

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2024 r. przez odwołującego BCF Consulting Services Sp. z o.o. we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o. w Warszawie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Euvic S.A. w Gliwicach i Yarrl S.A. w Krakowie

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu:

1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2. powtórzenie badania i oceny ofert, w tym wezwanie odwołującego BCF Consulting Services Sp. z o.o. we Wrocławiu do uzupełnienia wykazu kompetencji/doświadczenia w zakresie, w jakim wykaz nie potwierdza w wierszu nr 33, dotyczącym konsultanta o specjalności starszy programista front-end (pan Ł.W.), spełnienia wymaganego posiadania min. 5 lat doświadczenia w programowaniu aplikacji frontendowych z użyciem frameworka w języku javascript/typescript,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć zamawiającego Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o. w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 18 617,00 zł (osiemnaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego,

2.2. zasądza od zamawiającego Aplikacji Krytycznych Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz odwołującego BCF Consulting Services Sp. z o.o. we Wrocławiu 15 017,00 zł (piętnaście tysięcy siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o. ul. Chmielna 132/134, 00-805 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie kompleksowych usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich z branży IT dla spółki Aplikacje Krytyczne sp. z o.o., o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 5347-2024, dalej zwane „postępowaniem”. Postępowanie posiada przekraczające kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) dalej zwanej „p.z.p.”.

W dniu 23 września 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca BCF Consulting Services Sp. z o.o. pl. Solny 14A/5, 50-062 Wrocław (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 128 ust. 1 Ustawy poprzez brak wezwania Odwołującego do uzupełnienia złożonych w postępowaniu dokumentów – wykazu kompetencji/doświadczenia w zakresie doświadczenia wskazanego w wierszu nr 33 konsultanta o specjalności STARSZY PROGRAMISTA FRONT-END Ł.W., pomimo że w przypadku stwierdzenia wymienionych w tym przepisie wad zamawiający ma obowiązek wezwać co do zasady wykonawcę do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, pomimo że nie przeprowadzono we właściwy sposób postępowania wyjaśniającego;
3. art. 239 ust. 1 Ustawy poprzez brak dokonania oceny oferty Odwołującego i wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty konsorcjum: Euvic S.A. ul. Przewozowa 32, 44-100 Gliwice i Yarrl S.A. ul. Skarżyńskiego 14, 31-866 Kraków, unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego, wezwania odwołującego przez zamawiającego do uzupełnienia złożonych w postępowaniu dokumentów – wykazu kompetencji/doświadczenia w zakresie, w jakim dokument ten nie potwierdza w odniesieniu do wskazanego w wierszu nr 33 konsultanta o specjalności STARSZY PROGRAMISTA FRONT-END Ł.W. spełnienia wymagań min. 5 lat doświadczenia w programowaniu aplikacji frontendowych z użyciem frameworka w języku javascript/typescript i powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Ponadto wniesiono o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, które zostaną złożone do akt sprawy przed jej zakończeniem, w tym kosztów wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika oraz 17 zł tytułem opłaty skarbowej za złożenie dokumentu stwierdzającego udzielenie pełnomocnictwa. A także dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

- a) specyfikacji warunków zamówienia dla wykazania faktu w postaci jej treści w tym warunków przetargu;
- b) umowy ramowej nr U/PZP/2023/39/WNP-001243/53 dla wykazania faktu w postaci jej treści w tym warunków

przetargu;

- c) zaproszenia do złożenia oferty w zamówieniu wykonawczym dla wykazania faktu w postaci jego treści, w tym zasad na jakich prowadzony był przetarg;
- d) pierwotnego wykazu kompetencji/doświadczenia z 08.08.2024 r. dla wykazania faktu w postaci jego treści;
- e) wezwania do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia w zakresie złożonych dokumentów z 16.08.2024 r. dla wykazania faktu w postaci jego treści w tym rodzaju wezwania, wskazanych w nim braków i sposobu sformułowania żądań;
- f) wyjaśnień odwołującego do jego oferty z 21.08.2024 r. dla wykazania faktu w postaci ich treści i zakresu;
- g) uzupełnionego wykazu kompetencji/doświadczenia z 21.08.2024 r. dla wykazania faktu w postaci jego treści, w tym naniesienia uzupełnień zgodnie z wezwaniem;
- h) zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 13.09.2024 r. dla wykazania faktu w postaci jego treści, w tym przebiegu postępowania;
- i) zawiadomienia z platformy zakupowej dla wykazania faktu w postaci terminu uzyskania informacji o zaskarżonych zaniechaniach i czynnościach;
- j) CV pana Ł.W. dla wykazania faktu w postaci spełnienia przez niego wymagań w zakresie min. 5 lat doświadczenia w programowaniu aplikacji frontendowych z użyciem frameworka w języku javascript/typescript.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. W dniu 18.07.2024 r. zamawiający, w związku z realizacją postanowień Umowy Ramowej zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania nr PZP/2023/39/WNP-001243 na świadczenie kompleksowych usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich z branży IT, skierował do wykonawców z którymi zawarł umowy ramowe, zaproszenie do złożenia ofert w zamówieniu wykonawczym nr PZP/2023/39/WNP001243/PW/1. (dowód: zaproszenie do złożenia oferty w zamówieniu wykonawczym PZP/2023/39/WNP-001243/PW/1) Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 01.08.2024 r. do godz. 10:00, w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone dwie oferty przez wykonawców: konsorcjum: Euvic S.A., ul. Przewozowa 32, 44-100 Gliwice, Yarrl S.A., ul. Skarżyńskiego 14, 31-866 Kraków (dalej także jako „konsorcjum Euvic”) i odwołującego. W dniu 13.09.2024 zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w zamówieniu wykonawczym nr PZP/2023/39/WNP001243/PW/1. Zamawiający przy wyborze najkorzystniejszej oferty brał pod uwagę wyłącznie ofertę jednego wykonawcy – konsorcjum Euvic, która to oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Pomimo złożenia w tym postępowaniu oferty również przez odwołującego, jego oferta nie była brana pod uwagę i nie podlegała ocenie, mimo że w wyniku przeprowadzonej analizy ofert została najwyższej oceniona, ponieważ została ona odrzucona przez zamawiającego.

Jako przyczynę odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający wyjaśnił dalej, że w trakcie przeprowadzonej analizy wykazu kompetencji/doświadczenia stanowiącego załącznik nr 2 do oferty wykonawczej (dalej „Wykaz”), złożonego przez odwołującego, zamawiający stwierdził, że złożony Wykaz nie potwierdza, że osoby skierowane do realizacji zamówienia spełniają wszystkie wymagania określone przez zamawiającego w SZOPZ. W związku z powyższym zamawiający pismem z dnia 16.08.2024 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia w zakresie złożonego Wykazu. W odpowiedzi na powyższe wezwanie zamawiającego, odwołujący w dniu 21.08.2024 r. tj. w terminie wskazanym przez zamawiającego, za pośrednictwem platformy zakupowej, złożył m.in. uzupełniony Wykaz oraz wyjaśnienia do oferty wykonawczej. W wyniku weryfikacji tych dokumentów zamawiający stwierdził, iż wskazany w wierszu nr 33 konsultant o specjalności STARSZY PROGRAMISTA FRONT-END Ł.W. nie spełnia wymagań określonych w SZOPZ w zakresie m. 5 lat doświadczenia w programowaniu aplikacji frontendowych z użyciem frameworka w języku javascript/typescript. Ze złożonego wykazu wynikało, że osoba ta posiadała jedynie 27 miesięcy doświadczenia we wskazanym zakresie. Z uwagi na to zamawiający stwierdził, że odwołujący do realizacji zamówienia skierował konsultanta niespełniającego wymagań określonych w SZOPZ, co jednoznacznie oznacza, że treść oferty złożonej przez odwołującego nie jest zgodna z żądaniami zamawiającego określonymi w zaproszeniu i podlega odrzuceniu jako oferta niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający wskazał również, że po przeprowadzonej analizie złożonego przez odwołującego Wykazu stwierdził, że nie wszyscy wskazani konsultanci w złożonym Wykazie spełniają doświadczenie i pozostałe kompetencje wymagane dla konsultantów określone w SZOPZ. Zamawiający wezwał więc odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia Wykazu. Mimo uzupełnienia Wykazu odwołujący nie potwierdził, że konsultant o specjalności STARSZY PROGRAMISTA FRONT-END Ł.W. spełnia wymagania w zakresie min. 5 lat doświadczenia w programowaniu aplikacji frontendowych z użyciem frameworka w języku javascript/typescript. Zamawiający podkreślał również, że czynność wezwania do uzupełnienia może być zastosowana jednokrotnie, więc nie mógł on po raz kolejny wezwać odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego Wykazu (tak zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 13.09.2024 r.).

Odwołujący zaprzecza, że był wzywany do uzupełnienia wykazu w zakresie dotyczącym doświadczenia konsultanta o specjalności STARSZY PROGRAMISTA FRONT-END Ł.W. Otrzymane przez odwołującego wezwanie 16.08.2024 r. dotyczyło dwóch rodzajów czynności: 1) uzupełnienia Wykazu; 2) wyjaśnień do Wykazu. Zgodnie z przepisami p.z.p. zamawiający jest uprawniony do wzywania zarówno do uzupełnienia dokumentów jak i do wzywania do złożenia wyjaśnień do złożonych dokumentów – są to jednak niezależne, posiadające odrębne podstawy prawne uprawnienia (obowiązki) zamawiającego. Podstawą dla kierowania przez zamawiającego wezwania do uzupełnienia jest art. 128 ust. 1 p.z.p. zgodnie z którym, jeżeli dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu są niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Podstawą dla kierowania przez zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień jest art. 128 ust. 4 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Są to więc dwa niezależne rodzaje wezwań do których zastosowanie mają odmienne zasady, które zostaną omówione bardziej szczegółowo w dalszej części uzasadnienia.

W ocenie odwołującego treść wezwania otrzymanego przez odwołującego od zamawiającego wskazać należy, że pierwsza część (wezwanie do uzupełnienia wykazu) dotyczyła dwóch kwestii: 1) tłumaczenia z języka angielskiego na polski nazw stanowisk wymienionych konsultantów, w tym konsultanta wymienionego w wierszu 33 Ł.W.; 2) niewykazania spełnienia wymagań wskazanych w SZOPZ – w tym zakresie w wezwaniu wymieniono poszczególnych konsultantów (z imienia i nazwiska) ze wskazaniem, w jakim zakresie nie wykazano w Wykazie spełnienia przez nich wymagań. Odwołujący zwraca uwagę, że ta część wezwania dotyczyła niespełnienia przez określonych konsultantów wymogu minimalnego doświadczenia, jednak nie wymieniono tam konsultanta Ł.W. Wymóg doświadczenia konsultanta Ł.W. nie był powiązany z zajmowanymi stanowiskami – wymagano: min. 5 lat doświadczenia w programowaniu aplikacji frontendowych z użyciem frameworka w języku javascript/typescript. Czyli wymagano doświadczenia w realizacji konkretnych zadań, bez względu na zajmowane stanowisko.

Zgodnie z orzecznictwem KIO: mimo że zasadą jest posługiwanie się w toku postępowania o udzielenie

zamówienia językiem polskim, nie oznacza to jednak, że składane przez wykonawców oferty muszą być sporządzone wyłącznie w języku polskim, oraz że nie mogą zawierać słów w językach obcych (wyrok KIO z 15.02.2013 r., KIO 227/13, LEX nr 1288550). W usługach informatycznych nie jest niekiedy możliwe posługiwanie się wyłącznie językiem polskim. Sam zamawiający posługuje się zresztą językiem angielskim, przykładowo stawiając warunek: „praktyczna znajomość „web accessibility”. Tym samym również bez przetłumaczenia nazwy stanowiska, zamawiający mógł i powinien zweryfikować wykazane przez odwołującego doświadczenie konsultanta. Druga część wezwania dotyczyła natomiast złożenia wyjaśnień, które to wyjaśnienia miały polegać na potwierdzeniu, czy wskazani w Wykazie wszyscy konsultanci spełniają wszystkie wymagania wskazane w SOPZ – w tym miejscu zażądano m.in. (pkt 2 ppkt. 4 tej części wezwania) potwierdzenia, czy Ł.W. spełnia minimalne wymagania w zakresie posiadanego doświadczenia.

Podsumowując wskazać należy, że zamawiający nigdy nie wezwał odwołującego do uzupełnienia Wykazu w zakresie spełnienia przez konsultanta Ł.W., a wymogu minimalnego doświadczenia (a tym samym nie poinformowano odwołującego o niewykazaniu spełnienia tych wymagań), a jedynie wezwano odwołującego do wyjaśnienia (poprzez potwierdzenie), że konsultant spełnia wymóg minimalnego doświadczenia. W odpowiedzi na otrzymane wezwanie z 16.08.2024 r. odwołujący uzupełnił Wykaz we wskazanym zakresie, w tym przetłumaczył nazwę stanowisk konsultanta Ł.W., oraz złożył wyjaśnienia – potwierdził, że m.in. konsultant Łukasz Wojdat spełnia wymóg minimalnego doświadczenia (co jest zgodne z rzeczywistością). (tak wyjaśnienia odwołującego do jego oferty z 21.08.2024 r., - uzupełniony Wykaz; CV Ł.W.). Brak wykazania spełnienia przez konsultanta wymogów co do wymaganego doświadczenia stanowi błąd, o którym mowa w art. 128 ust. 1 p.z.p. Powyższe s znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO, np. w wyroku KIO z 21.02.2024 r., KIO 353/24. W takich sytuacjach zamawiającemu nie pozostawiono dyskrecjonalności i powinien on wezwać odwołującego do uzupełnienia Wykazu w odniesieniu do tego konkretnego błędu (niewykazania spełnienia przez konsultanta Ł.W. wymogu minimalnego doświadczenia). Należy też zwrócić uwagę, że zamawiający w odniesieniu do innych konsultantów (np. pan K.B., pani J.P.) wykonał swój obowiązek i wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu, wskazując że z pierwotnie otrzymanej wersji Wykazu wynika, że ci konkretni konsultanci nie posiadają wymaganego minimalnego okresu doświadczenia. W odniesieniu do konsultanta Ł.W. z otrzymanego wezwania nie wynikało, że nie zostało to wykazane, zaś wezwanie do uzupełnienia dokumentów musi być precyzyjne.

Według odwołującego, wbrew twierdzeniom zamawiającego nie było przeszkód, aby wezwać odwołującego do uzupełnienia wykazu w zakresie spełnienia przez konsultanta Ł.W. wymogu minimalnego doświadczenia. Ograniczenie we wzywaniu do uzupełnienia dokumentów dotyczy bowiem jedynie sytuacji, gdy miałoby ono dotyczyć wskazywanego już we wcześniejszym wezwaniu braku, natomiast w niniejszej sprawie zamawiający nie wzywał wcześniej odwołującego do uzupełnienia wykazu w zakresie spełnienia przez konsultanta Ł.W. wymogu minimalnego doświadczenia. W odniesieniu do tego konkretnego konsultanta – Ł.W., wezwanie do uzupełnienia wykazu dotyczyło jedynie braku tłumaczenia na polski nazw zajmowanych stanowisk. Był to więc zupełnie inny brak niż niewykazanie posiadania minimalnego okresu doświadczenia tj. krótszego niż 5 lat. W odniesieniu do posiadanego doświadczenia zamawiający wezwał odwołującego jedynie do wyjaśnień – potwierdzenia, że m.in. Ł.W. spełnia określone wymagania. Wezwanie nie wskazywało więc, że nie zostało to wykazane. Odwołujący zgodnie z otrzymanym wezwaniem potwierdził więc, że Ł.W. spełnia wymagania w zakresie doświadczenia (odwołujący nie uzupełniał Wykazu w tym zakresie, bo nie wynikało z otrzymanego wezwania). W związku z tym, że w stosunku do innych konsultantów zamawiający wezwał odwołującego wprost do uzupełnienia wykazu w zakresie posiadanego doświadczenia i wskazał, że nie zostało to wykazane, odwołujący zakłada, że w stosunku do Ł.W. zamawiający przeoczył ten brak. Tym samym nie było przeszkód, aby wezwać odwołującego do uzupełnienia wykazu w zakresie braku, który nie był objęty wcześniejszym wezwaniem. Jeżeli natomiast zamawiający zauważył od razu ten brak, to niezrozumiałe jest, dlaczego w stosunku do innych wykonawców wskazał na to wprost i wezwał odwołującego do uzupełnienia, a w stosunku do Ł.W. nie zostało to przez zamawiającego wprost wskazane i skorzystał on z innej formy prawnej, niewłaściwej to tego typu braków, jakim było wezwanie do wyjaśnień.

Ponadto, w przypadku konsultantów takich jak: panowie R.S., W.W., M.T. zamawiający w swoim wezwaniu wprost podał, że nie dokonywał weryfikacji doświadczenia tych osób w tym zakresie, w jakim podano angielskie nazwy stanowisk. W przypadku konsultanta W.W. o specjalności PROGRAMISTA FRONT-END zamawiający wprost podał, że przedłożone dokumenty „nie potwierdzają następujących wymagań: a) Min. 3 lat doświadczenia w programowaniu aplikacji frontendowych z użyciem frameworka w języku javascript/typescript”; Zgodnie z informacją zawartą w złożonym Wykazie pan W.W. posiada doświadczenie w wymiarze 33 miesięcy. Jednocześnie zamawiający wskazuje, że z uwagi na brak umocowania do dokonania tłumaczenia nazw wskazanych stanowisk, nie dokonał weryfikacji wymogu posiadania co najmniej 3-letniego doświadczenia w programowaniu aplikacji frontendowych z użyciem frameworka w języku javascript/typescript.” Czyli w przypadku pana W.W. zamawiający zweryfikował wymagany okres doświadczenia, co było możliwe na podstawie otrzymanych dokumentów, i wskazał, że z dokumentów wynika doświadczenie 33 miesięcy, zamiast wymaganych 3 lat. Natomiast w przypadku konsultanta Ł. W. takiego zastrzeżenia nie uczyniono i zamawiający nie wskazał, że podano zbyt krótki okres doświadczenia. Dla weryfikacji okresu doświadczenia wykazanego dokumentami przedłożonymi przez Odwołującego nie było konieczne tłumaczenie nazw stanowisk zajmowanych przez Ł.W. na język angielski – wymóg dotyczył: „Min. 5 lat doświadczenia w programowaniu aplikacji frontendowych z użyciem frameworka w języku javascript/typescript”. Z tego względu zamawiający mógł i powinien sam ocenić ewentualny brak wykazania doświadczenia w tym zakresie bez tłumaczenia nazw stanowisk na język polski. Ponadto z uwagi na specyfikę zamówienia (usługi informatyczne) sam zamawiający posługuje się nazwami i określeniami angielskimi, ewentualnie nieco spolszczonymi.

Odwołujący dalej wskazał, że wezwanie do wyjaśnień dotyczących treści dokumentów lub oświadczeń, o którym mowa w art. 128 ust. 4 p.z.p. dotyczy sytuacji, gdy po stronie zamawiającego pojawiają się wątpliwości w tym zakresie. W wyroku KIO z 23.11.2021 r., KIO 3229/21, są to więc dwa niezależne instrumenty prawne, do których mają zastosowanie odmienne reguły, i które należy stosować w innych sytuacjach – wezwanie do uzupełnienia należy stosować w przypadku braku pewnych wymaganych informacji/dokumentów, a wezwanie do wyjaśnień należy stosować w przypadku wątpliwości do informacji/trześci dokumentów, które już są w dyspozycji zamawiającego.

Podsumowując, powyższe zdaniem odwołującego potwierdza zasadność zarzutu ad 1, tj. naruszenia art. 128 ust. 1 p.z.p. poprzez brak wezwania odwołującego do uzupełnienia złożonych w postępowaniu dokumentów – Wykazu w zakresie doświadczenia wskazanego w wierszu nr 33 konsultanta o specjalności STARSZY PROGRAMISTA FRONT END Ł.W., pomimo że w okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający był do tego zobowiązany. Było to zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie p.z.p. W związku z tym zarzutem zasadny jest wniosek o nakazanie przez Izbę wezwania odwołującego przez zamawiającego do uzupełnienia złożonych w postępowaniu

dokumentów – wykazu kompetencji/doświadczenia w zakresie, w jakim dokument ten nie potwierdza w odniesieniu do wskazanego w wierszu nr 33 konsultanta o specjalności STARSZY PROGRAMISTA FRONT-END pan Ł.W. spełnien wymagań min. 5 lat doświadczenia w programowaniu aplikacji frontendowych z użyciem frameworka w języku javascript/typescript.

Dalej odwołujący podniósł, że uchybienie opisane w zarzucie ad 2 jest bezpośrednią konsekwencją uchybienia opisanego w zarzucie ad 1. Brak wezwania odwołującego do uzupełnienia wykazu w zakresie wymogu oferty dotyczącego kompetencji konsultanta Ł.W. spowodował bowiem, że zamawiający uznał, iż wymóg ten nie został spełniony (pomimo, że w rzeczywistości osoba ta posiadała wymagane minimalne doświadczenie) i tym samym odrzucono w związku z tym ofertę odwołującego. W tej konfiguracji zaniechanie polegające na niewezwaniu odwołującego do uzupełnienia Wykazu należy traktować jako pierwotny zarzut, najdalej idący, a nieprawidłowości podnoszone wobec czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego jako zarzut wtórny.

Odwołujący z ostrożności wskazał, że do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. doszło również z uwagi na brak wyczerpania przez zamawiającego procedury przewidzianej w zaproszeniu do złożenia oferty w zamówieniu wykonawczym. Należy zwrócić uwagę, że nawet gdyby zamawiający nie był zobowiązany do wezwania odwołującego do uzupełnienia Wykazu w zakresie doświadczenia konsultanta Ł.W. i spełnienia przez niego wymagań min. 5 lat doświadczenia w programowaniu aplikacji frontendowych z użyciem frameworka w języku javascript/typescript, to i tak zamawiający nie mógł w takim przypadku odrzucić oferty odwołującego. W takich sytuacjach zaproszenie do złożenia oferty w zamówieniu wykonawczym przewidywało bowiem, że kandydatura danego konsultanta jest odrzucana, a wykonawca, który przedstawił tę kandydaturę w swojej ofercie w ciągu 2 dni roboczych może przedstawić kandydaturę kolejnego konsultanta. Dopiero w przypadku niezaproponowania nowego konsultanta lub niespełnienia przez niego wymagań zamawiający był uprawniony do odrzucenia całej oferty, co wynika z procedury opisanej w zaproszeniu do złożenia oferty w zamówieniu wykonawczym, tj. Część III pkt 4 lit. d, e, f.

Zamawiający w związku ze stwierdzeniem (w ocenie odwołującego niezasadnie) niespełnienia warunków zamówienia przez konsultanta Ł.W. odrzucił ofertę zamiast przewidzianego w takiej sytuacji odrzucenia jedynie danego konsultanta. Zamawiający powinien przede wszystkim poinformować odwołującego o stwierdzonym niespełnieniu warunków przez danego konsultanta, aby umożliwić odwołującemu przedstawienie innego konsultanta. Zamawiający nie przekazał jednak takiej informacji odwołującemu i odrzucił jego ofertę w całości oraz rozstrzygnął przetarg, a o wszystkim poinformował odwołującego dopiero w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty. Oczywiście powyższa procedura (odrzuć konsultanta i umożliwienie przedstawienie innego konsultanta) powinna mieć zastosowanie dopiero po wyczerpaniu procedury uzupełniania Wykazu, tj. po wezwaniu odwołującego do uzupełnienia Wykazu w zakresie doświadczenia konsultanta pana Ł.W. Podobnie jak zarzut ad 2, zarzut ad 3 również ma charakter następczy w stosunku do zarzutu ad 1. Złożyć bowiem należy, że w przypadku wezwania odwołującego do uzupełnienia, w związku z czym oferta odwołującego nie zostałaby odrzucona i zamawiający uwzględniłby ją przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Z otrzymanego zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 13.09.2024 r. wynika natomiast, że to oferta odwołującego została najwyżej oceniona, więc gdyby jej niezasadnie nie odrzucono to została by wybrana jako najkorzystniejsza. Z uwagi na niezasadne odrzucenie oferty odwołującego wybrano jednak ofertę innego wykonawcy, która w istocie nie była najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Mając to na uwadze zasadny jest wniosek o nakazanie przez Izbę unieważnienia wyboru oferty konsorcjum Euvic, a w dalszej kolejności wniosek o nakazanie zamawiającemu przez Izbę powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego – zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 października 2024 r., oraz o oddalenie wniosku dowodowego w postaci CV Ł.W. z uwagi na fakt, że dokumenty na potwierdzenie wymagań ujętych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, miały być złożone przez wykonawcę na etapie postępowania wykonawczego w odpowiedzi na wezwanie do ich złożenia, względnie wezwanie do ich uzupełnienia, nie zaś na etapie postępowania odwoławczego przed KIO, kiedy Izba ocenia prawidłowość czynności zamawiającego dokonanych na etapie postępowania wykonawczego, w toku którego zamawiający ocenił ofertę odwołującego na podstawie dokumentów przedłożonych przez niego na etapie postępowania wykonawczego.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym konsorcjum Euvic S.A. ul. Przewozowa 32, 44-100 Gliwice i Yarrl S.A. ul. Skarżyńskiego 14, 31-866 Kraków (dalej zwane „przystępującym”), które zgłosiło przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej – pismo z dnia 10 października 2024 r., wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z wymaganiami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Stan faktyczny sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, a poszczególne czynności, na które powoływały się strony, znalazły potwierdzenie w zebranych materiałach procesowych. Osłą sporu była weryfikacja czy decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego, zgodnie z informacją z dnia 13 września 2024 r. (na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.), poprzedzona czynnościami dokonywanymi w ramach badania i oceny ofert, była prawidłowa. Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w tym w szczególności w oparciu o dokumenty zamówienia i korespondencję wymienianą między stronami, zważając na okoliczności podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, więc odwołanie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględnione, co spowodowało nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie odwołującego zgodnie z pkt 1.2 tenoru wyroku.

Izba wskazuje, że w ramach wzorca prawidłowego postępowania zamawiającego w zakresie realizacji obowiązku

wezwania wykonawcy do uzupełniania, zawiera się konieczność wystosowania do wykonawcy wezwania, które będzie precyzyjne i kompletne, wskazujące konkretne braki i błędy oraz zawierające jasne wytyczne co należy złożyć, poprawić czy uzupełnić – w zależności od ustalonego stanu faktycznego. Kiedy wykonawca nie odpowie na takie wezwanie w sposób prawidłowy, ponownie przedstawi wadliwe dokumenty lub nie uzupełni wskazanego braku, nie ma podstaw do wystosowania kolejnego wezwania. Zamawiający nie powinien wzywać wykonawcy do ponownego uzupełnienia braku, który klarownie określił w wezwaniu. Innymi słowy, zasada jednokrotnego wezwania do uzupełnienia nie oznacza możliwości wystosowania jednego wezwania do wykonawcy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego co do danego dokumentu czy oświadczenia, a jednokrotne wezwanie do uzupełnienia danego braku – przy tym istotnym jest czy ten brak został w sposób prawidłowy wskazany w wezwaniu przez zamawiającego. Nie jest to fizycznie jedno wezwanie, a czynność jednego wezwania do uzupełnienia danego (jednoznacznie określonego przez zamawiającego) braku. Nie można bowiem bezrefleksyjnie skupić się na ilości czynności zamawiającego, bez uwzględnienia ich merytorycznej treści.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu, Izba stwierdziła, że wezwanie zamawiającego z dnia 16 sierpnia 2024 r., które zostało wystosowane do odwołującego, nie zawierało wezwania do uzupełnienia wykazu kompetencji/doświadczenia w zakresie, w jakim wykaz odwołującego nie potwierdził w wierszu nr 33, dotyczącym konsultanta o specjalności starszy programista front-end (pan Ł.W.), spełnienia wymaganiania posiadania min. 5 lat doświadczenia w programowaniu aplikacji frontendowych z użyciem frameworka w języku javascript/typescript. Treść wezwania jednoznacznie wskazuje, że odwołującego nie wezwano do uzupełnienia takiego braku, zatem nie miał on wiedzy, że zamawiający ocenił doświadczenia pana Ł.W. jako niespełniające wymagań postępowania. Tym samym odwołujący nie miał podstaw do dokonania czynności uzupełnienia wykazu w przedmiocie doświadczenia tej osoby, to bowiem zamawiający ocenia cechy podmiotowe wykonawcy, a następnie ma obowiązek wezwania wykonawcy do jednokrotnego uzupełnienia braku. W przypadku, gdy wezwanie jest niepełne/nieprawidłowe nie ma możliwości przerzucenia odpowiedzialności za czynność zamawiającego na wykonawcę, ponieważ to treść wezwania zamawiającego determinuje brak, który wykonawca powinien uzupełnić. Nie dojdzie zatem do ponownego wezwania do uzupełnienia danego braku, jeżeli zamawiający w pierwszym wezwaniu nie poinformował odwołującego, że stwierdził, że dany wymóg (tu doświadczenie pana Ł.W., konsultanta o specjalności starszy programista front-end, w min. 5 latach programowania aplikacji frontendowych z użyciem frameworka w języku javascript/typescript) nie został spełniony i należy go uzupełnić. Możliwe jest więc wystosowanie wezwania do uzupełnienia wykazu kompetencji/doświadczenia w ww. zakresie, czyli dotyczącego innych okoliczności niż uprzednie wezwanie z dnia 16 sierpnia 2024 r., ponieważ zamawiający nie wezwał do uzupełnienia doświadczenia dla pana Ł.W., czyli nie zrealizowano w toku badania i oceny ofert prawidłowej czynności wezwania do uzupełnienia przedmiotowego braku.

Skład orzekający w całości podzielił także stanowisko odwołującego, znajdujące bezpośrednie odzwierciedlenie w materiale procesowym, że w pkt I wezwania z dnia 16 sierpnia 2024 r. zamawiający wezwał do uzupełnienia wykazu w zakresie konsultantów z wierszy 1, 6-9, 18-28, 30-36, 38-40, 42-43 co do polskich nazw stanowisk (pkt I ppkt 1 wezwania) i w zakresie niewykazania wymagań SOPZ (pkt I ppkt 2) dla osób tam wskazanych, pośród których nie ma konsultanta pana Ł.W. Zatem, kiedy zamawiający chciał wezwać do uzupełnienia doświadczenia wskazywał z imienia i nazwiska osobę, oceniał jej doświadczenie (np. pani J.P., która zdaniem zamawiającego „(...) posiada doświadczenie w wymiarze 17 miesięcy w roli asystenta projektów. Pozostałe wykazane doświadczenie dotyczy pracy na stanowisku PM – PROJECT MANAGER. Brak potwierdzenia co najmniej 2-letniego doświadczenia w pracy w roli asystenta projektów I zdobytego w ciągu ostatnich 10 lat, brak potwierdzenia doświadczenia w wykorzystaniu co najmniej jednej ze stosowanych przez Zamawiającego metodyk prowadzenia projektów np. PRINCE2, PMI-PMBok, Agile oraz brak wskazania nazw projektów, które realizował Konsultant”), wskazując w jakim zakresie nie wykazano w wykazie spełnienia określonych wymagań. Pośród osób wymienionych w ppkt 2 pkt I wezwania zamawiającego (tak str. 2-6 wezwania z dnia 16.08.2024 r.) nie ma konsultanta pana Ł.W.

Natomiast pkt II omawianego wezwania dotyczy „wyjaśnień Wykazu” (...) „na podstawie Rozdziału I ust. 13 pkt 1 zaproszenia”, co jest odmienną czynnością od wezwania do uzupełnienia, nie tylko na gruncie p.z.p. ale też na kanwie dokumentacji postępowania. Jedynie na marginesie warto dodać, że wezwanie do wyjaśnienia wykazu jest nieprecyzyjne; nie wskazano, które konkretne doświadczenie danej osoby/konkretnego konsultanta (vide pkt II.2.4 wezwania), z jakich dokładnie powodów budzi wątpliwości zamawiającego. Zatem nie tylko ze względu na jednoznacznie podaną przez zamawiającego w pkt II podstawę i rodzaj wezwania, jako wezwanie do złożenia wyjaśnień wykazu, ale także ze względu na żądanie zawarte w pkt II nie mogłoby stanowić to prawidłowej czynności wezwania do uzupełnienia, spełniającej wytyczne o których mowa we wcześniejszej części uzasadnienia. Podsumowując, Izba zgodziła się z odwołującym, iż z materiału procesowego wynika, że w toku badania i oceny ofert zamawiający nie wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu w zakresie spełnienia przez konsultanta pana Ł.W. wymogu minimalnego doświadczenia (tym samym nie poinformowano odwołującego o niewykazaniu spełnienia tych wymagań), a jedynie wezwano go do wyjaśnienia (poprzez potwierdzenie), że konsultant Ł.W. spełnia wymóg minimalnego doświadczenia.

Zamawiający podnosił, że w rozpoznawanym sporze nie znajdzie zastosowania wskazany przez odwołującego w zarzucie nr 1 z *petitum* odwołania art. 128 ust. 1 p.z.p. w związku z trybem udzielenia zamówienia i treścią dokumentacji postępowania. Skład orzekający zauważa, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Izba jest związana zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 555 p.z.p.), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie. Podstawą do wystosowania wezwania do uzupełnienia – zarówno z dnia 16 sierpnia 2024 r., jak i wezwania do uzupełnienia w zakresie braku doświadczenia pana Ł.W., co nakazano zamawiającemu w sentencji – nie jest art. 128 ust. 1 p.z.p., a zasadnie wskazywany przez zamawiającego rozdział I ust. 12 i 13 pkt 2 zaproszenia do złożenia oferty, gdzie zamawiający uregulował, że wezwie wykonawcę do jednokrotnego uzupełnienia dokumentów. Zamawiający sam ustanowił w dokumentacji postępowania zasadę jednokrotnego wezwania do uzupełnienia, a następnie odstąpił od niej w ramach tego konkretnego braku i odrzucił ofertę odwołującego z powodu nieuzupełnienia doświadczenia pana Ł.W., co do którego nie wystosował wezwania z rozdziału I ust. 13 pkt 2 zaproszenia.

Izba wskazuje dalej, że nie podzieliła także stanowiska zamawiającego i przystępującego, że odwołujący powinien samodzielnie wyinterpretować wezwanie do uzupełnienia, czy zarzucanego mu braku profesjonalizmu, bowiem zgodnie z zasadami ukształtowanymi przez ustawodawcę, a także regulami zawartymi w dokumentacji postępowania, uzupełniane dokumenty i oświadczenia są składane na wezwanie zamawiającego, czyli najpierw zamawiający musi zażądać ich uzupełnienia. Samodzielne składanie jakichkolwiek dokumentów, bez wezwania instytucji zamawiającej, zostało krytycznie ocenione w orzecznictwie i trudno czynić odwołującemu skuteczny zarzut, że powinien uzupełnić

cokolwiek ponad treść wezwania zamawiającego. To nie wykonawca powinien zostać obciążony faktem, że wezwanie zamawiającego nie dotyczyło uzupełnienia doświadczenia pana Ł.W., ani domyślać się co zamawiającemu należy przedłożyć, bez jednoznacznej treści w wezwaniu, ujawniającej ocenę jakie doświadczenie, którego z konsultantów uznano za niespełniające wymagań SOPZ, a tym samym, że należy taki brak uzupełnić.

Konkludując, skład orzekający stwierdził, że badanie i ocena ofert zostały przeprowadzone wadliwie, zamawiający był zobligowany do wezwania odwołującego do uzupełnienia wykazu kompetencji/doświadczenia w zakresie, w jakim wykaz nie potwierdza w wierszu nr 33, dotyczącym konsultanta o specjalności starszy programista front-end (pan Ł.W.), spełnienia wymaganiania posiadania min. 5 lat doświadczenia w programowaniu aplikacji frontendowych z użyciem frameworka w języku javascript/typescript, więc uwzględniono zarzut nr 1 z *petitum* odwołania. Tym samym odrzucenie oferty odwołującego, bez prawidłowej czynności wezwania do uzupełnienia było nieprawidłowe, co spowodowało uwzględnienie zarzutu nr 2, tj. naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. (w zw. z rozdziałem I ust. 13 pkt 2 zaproszenia), a także zarzutu nr 3 polegającego na naruszeniu art. 239 ust. 1 p.z.p., poprzez przedwczesny wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego, z pominięciem oferty odwołującego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego również przedłożone przez odwołującego CV pana Ł.W., które okazało się nieprzydatne dla ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia. W postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje weryfikacji prawidłowości czynności instytucji zamawiającej, które podejmowano w postępowaniu, nie zaś zastępuje zamawiającego podczas badania i oceny ofert. Nie jest zatem możliwe złożenie do akt sprawy nowych dokumentów i dokonanie ich weryfikacji przez skład orzekający. Zaskarżona czynność wyboru oferty najkorzystniejszej powinna doprowadzić do wyłonienia wykonawcy, który spełnia wszystkie warunki podmiotowe, co bada się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie przed Krajową Izbą Odwoławczą. W szczególności, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie jest prawem zamawiającego tylko jego obowiązkiem, którego nie może pominąć. Zamawiający nie może wyeliminować wykonawcy z postępowania bez właściwego wezwania, a obowiązek ten nie jest uzależniony od przewidywań co do tego, w jaki sposób wykonawca zareaguje na wezwanie do uzupełnienia oraz czy i jakie dokumenty uzupełni. Tożsamo skład orzekający stwierdził w zakresie wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka, pana Ł.W., przy tym odmówiono przeprowadzenia tego dowodu ze względu na brzmienie art. 541 p.z.p., uznając go za powołany dla zwłoki.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iżw przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w postaci przedwczesnego wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. d rozporządzenia 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). Izba obciążyła zamawiającego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożyły się koszty wpisu (15.000,00 zł) i opłaty skarbowej od złożonego przez odwołującego pełnomocnictwa (17,00 zł, dowód uiszczenia w aktach sprawy). Odwołujący zawarł w odwołaniu także wniosek o zasądzenie na jego rzecz wynagrodzenia pełnomocnika, jednakże nie zdecydował się na przedłożenie rachunku lub spisu kosztów (§ 5 ust. 2 lit. b ww. rozporządzenia). W tym zakresie Izba orzeka w oparciu o szczególne regulacje, wprowadzone do systemu prawa na potrzeby postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, które wymagają nie tylko złożenia formalnego wniosku, a warunkują uwzględnienie kosztów strony od przedłożenia do akt sprawy rachunku bądź spisu kosztów – dowodu poniesienia tych wydatków. W przypadku więc braku lub braku możliwości przedłożenia takiego dowodu skład orzekający nie ma podstaw do ich zasądzenia.

Przewodniczący:

.....