu zarobki.pracuj.pl. Wykorzystane w analizie raporty uwzględniają uśrednione stawki dla całej Polski, zaś przystępujący Trimtab ma siedzibę w Warszawie, gdzie koszty pozyskania kadry są wyższe.

Zebrane dane pozwoliły na określenie kosztu stawki godzinowej dla odpowiednich specjalistów z branży IT na poziomie 105,08 zł. Przy czym zgodnie z zasadami prowadzenia projektów informatycznych przyjęto, że 30% godzin deweloperskich będzie realizowanych przez analityków, 60% godzin deweloperskich przez programistów, a 10% przez testerów.

Już same koszty związane z zapewnieniem wymaganej kadry przekraczają wartość oferty

przystępującego Trimtab za 1 godzinę deweloperską.

Zdaniem Odwołującego kalkulacja dla godziny deweloperskiej brutto powinna przedstawiać się następująco: 1) zapewnienie 60 minut pracy specjalisty z branży IT (programista, analityk, tester) o kompetencjach i doświadczeniu wynikającym ze specyfikacji warunków zamówienia: 105,08 zł, 2) pozostałe koszty związane z realizacją projektu IT w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego w okresie obowiązywania umowy: 28,31 zł, 3) zapewnienie zysku: 7 zł, łącznie: 140,39 zł brutto.

W ocenie Odwołującego zaoferowana cena za 1 godzinę deweloperską musi uwzględniać pokrycie szeregu kosztów związanych z obsługą projektu IT, realizacją wymagań oraz

sposobu wykonania zamówienia wynikającą z dokumentów zamówienia, a także pozostałych

kosztów administracyjnych. Odwołujący dla tej grupy kosztów przyjął zryczałtowaną stawkę na poziomie 28,31 zł brutto, co stanowi 20,16% wartości w cenie końcowej dla Zamawiającego. Przyjęty poziom procentowy kosztów pozostałych jest właściwy dla tego typu projektów IT.

Przedstawiona kalkulacja zakłada osiągnięcie minimalnego zysku na poziomie wynoszącym

ok. 4,99%. W ocenie Odwołującego elementy fakultatywne zamówienia stanowiące odrębny

przedmiot zamówienia muszą zapewniać osiągnięcie zysku przez wykonawcę.

Zatem sama skala kosztów przewyższa kwotę, którą zaoferował przystępujący Trimtab w ramach swojej oferty. Uwzględniając wycenę oferty przy aktualnych, dostępnych na rynku cenach, niemożliwym jest osiągnięcie pułapu cenowego zaoferowanego za 1 godzinę

deweloperską. Wystosowanie przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny ma zasadnicze znaczenie dla prawidłowej oceny oferty Trimtab. Z tych względów Zamawiający zobowiązany był wszcząć w stosunku do przystępującego Trimtab procedurę określoną w art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i za jej pomocą zweryfikować cenę za godzinę deweloperską, czego nie uczynił.

Pomimo wskazania przez ustawodawcę pułapu procentowego uprawdopodobniającego zaistnienie rażąco niskiej ceny, każdy z przypadków musi podlegać indywidualnej ocenie. W konsekwencji Zamawiający nie jest uprawniony do ograniczenia swojej oceny realności zaoferowanej ceny ofertowej wyłącznie do formalnego jej porównania z pułapami procentowymi określonymi w ustawie Prawo zamówień publicznych. Pułapy procentowe określone w tym przepisie stanowią bowiem jedynie pewną wskazówkę co do sytuacji, w której możemy mieć do czynienia z rażąco niską ceną, nie są jednak wiążącą i jedyną wytyczną. Każdorazowo dana cena ofertowa winna więc być przez Zamawiającego skrupulatnie weryfikowana, zwłaszcza w kontekście cen zaoferowanych w ofertach konkurencyjnych.

Konsekwencją uchybień Zamawiającego jest przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, bowiem tylko prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych pozwala na prowadzenie postępowania z zachowaniem tych zasad. Emanacją respektowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest także skrupulatne weryfikowanie oferty złożonej przez wykonawcę, któremu udzielone zostać ma zamówienie, pamiętając, iż weryfikacja ta nie może być oderwana od podstawowego celu postępowania, jakim jest udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter ewentualny i jest podnoszony wyłącznie na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do nakazania wezwania przystępującego Trimtab do złożenia wyjaśnień ceny. Pojęcie „rażąco niskiej ceny" nie zostało ustawowo zdefiniowane. W świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny należy jednak uznać, że ceną rażąco niską jest cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie konkretnego zamówienia przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena prowadzi do zachwiania ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron stosunku zobowiązaniowego

i generuje ryzyko niemożliwości realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Przedstawiona powyżej kalkulacja wraz z uzasadnieniem potwierdza, iż sama skala kosztów przewyższa kwotę, którą zaoferował przystępujący Trimtab w ramach swojej oferty. Uwzględniając wycenę oferty przy aktualnych, dostępnych na rynku cenach, niemożliwym jest osiągnięcie pułapu cenowego zaoferowanego przez przystępującego Trimtab za 1 godzinę deweloperską. Tym samym, z kalkulacji dokonywanych przez Odwołującego wynika, że przy uwzględnieniu wszystkich kosztów, cena za 1 godzinę deweloperską zaoferowana przez przystępującego Trimtab na poziomie 100,00 zł brutto jest ceną nierealną i kompletnie nieadekwatną do sytuacji rynkowej. W ofercie w sposób rażący

zaniżono istotne koszty konieczne do poniesienia w celu realizacji zamówienia, a oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter ewentualny i jest podnoszony wyłącznie na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do nakazania wezwania przystępującego Trimtab do złożenia wyjaśnień ceny, w szczególności w zakresie zaoferowanej ceny za jedną godzinę deweloperską. Postanowienia specyfikacji warunków zamówienia nie

gwarantują wykorzystania przez Zamawiającego dostępnej puli godzin deweloperskich. Ilość wykorzystanych godzin jest uzależniona od woli i faktycznych potrzeb Zamawiającego. Odwołujący wykazał, iż cena w wysokości 100,00 zł brutto za jedną godzinę prac jest nierealistyczna i nieadekwatna do stawek rynkowych. W ocenie Odwołującego realizacja prac deweloperskich za wskazaną kwotę możliwa jest wyłącznie w sytuacji przeniesienia części faktycznych kosztów do gwarantowanej części zamówienia objętej wynagrodzeniem ryczałtowym. Tego typu działanie zapewniło przystępującemu Trimtab możliwość uzyskania większego pewnego wynagrodzenia, bez ujemnego wpływu na punktację w ramach kryterium oceny ofert. W przypadku niewykorzystania całej puli z 12.000 godzin

deweloperskich Zamawiający poniesie koszty niewynikające z faktycznie wykonanego

świadczenia wykonawcy, bowiem część kosztów prac deweloperskich została ukryta w części gwarantowanej zamówienia.

Ustawa Prawo zamówień publicznych w zakresie definicji czynu nieuczciwej konkurencji

odsyła do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, której artykuł 3. stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli

zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej opisane wyżej działanie przystępującego Trimtab nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

co musi skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy z postępowania. Jednocześnie działanie takie nie musi wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Oznacza to, że dla uznania działania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, by było ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami.

Wykonawcom przysługują uprawnienia w zakresie kształtowania strategii cenowych, te bowiem niewątpliwie mieszczą się w granicach swobody przysługującej wykonawcom. Nie do zaakceptowania jest jednak sytuacja, w której swoboda ta zostaje nadużywana poprzez takie ustalenie cen jednostkowych, na skutek którego uszczerbku doznaje zarówno interes Zamawiającego, jak i ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie rozliczanymi cenami ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków Zamawiającemu lub konkurowanie ceną czy jakością, lecz jedynie stosowanie niedopuszczalnych praktyk. Czynem nieuczciwej konkurencji jest każde zachowanie przedsiębiorcy, które narusza przepisy prawa lub dobre obyczaje, przez co zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy lub klienta. Takie działanie nie tylko zakłóca, ale i wypacza uczciwą konkurencję, uniemożliwiając rzetelne współzawodnictwo. Powyższe działanie wypełnia także przesłanki art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, przede wszystkim poprzez działanie mające na celu wymuszenie na zamawiającym dokonania wyboru wykonawcy.

Norma prawna art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje zamawiającemu przeprowadzać postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, o którym nie może być mowy przy stosowaniu przez przystępującego Trimtab opisanych wyżej

niedopuszczalnych praktyk.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych na zamawiającym spoczywa obowiązek badania, czy zaoferowana cena zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdy cena „wydaje się" rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający dokonując oceny oferty musi ją odnieść do realiów rynkowych i na ich podstawie ocenić, czy wrażenie rażąco niskiego poziomu ceny jest trafne i zobowiązuje do wyjaśnienia ceny. Tylko więc wątpliwości po stronie zamawiającego co do rynkowego charakteru ceny zobowiązywałyby zamawiającego do dokonania czynności wskazanych w tym przepisie. Brak wątpliwości w tym zakresie po stronie Zamawiającego powoduje, iż bezpodstawny jest zarzut zaniechania wezwania przystępującego Trimtab do złożenia wyjaśnień. Jeżeli cena nie odbiega od realiów rynkowych, to nie może „wydawać się" rażąco niska.

Zarówno przystępujący Trimtab jak i odwołujący Infomex są związani z Zamawiającym umowami ramowymi z 24 grudnia 2020 r. na świadczenie specjalistycznych usług w zakresie związanym z wytworzeniem nowego oprogramowania lub modyfikacji już istniejącego. Warunkiem udziału w tym postępowaniu było dysponowanie przez wykonawcę osobami

zdolnymi do wykonania zamówienia, które skierowane będą przez wykonawcę do realizacji

zamówień cząstkowych udzielanych przez Zamawiającego na podstawie umowy ramowej, tj. programisty, analityka, architekta oraz kierownika projektu. Na podstawie zawartych umów ramowych Zamawiający przeprowadzał procedury udzielania zamówień cząstkowych, w których przystępujący Trimtab oferował cenę za 1 godzinę usług programistycznych od 49,00 zł, poprzez 102,09 zł aż do 120,00 zł. Z zastosowaniem powyższych cen zostały

zawarte umowy, które zostały wykonane zgodnie z ich postanowieniami (umowa z 10 listopada 2021 r., umowa z 8 marca 2021 r. i umowa z 12 lipca 2021 r.). Uwzględniając powyższe ceny zaoferowana w niniejszym postępowaniu cena za 1 godzinę deweloperską w wysokości 100,00 zł nie mogła i nie budziła wątpliwości Zamawiającego. Cena za 1 godzinę deweloperską w wysokości 100,00 zł jest ceną rynkową w stosunku do przedmiotu zamówienia. Cena taka nie budziła również wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. W takim stanie faktycznym po stronie Zamawiającego nie powstało więc zobowiązanie do wyjaśnienia zaproponowanej ceny, a tym samym nie można mówić o zaniechaniu dokonania czynności określonej w art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Bez znaczenia jest zatem przedstawiona przez Odwołującego argumentacja mająca wskazywać, iż minimalna cena 1 godziny deweloperskiej powinna wynosić co najmniej 140,39 zł. Cena ta jest w istocie ceną zaoferowaną przez Odwołującego w postępowaniu i argumentacja w tym zakresie może być uznana co najwyżej za przedstawienie przez Odwołującego kalkulacji zaoferowanej przez niego ceny za 1 godzinę deweloperską. Zgodnie z zapisami specyfikacji warunków zamówienia (rozdział IX pkt 1.5) rolę analityka i testera mogła pełnić jedna osoba. Zamawiający zaprzecza przy tym twierdzeniom Odwołującego mającym uzasadniać wskazaną cenę jako minimalną.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego Trimtab wbrew dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oparty jest na założeniu, że oferta przystępującego Trimtab w zakresie ceny za 1 godzinę deweloperską jest ceną rażąco niską. Zaoferowana cena nie może być uznana za rażąco niską.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego Trimtab wbrew dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oparty jest na założeniu, że oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16

kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z twierdzeniem Odwołującego realizacja prac deweloperskich za wskazaną kwotę 100,00 zł możliwa jest wyłącznie w sytuacji przeniesienia części faktycznych kosztów do gwarantowanej części zamówienia objętej wynagrodzeniem ryczałtowym. Tego typu działanie zapewniło przystępującemu Trimtab możliwość uzyskania większego pewnego wynagrodzenia, bez ujemnego wpływu na punktację w ramach kryterium oceny ofert. W przypadku niewykorzystania całej puli z 12.000 godzin deweloperskich Zamawiający poniesie koszty wynikające z faktycznie wykonanego świadczenia wykonawcy, bowiem część kosztów prac deweloperskich została ukryta w części gwarantowanej zamówienia. Twierdzenie to uznać należy za całkowicie gołosłowne. Gołosłowność twierdzenia jest oczywista, jeżeli porówna się zaoferowane przez Odwołującego i przystępującego Trimtab ceny za utrzymanie systemu w przez okres 48 miesięcy oraz etap I - modyfikacja w systemie Cyfrowe Archiwum. Za wykonanie przedmiotu zamówienia w powyższym zakresie Odwołujący zaoferował łączną cenę 3.527.000,00 zł (1.872.000,00 zł + 1.655.000,00 zł), a przystępujący Trimtab zaoferował łączną cenę 3.577.824,00 zł (1.700.352,00 zł +1.877.472,00 zł). Oba podmioty zaoferowały więc wykonanie przedmiotu zamówienia na zbliżonym poziomie, a co za tym idzie, w wynagrodzeniu tym nie może być ukryta część kosztów prac deweloperskich, gdyż wynagrodzenie za te elementy jest wynagrodzeniem rynkowym. Dodatkowo Zamawiający w dokumentach zamówienia zawarł mechanizm uniemożliwiający przerzucenie wynagrodzenia

za wykonane prace w ramach godzin deweloperskich do wynagrodzenia za utrzymanie

systemu w przez okres 48 miesięcy oraz za wykonanie etapu I. W Formularzu ofertowym (tabela nr 3) zawarte zostało bowiem zastrzeżenie, iż łączne wynagrodzenie w ramach godzin deweloperskich nie może być niższe niż 15 % oferowanej całkowitej ceny brutto.

III Stanowisko przystępującego Trimtab

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Trimtab Arteria Management Sp. z o.o. sp. komandytowa.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący Trimtab wskazał, że zarzut braku odrzucenia jego oferty z uwagi na rażąco niską cenę w zakresie ceny jednostkowej brutto za 1 godzinę deweloperską jest bezzasadny i niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych wyłącznie po wezwaniu w trybie art. 224 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tak więc konstrukcja odwołania polegająca na zarzuceniu braku odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w sytuacji braku uwzględnienia przez Izbę zarzutu w zakresie konieczności wezwania do wyjaśnień ceny jest formalnie błędna. Odrzuceniu podlega oferta, która została uznana za zawierającą rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie pozostałych ofert czy wartości zamówienia.

Odrzuceniu podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają rażąco niskiej ceny lub kosztu tej oferty (realnego ich poziomu). Z powyższych regulacji wynika zatem, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych powinno być w każdym przypadku poprzedzone wezwaniem wykonawcy do wyjaśnienia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych i dokonaniem oceny tych wyjaśnień, potwierdzającej złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt. Zamawiający nie może więc odrzucić oferty z uwagi na rażąco niską cenę, jeżeli nie będzie miał podstaw do uprzedniego wezwania wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie

„manipulacji niskimi stawkami/cenami" nie może być brany pod uwagę - należałoby w pierwszej kolejności ustalić, że jeden z elementów cenowych nosi znamiona rażąco niskiej ceny (czyli niezbędna jest konieczność wezwania i braku wykazania realności ceny). Czyn

nieuczciwej konkurencji mógłby zaistnieć, o ile poszczególne tabele cenowe wskazane w formularzu ofertowym miałyby znaczenie w zakresie punktowania ofert wykonawców, czyli stawka „godziny pracy dewelopera" stanowiłaby kryterium oceny ofert. W takim wypadku wykonawcy mogliby starać się manipulować ceną w taki sposób, a cena byłaby celowo zaniżona, aby uzyskać więcej punktów, a np. cena ryczałtowa w innej pozycji punktowej zostałaby „zawyżona". W tym przedmiotowym zamówieniu punktowana była cena ogólna. Przystępujący Trimtab zaoferował cenę 4.727.000 zł, natomiast odwołujący Infomex cenę 5.275.224 zł. Cena za godzinę pracy deweloperskiej nie wpływała na punktację w postępowaniu.

Zamawiający sam wprowadził warunek, że cena za godzinę prac deweloperskich powinna stanowić „nie mniej niż 15% oferowanej ceny brutto". Taki warunek miał właśnie m.in. na celu przeciwdziałanie stawiania (nadużywanych przez wykonawców) zarzutów w zakresie czynów nieuczciwej konkurencji. Przystępujący Trimtab w tabeli wskazał kwotę 1.200.000 zł, co stanowi ponad 25% ogólnej ceny oferty. Zatem zarzut czynu nieuczciwej konkurencji nie może się ostać.

Co do zarzutu braku wezwania do wyjaśnienia w odniesieniu do ceny godziny deweloperskiej przystępujący Trimtab wskazał, że wartość zamówienia to 4.634.146,35 zł i została ustalona na podstawie rozeznania cen rynkowych przedmiotu zamówienia. Przystępujący Trimtab zaoferował cenę 4.727.000 zł, a Odwołujący 5.275.224 zł. Są to nieduże rozbieżności cenowe pomiędzy szacunkiem oraz zaoferowanymi cenami. W formularzu ofertowym Zamawiający wskazał, że łączna cena za ten element przedmiotu

zamówienia nie może być niższa niż 15% ceny całkowitej, co oznacza, że Zamawiający

pośrednio dopuszczał stawkę według wyliczenia: 15% x 4.634.146 zł * 12.000 = 57,92 zł. Odwołujący twierdzi jednak, że stawka 100 zł brutto jest nierealistyczna i nieadekwatna do stawek rynkowych, gdyż oferta Odwołującego, czyli jedyna konkurencyjna oferta w postępowaniu jest aż o 41,45 % wyższa. Jest to swoista „manipulacja", która ma spowodować konieczność wezwania przystępującego Trimtab w oparciu o przepisy art. 224 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednakże zgodnie z art. 224 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy, jeżeli: cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Tak więc przepis ten odnosi się do ceny całkowitej oferty. Różnica pomiędzy cenami wynosi 548.224 zł, czyli ok. 12% ceny Przystępującego. Bezsporne jest więc, że Zamawiający nie był w żaden sposób zobowiązany do wzywania przystępującego Trimtab do wyjaśnień ceny, nawet w zakresie poszczególnego elementu wynagrodzenia.

Zdaniem Odwołującego jedynie stawka powyżej 140,39 zł może być uznana za odpowiednią. Jednak jest to jedynie argumentacja Odwołującego na potrzeby niniejszego postępowania. W innych przetargach Odwołujący, aby złożyć bardziej konkurencyjną ofertę deklarował stawkę 100 zł netto (123 zł brutto) - postępowanie „Usługi hostingu systemów informatycznych PFRON" ogłoszone przez Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych. Tak więc, sam Odwołujący oferuje różne stawki w zależności od strategii ofertowania w przetargach.

Korespondencja z firmami outsourcingowymi ma dość słaby (o ile jakikolwiek) walor dowodowy. Firmy te zawsze będą miały ok. 20-30% wyższe stawki, gdyż stanowi to ich dochód za tzw. „body leasing" innej firmie IT.

Przystępujący zgadza się z Odwołującym, że w ramach godziny za stawkę deweloperską należy uwzględnić stawki kilku specjalistów tj. analityka, programisty czy testera. Przy

ustalaniu ceny roboczogodziny dokładnie przeanalizował wewnętrznie (na podstawie umów) stawki specjalistów pełniących poszczególne role i zaoferował realną, uwzględniającą koszty i zysk stawkę.

Przystępujący przedstawił następujące kalkulacje kosztowe w zakresie kosztów poszczególnych pracowników IT:

1. analityk - 6 etatów

średnie wynagrodzenie miesięczne za etat - 5.054,00 zł,

wynagrodzenie zmienne obejmujące m.in. premie, wynagrodzenie za pracę w nadgodzinach, w godzinach nocnych, w niedzielę i święta - 303,00 zł,

narzuty na wynagrodzenia (składka emerytalna, składka rentowa, składka wypadkowa, składka na Fundusz Pracy, składka FGŚP, PPK) - 6.401,00 zł,

narzut na koszty back office ogólnofirmowe (m.in. koszty Zarządu, Działu Finansów, Działu Personalnego, Działu Prawnego, Działu Teleinformatyki, Działu Administracji, Centrum Usług Wspólnych) oraz narzut na wynagrodzenie związany z kosztami sprzedaży, kosztami osób nadzorujących oraz utrzymaniem infrastruktury niezbędnej do świadczenia usług - 1.730,00

zł,

zatem całkowity miesięczny koszt pracownika z uwzględnieniem narzutów na koszty

wspólne - 8 131,00 zł,

średnia stawka za roboczogodzinę pracy - 48,40 zł,

narzut na stawkę kosztową po uwzględnieniu współczynnika nieefektywności pracy obejmującego nieobecności spowodowane urlopami, zwolnieniami lekarskimi oraz czasem pracy nie wykorzystanym na realizację projektu (np. wykonywanie prac na potrzeby wewnętrzne, udział w szkoleniach, spotkania organizacyjne) - 5,98 zł,

zatem średnia stawka za osobogodzinę po zaokrągleniu - 55,00 zł.

2. programista - 6 etatów

średnie miesięczne wynagrodzenie stałe - 5.411,37 zł,

wynagrodzenie zmienne obejmujące m.in. premie, wynagrodzenie za pracę w nadgodzinach, w godzinach nocnych, w niedzielę i święta - 433,00 zł,

narzuty na wynagrodzenia (składka emerytalna, składka rentowa, składka wypadkowa, składka na Fundusz Pracy, składka FGŚP, PPK) - 1.138,48 zł,
narzut na koszty back office ogólnofirmowe (j.w.) - 1.730,00 zł,

zatem całkowity miesięczny koszt pracownika z uwzględnieniem narzutów na koszty

wspólne - 8 713,00 zł,

średnia stawka za roboczogodzinę pracy - 51,86 zł,

narzut na stawkę kosztową po uwzględnieniu współczynnika nieefektywności pracy (j.w.) - 6,41 zł,

średnia stawka za osobogodzinę po zaokrągleniu - 59,00 zł,

3. tester - 2 etaty:

średnie miesięczne wynagrodzenie stałe - 4 250,00 zł,

Wynagrodzenie zmienne obejmujące m.in. premie, wynagrodzenie za pracę w nadgodzinach, w godzinach nocnych, w niedzielę i święta - 298,00 zł,

Narzuty na wynagrodzenia (składka emerytalna, składka rentowa, składka wypadkowa, składka na Fundusz Pracy, składka FGŚP,PPK) - 885,95 zł,
narzut na koszty back office ogólnofirmowe (j.w.) - 1.730,00 zł,

całkowity miesięczny koszt pracownika z uwzględnieniem narzutów na koszty wspólne -

7.164,00 zł,

srednia stawka za roboczogodzinę pracy - 42,64 zł,

narzut na stawkę kosztową po uwzględnieniu współczynnika nieefektywności pracy (j.w.) - 5,27 zł,

średnia stawka za osobogodzinę po zaokrągleniu - 48,00 zł.

Średnie wynagrodzenie za godzinę „pracy deweloperskiej" to 54 zł, zatem stawka zaoferowana przez przystępującego Trimtab, czyli 81,30 zł netto (100 zł brutto) jest stawką realną, uwzględniającą zysk i koszty. Nawet jeżeli Przystępujący zastosuje „wagi" udziału poszczególnych pracowników przyjęte przez Odwołującego, średnie wynagrodzenie za godzinę pracy będzie znacznie niższe od stawki zaoferowanej przez przystępującego Trimtab, a zysk na każdej godzinie pracy deweloperskiej to 24,60 zł. Zatem stawka 100 zł brutto jest stawką realną, uwzględniającą wszelkie koszty, przede wszystkim koszt pracy wymaganych specjalistów.

Odwołanie o sygn. KIO 3771/21

IV Stanowisko odwołującego Trimtab

Odwołujący - Trimtab Arteria Management Sp. z o.o. sp. komandytowa wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty przystępującego Infomex,

2. art. 239 ust. 1 i 2 oraz art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie dowolnej, niepopartej na kryteriach zawartych w specyfikacji warunków zamówienia kryteriach oceny oferty, poprzez przyznanie ofercie Odwołującego w kryterium „dodatkowe doświadczenie kierownika projektu" wyłącznie 10 punktów zamiast 20 punktów, z ostrożności art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak dopytania Odwołującego (w sytuacji, gdyby Zamawiający uznał to za konieczne, bo ze specyfikacji warunków zamówienia to nie wynika) o elementy projektów wskazane w kryterium „dodatkowe doświadczenie kierownika projektu",

3. art. 239 ust. 1 i 2 oraz art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie dowolnej, niepopartej na kryteriach zawartych w specyfikacji warunków zamówienia kryteriach oceny oferty poprzez przyznanie ofercie przystępującego Infomex w kryterium „dodatkowe doświadczenie specjalisty ds. macierzy" 15 punktów zamiast 0 punktów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty przystępującego Infomex,

2. ponowną ocenę ofert Odwołującego i przystępującego Infomex,

3. przyznanie Odwołującemu w kryterium „doświadczenie kierownika" 20 punktów oraz przyznanie przystępującemu Infomex w kryterium „doświadczenie specjalisty ds. macierzy" 0 punktów,

4. wybór oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu oferty złożył Odwołujący na kwotę 4.727.000,00 zł oraz przystępujący Infomex na kwotę 5.275.224,00 zł. Zamawiający wybrał ofertę przystępującego Infomex. Zdaniem Odwołującego wybór tego wykonawcy został dokonany z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta przystępującego Infomex znalazła się wyżej w rankingu ofert z uwagi na przyznanie 20 punktów w kryterium „dodatkowe doświadczenie kierownika projektu", podczas gdy Odwołujący uzyskał wyłącznie 10 punktów. Przystępujący Infomex w zakresie kryterium specjalisty ds. macierzy otrzymał 15 punktów w sytuacji, gdy podane przy tej osobie projekty „dodatkowe" nie powinny być punktowane.

W pierwszej kolejności oferta Odwołującego uzyskała maksymalną liczbę 20 punktów w kryterium dotyczącym kierownika projektu, jednak do Zamawiającego wpłynęło pismo od przystępującego Infomex, w którym wskazał on, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę oraz że Odwołujący nie powinien otrzymać maksymalnej liczby punktów w kryterium „dodatkowe doświadczenie kierownika projektu", gdyż w tabeli w ofercie,

w odniesieniu do jednego z projektów nie wskazał, że wdrożony system wykorzystywał „web serwisy". Pismo to spowodowało, że Zamawiający zmienił decyzję i przyznał Odwołującemu wyłącznie 10 punktów zamiast 20 punktów.

Takie postępowanie jest niezgodne z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia odnoszącymi się do „kryteriów oceny ofert". Na str. 15 specyfikacji warunków zamówienia wskazano bowiem:

2) DODATKOWE DOŚWIADCZENIE KIEROWNIKA PROJEKTU - waga 20%. Wykonawca otrzyma punkty za dodatkowe doświadczenie osoby pełniącej funkcję Kierownika Projektu wyznaczonej do realizacji zamówienia (określone w punkcie IX ust. 1 pkt 1.4 lit. b SWZ), wg poniższego zestawienia: 2 projekty informatyczne polegające na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego, w oparciu o web services, o liczbie użytkowników powyżej 100, zakończone sukcesem* (*Odebrane przez zamawiającego) o wartości 1.000.000,00 zł brutto każdy - 10 punktów; 3 projekty informatyczne polegające na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego, w oparciu o web services, o liczbie użytkowników powyżej 100, zakończone sukcesem* (*Odebrane przez zamawiającego) o wartości 1.000.000,00 zł brutto każdy - 20 punktów.

Wykonawca w „Formularzu Ofertowym", stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, zobowiązany będzie do podania: (1) imienia i nazwiska osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Kierownika Projektu (wskazanej w załączniku nr 3 do SWZ), (2) nazwy, adresu podmiotu zlecającego projekt, na rzecz którego były wykonywane prace, oraz (3) wartości zrealizowanego projektu informatycznego.

Formularz oferty w tym zakresie zawierał tabelę „Dodatkowe doświadczenie kierownika projektu" o następujących kolumnach: „Lp.", „Imię i nazwisko kierownika projektu", „Nazwa i adres podmiotu zlecającego projekt", „Nazwa projektu oraz zakres", „Wartość projektu w zł brutto". Tak więc w tabeli zawartej w formularzu ofertowym pojawiła się pozycja „Nazwa projektu oraz zakres", jednakże co do tej pozycji na str. 15 i dalej specyfikacja warunków zamówienia nie stawiała żadnych wymagań.

Zamawiający wskazał w sposób klarowny, że punkty otrzymuje się za określone projekty, zobowiązując wykonawców do podania: imienia i nazwiska osoby wyznaczonej do pełnienia

funkcji kierownika projektu, nazwy, adresu podmiotu zlecającego projekt, na rzecz którego były wykonywane prace oraz wartości zrealizowanego projektu informatycznego. Odwołujący przedmiotową tabelę wypełnił wskazując trzy projekty:

1. „Opracowanie koncepcji i wdrożenie kompleksowego systemu informatycznego, wykorzystującego web serwisy, dla ponad 100 użytkowników",

2. „Zaprojektowanie na podstawie wymagań klienta, systemu teleinformatycznego wykorzystującego web services i następnie jego wdrożenie - z systemu korzysta ponad 100 użytkowników",

3. Przygotowanie projektu i zrealizowanie na jego podstawie systemu teleinformatycznego dla ponad 100".

Zatem zostało w pełni wykonane zobowiązanie wykreowane przez Zamawiającego w warunkach dotyczących kryterium oceny ofert. Wskazane informacje, jak wynikało ze specyfikacji warunków zamówienia, były „informacjami minimum" do uzyskania punktów. Pozycja w tabeli „Nazwa projektu i zakres" z uwagi na brak wymagań w specyfikacji warunków zamówienia mógł być przez wykonawcę wskazany dowolnie. Takie wskazanie także powinno skutkować przyznaniem punktów w danym kryterium - z uwagi na zakres zobowiązania, tj. wyspecyfikowanie elementów istotnych, które muszą być podane, aby uzyskać punkty. Wszelkie braki i niedopowiedzenia specyfikacji warunków zamówienia obciążają Zamawiającego, a wykonawcy, który postąpił zgodnie z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia nie może „dziać się krzywda". Zamawiający nie wskazywał, że z zakresu mają wynikać elementy wskazane na str. 15-16 specyfikacji warunków zamówienia, a mając na uwadze standardy rynkowe podając zakres projektu informatycznego zasadniczo nie podaje się liczby użytkowników czy faktu wykorzystywania web serwisów. Zakres projektu to raczej analiza, zaprojektowanie, wdrożenie itp. Ugruntowana jest linia orzecznicza zgodnie z którą zapisy specyfikacji warunków zamówienia muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Specyfikacja warunków zamówienia określa wzajemne prawa i obowiązki stron wynikające z przystąpienia do postępowania. Pozwala wykonawcom dowiedzieć się, czego dokładnie oczekuje od nich zamawiający. Jeżeli więc w kryteriach oceny ofert Zamawiający w celu uzyskania punktów zobowiązał wykonawców do podania trzech elementów koniecznych, to nie może on wymagać innych elementów, albo „dointerpretować", że należy wskazać inne elementy.

Przy takiej konstrukcji specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający co najwyżej (o ile uznał to za koniczne) mógł wyłącznie dopytać na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołującego, czy wskazane w formularzu ofertowym dodatkowo punktowane projekty są projektami informatycznymi polegającymi na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego, w oparciu o web services, o liczbie użytkowników powyżej 100, zakończonymi sukcesem, o wartości 1.000.000,00 zł brutto każdy - i przy pozytywnej odpowiedzi nie miał możliwości nieprzyznania punktów w tym kryterium.

Pozycja nr 3 wykazu została ucięta bez woli Odwołującego, tj. „ucięcie w oprogramowaniu." Jednakże niezależnie od tego elementy takie jak imię i nazwisko, podmiot oraz adres i wartość projektu zostały wskazane poprawnie.

Przystępujący Infomex wskazał w swoim piśmie orzeczenie KIO 2759/21, które rzekomo uzasadnia konieczność „odjęcia" punktów Odwołującemu. Ze stanowiskiem tym Odwołujący sienie zgadza, gdyż orzeczenie wydane było w innym stanie faktycznym i przy inaczej skonstruowanych wymaganiach specyfikacji warunków zamówienia. Przystępujący Infomex dokonał rygorystycznej wykładni kryterium „dodatkowego doświadczenia kierownika projektu" wskazując, że z formularza ofertowego ma wynikać jednoznacznie ilość użytkowników oraz to, że system działa w oparciu o „web serwisy". Natomiast w przypadku kryterium „dodatkowego doświadczenia specjalisty ds. macierzy" przystępujący Infomex dokonał znacznie bardziej liberalnej analizy specyfikacji warunków zamówienia i podał trzy projekty (dla uzyskania 15 punktów wymagane były dwa), z których żaden nie powinien być punktowany.

Specyfikacja warunków zamówienia stanowiła, że w ramach kryterium DODATKOWE DOŚWIADCZENIE SPECJALISTY DS. MACIERZY - waga 15% wykonawca otrzyma punkty

za dodatkowe doświadczenie osoby pełniącej funkcję specjalisty ds. macierzy wyznaczonej do realizacji zamówienia (określone w punkcie IX ust. 1 pkt 1.4 lit. b SWZ), według zestawienia: 1 projekt zakończony sukcesem, obejmującym wdrożenie rozwiązania w oparciu o macierz obiektową - 5 punktów, 2 projekty zakończone sukcesem, obejmującym wdrożenie rozwiązania w oparciu o macierz obiektową - 15 punktów. Wykonawca w „Formularzu ofertowym", stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, zobowiązany będzie do podania: imienia i nazwiska specjalisty ds. macierzy, nazwy, adresu podmiotu zlecającego projekt, na rzecz którego były wykonywane prace, oraz wartości zrealizowanego projektu informatycznego.

Aby uzyskać punkty należało więc podać: imię i nazwisko specjalisty ds. macierzy, nazwę i adres podmioty zlecającego projekt, wartość zrealizowanego projektu informatycznego. Przystępujący Infomex w wykazie wskazał 3 projekty:

1. Na rzecz Infomex Sp. z o.o. - Wdrożenie platformy na potrzeby usługi Veeam Cloud Connect Backup w Data Center Infomex w oparciu o macierz obiektową wykorzystaną do celów archiwizacji. Projekt został zakończony sukcesem. Wartość 369.000,00 zł brutto -

2. Na rzecz IM Sp. z o.o. - nazwa i zakres projektu został objęty tajemnicą - wartość 6.667,00 zł brutto miesięcznie.

3. Na rzecz Instytutu Pamięci Narodowej - Przeprowadzenie audytu oraz dostosowanie Systemu Cyfrowe Archiwum do współpracy z macierzą obiektową oraz import danych z posiadanej przez Zamawiającego macierzy blokowej oraz biblioteki taśmowej do macierzy obiektowej. Projekt został zakończony sukcesem. Wartość 307.500,00 zł brutto.

Zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia, aby uzyskać punkty wykonawca miał podać adresu podmiotu zlecającego projekt. Pierwsza usługa została wykonana na rzecz Infomex Sp. z o.o., co oznacza, że wykonawca wskazał siebie jako podmiot referencyjny. Taka praktyka jest niedopuszczalna i sprzeczna z podstawowymi zasadami ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. równego traktowania wykonawców i konkurencyjności. Jak obiektywnie ustalić, czy projekt zakończył się sukcesem? Czy Informex potwierdził wykonawcy Infomex właściwe wykonanie usługi? Tabela miała potwierdzić wykonanie „projektu", a nie wewnętrznych prac. Dodatkowo Infomex wycenił projekt na 369.000 zł brutto nie wiadomo na jakiej podstawie. Takie działanie narusza ustawę Prawo zamówień publicznych, a Zamawiający nie powinien uznać tego „projektu" za punktowany.

Projekt wykonany na rzecz IM Sp. z o.o. budzi wątpliwości przede wszystkim z uwagi na podaną w tabeli kwotę. Wykonawca miał podać „wartość zrealizowanego projektu informatycznego", czyli wartość (całkowitą) ukończonego projektu, a wskazał kwotę 6.667,00 zł brutto miesięcznie. Taka wskazanie jest formalnie błędne, a przystępujący Infomex postąpił niezgodnie z wymaganiem specyfikacji warunków zamówienia. Podanie kwoty miesięcznej może wskazywać na to, że projekt jest w toku - są to usługi okresowe (utrzymanie). Natomiast aby uzyskać punkty, należy wdrożyć z sukcesem rozwiązanie w

oparciu o macierz. Jest to czynność jednorazowa, czyli instalacja i konfiguracja (wdrożenie) rozwiązania. W takim wypadku, jak wymagał tego Zamawiający, należy podać wartość wdrożenia tj. „zrealizowanego projektu".

Zgodnie z wykładnią przystępującego Infomex w tabeli podanej w formularzy ofertowym w kolumnie „Nazwa projektu oraz zakres" należało wskazać taki zakres, jak wynikał z tabeli zawartej na str. 16 specyfikacji warunków zamówienia. Jeżeli uznać to za słuszne, wskazanie w zakresie projektu „Przeprowadzenie audytu oraz dostosowanie Systemu Cyfrowe Archiwum do współpracy z macierzą obiektową oraz import danych z posiadanej przez Zamawiającego macierzy blokowej oraz biblioteki taśmowej do macierzy obiektowej. Projekt został zakończony sukcesem." nie może być uznane za spełniające warunek „projekt zakończony sukcesem, obejmujący wdrożenie rozwiązania w oparciu o macierz obiektową".

Z zakresu nie wynika, aby wykonawca wdrożył rozwiązanie (literalnie), a dodatkowo audyt oraz dostosowanie musi dotyczyć rozwiązania już istniejącego, a więc niemożliwe jest w takim wypadku uznanie, że było to wdrożenia rozwiązania. Wdrożenie jest to etap cyklu życia systemu polegający na instalacji i dostosowaniu oprogramowania do wymagań użytkownika, a także migracji danych oraz testowaniu i uruchomieniu systemu informatycznego.

Zamawiający, mając na uwadze zasadę równego traktowania wykonawców nie mógł uznać, że Odwołujący przez brak wskazania, że system działa z użyciem „web serwisów" powinien mieć odjęte punkty oraz uznać, że w przypadku przystępującego Infomex brak podania zakresu polegającego na „wdrożeniu" jest czynnością poprawną.

V Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Potwierdził, że oferty w postępowaniu były dwukrotnie oceniane i przy pierwszej ocenie oferta odwołującego Trimtab uzyskała największą liczbę punktów, następnie jednak otrzymał od przystępującego Infomex pismo wskazujące nieprawidłowości w ofercie odwołującego Trimtab. Wykonawcy otrzymali w ramach kryteriów oceny ofert następującą liczbę punktów: odwołujący Trimtab: cena (brutto) - 60 punktów, dodatkowe doświadczenie kierownika projektu - 10 punktów, dodatkowe doświadczenie specjalisty ds. macierzy - 15 punktów, dodatkowe elementy - 5 punktów, łącznie - 90 punktów;

przystępujący Infomex: cena (brutto) - 53,76 punktów, dodatkowe doświadczenie kierownika projektu - 20 punktów, dodatkowe doświadczenie specjalisty ds. macierzy - 15 punktów, dodatkowe elementy - 5 punktów, łącznie - 93,76 punktów.

Zdaniem Zamawiającego zarzut naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy zapisów specyfikacji warunków zamówienia i na obecnym etapie jest spóźniony i powinien być pominięty. Zdaniem Zamawiającego oferty w postępowaniu zostały ocenione wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w specyfikacji warunków zamówienia i w oparciu o dane podane przez wykonawców.

Poza sporem jest, że wykonawcy mogli otrzymać punkty w ramach kryterium „dodatkowe doświadczenie kierownika projektu" wyłącznie za projekty informatyczne o liczbie użytkowników powyżej 100, zakończone sukcesem, o wartości 1.000.000,00 zł brutto oraz to, że odwołujący Trimtab w ofercie opisał jedynie dwa projekty jako projekty informatyczne polegające na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego, w oparciu o web services, jak też, że za dwa projekty informatyczne polegające na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego w oparciu o web services o liczbie użytkowników powyżej 100, zakończone sukcesem, o wartości 1.000.000,00 zł brutto mogło być przyznane 10 punktów. W takim stanie faktycznym Zamawiający, przyznając ofercie odwołującego

Trimtab w ramach kryterium 10 punktów postąpił zgodnie z opisem przyznawania punktów w ramach tego kryterium zawartym w specyfikacji warunków zamówienia.

W świetle oświadczenia Odwołującego, iż jedynie dwa projekty są projektami informatycznymi polegającymi na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego

w oparciu o web services bez znaczenia są wywody mające wskazywać, że nie musiał on wypełniać w ofercie w tabeli kolumny „Nazwa i zakres projektu", gdyż dodatkowe punkty mogły być przyznane wyłącznie za projekty informatyczny polegający na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego w oparciu o web services, a nie jakiekolwiek projekty, Zamawiający w sposób precyzyjny opisał, jakich informacji oczekuje w tej kolumnie, a Odwołujący nie miał wątpliwości, iż może otrzymać dodatkowe punkty tylko, gdy wskazane przez niego projekty będą spełniać wymagania postawione w ramach kryterium, co wynika

wprost z tego, jak opisał w tej kolumnie projekty zrealizowane dla Arteria G Partner Sp. z o.o.

oraz Arteria Customer Services Arteria Menagement Sp. z o.o. sp. komandytowa. Zamawiający nie mógł dopytać, czy projekt zrealizowany dla Contact Center Sp. z o.o. jest projektem informatycznym spełniającym wymagania opisane w ramach tego kryterium, ponieważ prowadziłoby to do uzupełniania i zmiany informacji zawartych w ofercie, dotyczących kryterium oceny ofert, co jest niedopuszczalne w świetle art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podniósł też, że Zamawiający, przyznając ofercie przystępującego Infomex punkty w ramach kryterium „dodatkowe doświadczenie specjalisty ds. macierzy" przyznał mu punkty niezgodnie z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia.

Zamawiający, opisując to kryterium wskazał, iż dodatkowe punkty przyzna za „projekt zakończony sukcesem, obejmujący wdrożenie rozwiązania w oparciu o macierz obiektową". W ramach tego kryterium punktowane było nie doświadczenie spółki Infomex, ale doświadczenie osoby wskazanej przez jako specjalista ds. macierzy. Przy takiej konstrukcji przystępujący Infomex bez wątpienia mógł wskazać projekt, w którym osoba nabyła wymagane doświadczenie realizując projekt na rzecz jakiegokolwiek podmiotu, w tym na rzecz przystępującego Infomex. W opisie kryterium Zamawiający nie wymagał, aby projekt obejmujący wdrożenie rozwiązania w oparciu o macierz obiektową miał jakąś minimalną wartość. Tym samym podane wartości projektów były obojętne dla punktacji w ramach tego kryterium.

Trzeci ze wskazanych przez przystępującego Infomex projektów był zrealizowany na rzecz Zamawiającego i Zamawiającemu znany jest zakres przedmiotowego projektu. Projekt ten był realizowany zgodnie z umową zawartą pomiędzy Zamawiającym a przystępującym Infomex 18 grudnia 2018 r. i obejmował między innymi w ramach etapu nr I wdrożenie

rozwiązania

w oparciu o macierz obiektową. Potwierdza to protokół odbioru etapu nr I. To, iż projekt zrealizowany na rzecz Zamawiającego obejmował również wdrożenie, wynika również z zaprezentowanego przez Odwołującego rozumienia pojęcia „wdrożenie". Projekt ten obejmował bowiem „dostosowanie Systemu Cyfrowe Archiwum do współpracy z macierzą obiektową oraz import danych z posiadanej przez Zamawiającego macierzy blokowej oraz biblioteki taśmowej do macierzy obiektowej".

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest jednak prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Przepis ten bez wątpienia statuuje prawo do żądania wyjaśnień wyłącznie po stronie zamawiającego. Wyznacza on jednocześnie zakres dopuszczalnych uzupełnień i zmian informacji. Uzupełnienia te i zmiany muszą się mieścić wyłącznie w zakresie określonym w art. 223 ust. 2 i art. 187 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niedopuszczalne jest natomiast jakiekolwiek uzupełnianie i zmiana informacji w ofercie dotyczących kryteriów oceny ofert. W złożonej ofercie Odwołujący wskazał w ramach dodatkowego doświadczenia kierownika projektu trzy projekty, z których tylko dwa były projektami informatycznymi polegającymi na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego w oparciu o web services. Trzeci projekt, jak wskazał to Odwołujący, polegał wyłącznie na przygotowaniu projektu i zrealizowaniu na jego podstawie systemu teleinformatycznego. Oświadczenie to jest jednoznaczne i nie mogło być uzupełniane lub zmieniane w toku postępowania.

VI Stanowisko przystępującego Infomex

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Infomex Sp. z o.o.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący podniósł, że w ramach kryterium doświadczenia kierownika projektu Zamawiający wskazał, iż punktowane będą projekty informatyczne polegające na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego, przy czym w sposób jednoznaczny określił obligatoryjne elementy każdego z tych projektów. Punktowane było wyłącznie dodatkowe doświadczenie zdobyte przy zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego który: wykorzystywał web services, miał powyżej 100 użytkowników, jego wartość wynosiła co najmniej 1.000.000,00 zł brutto oraz został zakończony sukcesem. Doświadczenie zdobyte przy budowie systemu informatycznego, który nie charakteryzował

się wskazanymi przez Zamawiającego parametrami, nie uprawniało do przyznania punktów.

Zamawiający w rozdziale XVI ust. 3 specyfikacji warunków zamówienia określił, iż wymaga sporządzenia i złożenia oferty z wykorzystaniem wzoru formularza oferty stanowiącego załącznik do specyfikacji warunków zamówienia. Wzór ten zawierał tabele konieczne do wypełnienia celem uzyskania punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Jednym z koniecznych elementów było określenie nazwy oraz zakresu zrealizowanego projektu. Ponadto w opisie kryterium zawartym w rozdziale XIX ust. 2 pkt 3 Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż wykonawca otrzyma punkty za dodatkowe doświadczenie według zestawienia zawartego w tabeli. W dalszej części opisu kryterium Zamawiający wskazał na pozostałe informacje, które będą wymagane od wykonawców uczestniczących w postępowaniu, tj. imię i nazwisko osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika projektu, nazwa i adres podmiotu zlecającego projekt, na rzecz którego były wykonywane prace oraz wartość zrealizowanego projektu informatycznego. Nie może budzić wątpliwości, iż informacje te miały charakter uzupełniający w stosunku do opisu wymaganego doświadczenia zawartego w tabeli. Na końcu opisu kryterium Zamawiający raz jeszcze wskazał, iż będzie oceniał dodatkowe doświadczenie zawodowe kierownika projektu.

Złożony przez Odwołującego formularz zawiera ewidentne braki - Odwołujący nie potwierdził wymaganych parametrów przedstawianego projektu, w szczególności w zakresie wykorzystania web services. Braki te legły u podstaw nieprzyznania punktów w kryterium. Zamawiający jest zobowiązany do równego traktowania wykonawców oraz oceny na równych zasadach dokumentów złożonych w postępowaniu. Nie może być stawiany w sytuacji, w której miałby się domyślać i uzupełniać ofertę o brakujące oświadczenia woli wykonawcy. To obowiązkiem wykonawcy jest złożyć ofertę, w której są złożone wymagane w specyfikacji warunków zamówienia oświadczenia woli i z której jednoznacznie wynika, iż osoby skierowane do realizacji zamówienia posiadają dodatkowe doświadczenie uprawniające do uzyskania punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Nie jest rolą Zamawiającego odczytywanie intencji wykonawcy, lecz badanie treści złożonych przez niego dokumentów i ich ocena.

Odwołujący przedstawił w formularzu oferty trzy projekty. W odniesieniu do projektu z wiersza 3. tabeli brak jest jakiejkolwiek informacji, iż system ten wykorzystywał web services, co uniemożliwiło przyznanie dodatkowych punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Dla pozostałych dwóch projektów Odwołujący wyraźnie wskazał, iż dotyczyły systemów wykorzystujących web services, co tylko potwierdza, że Odwołujący prawidłowo rozumiał wymagania Zamawiającego odnośnie zakresu wymaganych informacji, a gdy projekt spełniał wymagania wynikające z opisu kryteriów oceny, Odwołujący potwierdzał to w tabeli, co miało miejsce także w odniesieniu do innych wymaganych elementów np. przeznaczenia systemu dla ponad 100 użytkowników. Odwołujący, opisując dwa pierwsze projekty, wprost odwoływał się do wykorzystania web serwisów i liczby użytkowników, co pokazuje, iż doskonale rozumiał wymagania specyfikacji warunków zamówienia i na nich bazował. Sposób opisania dwóch pierwszych projektów nie wynikał bowiem z dotychczasowej praktyki Odwołującego, czy też standardów rynkowych.

Przedstawione przez Odwołującego informacje nawet w sposób pośredni nie pozwalały Zamawiającemu na uznanie, iż projekt z wiersza 3. tabeli wykorzystywał web services. Brak jest jakiegokolwiek potwierdzenia w tym zakresie. Odwołujący jako autor złożonego formularza nie powinien zatem być zaskoczony sytuacją, w której Zamawiający nie przyznaje mu pełnej ilości punktów w kryterium „doświadczenie kierownika projektu", skoro formularz nie potwierdza jednego z wymaganych elementów.

Postanowienia specyfikacji warunków zamówienia w zakresie wymaganych informacji celem uzyskania punktów były oczywiste dla każdego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu. Odwołujący w ramach dwóch pierwszych projektów wskazał, iż systemy wykorzystywały web serwisy. Natomiast w odniesieniu do trzeciego oświadczył, iż również zamierzał wskazać na wykorzystanie web serwisów, jednak w wyniku własnego błędu tego nie uczynił, a brak wskazania na wykorzystanie web serwisów wynikał z błędu oprogramowania i ucięcia części treści, którą zamierzał przedstawić Zamawiającemu. Jednak z opisów pozostałych projektów wynika, że Odwołujący w wyniku błędu co najwyżej usunął ustęp zawierający słowo „użytkowników". Zgodnie z przyjętą przez Odwołującego sekwencją opisów informacja dotycząca wykorzystania w projekcie web serwisów zawsze znajdowała się przed informacją o ilości użytkowników, a co za tym idzie, nie można zgodzić się twierdzeniem Odwołującego, iż informacja dotycząca web services została usunięta wyłącznie w wyniku błędu.

Prezentowane przez Odwołującego stanowisko polegające na wypaczeniu rozumienia postanowień specyfikacji warunków zamówienia stanowi wyłącznie taktykę procesową Odwołującego. Odwołanie wprost dowodzi, iż rozumienie postanowień specyfikacji warunków zamówienia było oczywiste także dla Odwołującego, który zamierzał wskazać elementy związane z wykorzystaniem web serwisów, czego jednak, w wyniku własnych

błędów,

w przypadku jednego z projektów nie uczynił. To wyłącznie na Odwołującym spoczywa odpowiedzialność za poprawne użytkowanie podstawowego oprogramowania biurowego. Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia wskazywał wyraźnie, iż będzie oceniał doświadczenie zawodowe. Elementy takie jak podmiot zlecający czy wartość projektu były jednie wtórne do zakresu zrealizowanych projektów, czyli nabytego doświadczenia.

Zgodnie z definicjami przedstawionymi w opisie przedmiotu zamówienia web service oznacza interfejs wymiany danych pomiędzy elementami Systemu a oprogramowaniem zewnętrznym, który stanowi oddzielny element nie wbudowany w Oprogramowanie

Aplikacyjne i/lub Portal (osadzony na szynie danych). Web service to zatem konkretne rozwiązanie techniczno-funkcjonalne

Zamawiający wskazał wyraźnie, iż będzie oceniał doświadczenie oraz żądał wskazania m.in.

zakresu zrealizowanego projektu. Tym samym oczywistym jest, że każdy z wykonawców zobowiązany był do przedstawienia w formularzu oferty informacji, które umożliwią

weryfikację i ocenę doświadczenia kierownika projektu.

Odwołujący wskazuje, iż jedynie braki w zakresie informacji: imię i nazwisko osoby

wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika projektu, nazwy i adres podmiotu zlecającego projekt, na rzecz którego były wykonywane prace, oraz wartości zrealizowanego projektu informatycznego mogą spowodować nieprzyznanie punktów w ramach kryterium. Rozumowanie Odwołującego jest całkowicie błędne, bowiem pomija istotne elementy

specyfikacji warunków zamówienia, tj. dwukrotne wskazanie, iż ocenie podlegać będzie

doświadczenie oraz treść przygotowanego wzoru formularza oferty. Rozumowanie

Odwołującego prowadzi do absurdalnego wniosku, iż posiadane doświadczenie nie podlega ocenie, a wykonawcy nie musieli nawet składać oświadczenia, iż wskazany specjalista posiada dodatkowo wymagane doświadczenie. Interpretacja forsowana przez Odwołującego

jest niezwykle zawężająca, a co za tym idzie całkowicie błędna, gdyż sprowadza się do braku możliwości badania ofert w zakresie przedstawionego doświadczenia (elementów

zrealizowanego projektu), mimo iż taki opis miał się znaleźć w formularzu oferty.

Skoro dzięki złożeniu prawidłowo wypełnionego formularza oferty wykonawca mógł uzyskać dodatkowe punkty w pozacenowym kryterium oceny ofert, to powinien szczególną uwagę i należytą staranność zachować przy wypełnianiu kolumny „Nazwa i zakres projektu". Nie wystarczyło zatem jakiekolwiek uzupełnienie tej kolumny, ale takie, by potwierdzało ono posiadanie przez daną osobę wymaganego doświadczenia. Ewentualne błędy wynikające z niewłaściwego użytkowania oprogramowania biurowego przy sporządzaniu oferty obciążają wyłącznie Odwołującego. Ponadto, fakt wskazania osoby i wypełnienia tabeli nie oznacza, że za każdy wskazany projekt należy automatycznie przyznać punkty w kryterium. Zamawiający nie miał wątpliwości co do tego, jaką ilość punktów przyznać ofercie Odwołującego. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie konwalidowałyby braku w formularzu co do informacji o parametrach systemu w zakresie web serwisów. Zatem w trakcie potencjalnej procedury wyjaśnień Zamawiający nie dowiedziałby się o wykorzystaniu web serwisów (to stanowiłoby bowiem niedozwolone uzupełnienie formularza), lecz poznałby jedynie powód takiego a nie innego sporządzenia formularza. Wyjaśnieniu w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych może podlegać jedynie treść oferty, a nie brak takiej treści. Wyjaśnienia służą sprecyzowaniu lub wytłumaczeniu informacji, które są już w ofercie zawarte, nie mogą natomiast skutkować uzupełnieniem oferty o nowe treści, które nie były w niej pierwotnie zawarte. Co do zasady jest to niedopuszczalne, ponieważ może prowadzić to do zmiany treści oferty, co zostało przez ustawodawcę zakazane. Na obecnym etapie postępowania brak jest możliwości uzupełnienia informacji o dodatkowo punktowanym doświadczeniu kierownika projektu

w ramach kryterium oceny ofert.

Co do oceny oferty przystępującego Infomex w kryterium doświadczenia specjalisty ds. macierzy wskazał, że dla uzyskania maksymalnej oceny punktowej wystarczające było przedstawienie dwóch projektów stanowiących dodatkowe doświadczenie specjalisty ds. macierzy. Przystępujący w formularzu ofertowym przedstawił trzy projekty stanowiące takie dodatkowe doświadczenie, nawet więc uznanie, że jeden z nich budzi wątpliwości nie będzie miało wpływu na ocenę punktową oraz wynik postępowania.

W przypadku kryterium doświadczenia specjalisty ds. macierzy Zamawiający wymagał jedynie, aby projekt obejmował wdrożenie rozwiązania w oparciu o macierz obiektową i zakończył się sukcesem, nie określił natomiast żadnych wymagań związanych z wartością

zrealizowanego projektu.

Projekt zrealizowany dla IPN jest zgodny z wymaganiami określonymi w opisie kryterium oceny ofert. Przedstawione informacje są wystarczające do stwierdzenia, iż przedmiot projektu obejmował „wdrożenie rozwiązania w oparciu o macierz obiektową i zakończył się sukcesem". Przedmiotowy projekt realizowany był dla Zamawiającego, który posiada szczegółowe informacje na temat zakresu wskazanego projektu. Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości dotyczących zakresu projektu i przyznał punkty w ramach kryterium oceny ofert. Przystępujący w założonym wykazie wskazał wprost, iż projekt obejmował przeprowadzenie audytu oraz dostosowanie Systemu Cyfrowe Archiwum do współpracy z macierzą obiektową, a także import danych z posiadanej przez Zamawiającego macierzy blokowej oraz biblioteki taśmowej do macierzy obiektowej. Nie może budzić wątpliwości, iż dostosowanie posiadanego przez Zamawiającego systemu do współpracy z macierzową obiektową oraz import danych do macierzy obiektowej jest równoznaczne z wdrożeniem rozwiązania w oparciu o macierz obiektową. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego „wdrożyć" oznacza „wprowadzić w stan używalności". Nie ulega wątpliwości, iż po realizacji projektu system zaczął funkcjonować i być użytkowany w oparciu o macierz obiektową, a przed realizacją projektu nie działał w oparciu o macierz obiektową, lecz blokową. Tym samym pracujący przy projekcie specjalista ds. macierzy nabył wymagane doświadczenie i jest uprawniony do uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Ponadto Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „rozwiązanie", należy je zatem rozumieć możliwie szeroko.

Projekt przedstawiony jako doświadczenie specjalisty ds. macierzy jest też zgodny z definicją wskazaną przez Odwołującego, obejmował bowiem dostosowanie oprogramowania, instalację, migrację danych, testowanie i uruchomienie Systemu Cyfrowe Archiwum w oparciu o macierz obiektową. Przystępujący zrealizował wdrożenie aplikacji o nazwie Repozytorium Cyfrowe. Ponadto w ramach zamówienia został przeprowadzony audyt zerowy, który wykazał, że macierz obiektowa nie była wykorzystywana produkcyjnie przez Cyfrowe Archiwum, a co za tym idzie, zarzut odwołania jest bezzasadny.

Także projekt zrealizowany dla IM Sp. z o. o. jest zgodny z wymaganiami określonymi w opisie kryterium oceny ofert. Nie są prawdziwe twierdzenia Odwołującego, iż projekt ten jest w dalszym ciągu realizowany. Projekt ten został zakończony przed upływem terminu składania ofert. Nie są także prawdziwe twierdzenia Odwołującego zarzucające Przystępującemu brak wskazania wartości projektu. Opis kryterium dotyczący specjalisty ds. macierzy nie określał wymaganej wartości projektu. Wymagania Zamawiającego spełniał więc każdy projekt polegający na wdrożeniu rozwiązania w oparciu o macierz obiektową niezależnie od jego wartości, a dla Zamawiającego istotny był wyłącznie zakres projektu, przy którym dany specjalista nabył doświadczenie. Wartości projektu miała dla Zamawiającego charakter wyłącznie informacyjny. Przystępujący wskazał, że wartość projektu wynosiła 6.667,00 zł brutto miesięcznie, co było wynikiem przyjętego modelu rozliczenia w przedmiotowym projekcie oraz informacji zawartej w referencji wystawionej przez IM Sp. z o. o. Wykonawca zobowiązany był do wdrożenia rozwiązania opartego na macierzach obiektowych, a następnie świadczenia odpowiednich usług związanych z wdrożonym rozwiązaniem. Zgodnie z zawartą umową koszty wdrożenia zostały rozłożone na okres świadczenia usług. Skoro projekt jest zgodny ze wszystkimi elementami określonymi w opisie kryteriów, to Zamawiający słusznie przyznał punkty za dodatkowe doświadczenie specjalisty ds. macierzy.

Projekt zrealizowany dla Infomex Sp. z o. o. jest zgodny z wymaganiami określonymi w opisie kryterium oceny ofert. Przedmiotem kryterium jest doświadczenie specjalisty ds. macierzy. Argumentacja Odwołującego jest budowana w taki sposób, jakby przedmiotem kryterium było doświadczenie samego wykonawcy. W ocenie Przystępującego dopuszczalne jest przedstawienie projektu, który realizowany był przez danego specjalistę ds. macierzy na zlecenie pracodawcy (Przystępującego). Specjalista taki nabył bowiem odpowiednie doświadczenie i kompetencje przy projekcie polegającym na „wdrożeniu rozwiązania w oparciu o macierz obiektową". Doświadczenie osoby to praca, która była faktycznie zrealizowana z jego udziałem. Żadne z postanowień specyfikacji warunków zamówienia nie wyłączało możliwości przedstawienia tak zdobytego doświadczenia. Zamawiający wskazał, iż będzie oceniał doświadczenie zawodowe, a zgodnie z „Encyklopedią zarządzania" doświadczenie zawodowe to wszelkie staże, praktyki, a także wcześniej wykonywane prace w określonym zawodzie. Odwołujący wskazał wyłącznie na podstawowe zasady ustawy Prawo zamówień publicznych nie wyjaśniając i uzasadniając w żaden sposób, czemu tak zdobyte przez specjalistę doświadczenie nie może podlegać ocenie w ramach kryterium oceny ofert.

Przystępujący świadczy na otwartym rynku usługi Veeam Cloud Connect Backup i celem świadczenia na rynku tych usług zrealizował wdrożenie rozwiązania w oparciu o macierz obiektową wykorzystywaną do celów archiwizacji. W wyniku projektu powstała platforma programowo-sprzętowa wykorzystywana do świadczenia usług na rzecz klientów Przystępującego. Projekt zakończył się sukcesem, czego potwierdzeniem są referencje wystawione przez klientów korzystających z usług Veeam Cloud Connect Backup. Usługi te są świadczone w oparciu o zbudowaną uprzednio platformę, a nie platformę każdorazowo budowaną na potrzeby danej umowy z klientem, a specjalista ds. macierzy uczestniczący przy wdrożeniu platformy zdobył odpowiednie doświadczenie uprawniające do uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Koszt sprzętu wykorzystanego do realizacji projektu został określony na podstawie faktury zakupowej. Koszt związany z zapewnieniem specjalistów został określony w oparciu o realne koszty poniesione przez Przystępującego. Ponadto wartość projektu miała dla Zamawiającego charakter wyłącznie informacyjny, bowiem nie mogła stanowić podstawy do uznania, iż dany projekt mieści się bądź nie w postawionych wymaganiach i może być kwalifikowany jako doświadczenie dodatkowe.

VII Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący mają interes we wniesieniu swoich odwołań w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła również, iż stan faktyczny postępowania, tj. treść specyfikacji warunków zamówienia, treść obu ofert oraz czynności dokonane przez Zamawiającego w postępowaniu nie są sporne między Stronami i Przystępującymi.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępujących, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego, złożonych pism oraz stanowisk Stron i Przystępujących przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: oba odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

W odwołaniu o sygn. KIO 3756/21 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania przystępującego Trimtab do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny ofertowej, w szczególności w zakresie zaoferowanej ceny za jedną godzinę deweloperską, która stanowi samodzielną podstawę do rozliczenia za faktycznie zrealizowane usługi,

2. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego Trimtab, pomimo że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie zaoferowanej ceny za jedną godzinę deweloperską, która stanowi samodzielną podstawę do rozliczenia za faktycznie zrealizowane usługi (zarzut ewentualny),

3. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego Trimtab, pomimo że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzut ewentualny).

W odwołaniu o sygn. KIO 3771/21 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty przystępującego Infomex,

2. art. 239 ust. 1 i 2 oraz art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie dowolnej, nieopartej na kryteriach zawartych w specyfikacji warunków

zamówienia kryteriach oceny oferty, poprzez przyznanie ofercie Odwołującego w kryterium „dodatkowe doświadczenie kierownika projektu" wyłącznie 10 punktów zamiast 20 punktów, z ostrożności art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak dopytania Odwołującego (w sytuacji, gdyby Zamawiający uznał to za konieczne, bo ze specyfikacji warunków zamówienia to nie wynika) o elementy projektów wskazane w kryterium „dodatkowe doświadczenie kierownika projektu",

3. art. 239 ust. 1 i 2 oraz art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie dowolnej, nieopartej na kryteriach zawartych w specyfikacji warunków zamówienia kryteriach oceny oferty poprzez przyznanie ofercie przystępującego Infomex w kryterium „dodatkowe doświadczenie specjalisty ds. macierzy" 15 punktów zamiast 0 punktów.

Powołane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią:

Art. 16: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie

wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Art. 224 ust. 1: Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 239: 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Art. 240: 1. Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały.

2. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji

przedstawianych w ofertach.

Art. 223 ust. 1: W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z rozdziałem XIX specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert: cena brutto 60%, dodatkowe doświadczenie kierownika projektu 20%, dodatkowe doświadczenie specjalisty ds. macierzy 15%, dodatkowe elementy 5%.

Opisując kryterium „dodatkowe doświadczenie kierownika projektu" Zamawiający wskazał, że wykonawca otrzyma punkty za dodatkowe doświadczenie osoby pełniącej funkcję kierownika projektu wyznaczonej do realizacji zamówienia (określone w punkcie IX ust. 1 pkt 1.4 lit. b SWZ) według zestawienia: 2 projekty informatyczne polegające na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego, w oparciu o web services, o liczbie użytkowników powyżej 100, zakończone sukcesem* (tj. *odebrane przez zamawiającego) o wartości 1.000.000,00 zł brutto każdy - 10 punktów; 3 projekty informatyczne polegające na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego, w oparciu o web services, o liczbie użytkowników powyżej 100, zakończone sukcesem* (*odebrane przez zamawiającego) o wartości 1.000.000,00 zł brutto każdy - 20 punktów.

Wykonawca w „Formularzu ofertowym”, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, zobowiązany będzie do podania: imienia i nazwiska osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika projektu (wskazanej w załączniku nr 3 do SWZ), nazwy, adresu podmiotu zlecającego projekt, na rzecz którego były wykonywane prace, oraz wartości zrealizowanego projektu informatycznego. Zamawiający będzie oceniał doświadczenie zawodowe kierownika projektu inne niż wskazane w załączniku nr 3 do SWZ potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX ust. 1 pkt 1.4 lit. b SWZ.

Opisując kryterium „dodatkowe doświadczenie specjalisty ds. macierzy” Zamawiający wskazał, że wykonawca otrzyma punkty za dodatkowe doświadczenie osoby pełniącej funkcję specjalisty ds. macierzy wyznaczonej do realizacji zamówienia (określone w punkcie IX ust. 1 pkt 1.4 lit. b SWZ), według zestawienia: 1 projekt zakończony sukcesem, obejmującym wdrożenie rozwiązania w oparciu o macierz obiektową - 5 punktów, 2 projekty zakończone sukcesem, obejmującym wdrożenie rozwiązania w oparciu o macierz obiektową - 15 punktów.

Wykonawca w „Formularzu ofertowym”, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, zobowiązany będzie do podania: imienia i nazwiska specjalisty ds. macierzy (wskazanej w załączniku nr 4 do SWZ), nazwy, adresu podmiotu zlecającego projekt, na rzecz którego były wykonywane prace, oraz wartości zrealizowanego projektu informatycznego. Zamawiający będzie oceniał doświadczenie zawodowe specjalisty ds. macierzy inne niż wskazane w załączniku nr 3 do SWZ potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX ust. 1 pkt 1.4 lit. b SWZ.

W „Formularzu ofertowym” stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł dwie tabele do wypełnienia przez wykonawców zatytułowane: „Dodatkowe doświadczenie kierownika projektu” oraz „Dodatkowe doświadczenie specjalisty ds. macierzy” o następujących kolumnach: „Lp.”, „Imię i nazwisko kierownika projektu” (i odpowiednio: „Imię i nazwisko specjalisty ds. macierzy”), „Nazwa i adres podmiotu zlecającego projekt”, „Nazwa projektu oraz zakres”, „Wartość projektu w zł brutto” oraz uwagę: „UWAGA!!! Zamawiający przyzna punkty wyłącznie w przypadku dodatkowego doświadczenia zawodowego kierownika projektu innego niż wskazane w załączniku nr 3 do SWZ.” (w uwadze pod tabelą drugą powinno być niewątpliwie „specjalisty ds. macierzy”, ale nie ma to znaczenia).

Odwołujący Trimtab w „Formularzu ofertowym” w tabeli „Dodatkowe doświadczenie kierownika projektu” wskazał trzy projekty:

1. „Opracowanie koncepcji i wdrożenie kompleksowego systemu informatycznego, wykorzystującego web serwisy, dla ponad 100 użytkowników”,

2. „Zaprojektowanie na podstawie wymagań klienta, systemu teleinformatycznego wykorzystującego web services i następnie jego wdrożenie - z systemu korzysta ponad 100 użytkowników”,

3. Przygotowanie projektu i zrealizowanie na jego podstawie systemu teleinformatycznego dla ponad 100”.

Przystępujący Infomex w tabeli „Dodatkowe doświadczenie specjalisty ds. macierzy” wskazał trzy projekty:

1. „Wdrożenie platformy na potrzeby usługi Veeam Cloud Connect Backup w Data Center Infomex w oparciu o macierz obiektową wykorzystaną do celów archiwizacji. Projekt został zakończony sukcesem” - jako odbiorcę wskazując Infomex Sp. z o.o.,

2. projekt dla IM Sp. z o.o. o wartości 6.667 zł brutto miesięcznie,

3. Przeprowadzenie audytu oraz dostosowanie Systemu Cyfrowe Archiwum do współpracy z macierzą obiektową oraz import danych z posiadanej przez Zamawiającego macierzy blokowej oraz biblioteki taśmowej do macierzy obiektowej. Projekt został zakończony sukcesem.” - jako odbiorcę wskazując IPN (Zamawiającego).

W konsekwencji obaj wykonawcy zostali ocenieni następująco: odwołujący Trimtab: cena (brutto) - 60 punktów, dodatkowe doświadczenie kierownika projektu - 10 punktów, dodatkowe doświadczenie specjalisty ds. macierzy - 15 punktów, dodatkowe elementy - 5 punktów, łącznie - 90 punktów; przystępujący Infomex: cena (brutto) - 53,76 punktów, dodatkowe doświadczenie kierownika projektu - 20 punktów, dodatkowe doświadczenie specjalisty ds. macierzy - 15 punktów, dodatkowe elementy - 5 punktów, łącznie - 93,76 punktów, za najkorzystniejszą zaś została uznana oferta przystępującego Infomex.

Jak wynika z powyższego, aby wykonawca otrzymał 20 punktów w kryterium oceny „dodatkowe doświadczenie kierownika projektu", musiał wskazać 3 projekty informatyczne polegające na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego, w oparciu o web services, o liczbie użytkowników powyżej 100, zakończone sukcesem (odebrane przez zamawiającego), o wartości 1.000.000,00 zł brutto każdy. Projekty te miały być wymienione i opisane w tabeli zawartej w „Formularzu ofertowym".

Jakkolwiek nie wynika to bezpośrednio z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oczywiste jest, że wskazanie to musiało być poprawne i dotyczyć projektów spełniających wymagania kryterium.

Instrukcja dotycząca wypełnienia „Formularza ofertowego" została zawarta zarówno

w rozdziale XIX specyfikacji istotnych warunków zamówienia - w opisie kryterium, jak i w samym „Formularzu ofertowym" - tabeli „Dodatkowe doświadczenie kierownika projektu" wraz ze znajdującą się pod nią uwagą. Powyższych postanowień specyfikacji warunków zamówienia nie należy traktować jako konkurencyjnych w stosunku do siebie, lecz jako wzajemnie się uzupełniające i tworzące jedną całość. Postanowienia te także sobie wzajemnie nie zaprzeczają: wykonawca był zobowiązany zarówno podać imię i nazwisko osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika projektu (tej samej, co wskazana w ramach warunku udziału w postępowaniu), nazwy i adresu podmiotu zlecającego projekt oraz wartości zrealizowanego projektu informatycznego (odpowiadają temu nazwy poszczególnych kolumn tabeli), jak i nazwy projektu oraz jego zakresu (co również wynika z nazwy kolumny tabeli zawartej w „Formularzu ofertowym").

Wobec tak skonstruowanej tabeli konieczność podania zakresu projektu jest oczywista, zwłaszcza wobec faktu, że ów zakres projektu bezpośrednio odnosi się do wymogu opisanego w kryterium oceny oferty (tj. zaprojektowania i wdrożenia systemu informatycznego w oparciu o web services, o liczbie użytkowników powyżej 100 i wartości 1.000.000,00 zł brutto) i ma służyć owej ocenie.

Oczywiście niepodanie owego zakresu nie powoduje niezgodności oferty ze specyfikacją warunków zamówienia w tym sensie, że nie powoduje jej odrzucenia, lecz równocześnie nie daje podstawy do uznania przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, że dana realizacja spełnia w pełni przedstawiony wymóg.

W ocenie Izby, pomimo swojego stanowiska prezentowanego w odwołaniu, odwołujący Trimtab był tego w pełni świadom, o czym świadczy fakt, że kolumnę tę wypełnił podając zakres realizacji odnoszący się do wymogu doświadczenia dodatkowego opisanego w specyfikacji warunków zamówienia, a jedynie w pozycji 3. popełnił, jak wyjaśnił, niezamierzony błąd edytorski polegający na ucięciu części tekstu przez edytor tekstu.

Tym samym, w ocenie Izby, nie można uznać, że wymagania specyfikacji warunków zamówienia były niejasne i wprowadzały wykonawców w błąd, a zaistniała sytuacja (braki w opisie w pozycji 3. tabeli) wynika jedynie z niedopatrzenia odwołującego Trimtab.

Co do kwestii, czy wskazanie na wykorzystanie w projekcie informatycznym web services jest konieczne dla uzyskania punktów w danej pozycji, Izba stwierdziła, że zależy to od okoliczności sprawy. Oczywiście wskazanie takie sprawia, że sytuacja jest klarowna i jednoznaczna dla Zamawiającego, jeśli chodzi o przyznanie pozycji dodatkowych punktów.

Jednak wskazania takiego mogłoby nie być, gdyby z pozostałego opisu wynikało jednoznacznie, że takie web services (w znaczeniu odpowiadającym definicji umieszczonej przez Zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia) zostały wykorzystane i byłaby to niejako „oczywista oczywistość". Odwołujący Trimtab jednak nie zaprezentował w odwołaniu takiej argumentacji (pojawiła się ona jedynie śladowo podczas rozprawy w ramach odniesienia do oświadczenia Contact Center Sp. z o.o.) i nie została potwierdzona czy zweryfikowana przez informacje uzyskane od Zamawiającego lub przystępującego Infomex, zatem Izba nie jest w stanie uznać, że wskazanie w opisie „projekt teleinformatyczny dla 100 [użytkowników]" oznacza na pewno „projekt zrealizowany w oparciu o web services". Zwłaszcza wobec faktu, że z opisu kryterium wynika, że Zamawiający „projekt informatyczny w oparciu o web services" odróżnił od projektu informatycznego dla ponad 100 użytkowników ogólnie, co wskazuje, że nie musi pomiędzy nimi istnieć znak równości. Należy tu podkreślić, że, aby Izba mogła przyjąć takie rozstrzygnięcie, powinno to zostać wykazane przez odwołującego Trimtab, czego ten odwołujący nie uczynił. Należy podkreślić, że to strony i uczestnicy postępowania

odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, co zostało ujęte wprost w przepisie art. 534 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym Izba uznała, że odwołujący Trimtab nie wykazał, że Zamawiający w niesłuszny sposób nie przyznał mu 20 punktów w przedmiotowym kryterium.

Izba nie znalazła też podstaw do wezwania odwołującego Trimtab do wyjaśnienia lub uzupełnienia „Formularza ofertowego" w zakresie opisu pozycji 3. tabeli „Dodatkowe doświadczenie kierownika projektu". Wyjaśnienie w tym zakresie w rzeczywistości byłoby bowiem uzupełnieniem treści zawartej w opisie pozycji 3., co wykracza poza wskazania ustawowe dotyczące możliwości uzupełniania lub wyjaśniania treści oferty i prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców. Obaj wykonawcy mieli takie same szanse uzyskania 20 punktów w kryterium w przypadku prawidłowego podania 3 projektów spełniających wymagania Zamawiającego, jednak odwołujący Trimtab zrobił błąd w opisie. Uzupełnienie czy wyjaśnienie tej kwestii byłoby łatwą i „małą" czynnością Zamawiającego, jednak miałoby istotne skutki dla postępowania, gdyż zmieniłoby ranking ofert, a tym samym krzywdziłoby drugiego z wykonawców, który dołożył należytej staranności przy przygotowaniu oferty i złożył poprawny „Formularz ofertowy". Z tego powodu orzecznictwo, a obecnie również ustawa Prawo zamówień publicznych, neguje możliwość dokonywania tego typu uzupełnień - a także i wyjaśnień mających skutek analogiczny do uzupełnienia.

Należy zauważyć, że w art. 107 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano wprost, że jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, ale wezwania takiego nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Przepis znajduje się w oddziale 5. ustawy „Przedmiotowe środki dowodowe", jednak ta sama zasada - tym bardziej - dotyczy dokumentu takiego jak „Formularz ofertowy".

Co zaś do punktacji przyznanej przystępującemu Infomex w ramach kryterium „dodatkowe doświadczenie specjalisty ds. macierzy", Izba stwierdziła, że odwołujący Trimtab nie udowodnił, że Zamawiający w niesłuszny sposób przyznał temu wykonawcy 15 punktów w przedmiotowym kryterium.

Jak wynika z opisu kryterium, dla uzyskania 15 punktów należało wskazać - również w sposób poprawny - dwa projekty odpowiadające wymaganiom Zamawiającego zawartym w opisie kryterium. Jak wynika z tego opisu, miały to być 2 projekty zakończone sukcesem, obejmujące wdrożenie rozwiązania w oparciu o macierz obiektową.

Przystępujący Infomex wskazał trzy projekty, z których w pierwszym odwołujący Trimtab zakwestionował podmiot będący odbiorcą projektu (samego przystępującego Infomex), jak i niewiadomy sposób ustalenia jego wartości, w drugim nieprawidłowe podanie wartości projektu (w systemie miesięcznym), ewentualnie fakt, że projekt nie został zakończony, w trzecim zaś nieprawidłowe (niepełne) opisanie zakresu projektu.

Na wstępie należy wskazać, że formułując tego typu zarzuty, tj. nieprawidłowy sposób ustalenia wartości projektu w poz. 1., jak i potencjalne niezakończenie projektu, odwołujący powinien nie tylko „rzucić" taką myśl, ale także ją udowodnić. Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tym bardziej powinni też stwierdzać fakty, a nie jedynie snuć luźne przypuszczenia. Wobec powyższego obie kwestie, w ocenie Izby, nie są nawet warte rozważenia jako wyłącznie gołosłowne supozycje.

Należy także zauważyć, że, jak słusznie podnieśli Zamawiający i przystępujący Infomex, w przeciwieństwie do opisu kryterium „dodatkowego doświadczenia kierownika projektu", choć Zamawiający poprosił o wskazanie w tabeli wartości projektu, w kryterium „dodatkowe doświadczenie specjalisty ds. macierzy" wartość ta nie była częścią wymogu, zatem nie ma znaczenia dla oceny jego spełniania, a tym samym oceny oferty. Z tego punktu widzenia nie ma więc znaczenia, jaka wartość została podana w obu pozycjach i w jaki sposób została ustalona. Na marginesie można jednak zauważyć, że - niezależnie od podanej przez przystępującego Infomex metody odnoszącej się do kosztów zakupu komponentów - prawdopodobne jest, że system zbudowany dla spółki Infomex przez pracowników tej spółki został wyceniony dla celów rachunkowych/księgowych jako majątek tej spółki.

W ocenie Izby w kontekście sformułowania wymogu w kryterium „dodatkowego doświadczenia specjalisty ds. macierzy" nie ma też przeszkód, by wykonawca podał projekt realizowany dla własnej firmy. Istnienie platformy dla usługi Veeam Cloud Backup w Data Center Infomex nie było kwestionowane, a doświadczenie techniczne osób realizujących projekt nie różni się od projektów realizowanych dla innych podmiotów.

Kwestia związana z realizacjami na własny użytek w latach ubiegłych sprawiała trudności praktyczne nie tyle ze względu na brak nabycia odpowiedniej wiedzy czy doświadczenia praktycznego, lecz kwestie formalne związane z treścią stawianych wymogów i przedstawianiem dowodów prawidłowego wykonania, głównie zawarciem umowy (z samym sobą) lub świadczeniem usługi (dla samego siebie) - jeśli było to częścią warunku („zrealizował 3 umowy polegające na^", „zrealizował 3 usługi polegające na...") i wystawianiem referencji (samemu sobie). Zamawiający odnosił się jednak do realizacji projektu, który można wykonać w ramach własnej firmy. Jeśli zaś chodzi o wystawianie referencji, to nie bez powodu kilka lat temu wprowadzono możliwość złożenia przez wykonawcę oświadczenia o prawidłowym wykonaniu - istniały bowiem rodzaje usług publicznych, w szczególności przewozowych, świadczonych np. przez PKS lub PKP, nie dla konkretnego odbiorcy, lecz w ramach usług publicznych, gdzie trudno było oczekiwać referencji od konkretnych odbiorców, czyli pasażerów. Podobnie nie ma przeszkód, by np. uznać doświadczenie wykonawcy działającego w branży budowlanej lub jego pracowników w wykonaniu robót budowlanych na własną rzecz, jak choćby wybudowanie własnej siedziby.

Co zaś do projektu opisanego w pozycji 3., zrealizowanego na rzecz Zamawiającego - przystępujący Infomex w opisie projektu wskazał, że obejmował on „dostosowanie systemu do współpracy z macierzą obiektową oraz import danych z macierzy blokowej oraz biblioteki taśmowej do macierzy obiektowej". Według przystępującego Infomex zakres ten odpowiada wymaganiu projektu obejmującego wdrożenie rozwiązania „w oparciu o macierz obiektową", odwołujący Trimtab nie wyjaśnił zaś przekonująco, co konkretnie w zastosowanym opisie jest nieprawidłowe i nie wykazał, że projekt tego wymogu (wdrożenia rozwiązania „w oparciu o macierz obiektową) nie spełnia.

W związku z powyższym Izba uznała, że zarzuty odwołania KIO 3756/21 nie potwierdziły się.

Jak wskazano powyżej, za najkorzystniejszą w postępowaniu została uznana oferta wykonawcy Infomex, wykonawca Trimtab zajął zaś drugie miejsce w rankingu ofert. Zatem odwołanie wniesione przez odwołującego Infomex i kwestionujące zaniechanie wezwania przystępującego Timtab do wyjaśnienia poziomu ceny w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak też ewentualne zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę lub stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, bez wątpienia zostało wniesione z ostrożności, na wypadek uwzględnienia przez Izbę odwołania KIO 3771/21 i zmiany rankingu ofert.

Odwołanie KIO 3771/21 nie zostało jednak uwzględnione, a tym samym ranking ofert pozostaje bez zmian, tj. ofertą najkorzystniejszą nadal jest oferta odwołującego Infomex. Tym samym ewentualne zaniechanie Zamawiającego w stosunku do oferty przystępującego Timtab nie ma w chwili obecnej wpływu na wynik postępowania i z punktu widzenia ekonomiki postępowania przetargowego nie ma sensu nakazywanie Zamawiającemu przeprowadzania takich wyjaśnień.

W przedmiotowej sprawie zachodzi więc okoliczność braku wpływu na wynik postępowania, o której mowa w art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców; 2) niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy. A contrario - w przypadku, gdy nie zachodzi jedna ze wskazanych w tym przepisie okoliczności, Izba odwołanie oddala.

Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych.

Co zaś do zarzutów ewentualnych dotyczących zaniechania odrzucenia oferty przystępującego Timtab, jak słusznie zauważyli Zamawiający i przystępujący Timtab - są

one błędne proceduralnie już w samym swoim założeniu, ponieważ nie można odrzucić oferty ze wskazanych w odwołaniu powodów bez przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 224 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem oddalenie zarzutu dotyczącego zaniechania dokonania takiego wezwania tym bardziej musi prowadzić do oddalenia pozostałych zarzutów.

Ma też rację przystępujący Timtab, że pomimo sformułowania zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji odwołujący Infomex w żaden sposób nie wykazał, że przystępujący Timtab koszt godziny deweloperskiej ujął w pozostałych pozycjach wyceny oferty.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5, § 8 ust.

2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości równej progom unijnym lub przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 15.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3.600 złotych.

Z kolei § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący; a Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2. Zamawiający nie wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, Izba uwzględniła zatem należny wpis w wysokości 15.000 złotych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: .....