

WYROK

Warszawa, 28 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

12 listopada 2024 r. przez odwołującego: Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: nFinity.pl sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i 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, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.
3. Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) 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

Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługa przeprowadzenia unifikacji technologicznej wykorzystywanych w PFRON systemów zarządzania treścią oraz utrzymanie i rozwój Portali internetowych”, numer postępowania: ZP/08/24, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 9 lipca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nr publikacji ogłoszenia: 409674-2024, nr wydania 132/2024.

12 listopada 2024 r. wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. art. 107 w zw. z art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 i 17 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez umożliwienie dokonania formalnej, bez podstawy wskazanej w art. 128 ust. 1 Pzp poprawki w Wykazie osób, który został złożony na potwierdzenie warunku udziału
w postępowaniu w celu „dostosowania oświadczeń i osób wskazanych w wykazie”
do wymagań dotyczących próbki systemu, podczas gdy pierwotnie złożony wykaz potwierdzał spełnienie warunku w zakresie osób.
2. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 i 17 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez dokonanie wezwania wykonawcy nFinity.pl sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Przystępujący) w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, po bezpodstawnej, samodzielnej dokonanej bez wezwania poprawce wykazu osób aby jak to napisał Przystępujący „utrzymać spójność warunku 7.1.3.5 SWZ” podczas gdy przepisy nie przewidują takiej „podstawy wezwania”, a dokonywanie poprawy wykazu celem dostosowania go do wymagań SWZ dotyczących próbki jest niedopuszczalne.
3. art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp przez prowadzenie z Przystępującym negocjacji
w zakresie treści jasno sformułowanego oświadczenia w zakresie przeprowadzonej próbki zgodnie z którym

„próbkę wykonał Pan N. K.” i umożliwienie zmiany tego oświadczenia przez rozszerzenie kręgu osobowego twórców próbki, tak aby była ona zgodna z SWZ.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego;
- 2.powtórzenia czynności oceny ofert;
- 3.odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał:

Wskazane w odwołaniu zarzuty odnoszą się do formalnych aspektów oceny Próbką

i wskazania, że działania Zamawiającego naruszają przepisy prawa w tym zakresie. Zamawiający ustanowił kryterium Próbką określając jednocześnie jej wagę, a w załączniku

nr 13 do SWZ zasady na jakich Próbką będzie wytworzona i oceniana. W pkt 2.1.5 załącznika 13 do SWZ Zamawiający ustanowił minimalne wymagania dla zespołu który wytwarzał Próbką. Oznacza to, że minimalnie Zamawiający wymagał 3 osób z Personelu Kluczowego, który wskazywany był w formularzu ofertowym. Jedną z tych osób miał być Frontend Developer.

Wykonawca w pkt 2.3 Formularza Oferty oświadczył, że Próbką przygotował „Frontend Developer, o którym mowa w pkt 7.1.3.5 SWZ: N.K.”.

26 września 2024 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz JEDZ

m.in. wzywając do złożenia wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego potwierdzający spełnianie warunku określonego w pkt 7.1.3. SWZ. W pierwszym wykazie osób Pan N.K., został przedstawiony na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.1.3.6 Rozdziału 7 SWZ w celu pełnienia funkcji testera, a nie Frontend Developera. Natomiast w wykazie osób złożonym na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 7.1.3.5 Rozdziału 7 SWZ, Przystępujący wskazał dwóch Frontend Developerów tj. w pkt 5 ppkt 1.1 pana K.S. oraz w ppkt 1.2 pana M.S.

10 października 2024 r. Zamawiający skierował w tym zakresie do Przystępującego wezwanie w trybie art. 128 ust. 4 i art. 223 ust. 1 Pzp.

Otrzymał następującą odpowiedź:

„Pan N.K. który w wykazie osób został przedstawiony na potwierdzenie warunku udziału

w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.1.3.6 Rozdziału 7 SWZ w celu pełnienia funkcji testera, a nie Frontend Developera, posiada także doświadczenie na stanowisku frontend developera. Ze względu na dokładność, rzetelność oraz znajomość norm WCAG którą się cechuje pełni zazwyczaj w projekcie dwie funkcje, po pierwsze bierze udział w kodowaniu warstwy frontend aplikacji, a następnie w jej testach. Ponieważ nie dopuszczali Państwo łączenia ról w celu wykazania spełnianiu warunków w postępowaniu p. N. został wykazany tylko jako tester, ponieważ w tym projekcie, ze względu na jego rozmiar, będzie on odpowiedzialny bardziej za kontrolę jakości prac innych frontend deweloperów niż samo kodowanie. Próbką na potrzeby postępowania przygotował on samodzielnie, ponieważ od początku do końca zadbał on tutaj o jakość kodu oraz normy WCAG które były podstawą jednego z kluczowych kryteriów oceny ofert”.

W tym momencie Zamawiający otrzymał potwierdzenie od Przystępującego, że próbki nie wykonała osoba delegowana do realizacji umowy na stanowisku Frontend Developera lecz testera, co jednoznacznie wskazuje, że oferta ta z punktu widzenia formalnego powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Mimo potwierdzenia, że próbki nie wykonał Frontend Developer, Zamawiający nie odrzucił oferty Przystępującego. 17 października 2024 r. Komisja Przetargowa skierowała

do Zamawiającego wniosek o „odrzucenie oferty Przystępującego”, który zdaniem Odwołującego jest zasadny. Mając na uwadze przede wszystkim fakt, że Zamawiający ocenia aspekty formalne próbki na podstawie złożonych dokumentów tj. oświadczeń w ofercie

i przedłożonych wykazów. Jedynie co mógł zrobić Zamawiający to dopytać w trybie art. 128 ust. 4 PZP o wyjaśnienie sytuacji, co też nastąpiło. Natomiast odpowiedź potwierdziła, Zamawiającego, że formalnie Próbką przygotowała osoba zadeklarowana jako tester.

W uzasadnieniu odrzucenia Komisja wskazała następujące kwestie:

„Z przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów podmiotowych oraz wyjaśnień

na wezwanie PFRON wynika, że Próbką była wytworzona przez zespół w skład którego wchodzi osoba, która co prawda jest Personelem Kluczowym oddelegowanym do realizacji zamówienia natomiast nie pełni roli wymaganej przez Zamawiającego tj. nie jest Frontend Developerem tylko testerem. Fakt ten nie ma wpływu na jakość samej Próbką, niemniej jednak z punktu widzenia formalnego stanowi naruszenie zasad jakie zostały ustanowione przez Zamawiającego w SWZ. Zasad jednakowych dla wszystkich Wykonawców. Inne podejście

do tej kwestii naruszyło by zasady udzielania zamówień publicznych tj. równego traktowania wykonawców i oraz zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji.

Innymi słowy Próbką została wytworzona przez zespół niezgodny z wymaganiami określonymi w pkt 2.1.5 załącznika nr 13 do SWZ. Brak jest w zespole osoby o której mowa w pkt 7.1.3.5 SWZ czyli takiej, która jest dedykowana do realizacji umowy na stanowisku Frontend Developera. Próbką będąca przedmiotowym środkiem dowodowym żądana była w niniejszym postępowaniu w celu dokonania oceny ofert tym samym stanowi treść oferty”.

Takie stanowisko było jedynym słusznym w przedmiotowej sprawie. Jednak Przystępujący

18 października 2024 r. skierował do Zamawiającego samodzielnie poprawiony Wykaz osób, wskazując na tajemniczą przesłankę dokonania takiej poprawy, a mianowicie:

„Szanowni Państwo,

Aby utrzymać spójność warunku 7.1.3.5 SWZ proponujemy przesunięcie w składzie zespołu pana N.K. na stanowisko frontend developera a pana K.S. na stanowisko testera.”

Sam Zamawiający jednak wskazał, że zgodnie z orzecznictwem, Wykonawca nie może samodzielnie składać uzupełnienia wykazu osób. Podając, że: „W przypadku akceptacji możliwości samouzupełniania przez wykonawcę brakujących lub źle pierwotnie złożonych dokumentów lub oświadczeń, doprowadzić mogłoby to do prób wielokrotnego uzupełniania takich dokumentów lub oświadczeń na tę samą okoliczność, co w świetle orzecznictwa Izby jest niedopuszczalne”. Mimo to, Zamawiający w skutek „samouzupełnienia” Przystępującego decyduje się na wezwanie tego podmiotu do złożenia nowego wykazu osób, mimo,

że pierwotny był poprawny. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie może, nie mając podstawy z art. 128 ust. 1 Pzp wzywać do uzupełnienia wykazu osób. Z jednej strony wskazuje, że uzupełnienie wykazu przez Przystępującego 18 października 2024 r. należy uznać w zasadzie, za „niebyłe”, że wykonawcy sami nie mogą uzupełniać wykazu, a z drugiej strony Komisja wnioskiem z 22 października 2024 r. zasugerowała o wezwanie wykonawcy

na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp gdyż: „W korespondencji tej, Wykonawca aby utrzymać spójność warunku 7.1.3.5 SWZ! proponuje przesunięcie w składzie zespołu Pana N.K.

na stanowisko Frontend Developera Pana K.S. na stanowisko testera przedstawiając

na potwierdzenie tego wykaz osób”.

Wynika z tego, że samouzupełnienie okazało się skuteczne, mimo że nie powinno mieć miejsca. Co więcej jako podstawę do wezwania komisja wskazała „utrzymanie spójności warunku” cokolwiek to znaczy. Odwołujący jednoznacznie czyta to jako użycie wezwania

z art. 128 ust. 1 Pzp do formalnego dostosowania dokumentów (sanacji) do oświadczeń składanych w formularzu ofertowym w zakresie Próbką. Wskazać jednak należy, że art. 128 ust. 1 Pzp nie znajduje w swojej treści przesłanki poprawienia wykazu osób z uwagi

na „utrzymanie spójności warunku z SWZ”, lecz zgodnie z treścią tego przepisu: „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie”.

Co do zasady skorzystanie z dyspozycji art. 128 Pzp powinno nastąpić w okolicznościach wyjątkowych, wtedy gdy złożone przez wykonawcę dokumenty lub oświadczenia zawierają błędy lub ich nie złożono albo w sposób oczywisty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie jest właściwe korzystanie z uprawnień przysługujących zamawiającemu na podstawie ww. przepisu w każdym przypadku, a zwłaszcza w sytuacji, gdy wykonawca faktycznie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw do wykluczenia. (Legalis, komentarz do art. 128 PZP, red. Granecki)

W tej przedmiotowej sprawie pierwotnie złożony wykaz osób nie zawierał błędów i potwierdzał spełnienie warunków w postępowaniu. Zamawiający po otrzymaniu oświadczeń wskazanych w formularzu ofertowym oraz w pierwszym wykazie powinien dokonać oceny próbki, gdyż niedopuszczalne było wezwanie z tej przyczyny do uzupełnienia wykazu osób.

Co więcej samo wezwanie Zamawiającego z 23 października 2024 r. brzmi:

„Zamawiający - Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, w związku

ze złożonymi przez Państwa wyjaśnieniami dotyczącymi rozbieżności pomiędzy Formularzem Oferty a wykazem osób, wzywa Państwa na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) dalej jako „ustawa Pzp” do poprawienia wykazu osób składanego na potwierdzenie warunku udziału

w postępowaniu określonego w pkt 7.1.3 Rozdziału 7 SWZ”

Zamawiający odwołał się do wyjaśnień – tylko, że w wyjaśnieniach zacytowanych w punkcie

5 odwołania nie było rozbieżności pomiędzy pierwszym wykazem a wyjaśnieniami.

Należy stwierdzić, że wyjaśnienia potwierdzały, że Pan N.K. jest wskazany jako tester prawidłowo. Wobec tego podstawą wezwania było „samodzielne, niezgodne z przepisami” uzupełnienie wykazu osób, które nastąpiło po wystosowaniu przez Komisję wniosku

o odrzucenie oferty Przystępującego. Co stoi w sprzeczności z przepisami prawa.

Odwolujący wskazuje także, że oświadczenia Przystępującego składane w toku postępowania są jednoznaczne i nie jest wymagana wyjaśnianie ich w trybie art. 128 ust. 4 czy też art. 223 Pzp. Odnosnie Próbki należy zaznaczyć, że Przystępujący składając wyjaśnienia treści ofert odnośnie roli Pana N.K. w przygotowaniu Próbki, oświadczył, że „Próbkę na potrzeby postępowania przygotował on samodzielnie, ponieważ od początku do końca zadbał on tutaj o jakość kodu oraz normy WCAG które były podstawą jednego z kluczowych kryteriów oceny ofert”. Mimo tak jednoznacznego oświadczenia, Zamawiający dopytał Przystępującego

o „wykładnię” tego co napisał Przystępujący, mimo, że Wykonawca wskazał, że Pan N.K. samodzielnie przygotował próbkę.

25 listopada 2024 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł

o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności

treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła,

co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania oraz wszystkie wnioskowane przez Strony dowody pisemne.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała zarzuty odwołania, uznając, że nie zasługuje one na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

W zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy na wstępie przytoczyć należy następujące postanowienia SWZ:

Warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (...):

7.1.3. „Zamawiający uzna wyżej wymieniony warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował zespołem, który będzie skierowany do realizacji przedmiotu zamówienia składającym się z co najmniej (...):

7.1.3.5 Dwoma Frontend Developerami, z których każdy:

- a) posiada co najmniej 3-letnie doświadczenie w projektowaniu interfejsu użytkownika zgodnego z wytycznymi dostępności treści internetowych (Web Content Accessibility Guidelines dalej jako „WCAG”) na poziomie co najmniej 2.0 stron internetowych w wersji desktopowej oraz mobilnej,
- b) posiada doświadczenie w procesie wytwórczym, w dbaniu o wizualną stronę witryny portalu/serwisu internetowego w tym:
 - dostosowywanie strony do poszczególnych urządzeń mobilnych,
 - projektowanie i udoskonalanie menu,
 - dobieranie odpowiednich czcionek, wielkości, przycisków, guzików itd., które wpływają na aspekt wizualny,
- c) posiada doświadczenie w dodawaniu i tworzeniu grafiki i animacji w portalu/serwisie internetowym,
- d) posiada:
 - znajomość narzędzi PHP, baz danych, admin CMS, Jira,
 - biegłą znajomość obsługi WordPress,
 - znajomość języków programowania np. Java, PHP, Python, SQL czy JavaScript,
 - znajomość zagadnień z zakresu bezpieczeństwa danych,
 - znajomość systemów kontroli wersji, takie jak np. SVN czy GIT,
 - znajomość zagadnień związanych z WCAG,

- znajomość funkcjonowania przeglądarek i OS;

7.1.3.6Jednym testerem, który:

- a)posiada co najmniej 3-letnie doświadczenie w projektowaniu interfejsu użytkownika zgodnego z wytycznymi dostępności treści internetowych WCAG na poziomie co najmniej 2.0. stron internetowych w wersji desktopowej oraz mobilnej,
- b)posiada znajomość i praktyczną umiejętność:
 - diagnozowania i opisanie wykrytych błędów w sposób umożliwiający ich odtworzenie i poprawienie przez programistów, a także
 - wykonania retestów,
 - przygotowania scenariuszy testowych i przypadków testowych oraz umiejętność korzystania z nich,
 - znajomość funkcjonowania przeglądarek i OS,
 - znajomość zagadnień i QA (Quality Assurance),
 - obsługi WordPress (...)"

„Uwaga ogólna do pkt 7.1.3 SWZ:

- Zamawiający nie dopuszcza łączenie poszczególnych ról w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu, za wyjątkiem poniższych:
 - a)roli specjalisty ds. dostępności z rolą UX Designer i/lub testera,
 - b)roli Frontend Developer z rolą UX Designer i/lub rolą UI Designer”.

“Rozdział 9. Przedmiotowe środki dowodowe.

W celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone w SWZ, w tym OPZ, Zamawiający stosownie do art. 106 ust. 1 ustawy Pzp oraz w celu oceny ofert Wykonawców w kryterium oceny ofert „Próbka”, na zasadach opisanych w Rozdziale 21 SWZ, żąda złożenia wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego w postaci próbki, to jest fragmentu nowej odsłony Portalu informacyjnego PFRON zgodnie z Załącznikiem nr 13 do SWZ (dalej jako: „Próbka”).

Szczegółowe zasady przygotowania Próbkę określa Załącznik nr 13 do SWZ.

Celem usunięcia wątpliwości Zamawiający wyjaśnia, że stosownie do art. 107 ust. 3 w związku z ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli Wykonawca nie złoży Próbkę lub będzie ona niekompletna, Zamawiający nie będzie wzywać do jej złożenia lub uzupełnienia. W takim przypadku Wykonawca otrzyma 0 punktów w kryterium oceny ofert Próbkę”.

Powyższe postanowienie dotyczące zasad postępowania w przypadku wad próbki miało kluczowe znaczenie dla oddalenia odwołania.

Dla ustalenia stanu faktycznego sprawy istotne były również następujące regulacje SWZ:

- 10.2.„Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni (...):
 - 10.2.2.3wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego potwierdzający spełnianie warunku określonego w pkt 7.1.3 SWZ wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, wykształcenia i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – Załącznik nr 12 do SWZ”

Ponadto zgodnie z wzorem wykazu osób obowiązkiem wykonawców było podanie personaliów osób wskazanych przez wykonawcę jako Frontend Developer i tester.

„Załącznik nr 13 do SWZ - Opis sposobu przygotowania Próbkę

2.Wymagania dotyczące Próbkę

2.1.5Zamawiający wymaga, aby Próbkę zrealizowali co najmniej:

- UX Designer, o którym mowa w pkt 7.1.3.2 SWZ;
- Jeden Frontend Developer, o którym mowa w pkt 7.1.3.5 SWZ;
- Specjalista ds. dostępności, o którym mowa w pkt 7.1.3.9 SWZ. Wykonawca w pkt 2.3 Formularza Oferty zobowiązany jest wskazać listę Personelu Kluczowego przygotowującego Próbkę”.

W sprawie nie było sporu między stronami co do faktu, że pan N.K. został wskazany przez Przystępującego jako współautor próbki (przedmiotowego środka dowodowego) i Frontend Developer. Natomiast w wykazie osób na to stanowisko zostały wskazane dwie, inne osoby. Pan N.K. został z kolei wskazany jako tester.

W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia tej okoliczności Przystępujący wskazał:

„Pan N.K. który w wykazie osób został przedstawiony na potwierdzenie warunku udziału

w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.1.3.6 Rozdziału 7 SWZ w celu pełnienia funkcji testera, a nie Frontend Developera, posiada także doświadczenie na stanowisku frontend developera. Ze względu na dokładność, rzetelność oraz znajomość norm WCAG którą się cechuje pełni zazwyczaj w projekcie dwie funkcje, po pierwsze bierze udział w kodowaniu warstwy frontend aplikacji, a następnie w jej testach. Ponieważ nie dopuszczali Państwo łączenia ról w celu wykazania spełnianiu warunków w postępowaniu p. N.K. został wykazany tylko jako tester, ponieważ w tym projekcie, ze względu na jego rozmiar, będzie

on odpowiedzialny bardziej za kontrolę jakości prac innych frontend deweloperów niż samo kodowanie. Próbkę na potrzeby postępowania przygotował on samodzielnie, ponieważ

od początku do końca zadbał on tutaj o jakość kodu oraz normy WCAG które były podstawą jednego z kluczowych kryteriów oceny ofert”.

17 października 2024 r. Komisja Przetargowa wydała w zakresie tych wyjaśnień następującą opinię:

„Mając na uwadze treść wyjaśnień oraz zapisy SWZ, Próbką została przygotowana niezgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SWZ.

Za takim stanowiskiem stoi poniższa argumentacja:

- Zamawiający ustanowił kryterium Próbką określając jednocześnie jej wagę,
a w załączniku nr 13 do SWZ zasady na jakich Próbką będzie wytworzona i oceniana.
- W pkt 2.1.5 załącznika 13 do SWZ Zamawiający ustanowił minimalne wymagania dla zespołu który wytwarzał Próbkę. Oznacza to, że minimalnie Zamawiający wymagał 3 osób z Personelu Kluczowego, który wskazywany był w formularzu ofertowym.
- Personel ten co do zasady powinien być dostępny przez cały okres realizacji umowy i także w zakresie wytworzenia Próbką. Wskazuje na to wprost pkt 2.1.3 załącznika nr 13 do SWZ.
- Z przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów podmiotowych oraz wyjaśnień na wezwanie PFRON wynika, że Próbką była wytworzona przez zespół w skład którego wchodzi osoba, która co prawda jest Personelem Kluczowym oddelegowanym do realizacji zamówienia natomiast nie pełni roli wymaganej przez Zamawiającego tj. nie jest Frontend Developerem tylko testerem. Fakt ten nie ma wpływu na jakość samej Próbką, niemniej jednak z punktu widzenia formalnego stanowi naruszenie zasad jakie zostały ustanowione przez Zamawiającego w SWZ. Zasad jednakowych dla wszystkich Wykonawców. Inne podejście do tej kwestii naruszyło by zasady udzielania zamówień publicznych tj. równego traktowania wykonawców i oraz zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji.
- Innymi słowy Próbką została wytworzona przez zespół niegodny z wymaganiami określonymi w pkt 2.1.5 załącznika nr 13 do SWZ. Brak jest w zespole osoby o której mowa w pkt 7.1.3.5 SWZ czyli takiej, która jest dedykowana do realizacji umowy na stanowisku Frontend Developera.
- Próbką będąca przedmiotowym środkiem dowodowym żądana była w niniejszym postępowaniu w celu dokonania oceny ofert tym samym stanowi treść oferty (...).

Biorąc pod uwagę powyższe, komisja wnioskuję o odrzucenie oferty Wykonawcy nFinity.pl

sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp”.

W toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że przytoczony wniosek był błędny, a oferta nie mogła podlegać odrzuceniu z odwołania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp ze względu na wadliwy sposób przygotowania próbki.

18 października 2024 r. Przystępujący przesłał zmieniony wykaz osób, wskazując przy tym:

„Aby utrzymać spójność warunku 7.1.3.5 SWZ proponujemy przesunięcie w składzie zespołu pana N.K. na stanowisko frontend developera a pana K.S. na stanowisko testera”.

23 października 2024 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp Przystępującego do uzupełnienia wykazu osób. W odpowiedzi Przystępujący złożył wykaz osób taki sam,

jak ten z 18 października 2024 r.

31 października 2024 r. Zamawiający podjął decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

Zgodnie z art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte

w odwołaniu. Izba rozstrzyga więc o zarzutach odwołania biorąc pod uwagę sposób w jaki zostały postawione i uzasadnienie. Tym samym Izba nie uwzględni odwołania nawet

w sytuacji, gdy postępowanie dotknięte jest oczywistą, poważną nieprawidłowością, jeśli nie jest ona przedmiotem prawidłowo postawionego zarzutu.

Biorąc pod uwagę ustalony i opisany stan faktyczny Izba uznała, że zarzuty nie potwierdziły się. Odwołujący zarzucił

Zamawiającego zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego,

ale jego twierdzenia oparte były przede wszystkim o kwestie przedmiotowego środka dowodowego – próbki podlegającej ocenie w ramach kryterium oceny ofert. Nie ma podstaw prawnych i faktycznych by uznać, że próbka w tym postępowaniu miała stanowić element treści oferty. Konsekwencją wad próbki miało być natomiast zero punktów w ramach oceny

w kryterium pozacenowym. Zarzuty Odwołującego były zatem nietrafne już na poziomie podstaw prawnych – nie było podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego nawet gdyby potwierdziły się jego twierdzenia o nieprawidłowym postępowaniu w zakresie próbki Przystępującego.

Konsekwencją było oddalenie zarzutów nr 1 i 3. Oferta nie podlegała odrzuceniu, nie było również podstaw do stwierdzenia, że nastąpiły negocjacje treści oferty. Próbka nie stanowiła treści oferty, a działania Przystępującego i Zamawiającego nie nosiły znamion negocjacji.

Konsekwencją było również oddalenie zarzutu nr 2. Zamawiający zasadnie przestrzegał formalizmu postępowania w sytuacji, gdy Przystępujący podjął próbę samouzupełnienia wykazu osób. Skoro Zamawiający (jak przyznał w toku rozprawy) zorientował

się, że wcześniejszy wniosek o zasadności odrzucenia oferty był błędny, to nie było żadnych powodów, by zignorować twierdzenie Przystępującego o konieczności uzupełnienia wykazu -taki wniosek płynął z samej chęci jego złożenia. Izba podkreśla jednak, że wniosek ten jest konsekwencją ograniczenia wynikającego z art. 555 Pzp.

Zamawiający w tej sytuacji prawidłowo wezwał Przystępującego do uzupełnienia wykazu osób, po to by jego uzupełnienie miało ramy formalne i mieściło się w czynnościach postępowania. Izba dostrzegła przy tym, że uzupełnienie wykazu osób z przyczyn i w sposób wskazany przez Przystępującego w treści maila dotyczącego samouzupełnienia dokumentów stanowiło niedozwoloną zmianę i poprawę próbki podlegającej ocenie w ramach kryterium pozacenowego, czego następstwem było utrzymanie przyznanej ofercie Przystępującego punktacji, ale Odwołujący nie podniósł zarzutu dotyczącego tej okoliczności i jej skutków.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy

na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Przewodniczący