

WYROK

z dnia 14 czerwca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2022 roku przez wykonawcę SI-Consulting z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Akademię Górniczo-Hutniczą im. Stanisława Staszica w Krakowie

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - SI-Consulting z siedzibą we Wrocławiu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego - SI-Consulting z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od odwołującego - SI-Consulting z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego - Akademii Górniczo-Hutniczej im. Stanisława Staszica w Krakowie kwotę 3 938,00 zł (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści osiem złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego - Akademię Górniczo-Hutniczą im. Stanisława Staszica w Krakowie z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) oraz kosztów dojazdu na posiedzenie w kwocie 338,00 zł (słownie: trzysta trzydzieści osiem złotych 00/100).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 ze 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:

Uzasadnienie

Akademia Górniczo-Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie (dalej: „Zamawiający” oraz „AGH”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa licencji Data-centricznego Systemu Informatycznego (DSI) w formie subskrypcji obejmujących oprogramowanie udostępniane w chmurze (Platform-as-a-Service-PaaS) wraz z wymaganą infrastrukturą i usługami” (Znak sprawy: KC-zp.272-30/22, dalej: Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 21 lutego 2022 roku pod numerem: 2022/S 036-092392.

W dniu 13 maja 2022 roku Zamawiający poinformował wykonawcę SI-Consulting Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „SI-Consulting Sp. z o.o.” oraz „Odwołujący”) o unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp podając jednocześnie uzasadnienie prawne i faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego.

23 maja 2022 roku Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy

Pzp:

- 1) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie oferty Odwołującego;
- 2) art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 ustawy Pzp oraz art. 16 i 17 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie podania jednoznacznego, zrozumiałego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo, że podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty jest czynnością obligatoryjną i stanowi warunek sine qua non skutecznego odrzucenia oferty;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego, mimo iż oferta SI-Consulting Sp. z o.o. nie podlega odrzuceniu;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego, mimo iż oferta SI-Consulting Sp. z o.o. nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji;
- 5) art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wadliwe unieważnienie przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 6) art. 107 ustawy Pzp poprzez wadliwe uznanie, iż nie zachodzą przesłanki do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący stwierdził, że w jego ocenie czynność

unieważnienia postępowania została dokonana przez Zamawiającego z naruszeniem przepisu art. 255 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu popełnienia przez SI-Consulting Sp. z o.o. czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący zaznaczył, że w swoim piśmie Zamawiający wskazał, iż czyn rzekomo popełniony przez Odwołującego to manipulacja cenowa, gdyż według AGH SI-Consulting Sp. z o.o. posłużyła się tzw. „inżynierią cenową”. Ponadto Odwołujący podkreślił, że jedynym „dowodem” na poparcie zarzutu sformułowanego przez Zamawiającego jest porównanie cen dwóch pakietów zamówienia. Z tego porównania AGH wywodzi, iż taka konstrukcja oferty „(...) może być przejawem albo rażącego obniżenia ceny za pakiet opcjonalny lub rażącego zawyżenia kosztów za pakiet podstawowy albo „przerzucenia” kosztów zamówień opcjonalnych do zamówień podstawowych celem osiągnięcia jak najszybszej i gwarantowanej zapłaty za dostarczone licencje (...)”.

Odwołujący zauważył również, że Zamawiający w swoich rozważaniach pominął jednak kwestię jak zostały sformułowane kryteria oceny ofert w Postępowaniu. SI-Consulting Sp. z o.o. podkreśliła, że ocenie podlega cena całej oferty, a nie poszczególnych pakietów. Zdaniem Odwołującego zasadne jest więc twierdzenie, iż wpływ na konkurencję rynkową ma cena całkowita oferty, nie zaś ceny pakietów. Zatem kształt pakietów, które wykonawcy mogli kształtować w sposób dowolny, nie faworyzowała nikogo na etapie oceny ofert (gdyby w przetargu uczestniczyło więcej podmiotów). Wobec powyższego - w ocenie SI-Consulting Sp. z o.o. - uczciwa konkurencja między wykonawcami nie została zachwiana, ani potencjalnie nie mogła być zakłócona.

Nadto Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w działaniu SI-Consulting Sp. z o.o. dopatruje się czynu nieuczciwej konkurencji, którego „ofiara” ma być on sam, a to poprzez fakt, iż według niego musi ponieść zbyt wysokie koszty w pakiecie I. Niewyartykułowany wprost w piśmie z dnia 13 maja 2022 roku przez AGH wniosek zdaje się brzmieć, iż zdaniem

Zamawiającego cena pakietu II w ofercie Odwołującego jest nieadekwatna do kosztów, jakie

SI-Consulting Sp. z o.o. musi ponieść. Tym samym - jak wskazał Odwołujący - Zamawiający zdaje się sugerować, iż SI-consulting Sp. z o.o. w pakiecie II założyła cenę poniżej kosztów wykonania. Odwołujący zaznaczył jednocześnie, że do takiego stwierdzenia, AGH wystarcza własne przekonanie, z wniosków wyciągniętych z porównania cen dwóch pakietów. SI-Consulting podkreśliła, że Zamawiającego nie interesuje jednak jakie są koszty realizacji zadań w pakiecie II, ani nawet nie podjął próby ich poznania. AGH z góry przyjęła założenie, iż różnica cen między pakietami I oraz II musi automatycznie oznaczać przerzucenie kosztów.

Kolejno Odwołujący wskazał, że powodem odrzucenia jego oferty jest również rzekoma niezgodność oferty z wymogami Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) polegająca na tym, że „(...) Z treści złożonej oferty nie wynika, że zaoferowane oprogramowanie posiada wszystkie wymagane przez Zamawiającego w SWZ funkcjonalności. Opis brakujących funkcjonalności zawiera Załącznik nr A od zapytania nr 4 do zapytania nr 26 (...)”. SI-Consulting Sp. z o.o. podniosła, że nie wiadomo dlaczego Zamawiający doszedł do takich wniosków, gdyż - w ocenie Odwołującego - w odpowiedzi na wezwanie z dnia 13 kwietnia 2022 roku wykonawca w sposób niebudzący wątpliwości potwierdził, iż jego oferta zawiera wszystkie wymagane przez AGH funkcjonalności. Zdaniem Odwołującego w piśmie o odrzuceniu oferty Zamawiający nie wyjaśnił w jaki sposób wyciągnął odmienne wnioski. SI-Consulting Sp. z o.o. podniosła również, że może jedynie domniemywać, iż niepokój AGH najprawdopodobniej budzi fakt, że opis produktu oferowanego przez Odwołującego nie zawiera literalnie powtórzonych określeń czy też nazw, którymi posługuje się Zamawiający. Wykonawca SI-Consulting Sp. z o.o. wskazał, że faktycznie tak jest, ale w jego ocenie różnica w nomenklaturze nie jest przesłanką do stwierdzenia, iż złożona oferta zawiera jakieś braki.

Odnosząc się do zarzutów, iż zaoferowana przez Odwołującego próbka w postaci prezentacji zamawianego rozwiązania była niezgodna z warunkami zamówienia, SI-Consulting Sp. z o.o. stwierdziła, że z udostępnionych przez Zamawiającego protokołów indywidualnej oceny prezentacji próbki, która odbyła się w dniu 21 kwietnia 2022 roku wynika, iż tylko 20 % członków komisji oceniło, iż prezentacja zawierała usterki, ale żaden z tak twierdzących nie podał na czym usterka polegała. W ocenie Odwołującego podane w piśmie z 13 maja 2020 roku dwa zastrzeżenia mogą być w łatwy sposób usunięte, co poniekąd sam

przyznaje Zamawiający, tłumacząc jednak, że nie wezwie do tego wykonawcę, bo jego oferta podlega odrzuceniu ze względu na czyn nieuczciwej konkurencji i niezgodność treści oferty z treścią SWZ. Odwołujący zaznaczył, że w treści odwołania starał się wykazać, iż żadna z tych przesłanek nie zachodzi, a więc i zarzut odrzucenia oferty SI-Consulting Sp. z o.o.

z powodu potencjalnych błędów w próbce, nie może się ostać, gdyż nawet w razie jego potwierdzenia może być konwalidowany.

W dniu 6 czerwca 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Zgodnie z Rozdziałem 4.1. SWZ „Przedmiotem zamówienia jest dostawa licencji dla Data-centricznego Systemu Informatycznego (DSI) w formie subskrypcji obejmujących oprogramowanie udostępniane w chmurze (Platform-as-a-Service-PaaS) wraz z wymaganą infrastrukturą i usługami-KC-zp.272-30/22”.

Zamawiający podzielił zamówienie na:

- pakiet podstawowy licencji w formie subskrypcji (pakiet inicjalny) - przez okres

5 lat od daty odbioru pakietu podstawowego tj. licencje niezbędne do uruchomienia

DSI w ilości określonej w załączniku nr 1a do SWZ - Zamawiający zleci dostarczenie w terminie do 4 miesięcy od daty podpisania umowy na wdrożenie (pkt 1.3. w tabeli na str. 4 SWZ);

- pakiet dodatkowy licencji w formie subskrypcji (prawo opcji) - tj. kolejne licencje zakupione w ramach umowy sukcesywnej utrzymującej warunki handlowe w

okresie 48 miesięcy od daty dostarczenia pakietu podstawowego licencji w formie subskrypcji w ilości określonej w załączniku nr 1a do SWZ (pkt 1.4. w tabeli na str. 4-5 SWZ).

Wszystkie elementy oferowanego systemu informatycznego muszą być objęte usługą serwisową producenta oprogramowania, świadczoną przez okres 5 lat od daty uruchomienia pakietu podstawowego licencji w formie subskrypcji.

Z treści załącznika nr 1a do SWZ wynika, że zarówno zamówieniem podstawowym jak i opcjonalnym zostało objętych 55 jednakowych komponentów.

Stosownie do treści protokołu postępowania wartość szacunkowa zamówienia wynosi 33 845 528,46 zł, w tym w zakresie podstawowym - 5 300 000,00 zł, natomiast w zakresie opcjonalnym 28 545 528,46 zł. Zamawiający wskazał, iż na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 41 630 000,01 zł brutto, w tym w pakiecie podstawowym - kwotę 6 519 000,00 zł brutto, a w pakiecie dodatkowym (prawo opcji) -

35 111 000,01 zł brutto. Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu, w której zaoferował zrealizowanie całego zamówienia za cenę w wysokości 40 897 500,00 zł brutto. Cena brutto za pakiet podstawowy licencji w formie subskrypcji wraz z opieką serwisową przez okres 5 lat

została wskazana na kwotę 38 437 500,00 zł, natomiast cena brutto za pakiet dodatkowych licencji w formie subskrypcji wraz z opieką serwisową przez okres 48 miesięcy wynosi 2 460 000,00 zł.

Stosownie do Rozdziału 5.1. SWZ „Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia związanymi z realizacją zamówienia:

a) Opis funkcjonalno-techniczny oferowanego DSI wraz z charakterystyką komponentów aplikacyjnych oraz technicznych, w zakresie umożliwiającym ocenę spełniania wymagań Zamawiającego określonych w niniejszej SWZ.

b) Próbkę - tj. Wykonawca powinien przekazać do depozytu Zamawiającego nośnik pamięci (np. pendrive) z zainstalowanym oprogramowaniem służącym do Prezentacji oferowanego systemu.

Wykonawcy w ramach niniejszego postępowania przetargowego będą zobowiązani do przeprowadzenia prezentacji wybranych elementów DSI zgodnie z Załącznikiem Nr 1B SWZ (...)

Zgodnie z Rozdziałem 5.4. SWZ „Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 107 ust. 3 ustawy Pzp nie wezwie do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub gdy mimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania”.

W celu potwierdzenia zgodności oferowanej dostawy z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany jest złożyć razem z ofertą prezentację wybranych elementów DSI zgodnie z załącznikiem nr 1b do SWZ (Rozdział 19.13.

SWZ).

W pkt 11 tabeli znajdującej się na str. 21 SWZ Zamawiający wskazał, że prezentacja musi zostać dostarczona w formacie PDF oraz musi ona zawierać aktywne hiperłącze do przykładowego środowiska prezentującego zakres funkcjonalny opisany w załączniku nr 1b do SWZ.

Zamawiający w załączniku nr 1b do SWZ określił zakres prezentacji rozwiązania wskazując na następujące zakresy funkcjonalności:

- 1) Prezentacja aplikacji do wspierania procesu głosowania nad uchwałami Uczelni z wykorzystaniem technologii łańcucha bloków (blockchain) zgodnie z opisem w OPZ - Komponent: wspierający proces głosowania nad uchwałami Uczelni i pozwalający na potwierdzenie współużytkowanych/dyskutowanych wersji dokumentów;
- 2) Prezentacja użycia narzędzia ETL (narzędzia wspomagające proces pozyskania danych dla baz danych) do ekstrakcji danych zgodnie z wymaganiami opisanymi w OPZ - Komponent: wspomagający proces pozyskania danych ze źródeł zewnętrznych;
- 3) Prezentacja procesu równoległego zatrudnienia pracowników;
- 4) Prezentacja procesu wstecznej podwyżki wynagrodzeń;

- 5) Rozliczanie wynagrodzeń w podziale na źródła finansowania;
- 6) Prezentacja procesu kontroli budżetu dla umów cywilno-prawnych;
- 7) Naliczanie dodatkowego wynagrodzenia rocznego;
- 8) Import składników na listę płac;
- 9) Obsługa PKZP;
- 10) Prezentacja funkcjonalności w ramach obsługi procesu elektronicznego obiegu faktur zakupowych zgodnie z opisem wymagań w OPZ - Komponent: do elektronicznego obiegu faktur zakupowych;
- 11) Prezentacja możliwości użycia robotów RPA zgodnie z wymaganiami OPZ - Komponent: do automatyzacji i robotyzacji procesów biznesowych.

Próbka złożona przez Odwołującego wraz z ofertą zawierała pięć prezentacji. Pierwsza prezentacja odnosiła się do pkt 1 załącznika nr 1b do SWZ i na karcie nr 2 zawierała aktywny link odsyłający do środowiska testowego. Druga prezentacja dotyczyła pkt 2 załącznika nr 1b do SWZ. W prezentacji tej nie znajdował się żaden link, który odsyłałby do środowiska testowego zgodnie z wymaganiem Zamawiającego. Kolejną trzecią prezentacją przedstawiała zakresy funkcjonalności z pkt 3-9 załącznika nr 1b do SWZ i na karcie nr 2 wskazywała aktywny link do rozwiązania. Czwarta prezentacja odnosząca się do funkcjonalności opisanych w pkt 10 załącznika nr 1b do SWZ również nie zawiera żadnego linku, który odsyłałby do środowiska testowego. Z kolei w ostatniej prezentacji dotyczącej możliwości użycia robotów RPA zgodnie z wymaganiami OPZ na karcie nr 7 znajdował się aktywny link odsyłający do zaoferowanego środowiska.

Z analizy treści protokołów indywidualnej oceny prezentacji próbki wynika, co następuje:

- 2 członków komisji nie wypełniło protokołu w zakresie pkt 6 tj. nie wskazali czy zaobserwowali usterki prezentowanego oprogramowania;
- 6 członków komisji wskazało, że nie zaobserwowało usterek prezentowanego oprogramowania, jednak 3 spośród nich zawarło następujące uwagi: „W prezentacji PDF - brak aktywnych hiperłączy”, „Prezentacja nie była w całości przeprowadzona na pliku pdf z aktywnymi hiperlinkami”, „Brak hiperlinków na kilku komponentach prezentacji PDF”;
- 2 członków komisji zaobserwowało usterki prezentowanego oprogramowania, jednak niniejsze osoby nie podały na czym te usterki polegały.

W myśl postanowień Rozdziału 23.1. SWZ Zamawiający przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty będzie stosować następujące kryteria oceny ofert:

- Cena - 60 %,
- Oferowana wartość parametrów developerskich - 20 %,
- Oferowana wartość parametrów w zakresie technologii innowacyjnych - 20 %.

W dniu 13 kwietnia 2022 roku AGH wezwała Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonej oferty. Zamawiający sformułował 26 szczegółowych pytań, w tym zapytanie dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty oraz 23 pytania z prośbą o wyjaśnienie gdzie w opisie poszczególnych komponentów zawarte i potwierdzone są wskazane funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”).

Pismem z dnia 19 kwietnia 2022 roku SI-Consulting Sp. z o.o. odpowiedziała na pytania Zamawiającego i jednocześnie zastrzegła, że pismo to wraz z załącznikiem zawiera informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, że zastrzeżone informacje dotyczą kalkulacji złożonej oferty. Ponadto Odwołujący potwierdził, że oferowane oprogramowanie do obsługi DSI zapewnia zgodność warunków licencjonowania z zapisami OPZ i wzoru umowy, co oznacza jednoznacznie, iż wymienione w wezwaniu z dnia 13 kwiet-

nia 2022 roku w zakresie zapytania od nr 4 do nr 26 funkcjonalności mieszczą się w opisach komponentów zawartych w pliku pn.: „03_Opis funkcjonalno-techniczny oferowanego DSI_SI-Consulting”. Odwołujący odniósł się kolejno do zapytań zawartych w wezwaniu wskazując na konkretne strony pliku pn.: „03_Opis funkcjonalno-techniczny oferowanego DSI_SI-Consulting”.

W dniu 13 maja 2022 roku Zamawiający działając na podstawie art. 260 ustawy Pzp zawiadomił wykonawców ubiegających się o zamówienie, że unieważnił Postępowanie na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp. AGH poinformowała, iż odrzuciła ofertę wykonawcy SI-Consulting Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 ustawy Pzp. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego zostało zawarte łącznie na 27 stronach.

W załączniku nr A do zawiadomienia o unieważnieniu postępowania stanowiącym integralną część pisma z dnia 13 maja 2022 roku pn. „Informacja o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu oferty wykonawcy SI-Consulting Sp. z o.o.” Zamawiający wskazał m.in. na zarzuty w przedmiocie niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

W odniesieniu do odpowiedzi na pytania nr 4-26 Zamawiający zaznaczył, że w obliczu wyjaśnień z dnia 19 kwietnia 2022 roku należy stwierdzić, iż dokument pn. „03_Opis funkcjonalno-techniczny oferowanego DSI_SI-Consulting” stanowiący immanentną część oferty nie zawiera treści, które w sposób definitywny i jednoznaczny potwierdzają wymagane funkcjonalności w złożonej przez SI-Consulting Sp. z o.o. ofercie. AGH podkreśliła również, że analizując opis lub nazwę produktu nie może domniemywać jego zawartości (dotyczyło to odpowiedzi na pytania nr 4, 6-10, 15 oraz 17-26).

Nadto Zamawiający wskazał:

- w zakresie odpowiedzi na pytanie nr 5 - „W rozumieniu Zamawiającego funkcjonalność: „Budowa i utrzymywanie wielu struktur organizacyjnych opatrzonych znacznikiem czasowym” nie jest tożsama z funkcjonalnością: „zarządzanie strukturą organizacyjną”;
- w zakresie odpowiedzi na pytanie nr 11 - „W rozumieniu Zamawiającego funkcjonalność: „Samoobsługa zakupowa - z niej będzie korzystać docelowo 4400 użytkowników (zgłaszanie zapotrzebowania przez każdego pracownika)” nie jest tożsama z funkcjonalnością pn.: „zgłaszanie zapotrzebowania”;
- w zakresie odpowiedzi na pytanie nr 12 - „W rozumieniu Zamawiającego: Funkcjonalność: „Odwzorowanie majątku organizacji pod kątem przyszłego jej serwisowania” nie jest tożsama z funkcjonalnościami pn.:
 - > „definiowanie reguł opisujących strukturę hierarchii systemów technicznych przedsiębiorstw”
 - > „strukturalizację uwzględniającą podział obiektów na typy i ich funkcje (klasyfikacja, typy budowy, typy lokalizacji, lokalizacje referencyjne, typy i rodzaje urządzeń...)”
 - > „centralne wprowadzanie danych dla obiektów (struktury referencyjne) oraz dziedziczenie danych w obrębie zdefiniowanych struktur”.

Funkcjonalność: „Zarządzanie zleceniami serwisowymi” nie jest tożsama z funkcjonalnością pn.: „Utrzymanie i eksploatacja majątku”

Funkcjonalność: „Zakupy związane z utrzymaniem w powiązaniu ze zleceniami serwisowymi czy planem serwisowym” nie jest tożsama z funkcjonalnościami pn.:

- > „planowanie i modelowanie inwestycji”
- > „zakupy i konstrukcja”;

w zakresie odpowiedzi na pytanie nr 13 - „W rozumieniu Zamawiającego funkcjonalność: „Rozkładanie czynszów na raty” nie jest tożsama z funkcjonalnością pn.:

„Zarządzanie nieruchomościami korporacyjnymi - nastawione na generowanie przychodów, redukcji kosztów oraz zapewnienia odpowiedniego środowiska dla pracowników. Wspiera zarządzanie powierzchnią, przypisanie do stanowisk roboczych, przesunięcia pracowników oraz rezerwację pomieszczeń i usług. Obsługa różnego rodzaju umów (zobowiązań) związanych z utrzymaniem nieruchomości (umowy na sprzątnięcie, dozór, podatki do gmin, utrzymanie, etc). W pełni połączone z obszarami finansowymi SAP S/4HANA”;

w zakresie odpowiedzi na pytanie nr 14 - „W rozumieniu Zamawiającego:

Funkcjonalność: „Zarządzanie klientami, potencjalnymi klientami oraz kontaktami” nie jest tożsama z funkcjonalnością pn.: „Zarządzanie aktywnościami: za

pomocą zarządzania aktywnościami można rejestrować wszystkie działania pracowników firmy. Obejmuje to umawianie spotkań i tworzenie zadań”.

Funkcjonalność: „Zakupy związane z utrzymaniem w powiązaniu ze zleceniami serwisowymi czy planem serwisowym” nie jest tożsama z funkcjonalnością pn.:

„Zarządzanie szansami sprzedaży: za pomocą zarządzania szansami można kontrolować proces sprzedaży. Szansa opisuje perspektywę sprzedaży, żądane produkty lub usługi, budżet, potencjalną wielkość sprzedaży i szacowane prawdopodobieństwo sprzedaży”;

• w zakresie odpowiedzi na pytanie nr 16 - „W rozumieniu Zamawiającego funkcjonalność: „Reguły będą stosowane do naliczania i korekt wartości kwot zobowiązania” nie jest tożsama z funkcjonalnością pn.: „Obszar funkcjonalny w ramach SAP S/4HANA pozwala na swobodne tworzenie reguł kalkulacyjno-walidacyjno-sterujących dla tych elementów procesów i struktur danych, które tego wymagają (np. gospodarka materiałowa, masowe rozliczenia - rozliczenia finansowe studentów)”.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie mogło zostać

uwzględnione.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że nie podzieliła stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne nie pozwalało SI-Consulting Sp. z o.o. zidentyfikować przesłanek, którymi kierował się Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Izba uznała uzasadnienie faktyczne w tym zakresie za wystarczające do podjęcia z Zamawiającym pełnej polemiki w zakresie zasadności przyczyn odrzucenia oferty.

W ocenie Izby w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na to, że z treści złożonej oferty nie wynika, że zaoferowane oprogramowanie posiada wszystkie wymagane przez Zamawiającego w SWZ funkcjonalności w sposób jasny i precyzyjny zostały określone przyczyny odrzucenia oferty SI-Consulting Sp. z o.o. co najmniej w zakresie następujących komponentów: „Komponent do zarządzania kadrami”, „Komponent do operacyjnego zarządzania zakupami”, „Komponent do gospodarki remontowej”, „Komponent do zarządzania nieruchomościami”, „Komponent do zarządzania relacjami z klientami” oraz „Komponent do obsługi silnika reguł kalkulacyjno-walidacyjno-sterujących”. W odniesieniu do pozostałych komponentów, których dotyczyły pytania nr 4, 6-10, 15 oraz 17-26 Zamawiający w sposób bardziej ogólny stwierdził natomiast, iż dokument pn. „03_Opis funkcjonalno-techniczny oferowanego DSI_SI-Consulting” stanowiący immanentną część oferty nie zawiera treści, które w sposób definitywny i jednoznaczny potwierdzają wymagane funkcjonalności w złożonej przez SI-Consulting Sp. z o.o. ofercie a ponadto, że analizując opis lub nazwę produktu nie może domniemywać jego zawartości. Koniecznym jest podkreślenie, że w zakresie komponentów wyszczególnionych w pytaniach nr 5, 11-14 i 16 AGH dokładnie wskazała, które konkretnie funkcjonalności przywoływane przez Odwołującego nie są - w ocenie Zamawiającego - tożsame z funkcjonalnościami wymaganymi zgodnie z OPZ. W ocenie Izby Odwołujący miał zatem pełną wiedzę o przyczynach odrzucenia jego oferty w odniesieniu do wymienionych powyżej komponentów, a tym samym mógł podjąć z Zamawiającym polemikę w zakresie zasadności przyczyn odrzucenia oferty. Odwołujący nie podjął jednak żadnej inicjatywy w tym kierunku. Wykonawca SI-Consulting Sp. z o.o. nawet nie próbował wykazać, że wskazane przez niego funkcjonalności są tożsame z funkcjonalnościami wymaganymi przez Zamawiającego, ograniczając się tym samym wyłącznie do argumentacji, że różnica w nomenklaturze nie jest przesłanką do stwierdzenia, iż jego oferta zawiera jakieś braki. Na podstawie tak przedstawionego stanowiska nie sposób stwierdzić, aby Odwołujący odparł argumenty Zamawiającego.

W tym miejscu zasadnym jest podkreślenie, że badanie przez Izbę czynności podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia następuje poprzez przytę podstaw faktycznych i prawnych zarzutów podniesionych w odwołaniu, co jest pochodną obowiązującej w postępowaniu odwoławczym zasady kontrydktoryjności wynikającej z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp. Okoliczność ta miała istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie. Izba stwierdziła bowiem, że Odwołujący wnosząc odwołanie w zasadzie nie wdał się w polemikę z argumentacją Zamawiającego przedstawioną w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, która była podstawą do stwierdzenia, iż treść złożonej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Należy zaznaczyć, że zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 534 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca SI-Consulting Sp. z o.o. zobowiązany był wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne, to on bowiem nie zgadzał się z decyzją Zamawiającego i to jego rolą było wykazać, że AGH odrzucając jego ofertę naruszyła przepisy ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej dowodami o słuszności swoich twierdzeń oraz konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Postępowanie przed Izbą toczy się kontrydktoryjnie, a w postępowaniu o charakterze spornym to strony obowiązane są przedstawiać dowody, natomiast organ orzekający nie ma obowiązku zastępowania stron w jego wypełnianiu (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 października 2021 roku o sygn. akt KIO 2857/21).

Odnosząc się z kolei do drugiej przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia Izba stwierdziła, że dwie prezentacje wykonawcy SI-Consulting Sp. z o.o. nie posiadały aktywnych hiperłączy do środowiska testowego, a zatem nie zostały spełnione wymagania Zamawiającego zgodnie z SWZ. Tym samym nie potwierdził się zarzut dotyczący naruszenia przez AGH art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z pkt 11 tabeli znajdującej się na stronie 21 SWZ prezentacja musiała zawierać aktywne hiperłącze do przykładowego środowiska prezentującego zakres funkcjonalny opisany w załączniku nr 1b do SWZ. Bezspornym pomiędzy stronami jest fakt, że spośród przedstawionej wraz z ofertą próbki prezentacji, dwie z nich nie zawierały aktywnego linku odsyłającego do środowiska testowego zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Natomiast pozostałe prezentacje zawierały aktywne linki do zaoferowanych rozwiązań. Powyższe Izba stwierdziła również po przeprowadzeniu dowodu z treści złożonego na rozprawie nośnika pamięci typu pendrive zawierającego próbkę prezentacji. Okoliczność, iż prezentacja nie była w całości przeprowadzona na pliku z aktywnymi hiperlinkami poświadczają także protokoły indywidualnej oceny prezentacji próbki. Ponadto należy zauważyć, że sam Odwołujący w żadnym miejscu odwołania nie zaprzeczył, że prezentacja nie zawiera aktywnych hiperłączy. Wprost przeciwnie, SI-Consulting Sp. z o.o. stwierdziła, że dwa zastrzeżenia mogą być łatwy sposób usunięte, a zatem w ocenie Odwołującego zarzut odrzucenia jego oferty z powodu potencjalnych błędów w próbce może być konwalidowany. Koniecznym jest jednak podkreślenie, że Zamawiający w Rozdziale 5.4. SWZ wskazał, że zgodnie z art. 107 ust. 3 ustawy Pzp nie wezwie do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, gdy mimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Należy wskazać, że w Postępowaniu zašły przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwencji również do unieważnienia postępowania, a zatem Izba uznała, iż zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 107 ustawy Pzp poprzez wadliwe stwierdzenie, że nie zachodzą przesłanki do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba podziela natomiast argumentację Odwołującego, że przedstawiona informacja o odrzuceniu jego oferty była niejednoznaczna w odniesieniu do zaistnienia przesłanki określonej w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W tym zakresie Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty SI-Consulting Sp. z o.o. w sposób ogólnikowy powołał się na inżynierię cenową, nie wskazując tym samym w sposób konkretny i jednoznaczny na czym ta inżynieria cenowa faktycznie polegała. Zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie, na etapie postępowania odwoławczego, uzupełniał swoje stanowisko wskazując w szczególności na dokumenty źródłowe z ustalenia wartości szacunkowej zamówienia. Zdaniem składu orzekającego zarówno złożona odpowiedź na odwołanie jak i stanowisko AGH przedstawiane podczas rozprawy wykraczające poza zakres uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego nie mogą zastępować braków uzasadnienia zakomunikowanego wykonawcy w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp. Niezależnie od tego czy argumentację Zamawiającego można by uznać za słuszną czy też nie, to Izba nie jest uprawniona do dokonania jej oceny. Podkreślić należy, że wykonawca wyłącznie na podstawie przekazanych mu informacji o przyczynach odrzucenia jego oferty jest w stanie zweryfikować prawidłowość działania Zamawiającego i podjąć decyzję o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Izba zgodziła się z Odwołującym, że Zamawiający nie wykazał, aby złożenie oferty

przez SI-Consulting Sp. z o.o. stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji i wypełniało dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm., dalej: „u.z.n.k.”). Ustawa Pzp nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji odsyłając w tym zakresie do u.z.n.k. W art. 3 ust. 1 tej u.z.n.k. zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustęp 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k. może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 - 17d u.z.n.k., jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998 roku, sygn. akt I KKN 904/97). W takiej sytuacji, aby określone działanie mogło zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, należy wykazać spełnienie przesłanek wynikających z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. tj., że jest ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz że zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Niewątpliwie należy mieć na uwadze fakt, iż okoliczność dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinna zostać wykazana. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 u.z.n.k. albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2021 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1285/21).

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający decydując się na odrzuceniu oferty SI-Consulting Sp. z o.o. w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp winien był wykazać, że fakt złożenia przez Odwołującego oferty stanowił czyn nieuczciwej konkurencji, tj. albo że działanie to wypełnia znamiona konkretnego czynu stypizowanego w u.z.n.k., albo, że jest

ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a więc wypełnia przesłanki wskazane w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. pozwalające takie działanie uznać za czyn nieuczciwej konkurencji.

Stanowisko Zamawiającego zakomunikowane Odwołującemu w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp zostało natomiast ograniczone do stwierdzenia, iż „Wykonawca SI - Consulting sp. z o.o. skonstruował cenę oferty w ten sposób, że za tą samą ilość komponentów (55szt.) w pakiecie podstawowym dla 50 użytkowników zaproponował cenę 38 437 500 zł, zaś w pakiecie opcjonalnym dla 390 a nawet 4350 użytkowników - cenę jedynie na poziomie 2 460 000 zł. Oznacza to de facto, że za mniejszy, ale pewny zakres zamówienia wykonawca zaoferował cenę rażąco wygórowaną, zaś za pakiet o większym zakresie, który jest pakietem opcjonalnym cena oferty została oszacowana na poziomie rażąco zaniżonym. Takie skonstruowanie ceny oferty może być przejawem albo rażącego obniżenia ceny za pakiet opcjonalny lub rażącego zawyżenia kosztów za pakiet podstawowy albo „przerzucenia” kosztów zamówień opcjonalnych do zamówień podstawowych celem osiągnięcia jak najszybszej i gwarantowanej zapłaty za dostarczone licencje”.

Powyższa hipoteza nie została przez Zamawiającego w żaden sposób wyjaśniona ani szerzej omówiona. Z przytoczonej treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wynika bowiem, że Zamawiający nie był w stanie jednoznacznie stwierdzić, czy skonstruowanie ceny oferty przez SI-Consulting jest przejawem rażącego obniżenia ceny za pakiet opcjonalny czy rażącego zawyżenia kosztów za pakiet podstawowy, a może „przerzucenia” kosztów zamówień opcjonalnych do zamówień podstawowych. Zamawiający nie wskazał chociażby jakie konkretnie koszty miałyby być „przenoszone” ani nie wyjaśnił w sposób precyzyjny na podstawie jakich obliczeń wywiódł wskazane powyższe wnioski. Ponadto - jak to słusznie podniósł Odwołujący - zgodnie z postanowieniem Rozdziału 23.1. SWZ - ocenie w ramach kryteriów oceny ofert podlegała cena całej oferty, a nie poszczególnych pakietów. Wobec powyższego zasadnym jest stwierdzenie, że wpływ na

konkurencję rynkową w niniejszym Postępowaniu ma cena całkowita oferty, nie zaś ceny pakietów. Nie można również podzielić stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym sposób sporządzenia oferty przez wykonawcę SI-Consulting Sp. z o.o. miał doprowadzić do uzyskania przez Odwołującego nieuzasadnionej przewagi nad innymi ewentualnymi wykonawcami. Powyższe stanowi wyłącznie przypuszczenie Zamawiającego, który przecież nie ma pewności, że potencjalni inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu złożąliby oferty skonstruowane w sposób odmienny niż oferta SI-Consulting Sp. z o.o. tj.

zaoferowaliby kwotę niższą za realizację zamówienia podstawowego, natomiast kwotę wyższą za pakiet opcjonalny. Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że uznała za przekonujące twierdzenia zawarte w akapicie drugim oświadczenia producenta zaoferowanych przez Odwołującego rozwiązań tj. dokumencie, który został przedstawiony przez SI-Consulting Sp. z o.o. w dniu rozprawy. Treść złożonego oświadczenia wskazywała na okoliczności podnoszone przez Odwołującego już w wyjaśnieniach z dnia 19 kwietnia 2022 roku, a tym samym potwierdzała możliwość sporządzenia oferty w sposób jaki zrobił to wykonawca SI-Consulting Sp. z o.o.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy nie potwierdził się zarzut Zamawiającego, iż oferta SI-Consulting Sp. z o.o. została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Powyższe uchybienie Zamawiającego pozostawało jednak bez wpływu na wynik postępowania, jako że nie stwierdzono, aby decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp naruszała wyżej wymieniony przepis (co omówiono we wcześniejszej części uzasadnienia). Nawet zatem przyznanie, że zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp był zasadny, nie wpłynęło na sytuację Odwołującego w prowadzonym postępowaniu, gdyż jego oferta nie może już zostać przywrócona do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie może podlegać dalszej ocenie w toku tego postępowania. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W przypadku więc braku stwierdzenia wpływu określonego naruszenia na wynik postępowania zarzut podlega oddaleniu, w konsekwencji czego Izba oddaliła zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Ponadto wobec faktu, że nie potwierdził się zarzut odwołania odnoszący się do niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia Izba uznała, że w konsekwencji nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut dotyczący wadliwego unieważnienia Postępowania.

Mając na uwadze wskazane okoliczności faktyczne i prawne Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 roku poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący: