Sygn. akt: KIO 3637/24

WYROK

Warszawa, dnia 30 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Aleksandra Kot

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu4 października 2024 r. przez wykonawcę Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") w postępowaniu prowadzonym przez Rządową Agencję Rezerw Strategicznych z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający"),

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy IT Systems and Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący")

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie w części i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 24 września 2024 r., unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 24 września 2024 r. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu tj. wykazu osób w zakresie zespołu inżynierów infrastrukturalnych.

2.W pozostałych zakresie oddala odwołanie.

3.Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero gorszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa;

3.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodnicząca:……..

KIO 3637/24

Uzasadnienie

Rządowa Agencja Rezerw Strategicznych z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający" lub „RARS") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Świadczenie usług utrzymania i rozwojowych Systemu Platforma Paliwowa" (Nr referencyjny: BZzp.261.4.2024, dalej: „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 24 maja 2024 r. pod numerem: 2024/S 100-308072.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

4 października 2024 r. wykonawca Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący" lub „Symmetry") wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu polegających na: dokonaniu nieprawidłowego badania i oceny oferty Odwołującego, a w konsekwencji niezasadne odrzucenie jego oferty i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę IT Systems and Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „ITSS"), pomimo iż oferta tego wykonawcy nie była najkorzystniejsza a wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego pomimo tego, że treść oferty Symmetry jest zgodna z SWZ;

2)art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że oferta Symmetry nie zawiera błędu w cenie;

3)art 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych – wykazu osób – przez wykonawcę ITSS, którego oferta została wybrana, pomimo że złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2)unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

3)dokonanie ponownego badania i oceny ofert;

4)wezwanie wykonawcy ITSS do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów dotyczących nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia i zawierającej błąd w cenie Symmetry podniósł, że nie zgadza się z decyzją Zamawiającego z dnia 24 września 2024 r. W ocenie Odwołującego RARS nie może narzucić wykonawcy jaką cenę może zaoferować, zaś podanie kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") nie może stanowić dyrektywy służącej do weryfikacji prawidłowości zaoferowanej ceny, a jedynie ma znaczenie przy ocenie przesłanek unieważnienia postępowania. Symmetry podkreślił, że ujawnienie kwoty na sfinansowanie zamówienia już w SWZ nie staje się wymogiem dotyczącym treści oferty dopóty Zamawiający wprost takiego wymogu nie ustanowi. Odwołujący wskazał, że w niniejszym Postępowaniu, oprócz podania kwoty planowanej na sfinansowanie RARS nie podał żadnych wymogów co do sposobu obliczenia ceny czy jej wysokości, a więc nie nałożył na wykonawców jakichkolwiek ograniczeń w zakresie poziomu ceny za poszczególne lata. Co więcej, Symmetry nadmienił, że Zamawiający nie jest w stanie na bazie ustanowionych wzorów formularzy ustalić ostatecznie jakie będzie wynagrodzenie wykonawców w konkretnych latach. Zdaniem Odwołującego okoliczność, iż cena oferty przekracza budżet RARS nie może stanowić w świetle obowiązujących przepisów o niezgodności oferty z warunkami zamówienia i prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Symmetry zaznaczył, że Zamawiający błędnie zastosował przepisy ustawy Pzp, odrzucając jego ofertę ze względu na przekroczenie kwoty wskazanej na realizację zamówienia w odniesieniu do roku 2025. W opinii Odwołującego powyższe mogłoby prowadzić wyłącznie do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, jednakże z uwagi, iż cena całkowita oferty Symmetry opiewa na kwotę 5 340 906,00 zł, a RARS wskazał, że środki przeznaczone na sfinansowanie zamówienia wynoszą 6 124 230,00 zł, i ta przesłanka nie znajduje w Postępowaniu zastosowania. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający naruszył tym samym przepisy ustawy Pzp, co znajduje swoje potwierdzenie w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 września 2021 r. o sygn. akt KIO/KD 18/21. Ponadto, w ocenie Symmetry RARS w niniejszym Postępowaniu mylnie uznał, iż podanie kwot finansowania na poszczególne lata stanowi warunki zamówienia. Odwołujący podkreślił, że pojęcie „warunki zamówienia" obejmuje wymagania dotyczące procedury, sposobu świadczenia przedmiotu zamówienia (realizacji zamówienia), wymagania związane z kwalifikacją do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale także istotne postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne. W uzasadnieniu do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, RARS sam przywołał orzecznictwo, zgodnie z którym aby być uprawnionym do odrzucenia oferty na podstawie przywołanego przepisu, Zamawiający zobowiązany jest przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia, które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli Zamawiającego i wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega zatem na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które Zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 1093/08). Kolejno Symmetry podniósł, że odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia jest niewątpliwa. W ocenie Odwołującego RARS nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jeżeli SWZ nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty. Symmetry podkreślił, że złożona przez niego oferta nie spełnia żadnego z wyżej wymienionych warunków więc nie zachodzi niezgodność, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a przynajmniej RARS takiej niezgodności z treścią SWZ nie wykazał w uzasadnieniu faktycznym. Zamawiający sam zauważył, że kwoty ujawnione na poszczególne lata stanowiły kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, o której mowa w art. 222 ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, że co prawda RARS uznał, że wykonawcy powinni wziąć ją pod uwagę jednak nie wskazał żadnego fragmentu z SWZ, z którego taki obowiązek by wynikał. Symmetry wskazał, że sam Zamawiający w treści uzasadnienia faktycznego nie twierdzi, co znamienne, że przywołane przez niego postanowienie stanowiło wytyczne dla wykonawców. Określa bowiem podane w SWZ wartości jednoznacznie – jako kwotę na sfinansowanie zamówienia, nie zaś limit cenowy dla wykonawców. W ocenie Odwołującego z powyższych przyczyn nie można stwierdzić, aby oferta Symmetry była niezgodna z treścią SWZ. Następnie Symmetry podniósł, że nawet gdyby uznać, z czym Odwołujący się nie zgadza, że postanowienie SWZ, na które powołał się

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia można rozumieć dwojako to należy wziąć pod uwagę, że wątpliwości co do rozumienia postanowień SWZ nie mogą być poczytane na niekorzyść wykonawcy. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (tak m.in. wyrok z dnia 9 maja 2022 r. o sygn. akt. KIO 1047/22 oraz wyrok z dnia 14 marca 2024 r. o sygn. akt. KIO 629/24). Odwołujący wskazał, że podanie już w SWZ kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie nie stanowi warunku zamówienia. Symmetry podkreślił, że RARS w niniejszym Postępowaniu nie narzucił więc rygoru odrzucenia oferty w przypadku przekroczenia kwot podanych w SWZ. Co więcej – zdaniem Odwołującego – z uwagi na konstrukcję formularza ofertowego, który nie referował do podziału na lata, wydaje się, że intencją Zamawiającego w ogóle nie było weryfikowanie czy oferty w poszczególnych latach mieszczą się w określonych limitach. Symmetry zauważył, że wedle obowiązującego w Postępowaniu formularza ofertowego nie dało się określić jaką konkretnie cenę wykonawca zaoferował w poszczególnych latach. Z uwagi na rozróżnienie ceny na usługę utrzymania – rozliczaną ryczałtowo w systemie miesięcznym i usługi rozwojowe rozliczane per godzina i niemożność przewidzenia ile godzin usługi rozwojowej w danym roku będzie trzeba wykonać, nie było możliwe na bazie samej oferty ustalić jaka konkretnie kwota zostanie wydatkowana w danym roku przez poszczególnych wykonawców. Wynika to z poniższych postanowień SWZ, wzoru umowy i Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ"): Rozdział XIII SWZ, § 10 ust. 3 i 4 wzor umowy, str. 13 Załącznika nr 1 do SWZ – OPZ. Ponadto Odwołujący podniósł, że dokonał wyliczenia ceny oferty ściśle zgodnie z wytycznymi zamieszczonymi w formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ, w związku z czym nie wystąpiła przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust.1 pkt 10 ustawy Pzp. Symmetry podkreślił, że formularz oferty nie przewidywał w ogóle podania ceny w rozbiciu na poszczególne lata, a tylko wówczas RARS mógłby, po uprzednim wprowadzeniu do SWZ limitów cenowych, ocenić oferty wykonawców pod tym względem. W opinii Odwołującego jego oferta nie zawiera więc błędów w obliczaniu ceny, gdyż została obliczona zgodnie ze schematem zamieszczonym w formularzu oferty udostępnionym przez Zamawiającego, który nie przewidywał możliwości wyceny przedmiotu zamówienia w podziale na poszczególne lata. Kolejno Odwołujący wskazał, że RARS uzasadniając odrzucenie oferty Symmetry odniósł się do limitów wskazanych w art. 85a ustawy z dnia 31 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1495), z którego wynika, że w latach 2021-2030 maksymalny limit wydatków będący skutkiem finansowym zadań Prezesa Rządowej Agencji Rezerw Strategicznych wynikających z art. 4ba, art. 43d, art. 43e i art. 43f ustawy zmienianej w art. 14 wynosi 26 200 000 zł, w tym w: 1) 2021 r. – 3 073 519 zł; 2) 2022 r. – 5 126 481 zł; 3) 2023 r. – 7 000 000 zł; 4) 2024 r. – 5 000 000 zł; 5) 2025 r. – 1 000 000 zł; 6) 2026 r. – 1 000 000 zł; 7) 2027 r. – 1 000 000 zł; 8) 2028 r. – 1 000 000 zł; 9) 2029 r. – 1 000 000 zł; 10) 2030 r. – 1 000 000 zł. Odwołujący podniósł po pierwsze, że Zamawiający publikując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w maju 2024 r., biorąc pod uwagę okres trwania usług rozwoju musiał mieć świadomość, że nie będzie możliwe wydatkowanie pełnej kwoty wynikającej z wyżej wymienionej ustawy na rok 2024. Po drugie – zdaniem Symmetry – przywołane w SWZ limity roczne jako kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia są dużo niższe, niż wskazane w przywołanej ustawie. Odwołujący podkreślił, że limity finansowe zostały określone we wspomnianej ustawie wyłącznie w celu pokrycia kosztów realizacji zadań wymienionych w art. 4ba, art. 43d, art. 43e i art. 43f ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 266 ze zm., dalej: „u.p.e."). Wszystkie te zadania stanowią zaś funkcjonalności systemu platforma paliwowa, który został oddany do użytkowania w roku 2023, a którego utrzymanie i rozwój jest zadaniem wykonawcy, któremu zostanie udzielone niniejsze zamówienie publiczne. Symmetry wskazał, że innymi słowy, budżet określony na podstawie art. 85a ustawy z dnia 31 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych w całości jest przeznaczony na wykonywanie wyłącznie wskazanych wyżej zadań, których realizację zapewnia w pełni system informatyczny Platforma Paliwowa, a którego utrzymanie i rozwój stanowi obecnie przedmiot zamówienia. W ocenie Odwołującego skoro więc RARS na rok 2025 dysponuje na mocy art. 85a wyżej wymienionej ustawy kwotą 1 000 000 zł, a Odwołujący zaoferował usługę utrzymania w wysokości 666 414 zł to nie sposób uznać, że przekroczył możliwości finansowe Zamawiającego. Co więcej ustawowy limit pozwala na pokrycie ceny oferty wykonawcy zarówno w zakresie usługi utrzymania jak i realizacji usług rozwoju do kwoty 1 000 000 zł. Symmetry zaznaczył, że nawet jeśli RARS ustalił kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na poziomie niższym niż wyżej wymienione kwoty wynikające z ustawy to nie ma żadnych przeszkód, aby zwiększyć poziom środków przeznaczonych na realizację zamówienia do tych kwot (np. aby zwiększyć kwotę na sfinansowanie zamówienia w roku 2025 do 1 000 000 zł przewidzianego przez ustawę).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych Odwołujący podniósł, że istnieją wątpliwości czy wykonawca ITSS spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale V ust. 2 lit. b) tiret trzeci i czwarty SWZ. W opinii Symmetry Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo że te przedłożone wraz z ofertą nie potwierdziły spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do dysponowania wymaganym potencjałem osobowym w postaci: zespołu inżynierów systemowych oraz zespołu inżynierów infrastrukturalnych. Odwołujący wskazał, że złożony przez ITSS wykaz osób nie potwierdza, aby wykonawca dysponował

stosownym zespołem inżynierów. W zakresie warunku dotyczącego osoby posiadającej certyfikat potwierdzający kwalifikacje do obsługi platformy, która będzie wykorzystana w ramach realizacji zamówienia opisanej w Załączniku nr 6 do OPZ, Symmetry podniósł, że Pan P.Z. posiada wyłącznie certyfikat ukończenia kursu Commvault Solution Architect, nie zaś certyfikat potwierdzający kwalifikacje do obsługi platformy. Podobnie Pan M.K. i Pan M.J. posiadają wyłącznie certyfikat ukończenia kursu Red Hat OpenShift Administration I, co – w ocenie Symmetry – nie potwierdza, że posiadają kwalifikacje do obsługi systemu, który będzie wykorzystany w ramach realizacji zamówienia opisanego w Załączniku nr 7 do OPZ. Odwołujący zaznaczył, że oczywistym jest, że każdy, nawet laik może zgłosić się na dowolne szkolenie a nawet je ukończyć, jednak nie oznacza to, że w trakcie szkolenia nabył kwalifikacje do obsługi określonych systemów. Symmetry wskazał, że zarówno Commvault jak i Red Hat stosują bowiem proces certyfikacji oparty o weryfikację wiedzy i umiejętności osób pretendujących do uzyskania stosownych certyfikatów poświadczających kompetencje. Przykładem takiego certyfikatu jest ten posiadany przez Pana Ł.C. z 2020 r.

21 października 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania – w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego oraz oddalenie odwołania – w zakresie zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy ITSS do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania – o oddalenie odwołania w całości.

W piśmie z dnia 21 października 2024 r. wykonawca IT Systems and Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego 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, w szczególności nie zaistniała podstawa z pkt 3 wyżej wymienionego przepisu w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (…); 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie". Z kolei w myśl art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp „1. Odwołanie wnosi się: 1) przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie: a) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej". Mając na uwadze wyżej wymienione przepisy Izba ustaliła, że w dniu 30 sierpnia 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy ITSS, a ponadto o odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SoftwareMill sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Axians IT Services Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Konsorcjum SoftwareMill") i przez Odwołującego. W dniu 9 września 2024 r. odwołanie wobec powyższych czynności i dostrzeżonych zaniechań Zamawiającego wniósł Symmetry. Kolejno pismem z dnia 12 września 2024 r. RARS zawiadomił wykonawców biorących udział w Postępowaniu o unieważnieniu czynności w Postępowaniu. RARS wskazał, co następuje „(…) Zamawiający unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy i przystępuje do powtórzenia czynności badania i oceny ofert (…); Zamawiający podjął decyzję o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności uznając, iż podjęte uprzednio czynności są obarczone wadą (…)". Następnie pismem z dnia 24 września 2024 r. RARS zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, że w wyniku ponownego badania ofert, za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę ITSS. Ponadto w tym samym piśmie Zamawiający działając na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poinformował, że w Postępowaniu zostały odrzucone oferty Konsorcjum SoftwareMill oraz Symmetry oraz podał uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanych czynności. Z treści wyżej wymienionych pism nie sposób wywieść – jak twierdzi RARS w odpowiedzi na odwołanie – że czynność odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 30 sierpnia 2024 r. nie została unieważniona w dniu 12 września 2024 r. Należy w szczególności zauważyć, że w piśmie z dnia 24 września 2024 r. Zamawiający nie wskazał bowiem, że podtrzymuje decyzję o odrzuceniu oferty Symmetry z dnia 30 sierpnia 2024 r. a dokonał ponownego badania ofert, w tym odrzucenia oferty Odwołującego podając uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności. Postanowieniem z dnia 30 września 2024 r. wydanym w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 3296/24 Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła więc postępowanie odwoławcze wszczęte na skutek odwołania Symmetry z dnia 9 września 2024 r. na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu rzeczonego orzeczenia wskazała, co następuje: „(…) Wobec nowych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu Odwołujący będzie uprawniony skorzystać ze środków ochrony prawnej. Ostatecznie spór stał się bezprzedmiotowy. Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 Pzp). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej (…); (…) Skoro Zamawiający dokonał unieważnienia zaskarżonych czynności, tym samym czynność stanowiąca

podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji należało, że prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego było bezcelowe, czyli jak stanowi przepis Pzp – zbędne. Jest to przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez odwołującego podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności Zamawiającego. Orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności Zamawiającego nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania (…)". Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów z pkt 1 i pkt 2 petitum odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, uznając, że odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Symmetry zostało wniesione w terminie ustawowym zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu 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.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca IT Systems and Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący").

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności 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 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług utrzymania i usług rozwoju Systemu Platforma Paliwowa w okresie 48 miesięcy. Opis przedmiotu zamówienia zawiera Załącznik nr 1 do SWZ (vide: Rozdział III ust. 1-2 SWZ).

Zgodnie z Rozdziałem III ust. 9 SWZ:

„Zamawiający wskazuje, że środki na sfinansowanie zamówienia wynoszą 6 124 230,00 zł, w tym określony został podział w sposób następujący:

1)Na rok 2024 – 2 870 540,00 zł;
2)Na rok 2025 – 482 470,00 zł;
3)Na rok 2026 – 863 470,00 zł;
4)Na rok 2027 – 907 750,00 zł;
5)Na rok 2028 – 1 000 000,00 zł.

Zamawiający wskazuje, że nie ma możliwości przekroczenia ww. kwot określonych na poszczególne lata, w tym nie ma możliwości dołożenia środków".

W myśl postanowienia Rozdziału XIII ust. 1 SWZ „Kalkulację ceny oferty należy obliczyć w oparciu o formularz ofertowy stanowiący załącznik nr 2 do SWZ".

Zgodnie z formularzem ofertowym – Załącznik nr 2 do SWZ obliczanie ceny odbywało się na podstawie poniższej tabeli:

1.OFERUJEMY wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wg tabeli:

Wyszczególnienie	J.m.	Ilość	Cena jedn. netto za j.m. [zł]	Wartość netto [zł]	Stawka podatku VAT [%]	**Wartość brutto [zł]**
1	2	3	4	5=3*4	6	7=5+(5*6)
Usługi utrzymania Systemu Platforma Paliwowa oraz inne usługi wliczone w ww. cenę	mc	**48**	….....	….....	….....	….....
Usługi rozwojowe systemu platforma Paliwowa	rbh	**15000**	……..…	……..…	……..…	……..…

Wartość całkowita: _____ netto, _____ brutto.

Stosownie do brzmienia Rozdziału V ust. 2 lit. b) SWZ:

„1. Zamawiający wymaga wykazania przez Wykonawcę spełnienia warunków określonych w art. 112 ust. 2 Ustawy dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej.

2. Wykonawca spełni warunek, o którym mowa w pkt 1, jeżeli:

(…)

b. Dysponuje odpowiednim potencjałem osobowym w postaci:

• Kierownika Projektu: co najmniej 1 osoba posiadająca Certyfikat Prince 2 lub równoważny oraz ITIL lub równoważny oraz

doświadczenie w roli Kierownika Projektu, w projekcie obejmującym migrację systemów biznesowych o budżecie co najmniej 3 mln zł brutto, w ciągu ostatnich trzech lat licząc przed upływem terminu składania ofert
• Zespołu testerów: co najmniej 2 osoby posiadające certyfikat ISTQB lub równoważny
• Zespołu inżynierów systemowych: co najmniej 2 osoby posiadające certyfikat potwierdzający kwalifikacje do obsługi platformy, która będzie wykorzystana w ramach realizacji zamówienia opisanej w Załączniku nr 6 do OPZ
• Zespół inżynierów infrastrukturalnych: co najmniej 2 osoby posiadające certyfikat potwierdzający kwalifikacje do obsługi systemu, który będzie wykorzystany w ramach realizacji zamówienia opisanego w Załączniku nr 7 do OPZ".
W piśmie z dnia 17 czerwca 2024 r. Zamawiający poinformował, że w Postępowaniu wpłynęły zapytania dotyczące SWZ i przekazał wyjaśnienia na otrzymane pytania:
„(…)
Pytanie 21. W dokumencie SWZ punkt V podpunkt 2b Zamawiający jako warunek udziału podaje m.in. „Zespołu inżynierów systemowych: co najmniej 2 osoby posiadające certyfikat potwierdzający kwalifikacje do obsługi platformy, która będzie wykorzystana w ramach realizacji zamówienia opisanej w Załączniku nr 6 do OPZ" Ponieważ w dokumencie nie wskazano żadnej konkretnej platformy konteneryzacyjnej rozumiemy że wystarczą dowolne certyfikaty z technologii kubernetes? Prosimy o potwierdzenie.
Odpowiedź:
Tak, wystarczą certyfikaty technologii Kubernetes.
Pytanie 22. W dokumencie SWZ punkt V podpunkt 2b Zamawiający jako warunek udziału podaje m.in. Zespół inżynierów infrastrukturalnych: co najmniej 2 osoby posiadające certyfikat potwierdzający kwalifikacje do obsługi systemu, który będzie wykorzystany w ramach realizacji zamówienia opisanego w Załączniku nr 7 do OPZ Ponieważ nie wskazano precyzyjnie rozumiemy, że wystarczą dowolne certyfikaty w zakresie infrastruktury systemowej uznanej technologii Linux lub WIndows?
Odpowiedź:
Tak, wystarczą dowolne certyfikaty w ww. zakresie.
(…)".
Zgodnie z Rozdziałem VII ust. 1 i ust. 2 pkt 4 SWZ:
„1.Działając na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, z uwagi na ekonomikę postępowania, konieczność pilnej realizacji zamówienia, w tym możliwości i konieczności szybkiego zakończenia postępowania, Zamawiający zwraca się o złożenie wraz z ofertą podmiotowych środków dowodowych, wskazanych w niniejszym rozdziale.
2.Oprócz dokumentu JEDZ Wykonawca składa następujące podmiotowe środki dowodowe potwierdzające brak podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu:
(…);
4)wykaz osób wraz z podaniem: informacji na temat uprawnień (nazwa i numer uprawnień) wraz z podstawą dysponowania (wzór – załącznik nr 4 do SWZ);
(…)".
Zgodnie z wzorem wykazu osób (Załącznik nr 4 do SWZ) przekazanym przez RARS, wykonawcy zobowiązani byli do podania w rzeczonym wykazanie następujących informacji:

- „Imię i nazwisko" – kolumna nr 2 tabeli;
- „Informacje pozwalające na ocenę spełnienia warunku (należy dokonać opisu pozwalającego na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu określonych w SWZ, w tym kwoty, doświadczenie, certyfikaty itp.)" – kolumna nr 3 tabeli;
- „Podstawa dysponowania" – kolumna nr 4 tabeli.

Wykonawca ITSS złożył wraz z ofertą wymagany wykaz osób, w którym w wierszach 5-8 tabeli wskazał, co następuje:

- Inżynier systemowy – „M.K. – doświadczony inżynier systemowy posiadający kwalifikacje do obsługi platformy, która będzie wykorzystana w ramach realizacji zamówienia opisanej w Załączniku nr 6 do OPZ.Posiadający certyfikat – Red Hat OpenShift Administration I: Managing Containers and Kubernetes (DO180) – Ver. 4.12"';
- Inżynier systemowy – „M.J. – doświadczony inżynier systemowy posiadający kwalifikacje do obsługi platformy, która będzie wykorzystana w ramach realizacji zamówienia opisanej w Załączniku nr 6 do OPZ.Posiadający certyfikat – Red Hat OpenShift Administration I: Managing Containers and Kubernetes (DO180) – Ver. 4.12";
- Inżynier infrastrukturalny – „Ł.C. – doświadczony inżynier systemowy posiadający kwalifikacje do obsługi systemu, który będzie wykorzystany w ramach realizacji zamówienia opisanego w Załączniku nr 7 do OPZ.Posiadający certyfikaty – Commvault Certified Engineer V11, Commvault Certified Master 2020, Commvault Certified Professional V11-2018";

- Inżynier infrastrukturalny – „P.Z. – doświadczony inżynier systemowy posiadający kwalifikacje do obsługi systemu, który będzie wykorzystany w ramach realizacji zamówienia opisanego w Załączniku nr 7 do OPZ.Posiadający certyfikaty – Commvault Solution Architect - CVSA24, Metallic Solution Architect - MESA24".

Do wykazu osób Przystępujacy dołączył m.in.: certyfikat Commvault Solution Architect – CVSA24 (dla Pana P.Z.), certyfikat Commvault Certified Professional V11-2018 i certyfikat Commvault Certified Engineer V11 (dla Pana Ł.C.) oraz certyfikaty Red Hat OpenShift Administration I: Managing Containers and Kubernetes (DO 180) – Ver. 4.12 (dla Pana M.K oraz Pana M.J.).

24 września 2024 r. RARS poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej ITSS oraz o odrzuceniu ofert, w tym oferty Symmetry na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 ustawy Pzp. W piśmie z dnia 24 września 2024 r. zawierającym uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał:

„Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający zawarł informację o podziale kwoty przeznaczonej na finansowanie zamówienia na konkretne lata już w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdział III – Opis Przedmiotu Zamówienia). Dodatkowo Zamawiający wskazał, że nie ma możliwości przekroczenia ww. kwot określonych na poszczególne lata, w tym nie ma możliwości dołożenia środków.

Zamawiający na etapie publikacji SWZ ujawnił kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w Roz. III pkt 9 SWZ:

Zamawiający wskazuje, że środki na sfinansowanie zamówienia wynoszą 6 124 230,00 zł, w tym określony został podział w sposób następujący

1)Na rok 2024 – 2 870 540, 00 zł;

2)Na rok 2025 – 482 470,00 zł;

3)Na rok 2026 – 863 470,00 zł;

4)Na rok 2027 – 907 750,00 zł;

5)Na rok 2028 – 1 000 000,00 zł

Oferta Wykonawcy wskazuje przekroczenie kwoty na rok 2025 tj. 482 470,00 zł. Przemnożenie oferowanej przez wykonawcę kwoty za utrzymanie systemu przez 12 miesięcy daje kwotę 666 414,00 zł. Oznacza to, że nawet bez założenia jakiejkolwiek godziny prac rozwojowych zostanie przekroczona kwota wskazana na rok 2025 r. w opisie przedmiotu zamówienia.

Maksymalne kwoty wydatków na Platformę Paliwową zostały określone w art. 85a ustawy z dnia 31 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1495), zaś ich zmniejszenie w treści SWZ wynika z dotychczas zaciągniętych zobowiązań.

Wskazanie kwot podanych na realizację zamówienie w konkretnych latach w treści SWZ nie jest tylko informacją o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, ale także wpływa na warunki jego realizacji. Każdy wykonawca już od ogłoszenia o zamówieniu wiedział o szczególnych warunkach jego realizacji. Zamawiający jest ponadto związany taką treścią dokumentów zamówienia, zaś wykonawcy byli obowiązani wziąć to pod uwagę przy kalkulacji ceny. Zamawiający nie widzi podstaw do zaciągnięcia zobowiązania z naruszeniem przepisów ustawy (tj. z przekroczeniem finansowania).

Taki błąd ma charakter nieusuwalny, gdyż nie można oczekiwać od zamawiającego zmiany ustawy, ani poprawić oferty wykonawcy w sposób niebudzący wątpliwości tak, aby spełniała warunki zamówienia.

Zastosowanie przesłanki odrzucenia z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tym samym punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert (wyrok KIO z dnia 03.12.2021 r., sygn. akt KIO 3300/21).

(…)

Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 28.03.2018 r., sygn. akt KIO 485/18). Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć zatem do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikający przykładowo z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego (wyrok KIO z dnia 03.12.2021 r., sygn. akt KIO 3300/21).

(…)
Dla zastosowania ww. podstawy odrzucenia oferty konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji warunków zamówienia. Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć zatem do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikających przykładowo z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, będących podstawą dokonywanej kalkulacji w świetle dokumentów zamówienia (wyrok KIO z dnia 25.11.2022 r., sygn, akt KIO 2939/22).
W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że oferta złożona przez wykonawcę jest niezgodna z warunkami zamówienia, a nadto zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu (nie pozwala zrealizować go w limitach wskazanych w SWZ).
Uzasadnienie prawne:
Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych („Pzp") (tj. niezgodność z warunkami zamówienia i błąd w obliczeniu ceny lub kosztu).
Brak możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia zgodnie z treścią oferty wykonawcy ze względu na przekroczenie limitów wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia przesądza o wystąpieniu niezgodności oferty z warunkami zamówienia oraz zaistnieniu błędu w obliczeniu ceny lub kosztu".

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

W myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp poprzez warunki zamówienia należy rozumieć „warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego".
Stosowanie do brzmienia art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…); 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (…) 10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu; (…)".
Art. 239 ustawy Pzp stanowi:
„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".

Mając na uwadze okoliczności faktyczne rozpoznawanej sprawy oraz treść wyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp Izba stwierdziła, że zarzuty z pkt 1 i pkt 2 petitum odwołania okazały się zasadne.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że „(…) Przedmiotem rozważań KIO, a w konsekwencji także sądu mogą być jedynie te decyzje zamawiającego (i ich uzasadnienie), które zamawiający podjął i przekazał uczestnikom postępowania przetargowego. To treść i forma tych ówczesnych decyzji zamawiającego wyznaczają granice rozpoznania odwołania przez KIO, a skargi przez sąd. Słuszne jest więc dokonanie rozstrzygnięcia w oparciu o to co (i jak) zamawiający zakomunikował wykonawcom w trakcie postępowania przetargowego. Ocena prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego musi być dokonana wyłącznie w zakresie uzasadnienia faktycznego tej czynności. Dlatego nie może być akceptowane dążenie przez zamawiającego do rozszerzenia uzasadnienia faktycznego tej czynności. Ocenie Izby mogą podlegać wyłącznie okoliczności zakomunikowane wykonawcy w decyzji o odrzuceniu oferty. Jest to kwestia fundamentalna, bo to na podstawie uzyskanych od zamawiającego informacji, wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Dlatego też uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu ofert powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować (…); (…) Prawidłowe działania zamawiającego powinny zawsze polegać na powoływaniu w decyzjach o odrzuceniu danej oferty konkretnych przyczyn, z powodu których zamawiający się na to decyduje. Jeśli zamawiający uważa, iż wykonawca popełnił konkretne błędy, to te konkretne uchybienia powinny były zostać wyraźnie wskazane w treści decyzji o odrzuceniu oferty (…)" (tak: Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 16 listopada 2021 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 108/21; por.: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 9 lipca 2021 r. o sygn. akt KIO 1629/21, KIO 1638/21, z dnia 16 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 593/23, z dnia 27 lipca 2021 r. o sygn. akt KIO 1672/21, z dnia 17 października 2014 r. o sygn. akt KIO 2028/14, z dnia 13 lipca 2021 r. o sygn. akt KIO 1848/21, z dnia 2 sierpnia 2016 r. o sygn. akt KIO 1346/16, z dnia 11 lipca 2017 r. o sygn. akt KIO 1290/17 oraz z dnia 15 kwietnia 2024 r. o sygn. akt KIO 1073/24). Ponadto

podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Poprzez warunki zamówienia, w myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć „warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego". Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia m.in. w przypadku, gdy zaoferowany produkt nie posiada wymaganych w OPZ cech czy parametrów (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2023 r. o sygn. akt KIO 1618/23; por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 720/23). W komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „UZP") do ustawy Pzp czytamy: „Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Z przykładów zachowujących swoją aktualność na tle Pzp wynika, że okoliczności, których wystąpienie skutkować powinno odrzuceniem oferty na podstawie komentowanego przepisu, dotyczyć mogą: 1) zaoferowania przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia (np. zaoferowanie urządzeń o innych funkcjonalnościach niż wymagane przez zamawiającego (…), 2) zakresu świadczenia wykonawcy lub sposobu spełnienia świadczenia, które nie odpowiadały warunkom zamówienia (np. nieuwzględnienie w wycenie wszystkich wymogów i elementów, jakie postawił zamawiający (…)" (zob. „Prawo zamówień publicznych" – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 729). Dla stwierdzenia istnienia podstaw do odrzucenia, o których mowa w wyżej wymienionym przepisie, niezbędne jest więc stwierdzenie i wykazanie przez zamawiającego niezgodności treści oferty z określonymi w dokumentach zamówienia wymaganiami, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości. Jak bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 stycznia 2024 r. o sygn. akt KIO 3801/23 „Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia (…); Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami zamawiającego są postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia, w których zostały jasno i przejrzyście wyrażone oczekiwania zamawiającego (…)". Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 21 marca 2022 r. o sygn. akt KIO 543/22, w którym skład orzekający wskazał, co następuje: „(…) Punktem wyjścia dla stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań dokumentacji postępowania sporządzonej w danym postępowaniu, która od momentu jej udostępnienia jest wiążąca – zamawiający jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy określonego w SWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić, ani od nich odstąpić (por. wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 16.05.2012 r. sygn. akt II Ca 397/13, wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 11.03.2013 r. sygn. akt I C 577/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 10.07.2015 r. sygn. akt I C 2/15). Warto także zaznaczyć, że orzecznictwo Izby i sądów powszechnych stoi na stanowisku, że rozstrzygające znaczenie ma literalne brzmienie SWZ. Dokumentacja sporządzona w postępowaniu powinna być rozumiana w sposób ścisły – stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelnych zasad zamówień publicznych określonych w art. 16 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania – tak, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert. Nie wystarczy więc stwierdzić niezgodności oferty z niewyartykułowanymi w SWZ intencjami zamawiającego lub oczekiwanym przez niego sposobem rozumienia dokumentacji postępowania, którego w niej nie ujawniono. Jeżeli zamawiający nie jest w stanie wprost wskazać treści dokumentacji zamówienia, z którą oferta jest sprzeczna, takie odrzucenie jest wadliwe (…)". Z kolei na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Należy zauważyć, że zgodnie poglądem doktryny „Ustalając wystąpienie tej przesłanki, zamawiający zobowiązany jest do sprawdzenia, czy cena oferty obliczona została w oparciu o prawidłowo ustalony przez wykonawcę zakres wymagań, określony w dokumentach zamówienia, w szczególności czy uwzględnia wszystkie elementy cenotwórcze konieczne do prawidłowego wykonania zamówienia (…); (…) Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w dokumentach zamówienia i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, nieznajdujących uzasadnienia prawnego lub w wymaganiach zamawiającego (…) (tak: M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2023, art. 226 ustawy Pzp). Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art.

226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp konieczne jest więc stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w SWZ. Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikających przykładowo z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, czy też określenia w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. o sygn. akt III CZP 52/11 oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 III CZP 53/11) (tak m.in.: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 kwietnia 2023 r. o sygn. akt KIO 777/23 oraz w wyroku z dnia 25 listopada 2022 r. o sygn. akt KIO 2939/22; por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2018 r. o sygn. akt KIO 485/18).

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba wskazuje, że dokonała oceny treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Symmetry i stwierdziła, że brak było podstaw do uznania podjętej przez RARS czynności w postaci odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 ustawy Pzp w brzmieniu zawartym w piśmie z dnia 24 września 2024 r. za prawidłową i odpowiadającą przepisom ustawy Pzp. Izba podziela stanowisko Symmetry, zgodnie z którym postanowienie Rozdziału III ust. 9 SWZ odnoszące się do środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, na które powołał się Zamawiający w uzasadnieniu zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, ma charakter wyłącznie informacyjny. Wbrew twierdzeniom RARS z treści postanowienia o brzmieniu „Zamawiający wskazuje, że nie ma możliwości przekroczenia ww. kwot określonych na poszczególne lata, w tym nie ma możliwości dołożenia środków" nie sposób bowiem wywieść, że wykonawcy zobowiązani byli wziąć pod uwagę przy kalkulacji ceny oferty podane w Rozdziale III ust. 9 SWZ kwoty na sfinansowanie zamówienia w konkretnych latach świadczenia usług. Innymi słowy w SWZ brak jest jednoznacznego wymogu co do uwzględnienia przywoływanych kwot w kalkulacji ceny oferty, a także nie określono skutków z tym związanych. Podkreślenia wymaga, że wykonawca składając ofertę nie może domyślać się czy Zamawiający konstruując postanowienie Rozdziału III ust. 9 SWZ miał na myśli coś więcej aniżeli poinformowanie wykonawców zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem o środkach jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w rozbiciu na poszczególne lata. W ocenie Izby – w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy – za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty Symmetry z warunkami zamówienia i w konsekwencji jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny lub kosztu, na podstawie niezawartych w treści specyfikacji jasnych wymagań czy też subiektywnej, rozszerzającej interpretacji jej zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w SWZ. Jak już bowiem wskazano we wstępnej części uzasadnienia niniejszego wyroku wykonawca przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień SWZ. W tym miejscu wymaga również zaznaczenia, że zgodnie z postanowieniem Rozdziału XIII ust. 1 SWZ „Kalkulację ceny oferty należy obliczyć w oparciu o formularz ofertowy stanowiący załącznik nr 2 do SWZ". Z kolei w formularzu ofertowym, którego wzór został przekazany przez Zamawiającego, wykonawcy zobowiązani byli do wyliczenia ceny oferty zgodnie z wytycznymi zawartymi w tabeli tj. wyjściową do wyliczenia wartości brutto oferty była cena jednostkowa netto za j.m. i stawka podatku VAT dwóch pozycji wskazanych w rzeczonym formularzu, tj.: „Usługi utrzymania Systemu Platforma Paliwowa oraz inne usługi wliczone w ww. cenę" (należało wskazać cenę jednostkową netto za miesiąc) oraz „Usługi rozwojowe systemu platforma Paliwowa" (należało wskazać cenę jednostkową za 1 rbh). Symmetry zgodnie z wytycznymi RARS wskazał wymagane wartości i na tej podstawie wyliczona została wartość brutto oferty, zgodnie ze schematem przewidzianym w formularzu, opiewająca na kwotę 5 340 906,00 zł. Z kolei słusznie zauważył Odwołujący, że formularz oferty nie przewidywał w ogóle podania ceny w rozbiciu na poszczególne lata. Mając na uwadze powyższe okoliczności brak jest zatem podstaw do uznania, że oferta Symmetry zawiera błąd w obliczeniu ceny, gdyż została obliczona zgodnie ze schematem zamieszczonym w formularzu oferty udostępnionym przez Zamawiającego, który nie przewidywał możliwości wyceny przedmiotu zamówienia w podziale na poszczególne lata. Ani formularz oferty ani żadne inne dokumenty zamówienia nie dawały podstaw, aby wycenić ofertę w podziale na lata, zgodnie z oczekiwaniami RARS, które zostały wyartykułowane dopiero w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 24 września 2024 r., natomiast nie zostały wyrażone w sposób precyzyjny i jednoznaczny w SWZ. Dodatkowo należy wskazać, że nawet gdyby uznać, że postanowienie Rozdziału III ust. 9 SWZ, na które powołał się Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Symmetry można rozumieć dwojako i dopuszczalna jest interpretacja tego zapisu prezentowana przez RARS, to należy pamiętać, że wszelkie niejasności w treści dokumentów zamówienia sporządzonych przez Zamawiającego powinny być tłumaczone na korzyść wykonawców i nie mogą one powodować dla nich negatywnych skutków (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 września 2022 r. o sygn. akt KIO 2249/22, KIO 2250/22). Wymaga podkreślenia, że postulat wykładni niejasnych postanowień SWZ na korzyść wykonawcy wynika z zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. W tym miejscu należy ponownie zaznaczyć, że właściwe przeprowadzenie badania i oceny ofert wymaga uzyskania jednoznacznego potwierdzenia, że została wypełniona hipoteza art. 226 ust. 1

pkt 5 czy też pkt 10 ustawy Pzp. Nie można bowiem zapominać, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego biorą udział podmioty profesjonalne – wykonawcy prowadzący działalność gospodarczą i jednostki zamawiające wydatkujące środki publiczne w ramach procedury określonej ustawą Pzp. Nie tylko od wykonawców należy wymagać zawodowej staranności w przetargu, tożsamy obowiązek dotyczy również jednostek zamawiających. Przy czym dokonanie rzetelnego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu zgodnie z regułami przyjętymi w dokumentach zamówienia, jest przejawem zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegającej na sumiennym wypełnieniu obowiązków, które na Zamawiającego nakłada ustawodawca w toku przeprowadzenia Postępowania, tak aby właściwie zabezpieczyć interes wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Tym samym – mając na uwadze całokształt dokumentacji postępowania – należało przyjąć, że w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy nie zaszły przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego, o których stanowi przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 ustawy Pzp.

Przechodząc do rozpoznawania zarzutu z pkt 3 petitum odwołania Izba stwierdziła, że podlegał on częściowemu uwzględnieniu. Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych – wykazu osób – przez Przystępującego, pomimo że złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu potwierdził się w odniesieniu do Pana P.Z.. Izba uznała za przekonującą argumentację Odwołującego, zgodnie z którą Pan P.Z. posiada wyłącznie certyfikat ukończenia kursu Commvault Solution Architect – CVSA24, nie zaś certyfikat potwierdzający kwalifikacje do obsługi systemu. Skład orzekający miał na uwadze, że z dowodu z dokumentu w postaci pisma Commvault z dnia 24 października 2024 r. złożonego przez Symmetry na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego na okoliczność wykazania, że Pan P.Z. nie posiada certyfikatu spełniającego warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V ust. 2 lit. b tiret czwarty SWZ, jednoznacznie wynika, że certyfikat potwierdzający kwalifikacje do obsługi systemu uzyskuje się na ścieżce „Commvault Certified Professional". Firma Commvault wskazała, że w ramach tej ścieżki szkoleniowej możliwe jest uzyskanie certyfikatów: Commvault Certified Porfessional, Commvault Certified Engineer oraz Commvault Certified Expert. Z kolei certyfikat Commvault Solution Architect – CVSA24, czyli certyfikat posiadany przez Pana P.Z., jest certyfikatem akredytacyjnym dla Partnerów firmy Commvault – „służy podtrzymaniu akredytacji jako Partnera" i jest certyfikatem typu „Learning and Development". W rzeczonym piśmie czytamy również, że „Certyfikat typu „Learning and development" może zostać zdobyty przez każdego zarejestrowanego w systemie użytkownika, nie będąc poparty udziałem w akredytowanym szkoleniu i zdobyciem wiedzy z zakresu obsługi systemu Commvault", podczas gdy warunkiem uzyskania certyfikatów: : Commvault Certified Porfessional, Commvault Certified Engineer oraz Commvault Certified Expert „jest pozytywny wynik egzaminu potwierdzającego pozyskanie wiedzy podczas szkolenia prowadzonego przez akredytowanego trenera". Mając na względzie przedmiotowy dowód należy zatem zauważyć, że ITSS na potwierdzenie dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym w postaci zespołu inżynierów infrastrukturalnych wskazał Pana P.Z. posiadającego certyfikat Commvault Solution Architect – CVSA24, który – w świetle informacji zawartych w piśmie Commvault z dnia 24 października 2024 r. – nie jest certyfikatem potwierdzającym kwalifikacje do obsługi systemu oraz Pana Ł.C., który posiada m.in. certyfikat Commvault Certified Professional V11-2018 i certyfikat Commvault Certified Engineer V11 tj. certyfikaty – które zgodnie z treścią omawianego dowodu – potwierdzają kwalifikacje do obsługi systemu. W tym miejscu należy przypomnieć, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze toczące się przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z kolei w myśl art. 535 ustawy Pzp dowody na poparcie swoich twierdzeń bądź odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Ciężar dowodu rozumieć należy jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej za pomocą dowodów o słuszności swoich twierdzeń oraz konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Postępowanie przed Izbą toczy się kontradyktoryjnie, 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 r. o sygn. akt KIO 2857/21; por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 7 listopada 2007 r. o sygn. akt II CSK 293/07 oraz z dnia 16 grudnia 1997 r. o sygn. akt II UKN 406/97). Skład orzekający w niniejszej sprawie dokonując wszechstronnego rozważenia zgromadzonego materiału dowodowego uznał, że Odwołujący przedstawił stosowną argumentację oraz dowód potwierdzający tezę odwołania, że Pan P.Z. nie posiada certyfikatu pozwalającego na stwierdzenie, że ITSS spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V ust. 2 lit. b tiret czwarty SWZ, który nie został obalony ani przez Zamawiającego ani przez Przystępującego. Zdaniem RARS i ITSS dowód w postaci pisma Commvault z dnia 24 października 2024 r. jest nieprzydatny dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, gdyż Symmetry pomija odpowiedzi na pytania z dnia 17 czerwca 2024 r. Ponadto Przystępujący poprzestał na gołosłownym stwierdzeniu, że certyfikat, który posiada Pan P.Z. jest wystarczający do obsługi systemu, nie przedstawiając przy tym żadnego kontrdowodu, z którego wynikałoby w sposób

jednoznaczny i niebudzący żadnych wątpliwości, że wyżej wymieniona osoba uzyskała certyfikat potwierdzający kwalifikacje do obsługi systemu. Ponadto odnosząc się do szeroko komentowanej kwestii odpowiedzi na pytania do SWZ Izba nadmienia, że podziela stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym zarówno Zamawiający jak i Przystępujący dokonują `nieuprawionej i dowolnej interpretacji spornego warunku udziału w postępowaniu w kontekście udzielonych wyjaśnień treści SWZ z dnia 17 czerwca 2024 r. uznając, że w zasadzie dla jego spełnienia wystarczające jest posiadanie przez wskazaną osobę jakiegokolwiek certyfikatu z logo systemu. Trafnie podniósł Symmetry, że w treści warunku udziału w postępowaniu z Rozdziału V ust. 2 lit. b tiret czwarty SWZ mowa jest o osobach posiadających certyfikat potwierdzający kwalifikacje do obsługi systemu, a nie certyfikat potwierdzający udział czy ukończenie szkolenia. Natomiast odpowiedź RARS na pytanie nr 22 dopuściła dowolne certyfikaty ale w zakresie infrastruktury systemowej uznanej technologii. Odpowiedź na pytanie nr 22 nie zniosła jednak wymagania Zamawiającego w zakresie dysponowania osobami posiadającymi certyfikaty potwierdzające kwalifikacje do obsługi systemu. Analogiczna sytuacja ma również w przypadku odpowiedzi na pytanie nr 21 tj. w odniesieniu do certyfikatu potwierdzającego kwalifikacje do obsługi platformy. W tym miejscu konieczne jest wskazanie, że na obecnym etapie postępowania jakakolwiek zmiana warunku udziału w postępowaniu jest kategorycznie zabroniona, a za taką zmianę należałoby uznać dokonanie wykładni warunku pozostającej w sprzeczności z literalnym brzmieniem postanowienia SWZ. Podkreślenia wymaga, że w takim przypadku dochodzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Dotyczy to nie tylko wykonawców biorących udział w Postępowaniu, ale także tych, którzy nie wzięli udziału w Postępowaniu kierując się jednoznacznymi postanowieniami SWZ w zakresie ustalonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2020 r. o sygn. akt KIO 37/20). W ocenie składu orzekającego, treść warunku opisanego w Rozdziale V ust. 2 lit. b tiret czwarty SWZ, mając na uwadze jego literalne brzmienie, nie pozwalała na dokonanie interpretacji, jakiej dokonał Zamawiający oraz Przystępujący w toku prowadzonego Postępowania. Przypomnieć w tym miejscu należy, że RARS dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu ma obowiązek kierować się wyłącznie brzmieniem SWZ. Izba w pełni podziela wyrażany w orzecznictwie pogląd, iż „(…) postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań co zapobiega jakiejkolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego (…)" (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 sierpnia 2018 r. o sygn. akt KIO 1612/18). Zdaniem Izby powyższa teza pozostaje nadal aktualna na gruncie obowiązującej ustawy Pzp. Reasumując, biorąc pod uwagę przebieg niniejszego postępowania odwoławczego Izba stwierdziła, że Odwołujący w sposób wystarczający wykazał i uzasadnił okoliczności, które czyni podstawą postawionego zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych – wykazu osób – przez wykonawcę ITSS w zakresie zespołu inżynierów infrastrukturalnych.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do Pana M.K. i Pana M.J. podlegał natomiast oddaleniu jako nieudowodniony. Izba miała na uwadze, że w tej części zarzutu z pkt 3 petitum odwołania Symmetry nawet nie próbował wykazać okoliczności, na które powoływał się w uzasadnieniu odwołania tj. że wyżej wymienione osoby posiadają jedynie certyfikaty Red Hat OpenShift Administration I: Managing Containers and Kubernetes (DO 180) – Ver. 4.12 tj. certyfikaty ukończenia kursu, które nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V ust. 2 lit. b tiret trzeci SWZ. W tym zakresie Symmetry poprzestał wyłącznie na gołosłownych twierdzeniach, że w przypadku firmy Red Hat – analogicznie jak w odniesieniu do firmy Commvault – ukończenie kursu nie potwierdza posiadania kwalifikacji do obsługi określonego systemu, co – w ocenie składu orzekającego – było niewystarczające do uwzględnienia tej części omawianego zarzutu.

Zważywszy na przywołane okoliczności faktyczne i prawne Izba uznała, że rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części i na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 5 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania w całości stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego, z uwagi na wagę uwzględnionych zarzutów dla rozstrzygnięcia odwołania.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....