

WYROK

Warszawa, dnia 08.01.2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 9 grudnia 2024 r. przez wykonawcę BCF Consulting Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

uczestnik po stronie zamawiającego:

A.wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Euvic S.A. oraz yarri S.A. z siedzibą lidera w Gliwicach

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
3. Zasądza od odwołującego BCF Consulting Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

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

Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej jako: „ustawa Pzp”, którego przedmiotem jest Świadczenie kompleksowych usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich z branży IT dla spółki Aplikacje Krytyczne sp. z o.o.

Niniejsze postępowanie jest postępowaniem wykonawczym w związku z realizacją postanowień Umowy Ramowej zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania nr PZP/2023/39/WNP-001243 w celu zawarcia umowy ramowej na świadczenie kompleksowych usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich z branży IT. Prowadzone jest pod numerem PZP/2023/39/WNP-001243/PW/1.

Wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu dotyczące postępowania prowadzonego w celu zawarcia umowy ramowej opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 04.01.2024 r. pod numerem 5347-2024.

W dniu 9 grudnia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy BCF Consulting Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności odrzucenia jego oferty oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 314 ust. 4 pkt 1 Ustawy w zw. z art. 16 Ustawy w związku z Rozdziałem III ust. 4) lit. c) tiret iii oraz lit. d) Zaproszenia poprzez niezasadne przyjęcie, że Konsultanci wskazaniu przez Wykonawcę nie stawili się na spotkanie z Zamawiającym, podczas gdy Odwołujący zapewnił możliwość spotkania z Konsultantami na warunkach określonych w Zaproszeniu;

2.art. 314 ust. 4 pkt 1 Ustawy poprzez przyjęcie, że wymiana konsultanta przez Odwołującego była niedozwolona i nieuprawniona i odrzucenie w związku z tym (okoliczność wskazana przez Zamawiającego jako podstawa odrzucenia oferty) oferty Odwołującego, podczas, gdy czynność ta była dopuszczalna i nie była zabroniona oraz nie mogła stanowić podstawy odrzucenia oferty;

3.art. 239 ust. 1 Ustawy poprzez brak dokonania oceny oferty Odwołującego i wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie dokonania oceny oferty Odwołującego i wybór tej oferty, jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia lub ewentualnie nakazanie przez Izbę Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący początkowo opisał stan faktyczny związany z poszczególnymi czynnościami podejmowanymi przez niego i Zamawiającego w postępowaniu.

Następnie odnosząc się do każdego z postawionych zarzutów odniósł się do poszczególnych przyczyn odrzucenia jego oferty wskazywanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu podjęcia tejże czynności. Zamawiający jako pierwszą z dwóch przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego wskazał Rozdział III ust. 4 lit. c tiret iii Zaprośzenia, zgodnie z którym Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy jako niezgodną z Zaprośzeniem – w przypadku niestawienia się któregośkolwiek Konsultanta wskazanego przez Wykonawcę w Załączniku nr 1 do Formularza Oferty dotyczącego zamówienia wykonawczego.

Odwołujący zauważył, że ww. przesłanka odrzucenia oferty koresponduje z nałożonym na Odwołującego w Rozdziale III ust. 4 lit. a Zaprośzenia zobowiązaniem, polegającym na zapewnieniu możliwości spotkania (w tym również możliwości spotkania online) z każdym proponowanym konsultantem w terminie do 3 dni roboczych od dnia zgłoszenia przez Zamawiającego wniosku o odbycie rozmowy z proponowanym konsultantem. Odwołujący zapewnił możliwość spotkania z każdym proponowanym konsultantem w terminie do 3 dni roboczych od dnia zgłoszenia przez Zamawiającego wniosku o odbycie rozmowy z proponowanym konsultantem. Zgodnie z omawianym postanowieniem Zaprośzenia Odwołujący mógł to bowiem zrealizować również w ramach spotkania online co bez wątpienia nastąpiło. Odwołujący, z uwagi na brak inicjatywy ze strony Zamawiającego przekazał Zamawiającemu odpowiednie linki do utworzonych spotkań online w aplikacji Microsoft Teams, na których obecni byli wszyscy zaproszeni na rozmowy konsultanci. Zamawiający z własnego wyboru nie skorzystał z możliwości spotkania z konsultantami. Forma spotkania (w tym wykorzystanego w tym celu narzędzia), w jakiej Odwołujący zapewnił możliwość spotkania ze swoimi konsultantami jest zgodna z formą wskazaną w Rozdziale III ust. 4 Zaprośzenia.

Odwołujący dodał, że z postanowień rozdziału III Zaprośzenia wprost wynika, że Zamawiający posiada możliwość samodzielnego decydowania wyłącznie o dwóch kwestiach – narzędziu, jakie zostanie wykorzystane do przeprowadzenia testu kompetencji (przy czym domyślna jest aplikacja Teams) oraz o terminie spotkania (przy czym w tym wypadku chodzi jedynie o to, że ma się ono odbyć w terminie 3 dni roboczych od dnia zgłoszenia przez Zamawiającego takiego wniosku i tutaj również dopuszczono możliwość zmiany tego terminu na wniosek Wykonawcy). W pozostałych kwestiach postanowienia Zaprośzenia są dość ogólne, czego nie można odczytywać w ten sposób, że Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego decydowania o wszelkich zasadach organizacji testu kompetencji, bez konieczności brania pod uwagę wniosków zgłaszanych przez Wykonawcę. Takie rozumienie postanowień Zaprośzenia prowadziłoby bowiem do umożliwienia Zamawiającemu wpływania w istotny sposób na wynik postępowania, co zdecydowanie byłoby sprzeczne ze wszystkimi wyrażonymi w art. 16 Ustawy zasadami postępowania.

Odwołujący dodał, że rozmowy weryfikacyjne powinny być prowadzone wyłącznie w odniesieniu do konsultantów, wobec których faktycznie mogła zachodzić konieczność weryfikacji ich kompetencji (Zamawiający natomiast chciał zweryfikować prawie cały zespół konsultantów Odwołującego) oraz powinny być prowadzone w najmniej rygorystycznej formie, tj. z pomocą narzędzi online (Zamawiający natomiast nie dopuścił takiej formy i nie przeprowadził testów z konsultantami, których obecność została zapewniona w takiej formie).

Następnie Odwołujący nawiązał do okoliczności związanych również z innymi postępowaniami wykonawczymi w ramach przedmiotowej umowy ramowej. Jak wskazał, Zamawiający zaprosił 36 (trzydziestu sześciu) konsultantów Odwołującego w ramach zamówienia wykonawczego numer 1 oraz 28 konsultantów Odwołującego w ramach zaproszenia wykonawczego nr 7 – łącznie ponad 60 osób, które według wymagań Zamawiającego miałyby się stawić

osobiście jednego dnia (15.11.2024) stacjonarnie w siedzibie Zamawiającego w Warszawie. Takiego działania nie można traktować jako zwykłego skorzystania przez Zamawiającego z uprawnień do weryfikacji personelu wykonawcy, a raczej powinno być odczytane jako jawne działania szykanujące i dyskryminujące w stosunku do Odwołującego. Przy rozmowach weryfikacyjnych prowadzonych w takim trybie i zakresie niemal pewne jest, że któryś z wykonawców nie będzie mógł się na nie stawić. Nie trudno się domyślić, że przy takiej liczbie osób, z których większość mieszka poza Warszawą, często w odległych miejscach w Polsce lub nawet za granicą, trudno będzie zapewnić, aby z dnia na dzień wszystkie stawiły się osobiście w Warszawie. Pomijając już nawet kwestie losowe i organizacyjne, jak choroby czy konieczność sprawowania opieki nad dziećmi, konieczność dojazdu, a czasami noclegu itp. osoby te są aktualnie zaangażowane również w inne projekty – a Odwołujący ma zapewnić ich pełną dostępność dopiero po zawarciu umowy wykonawczej. Trudno oczekiwać, aby przez cały okres od złożenia oferty do podpisania umowy wykonawczej i startu jej realizacji konsultanci Odwołującego pozostawali nieaktywni i oczekiwali na ewentualne zaproszenie na rozmowy weryfikacyjne.

Jak dodał Odwołujący nie wiadomo, według jakich kryteriów Zamawiający podjął decyzję o przeprowadzeniu testów kompetencji w stosunku konsultantów Odwołującego (zwłaszcza w kontekście tego, że w stosunku do konkurencyjnego wykonawcy nie przeprowadzano w ogóle takich testów przed wyborem jego oferty), w tym decyzję o wyborze konkretnych konsultantów, którzy będą testowani (prawie cały zespół konsultantów Odwołującego), o terminie i formie przeprowadzania testów, o odmowie zmiany terminu testów na wniosek Odwołującego oraz nieprzeprowadzeniu testów w stosunku do konsultantów, których obecność została zapewniona przez Odwołującego za pośrednictwem aplikacji Teams. Jeżeli tak, jak wydaje się chciałby to rozumieć Zamawiający, postanowienia Zaproszenia miałyby mu pozostawiać pełną dowolność w tym zakresie, to taka interpretacja tych postanowień byłaby zdecydowanie mało przejrzysta, a więc sprzeczna z art. 16 pkt 2 Ustawy (zasada przejrzystości). W ocenie Odwołującego Zamawiający nie może jednak decydować dowolnie o tych kwestiach i powinien on uwzględnić uzasadnione wnioski Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego przy prawidłowej interpretacji postanowień Zaproszenia nie sposób uznać, że Zamawiający mógł narzucić Odwołującemu przeprowadzenie rozmów weryfikacyjnych wyłącznie w trybie stacjonarnym, pomimo że z postanowień zaproszenia wynika, że wykonawca może zapewnić możliwość spotkania z konsultantami również online.

Odwołujący spełnił nałożony obowiązek i zapewnił obecność zaproszonych konsultantów w formie zdalnej i nie było podstaw do odrzucenia jego oferty na podstawie Rozdziału III ust. 4 lit. c tiret iii Zaproszenia, a Zamawiający odrzucił jego ofertę wyłącznie z powodu nieprawidłowej interpretacji postanowień Zaproszenia, nie biorąc pod uwagę całokształtu tych postanowień oraz w oderwaniu od naczelných zasad zamówień publicznych wyrażonych w art. 16 Ustawy.

Następnie Odwołujący przeszedł do zarzutu nr 2. Jako drugą przyczynę odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał niedozwoloną i nieuprawnioną wymianę konsultantów zaproszonych na rozmowy weryfikacyjne (testy kompetencji). W ocenie Odwołującego wymiana taka była po pierwsze dopuszczalna, a po drugie brak jest podstawy prawnej do odrzucenia Oferty Odwołującego z uwagi na wymianę konsultanta (Zamawiający również nie wskazał w tym wypadku w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29.11.2024 r. podstawy prawnej dla odrzucenia oferty z tego powodu – powołał się jedynie na sam fakt wymiany).

Odwołujący wskazał, że z Zaproszenia wynika (rozdział I ust. 13 pkt 2 Zaproszenia), że Zamawiający kwalifikuje wymianę konsultanta jako uzupełnienie wykazu kompetencji/doświadczenia. Konieczność uzupełnienia, poprzez dokonanie wymiany konsultanta wynikała bowiem w niniejszej sprawie z informacji, o których wiedzę mógł mieć wyłącznie Odwołujący. Trudno więc oczekiwać, że Zamawiający wezwałby odwołującego do uzupełnienia wykazu w zakresie konsultantów, którzy nie będą mogli przystąpić do realizacji umowy wykonawczej, bowiem po prostu nie posiadał on takiej wiedzy.

Tym samym stwierdzić należy, że w każdym przypadku, gdy pomiędzy złożeniem przez Odwołującego wykazu konsultantów a wyborem oferty wystąpi sytuacja powodująca, że dany konsultant nie będzie mógł realizować umowy wykonawczej, wykaz powinien zostać uzupełniony poprzez wymianę tego konsultanta. O większości takich przypadków Zamawiający nie może mieć jednak wiedzy, więc samouzupełnienie jest w zasadzie jedyną możliwością uzupełnienia wykazu.

Ze względu na zaproszenie na rozmowy weryfikacyjne Odwołujący ustalał z każdym z konsultantów nie tylko kwestię ich obecności na tych rozmowach, ale również weryfikował i potwierdzał gotowość i możliwość realizowania przez konsultantów umowy wykonawczej. W związku z tym właśnie po otrzymaniu zaproszenia na rozmowy weryfikacyjne Odwołujący powziął wiedzę, że w odniesieniu do niektórych konsultantów zachodzi brak możliwości realizowania przez nich umowy wykonawczej, więc Odwołujący niezwłocznie dokonał samouzupełnienia i wymiany tych konsultantów.

W tych okolicznościach samouzupełnienie poprzez wymianę konsultanta należy ocenić jako prawidłowe i jak najbardziej dopuszczalne.

Naruszeniem podstawowych zasad postępowania byłoby potraktowanie wymiany konsultanta jako nieuprawnionej, ponieważ wymiana ta była podyktowana transparentną postawą ze strony Odwołującego. Trudno bowiem oczekiwać, aby Odwołujący pomimo wiedzy o braku możliwości realizowania umowy wykonawczej przez danego konsultanta celowo zataił ten fakt i pomimo tego skierował taką osobę na rozmowy weryfikacyjne – byłby to jawne wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Odwołujący zachował się zgodnie ze standardami najwyższego profesjonalizmu i dokonał wymiany konsultanta, aby Zamawiający miał możliwość zweryfikowania tej osoby, która faktycznie będzie realizować umowę wykonawczą.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 Ustawy niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W niniejszym postępowaniu Zamawiający wskazał jedynie, że odrzuca ofertę Odwołującego z uwagi na nieuprawnioną wymianę konsultantów zaproszonych na rozmowy weryfikacyjne. Zamawiający nie wskazał żadnej podstawy prawnej dla odrzucenia oferty z tego powodu – podkreślić należy, że taka podstawa w rzeczywistości nie istnieje i w Zaprośzeniu nie przewidziano, aby Zamawiający mógł odrzucić ofertę wykonawcy jeżeli dokonał on wymiany konsultanta. Tym samym to nie wymiana konsultanta była nieuprawniona ale odrzucenie w związku nią oferty było nieuprawnione.

Powyższe okoliczności powinny zdaniem Odwołującego skutkować uwzględnieniem odwołania.

Dokładna treść odwołania znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Stanowisko Zamawiającego:

Swoje stanowisko w sprawie Zamawiający zajął w odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 stycznia 2025 r., wnosząc o jego oddalenie w całości.

Stanowisko Zamawiającego było bardzo obszerne. Dla potrzeb niniejszego uzasadnienia należy wskazać jedynie na najważniejsze jego elementy, a odnoszące się do treści postawionych zarzutów.

Wobec zarzutu nr 1 Zamawiający zwrócił uwagę na postanowienia zaproszenia, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy jako niezgodną z Zaprośzeniem - w przypadku niestawienia się któregośkolwiek Konsultanta wskazanego przez Wykonawcę w Załączniku nr 1 do Formularza Oferty dotyczącego zamówienia wykonawczego. Wystarczy zatem, że minimum jeden konsultant wskazany przez Wykonawcę w Wykazie nie stawia się na rozmowie weryfikacyjnej, oferta wykonawcy będzie podlegać odrzuceniu jako niezgodna z Zaprośzeniem.

Dalej Zamawiający wskazywał, że Odwołujący pomija pełną treść postanowień Zaprośzenia i próbuje wyciągnąć korzystne dla siebie wnioski bazując na wyrwanych z kontekstu fragmentów zapisów ujętych w Zaprośzeniu. Zdaniem Zamawiającego to on jako podmiot prowadzący i organizujący całe postępowanie posiada uprawnienie do wymagania od wykonawcy zapewnienia spotkania z każdym proponowanym przez danego wykonawcę w Wykazie konsultantem, które Wykonawca ma zrealizować zgodnie z wnioskiem Zamawiającego; proponowani przez Wykonawcę konsultanci są wskazani w Wykazie, który podlegał uprzedniej weryfikacji przez Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert. Zamawiający decyduje o tym, z którym proponowanym konsultantem wskazanym w Wykazie zechce odbyć spotkanie, przy czym może wymagać zapewnienia możliwości spotkania z każdym proponowanym konsultantem, jak również z niektórymi, wedle swojego uznania. Zamawiający prowadzi postępowanie wykonawcze i jest organizatorem spotkania, na którym przeprowadza test kompetencji. To Zamawiający wskazuje we wniosku, z którymi konsultantami wskazanymi w Wykazie chce się spotkać i to Zamawiający zobowiązany jest do zorganizowania i przeprowadzenia testu kompetencji. To na Zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania testu, jego przeprowadzenia, zweryfikowania stawianictwa wymaganych do spotkania konsultantów, sprawdzenia ich tożsamości, zapewnienia odpowiednich warunków realizacji testu (uniemożliwienia udziału osób trzecich, korzystania z niedozwolonych narzędzi elektronicznych wspomagających jego wypełnienie, np. smartfonów, innych komputerów, niedozwolonego oprogramowania, sztucznej inteligencji, itp.), nadzorowania samodzielności próby testowej przez konsultantów, itp., kontrolowania czasu trwania testu (max. 60 min.), a następnie weryfikacji poprawności wypełniania testu przez konsultantów, dokonania oceny wypełnionych przez konsultantów testów, wreszcie do podjęcia decyzji w przedmiocie odrzucenia danego konsultanta – w określonych w Zaprośzeniu przypadkach lub odrzucenia oferty Wykonawcy we wskazanych w Zaprośzeniu sytuacjach. To Zamawiający określa więc szczegóły organizacyjne testów kompetencji (kiedy, gdzie, i w jaki sposób będą one przez Zamawiającego zorganizowane i przeprowadzone). Wykonawca zobowiązany jest zapewnić możliwość spotkania w formie zaproponowanej przez Zamawiającego (w tym, ale nie wyłącznie, możliwość spotkania online) z każdym proponowanym

konsultantem w terminie do 3 dni roboczych od dnia zgłoszenia przez Zamawiającego wniosku o odbycie rozmowy z proponowanym konsultantem.

Zdaniem Zamawiającego nie sposób zgodzić się z zawartymi w odwołaniu twierdzeniami, jakoby to wykonawca, nie zaś Zamawiający, był uprawniony do wiążącego określenia i narzucenia Zamawiającemu szczegółów organizacyjnych przeprowadzenia testów kompetencji konsultantów, w tym w szczególności tego czy przedmiotowe testy Zamawiający ma zorganizować online, czy w swojej siedzibie.

W zakresie zarzutu nr 2 Zamawiający wskazywał, że zaproszenie nie przewidywało możliwości podmiany konsultantów na etapie po uznaniu oferty danego wykonawcy za najwyższej ocenioną, a przed publikacją zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, w szczególności zaś nie dopuszczało takiej zmiany w toku wymiany korespondencji odnoszącej się do kwestii organizacyjnych związanych z przeprowadzeniem testów.

Zamawiający zwrócił również uwagę na treść pytań i wyjaśnień jakie miały miejsce w trakcie postępowania, tj. w szczególności na pytanie nr 6 i 72.

W związku z tym, że Zaproszenie nie przewidywało, ani nie dopuszczało zmiany konsultantów po uznaniu oferty danego wykonawcy za najwyższej ocenioną z własnej inicjatywy wykonawcy, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że samowolna zmiana konsultantów przez wykonawcę BCFC na etapie korespondencji w sprawie organizacji testów jest dopuszczalna i wiążąca dla Zamawiającego.

Zwrócił również uwagę, że istotą zobowiązania Wykonawcy w niniejszym postępowaniu było zapewnienie dostępności do realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia w okresie związania ofertą konsultantów wskazanych w złożonym wraz z ofertą Wykazie. Postanowienia Zaproszenia regulowały kwestie związane z możliwością podmiany konsultantów na etapie postępowania wykonawczego, przy założeniu, że wykonawca w okresie terminu związania ofertą zapewnił sobie dysponowanie powyższymi osobami na potrzeby ewentualnej procedury testów kompetencyjnych i realizacji przedmiotu zamówienia, przewidując ograniczone możliwości zmiany wskazanych w pierwotnym wykazie osób. Nie jest więc prawdą, że w niniejszym postępowaniu nie chodzi o świadczenie usług za pomocą konkretnych osób.

Zdaniem Zamawiającego argumentacja ujęta w odwołaniu po raz kolejny *de facto* polemizuje z postanowieniami dokumentów zamówienia w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia Umowy Ramowej i Zaproszenia i zmierza do ich zakwestionowania/zmiany na obecnym etapie.

Dokładna treść odpowiedzi na odwołanie znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Dodatkowe pisma procesowe:

W dniu 31 grudnia 2024 r. do akt sprawy wpłynęło również stanowisko procesowe wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Euvic S.A. oraz yarrl S.A. z siedzibą lidera w Gliwicach. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania oraz przedstawił stosowną argumentację.

Treść pisma procesowego Przystępującego znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Izba nie stwierdziła istnienia podstaw do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Euvic S.A. oraz yarrl S.A. z siedzibą lidera w Gliwicach. Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść miała przesądzające znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy oraz na podstawie oświadczeń stron i uczestników. Strony oraz uczestnicy wnosili również o przeprowadzenie dowodów z dokumentów na okoliczności wskazywane przy ich składaniu. Izba postanowiła dopuścić wszystkie wnioskowane dowody w poczet materiału dowodowego. W sytuacji, w której Izba uznawała określony dowód za mający znaczenie dla rozstrzygnięcia, znajdzie to wyraz w dalszej części uzasadnienia.

Uzasadnienie prawne wraz z przytoczeniem okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia:

Zarzut nr 1:

Zgodnie z art. 314 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w przypadku gdy umowa ramowa została zawarta z większą liczbą wykonawców zamawiający udziela zamówień po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia, w przypadku gdy nie wszystkie warunki wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw określono w umowie ramowej.

Jak z kolei stanowi ust. 3 zdanie pierwsze przytoczonego przepisu w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 lub 3, zamawiający udziela zamówienia na tych samych i, w razie potrzeby, bardziej sprecyzowanych warunkach zamówienia, które stosowano przy zawarciu umowy ramowej, oraz, w stosownych przypadkach, na innych warunkach zamówienia wskazanych w dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej.

Natomiast zgodnie z ust. 4 w przypadku, o którym mowa w ust. 3, zamawiający udziela zamówienia po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, na zasadach określonych w dziale II rozdziale 6, lub następującej procedury:

- 1) przed udzieleniem każdego zamówienia zamawiający pisemnie zaprasza do składania ofert wykonawców zdolnych do wykonania konkretnego zamówienia;
- 2) wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem złożoności przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia ofert w odniesieniu do każdego zamówienia;
- 3) oferty składa się pisemnie, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, a z ich zawartością nie można się zapoznać przed upływem terminu ich składania;
- 4) zamawiający udziela zamówienia wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej; przepis art. 253 ust. 1 stosuje się.

W niniejszej sprawie warunki prowadzenia postępowania wykonawczego zostały opisane w zaproszeniu do składania ofert, którego wzór stanowi załącznik nr 3 do umów ramowych zawartych z poszczególnymi wykonawcami.

Postanowienia tego dokumentu są więc kluczowe dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy i do nich odnoszą się zarzuty wniesionego odwołania.

Przed wszystkim należy zwrócić uwagę na postanowienia Rozdziału III pkt 4 zaproszenia. Zasadnym jest w tym miejscu przytoczenie jego treści:

„4. Przed udzieleniem Zamówienia Wykonawczego tj. przed publikacją zawiadomienia o wyborze ofert najkorzystniejszych, Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do potwierdzenia, że oferowana usługa spełnia wymagania Opisu przedmiotu zamówienia poprzez demonstrację polegającą na przeprowadzeniu rozmowy weryfikacyjnej z każdym konsultantem proponowanym przez Wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej na podstawie kryteriów oceny ofert opisanych powyżej:

a) Wykonawca zobowiązany jest zapewnić możliwość spotkania (w tym również możliwość spotkania online) z każdym proponowanym konsultantem w terminie do 3 dni roboczych od dnia zgłoszenia przez Zamawiającego wniosku o odbycie rozmowy z proponowanym konsultantem.

b) W przypadku, gdy Wykonawca nie zapewni możliwości spotkania z konsultantem w ww. terminie, oferta Wykonawcy będzie podlegała odrzuceniu.

c) Zamawiający zastrzega, że spotkanie, o którym mowa wyżej, może obejmować sprawdzenie wszelkich wymaganych od danego kandydata umiejętności oraz będzie obejmowało przygotowany przez Zamawiającego test wiedzy odpowiadający wymaganiom profilu, na który konsultant został zaproponowany przez Wykonawcę:

i test kompetencji odbędzie się w terminie określonym w lit. a) powyżej;

ii Konsultanci przed przystąpieniem do testu mają obowiązek potwierdzenia swojej tożsamości pod rygorem niedopuszczenia do testu, co skutkować będzie odrzuceniem Oferty Wykonawcy. Zamawiający przewiduje, że test będzie trwać nie dłużej niż 60 minut;

iii Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy jako niezgodną z Zaproszeniem - w przypadku niestawienia się któregośkolwiek Konsultanta wskazanego przez Wykonawcę w Załączniku nr 1 do Formularza Oferty dotyczącego zamówienia wykonawczego.

iv Zamawiający dopuszcza jednokrotną zmianę terminu testu kompetencji na wniosek Wykonawcy.

v Zamawiający nie gwarantuje sprzętu komputerowego potrzebnego do wykonania testu kompetencji.

vi Konsultanci są zobowiązani do wykonania testu kompetencji samodzielnie.

vii Test kompetencji będzie składać się z pytań odnoszących się do wymagań Zamawiającego wobec poszczególnych Konsultantów wynikających z OPZ.

viii Test może składać się z pytań zamkniętych jednokrotnego lub wielokrotnego wyboru lub pytań otwartych.

ix Test kompetencji wynikający z wymagań zawartych w OPZ:

- Konsultant zda test kompetencji w zakresie wymagań wynikających z OPZ, jeżeli otrzyma nie mniej niż 70% możliwych do uzyskania punktów. Uzyskanie mniejszej liczby punktów oznaczać będzie, że Konsultant nie zdał testu kompetencji.

x Próba niesamodzielnego rozwiązania testu przez Konsultantów spowoduje przerwanie testu przez Zamawiającego i uznanie, że tacy Konsultanci nie spełniają wymagań wynikających z OPZ.

d) Zamawiający odrzuci kandydaturę konsultanta, gdy ten zdobędzie mniej niż 70% możliwych do uzyskania punktów w teście, o którym mowa w lit. c) powyżej lub w przypadku gdy w Załączniku nr 2 do oferty wykonawczej „Wykaz kompetencji/doświadczenia” (o ile złożenie wykazu będzie wynikać z treści Zaproszenia do złożenia oferty w zamówieniu wykonawczym) mimo wezwania do uzupełnienia, o którym mowa w Rozdziale I ust. 13 pkt 2) Zaproszenia Wykonawca nie potwierdzi, że osoby skierowane do realizacji zamówienia spełniają wymagania Zamawiającego określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia.

e) W przypadku odrzucenia przez Zamawiającego kandydatury konsultanta wskazanego w ofercie przez najwyżej ocenionego Wykonawcę, Wykonawca ten w ciągu 2 dni roboczych może przedstawić kandydaturę kolejnego konsultanta wraz z wykazem kompetencji/doświadczenia oraz wymaganymi dokumentami o ile były wymagane w Zaproszeniu, spełniającego wymagania dla profilu, na który pierwotnie zaproponowany został konsultant odrzucony przez Zamawiającego.

f) W przypadku, gdy:

i Wykonawca nie przedstawi nowego konsultanta wraz z wykazem kompetencji/doświadczenia oraz wymaganymi dokumentami o ile były wymagane w Zaproszeniu w ww. terminie lub

ii nowo zaproponowany konsultant nie spełnia wymagań profilu, lub

iii Wykonawca nie zapewni Zamawiającemu możliwości spotkania z nowo zaproponowanym konsultantem w terminie 2 dni roboczych od dnia zgłoszenia przez Zamawiającego wniosku o odbycie rozmowy z proponowanym konsultantem, lub

iv Zamawiający ponownie odrzuci kandydaturę nowego konsultanta Wykonawcy po odbyciu spotkania z ww. konsultantem,

oferta Wykonawcy będzie podlegać odrzuceniu, a Zamawiający może poddać badaniu opisanemu powyżej każdego konsultanta zaproponowanego przez kolejnego w rankingu, wedle kryteriów oceny ofert, Wykonawcę (opisaną wyżej procedurę badania Zamawiający może powtarzać wielokrotnie) lub unieważnić postępowanie.”

Jako pierwszą przyczynę uzasadniającą odrzucenie oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał naruszenie Rozdziału III ust. 4) lit. c) tiret iii Zaproszenia. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający szeroko opisał stan faktyczny leżący u podstaw podjętej decyzji natomiast kluczowym jest fragment, w którym stwierdza, że:

„Na podstawie opisanego wyżej stanu faktycznego, w którym Zamawiający wezwał 36 (trzydziestu sześciu) Konsultantów na rozmowy weryfikacyjne (testy kompetencji), o których mowa w Rozdziale III ust. 4) Zaproszenia, na przedmiotowe rozmowy w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie i w wyznaczonej formie stawilo się 5 (pięcioro) konsultantów.”

Powyższe uzasadnia zdaniem Zamawiającego wniosek, że „oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu z uwagi na niestawienie się wszystkich zaproszonych konsultantów spośród wskazanych przez Wykonawcę w Załączniku nr 1 do Formularza Oferty (...)”.

Z takim stanowiskiem nie zgodził się Odwołujący twierdząc, że zadośćuczynił on postanowieniom zaproszenia i zapewnił możliwość spotkania (w tym również możliwość spotkania online) z każdym proponowanym konsultantem w formie zdalnej na aplikacji Teams, a Zamawiający nie miał uprawnienia do samodzielnego kreowania warunków odbycia takiego spotkania bez uwzględnienia uzasadnionych wniosków wykonawcy.

Kluczowym dla rozstrzygnięcia niniejszego zarzutu jest więc interpretacja postanowień zaproszenia dotyczących zasad przeprowadzenia testu kompetencji, tj. w szczególności ust. 4 lit. a), ale nie wyłącznie.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że część z argumentacji Odwołującego jest oczywiście spóźniona. Dotyczy to

w szczególności polemiki ze zbyt restrykcyjnymi, zdaniem Odwołującego, postanowieniami zaproszenia do składania ofert dotyczącymi zasad przeprowadzania testu kompetencji. Bez wątpienia spóźnionym jest argument jakoby „rozmowy weryfikacyjne powinny być prowadzone wyłącznie w odniesieniu do konsultantów, wobec których faktycznie mogła zachodzić konieczność weryfikacji ich kompetencji (Zamawiający natomiast chciał zweryfikować prawie cały zespół konsultantów Odwołującego) oraz powinny być prowadzone w najmniej rygorystycznej formie, tj. z pomocą narzędzi online”.

W tym zakresie zasady opisane w zaproszeniu są jasne. Zamawiający przewidział możliwość weryfikacji każdego konsultanta (fragm. zaproszenia: „*poprzez demonstrację polegającą na przeprowadzeniu rozmowy weryfikacyjnej z każdym konsultantem proponowanym przez Wykonawcę*”). Dopuszczone zostały również dwie formy prowadzenia spotkań, tj. forma stacjonarna oraz forma online – przy czym żadna z nich nie została uznana za nadrzędną. Czas na kwestionowanie ww. postanowień miał miejsce w momencie ich opublikowania i zapoznania się z ich treścią. Na obecnym etapie ww. postanowienia należy uznać za wiążące każdego z wykonawców, a zastrzeżenia Odwołującego wobec ich treści za spóźnione i niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Przechodząc dalej należy wskazać, że z postanowień zaproszenia wynika, iż obowiązkiem wykonawcy w przypadku przeprowadzenia testu kompetencji było „zapewnienie możliwości spotkania (w tym również możliwość spotkania online) z każdym proponowanym konsultantem w terminie do 3 dni roboczych od dnia zgłoszenia przez Zamawiającego wniosku o odbycie rozmowy z proponowanym konsultantem.” Zdaniem Izby aktywność wykonawcy w tym zakresie nie mogła jednak ograniczyć się tylko i wyłącznie do zapewnienia gotowości konkretnych osób do odbycia spotkania na jakichkolwiek warunkach, a na warunkach określonych przez Zamawiającego.

Warunki te zostały określone przez Zamawiającego we wniosku o odbycie spotkań z konsultantami skierowanym do wykonawcy. Wskazana została forma spotkania (stacjonarna) oraz jego termin. Zgodnie z zapisami zaproszenia do składania ofert wykonawca miał prawo zawnieść o jednokrotną zmianę terminu testu.

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że wykonawca mógł swobodnie kreować warunki przeprowadzenia testu kompetencji, tj. zapewnić możliwość spotkania z konsultantami w formie online, w przypadku gdy Zamawiający ustalił formę stacjonarną. To Zamawiający – jako podmiot prowadzący i organizujący całe postępowanie, posiada uprawnienie do wymagania od wykonawcy zapewnienia spotkania z każdym proponowanym przez wykonawcę konsultantem. Z kolei obowiązkiem wykonawcy jest zapewnienie możliwości spotkania z każdym konsultantem (w tym również możliwości spotkania online), którego wskaże Zamawiający i na warunkach określonych przez Zamawiającego. Wykonawca miał sposobność zwrócenia się z jedną prośbą o zmianę terminu takiego spotkania (Zamawiający tę prośbę uwzględnił), jednak w zaproszeniu nie została przewidziana możliwość wnioskowania o zmianę formy, w jakiej spotkanie zostanie przeprowadzone (stacjonarna lub online).

Należy zgodzić się z argumentami wskazywanymi przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, że Zamawiający prowadzi postępowanie wykonawcze i jest organizatorem spotkania, na którym przeprowadza test kompetencji. To Zamawiający wskazuje we wniosku, z którymi konsultantami wskazanymi w wykazie chce się spotkać i to Zamawiający zobowiązany jest do zorganizowania i przeprowadzenia testu kompetencji. To na Zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania testu, jego przeprowadzenia, zweryfikowania stawianictwa wymaganych do spotkania konsultantów, sprawdzenia ich tożsamości, zapewnienia odpowiednich warunków realizacji testu (uniemożliwienia udziału osób trzecich, korzystania z niedozwolonych narzędzi elektronicznych wspomagających jego wypełnienie, np. smartfonów, innych komputerów, niedozwolonego oprogramowania, sztucznej inteligencji, itp.), nadzorowania samodzielności próby testowej przez konsultantów, itp., kontrolowania czasu trwania testu (max. 60 min.), a następnie weryfikacji poprawności wypełniania testu przez konsultantów, dokonania oceny wypełnionych przez konsultantów testów, wreszcie do podjęcia decyzji w przedmiocie odrzucenia danego konsultanta – w określonych w Zaproszeniu przypadkach lub odrzucenia oferty Wykonawcy we wskazanych w Zaproszeniu sytuacjach.

To Zamawiający określa więc szczegóły organizacyjne testów kompetencji (kiedy, gdzie, i w jaki sposób będą one przez Zamawiającego zorganizowane i przeprowadzone). Wykonawca zobowiązany jest zapewnić możliwość spotkania w formie zaproponowanej przez Zamawiającego (w tym, ale nie wyłącznie, możliwość spotkania online) z każdym proponowanym konsultantem w terminie do 3 dni roboczych od dnia zgłoszenia przez Zamawiającego wniosku o odbycie rozmowy z proponowanym konsultantem.

Skoro to Zamawiający ma uprawnienie, z którego może ale nie musi korzystać, do przeprowadzenia testów kompetencji, to należy również uznać, że to on jest jego organizatorem i on ustanawia warunki jego przeprowadzenia, a obowiązkiem wykonawcy jest zapewnienie możliwości spotkania ze wskazanymi przez Zamawiającego konsultantami, na warunkach określonych w stosownym wezwaniu, zarówno w formie stacjonarnej lub online – w zależności od wyboru

Zamawiającego.

Argumentem przemawiającym za takim rozumieniem postanowień zaproszenia są również zapisy, na które Odwołujący zwracał uwagę, a dotyczące narzędzi, za pomocą których spotkanie może zostać przeprowadzone. Zamawiający przewidział, że demonstracja (tj. rozmowa weryfikacyjna) zostanie przeprowadzona za pomocą aplikacji Teams lub innych narzędzi wskazanych przez Zamawiającego. Nie można więc wykluczyć, że innymi narzędziami mogą być również takie, z których nie można skorzystać w formie online. Może to być, tak jak w niniejszej sprawie, test kompetencji przeprowadzany „na papierze”. Wybór takiego narzędzia przez Zamawiającego wyklucza demonstrację w formie online.

Bezspornym jest, że Zamawiający w zaproszeniu przewidział dwie możliwe formy przeprowadzenia spotkania, tj. formę stacjonarną lub online. Postanowienia zaproszenia znane były wykonawcom, a więc w momencie składania ofert musieli być gotowi na podjęcie odpowiednich kroków organizacyjnych by im zadośćuczynić.

Zgodzić należy się z Odwołującym, że warunki, na jakich przedmiotowe spotkanie jest organizowane, są surowe i trudne do spełnienia – koniecznym jest zmobilizowanie kilkudziesięciu osób często zamieszkujących w różnych miejscach, w krótkim czasie. Wskazać jednak należy, że wykonawca nie kwestionował postanowień zaproszenia. Obecna polemika z jego zapisami jest oczywiście spóźniona i nie ma wpływu na kierunek rozstrzygnięcia. Wykonawca powinien być więc w gotowości do odbycia takiego spotkania zarówno w formie stacjonarnej, jak też online. W związku z powyższym bezprzedmiotowym jest argument dotyczący równoległego prowadzenia przez Zamawiającego różnych postępowań. Słusznie w tym zakresie wskazywał Przystępujący, że każdy z wykonawców musiał liczyć się z tym, że będzie równolegle ubiegał się o udzielenie różnych zamówień wykonawczych, a jeżeli w danym przypadku uznałby, że nie jest zdolny zapewnić wymaganych zasobów, to nie powinien składać oferty wykonawczej. Jeśli Odwołujący korzysta z tych samych osób do obsługi różnych postępowań to musi liczyć się z ryzykiem, że mogą zdarzyć się sytuacje, w których umiejętności tych osób będą potrzebne w tym samym czasie do różnych zadań. Oczywiście takie działanie nie jest zabronione, ale obarczone jest ryzykiem. Wydaje się również, że jest to argument spóźniony i powinien być ewentualnie podnoszony przez Odwołującego na etapie zapoznania się z zapisami zaproszenia do składania ofert.

Podsumowując należy stwierdzić, że zasady przeprowadzania spotkania weryfikacyjnego z konsultantami zostały opisane w zaproszeniu do składania ofert. Nie zostały one zakwestionowane w ramach środków ochrony prawnej – zatem były wiążące dla wykonawców. Zasady te opisują warunki na jakich spotkanie weryfikacyjne będzie się odbywać oraz uprawnienia jego uczestników. Wykonawcy mieli m. in. uprawnienie do zawnioskowania o zmianę terminu spotkania. Nie mieli takiego uprawnienia w stosunku do formy jego przeprowadzenia. Biorąc pod uwagę zapisy zaproszenia, uprawnienie do określenia formy spotkania weryfikacyjnego przynależy Zamawiającemu – jako podmiotowi prowadzącemu postępowanie. Obowiązkiem wykonawcy było więc zadośćuczynić warunkom określonym przez Zamawiającego w zakresie formy spotkania, jego terminu (przy czym wykonawca miał prawo wnioskować o zmianę tego terminu) oraz osób w nim uczestniczących. Odwołujący zapewnił możliwość spotkania z konsultantami na warunkach określonych przez Zamawiającego jedynie w zakresie 5 z 36 wymaganych osób. Zgodnie z postanowieniami zaproszenia, Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy jako niezgodną z Zaproszeniem - w przypadku niestawienia się któregośkolwiek Konsultanta wskazanego przez Wykonawcę w Załączniku nr 1 do Formularza Oferty dotyczącego zamówienia wykonawczego. Wykonawca nie zapewnił możliwości spotkania na warunkach wskazanych we wniosku z liczbą 31 konsultantów, a więc Zamawiający słusznie odrzucił jego ofertę.

Trzeba również dodać, że argument o nierównym traktowaniu w związku z przeprowadzeniem testów kompetencji tylko wobec konsultantów Odwołującego okazał się nieprawdziwy. Z ustalonego stanu faktycznego sprawy wynika, że również Przystępujący był w takiej samej formie sprawdzany przez Zamawiającego. Co więcej, również on wnioskował o przeprowadzenie spotkania w formie online – na co Zamawiający nie wyraził zgody. Mimo restrykcyjnych postanowień związanych z przeprowadzeniem spotkań weryfikacyjnych Przystępujący, odmiennie od Odwołującego, był jednak w stanie im dotrzymać.

Na koniec zasadnym jest przytoczenie treści zobowiązania, które w punkcie 5 złożonej oferty przyjął na siebie Odwołujący:

„W przypadku, gdy Zamawiający złoży wniosek o odbycie rozmowy z proponowanym konsultantem, ZOBOWIĄZUJEM SIĘ zapewnić możliwość spotkania z każdym proponowanym konsultantem w terminie do 3 dni roboczych od dnia zgłoszenia przez Zamawiającego wniosku o odbycie rozmowy z proponowanym konsultantem. Jesteśmy świadomi, że w przypadku, gdy nie zapewnimy możliwości spotkania z konsultantem w ww. terminie, nasza oferta będzie podlegała odrzuceniu. Jesteśmy świadomi i wyrażamy zgodę, by spotkanie, o którym mowa wyżej obejmowało sprawdzenie wszelkich wymaganych od danego konsultanta umiejętności oraz test wiedzy odpowiadającej wymaganiom profilu, na

który konsultant został zaproponowany, przygotowany przez Zamawiającego pod rygorem odrzucenia kandydatury konsultanta, gdy w opinii Zamawiającego proponowany konsultant nie jest wystarczająco przygotowany do realizacji określonych w Zaproszeniu prac, nie posiada wymaganego doświadczenia lub kompetencji lub kwalifikacji.”

Skoro więc Odwołujący zobowiązał się do zapewnienia możliwości spotkania z każdym konsultantem po złożeniu stosownego wniosku przez Zamawiającego, to przyjął również zobowiązanie zadośćuczynienia warunkom przedstawionym w tymże wniosku co do formy spotkania, jego terminu, obecnych osób, używanego narzędzia itd. Obecne twierdzenia Odwołującego stoją w sprzeczności z postanowieniami zaproszenia do składania ofert, jak też sprzeciwiają się charakterowi postępowania o udzielenie zamówienia – jako sformalizowanej procedury prowadzonej przez Zamawiającego, na warunkach przez niego ustalonych w dokumentacji.

W związku z powyższym zarzut należało oddalić.

Zarzut nr 2:

Drugą wskazaną przez Zamawiającego przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego jest to, że Odwołujący „dokonał samodzielnej, nieuprawnionej wymiany konsultantów, w formule której Zamawiający nie dopuścił w treści Zaproszenia.” Zamawiający podkreślił, że kwestia ta była przedmiotem wyjaśnień treści zaproszenia – pytanie i odpowiedź nr 6 z dnia 22 lipca 2024 r. oraz przedstawił rozwinięcie swojego stanowiska, uwzględniające zaistniałe okoliczności faktyczne.

Skoro Zamawiający wskazał na treść wyjaśnień, jako podstawy opisującej zasady wymiany konsultantów, a jednocześnie podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, zasadnym jest przytoczenie ich treści.

„Pytanie nr 6:

Zamawiający wskazuje że jest możliwość jednorazowego uzupełnienia wykazu kompetencji i podkreśla że jest możliwość wymiany konsultantów. Jak to będzie wyglądać w praktyce? Przy tak dużym zamówieniu jak w zadaniu 1 (48 osób) jest więcej niż pewne, że od momentu przesłania oferty do momentu rozpoczęcia prac (podkreślam, że ten czas nie jest określony, zdefiniowany w ofercie będzie jedynie czas od podpisania umowy a nie wiemy ile czasu zajmie ocena ofert i podpisanie umów wykonawczych) kilka lub kilkanaście osób nie będzie dostępnych. Jaka będzie procedura wymiany konsultanta przed startem projektu?”

Odpowiedź:

„Zamawiający wyjaśnia, że w postępowanie wykonawcze nr PZP/2023/39/WNP-001243/PW/1 nie jest podzielone na części ani zadania.

Zgodnie z ust. 13 Rozdziału I Zaprośzenia, Zamawiający przewiduje możliwość jednokrotnego wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w ust. 12 Rozdziału I Zaprośzenia przy czym Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany konsultanta/konsultantów w ramach przedmiotowego uzupełnienia.

Zamawiający nie przewiduje innej możliwości zmiany konsultanta/konsultantów przed zawarciem umowy. Zmiana konsultanta/konsultantów możliwa jest na etapie realizacji umowy wyłącznie za zgodą Zamawiającego.

Jednocześnie Zamawiający podkreśla, że Wykonawca jest związany ofertą do terminu określonego w ust. 13 Rozdziału VII. Wykaz Konsultantów jest załącznikiem do oferty wobec czego Wykonawca zobowiązany jest do dysponowania osobami wskazanymi w niniejszym wykazie od dnia złożenia oferty.”

Zgodnie z Rozdziałem I ust. 13 zaproszenia:

„Zamawiający przewiduje możliwość:

1)wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie oferty i złożonych dokumentów;

2)jednokrotnego wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w ust. 12 powyżej, przy czym Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany konsultanta/konsultantów w ramach przedmiotowego uzupełnienia.”

Koniecznym jest również przytoczenie treści pytania nr 72 oraz udzielonej odpowiedzi:

Pytanie:

„Czy w przypadkach choroby, siły wyższej itd., istnieje możliwość wymiany konsultanta wskazanego w ofercie na osobę nie gorszą kompetencjami? Chodzi o sytuacje, kiedy Zamawiający przed ogłoszeniem wyników postępowania wykonawczego będzie chciał zorganizować demonstrację, a z przyczyn niezależnych od Wykonawcy konsultant nie będzie mógł wziąć w niej udziału. W uzasadnionych przypadkach prosimy o zastosowanie procedury jak w przypadku

odrzućenia kandydata tj. Wykonawca w ciągu 2 dni roboczych może przedstawić kandydaturę kolejnego konsultanta wraz z wykazem kompetencji/doświadczenia oraz wymaganymi dokumentami o ile były wymagane w Zaproszeniu, spełniającego wymagania dla profilu, na który pierwotnie zaproponowany został konsultant odrzucony przez Zamawiającego”.

Odpowiedź:

„Zamawiający nie wyraża zgody na zaproponowaną zmianę. Zgodnie z zapisami Rozdziału I ust. 13 Załącznika nr 3 do Umowy Ramowej stanowiącego wzór Zaprośnienia do złożenia oferty w Zamówieniu Wykonawczym

„Zamawiający przewiduje możliwość:

1) wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie oferty i złożonych dokumentów;

2) jednokrotnego wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w ust. 12 powyżej, przy czym Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany konsultanta/konsultantów w ramach przedmiotowego uzupełnienia”.

Za nieuprawnioną Zamawiający uznał zmianę konsultantów dokonaną przez Odwołującego w dniu 14.11.2024 r.

W tym dniu Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo, w którym w punkcie II wskazał, że:

„W tym miejscu wskazuję, że w toku potwierdzania możliwości wzięcia udziału w teście kompetencji konsultanta K.S., Z.P. ustaliliśmy, że uległa zmianie gotowość ww. konsultanta do rozpoczęcia pracy w deklarowanym przy składaniu oferty terminie. W związku z tym, przeprowadzanie testu kompetencji ww. konsultanta będzie niecelowe.

W celu umożliwienia Zamawiającemu przeprowadzenia testu kompetencji konsultanta, który faktycznie będzie realizował usługi oraz w związku z przedmiotem zamówienia i specyfiką usług, które mają być świadczone, Wykonawca z własnej inicjatywy dokonuje przedmiotowego uzupełnienia oferty poprzez zmianę: Z.P. na P.W., K.S. na M.W., również spełniającego wymagania wskazane w SOPZ (Załącznik nr 1 do Zaprośnienia) dla danego profilu.

Nowi konsultanci będą mogli wziąć udział w teście kompetencji w miejscu i terminie wskazanym dla zamienianego konsultanta, tj. w dniu 15.11.2024 r. o godzinie jak w Zaprośzeniu w Państwa siedzibie.”

W odpowiedzi na ww. pismo Zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażane w dotychczasowej korespondencji. Potwierdził termin i miejsce spotkania oraz jako załącznik wysłał listę zaproszonych konsultantów.

Wskazać należy, że przywołane wyjaśnienia treści zaproszenia opisują kompleksowo procedurę wymiany konsultantów. Pytanie i odpowiedź nr 72 w zasadzie pokrywają się z zaistniałym w niniejszej sprawie stanem faktycznym. Przytoczone pytania są wiążące dla wykonawców, a więc rozstrzygnięcie sprawy powinno dokonać się z uwzględnieniem ich interpretacji.

Uwzględniając treść zaproszenia oraz wyjaśnień należy wskazać, że Zamawiający wyczerpująco opisał przypadki, w których dozwolona jest wymiana konsultantów na etapie postępowania. Dokonując samodzielnej zmiany jak w piśmie z dnia 14 listopada Odwołujący postąpił w sposób, który został przez Zamawiającego wykluczony wprost w odpowiedzi na pytanie nr 72.

W zasadzie postępowanie Odwołującego pokrywa się jeden do jednego z postulowaną przez niego zmianą w pytaniu nr 72, z tym wyjątkiem, że Odwołujący za przyczynę uzasadniającą wymianę konsultanta wskazał na zmianę gotowości konsultanta do rozpoczęcia pracy w deklarowanym przy składaniu oferty terminie, a w pytaniu wnosił o uwzględnienie przypadków uzasadnionych jak siła wyższa, choroba itd.

Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 72 wprost wykluczył jakiekolwiek zmiany konsultantów poza przypadkami, które literalnie zostały wskazane w zaproszeniu. Zmiana dokonana samodzielnie przez Odwołującego nie mieści się w katalogu dopuszczonych w zaproszeniu zmian, a więc zasadnie Zamawiający stwierdził, że zmiana ta była nieuprawniona.

Co więcej, należy zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego i Przystępującego, że charakter niniejszego zamówienia oraz opis warunków, na jakich ma być ono wykonywane, nakazuje twierdzić, że wykaz konsultantów stanowi istotny element treści oferty oraz zobowiązania wykonawcy. Potwierdzają to poszczególne zapisy umowy ramowej. Przykładowo w § 4 ust. 8 pkt 5 Wykonawca zobowiązuje się złożyć ofertę wg wzoru stanowiącego załącznik do Umowy Ramowej, zawierającą m. in. zobowiązanie Wykonawcy do realizacji przedmiotu Zamówienia Wykonawczego z wykorzystaniem osób wymienionych w wykazie osób. W punkcie 7 oferty wykonawczej Odwołujący takie zobowiązanie na siebie przyjął, oświadczając że:

„Zobowiązujemy się zrealizować przedmiot Zamówienia Wykonawczego z wykorzystaniem osób wymienionych w wykazie osób, stanowiącym załącznik nr 1 do Oferty wykonawczej.”

Powyższe nakazuje twierdzić, że jakakolwiek zmiana osób wskazanych w wykazie stanowi sytuację wyjątkową i powinna być traktowana zawężająco. Tym samym postanowień zaproszenia nie można odczytywać w sposób, który pozwalałby na swobodę wykonawcy w tym zakresie. Należy raczej przyznać prymat interpretacji zawężającej i dopuścić przypadki wymiany konsultantów tylko i wyłącznie w sytuacjach wprost wskazanych w treści zaproszenia.

Jednym z argumentów Odwołującego było twierdzenie, że nie istnieją żadne narzędzia prawne, na podstawie których Odwołujący mógłby zapewnić ze 100% pewnością, że konkretne osoby pomiędzy składaniem wykazu konsultantów a zawarciem umowy wykonawczej będą pozostawały w gotowości i oczekiwaniu na rozpoczęcie świadczenia usług. Wskazać należy, że sam Odwołujący takie narzędzie prawne stworzył – jest to jego oferta, w której w punkcie 7 zobowiązał się do zrealizowania przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem osób wymienionych w wykazie osób. Co więcej, w punkcie 4 oświadczył, że jest związany ofertą do dnia wskazanego w Zaproszeniu. Tym samym przyjął na siebie ciężar dotrzymania zobowiązania, o którym obecnie mówi, że jest niemożliwe do wykonania. Argumentacja wykonawcy na etapie postępowania odwoławczego stoi więc w sprzeczności z czynnościami, jakie do tej pory wykonywał.

Dodać należy, że również wzór umowy wykonawczej posiada rygorystyczne zapisy dotyczące wymiany konsultantów na etapie realizacyjnym. Zgodnie z § 3 ust. 10 możliwa jest wymiana konsultanta na innego o tym samym profilu, ale tylko i wyłącznie za uprzednią pisemną zgodą Zamawiającego oraz pod warunkiem zachowania ciągłości świadczenia usług. Co więcej, w ust. 11 opisana została sytuacja wymiany konsultanta w przypadku jego choroby. Zamawiający ma prawo odmówić zgody na czasowe zastępstwo nieobecnego konsultanta, szczególnie w przypadku, gdy zastępujący konsultant, w opinii Zamawiającego, będzie niewystarczająco przygotowany do przejęcia obowiązków zastępowanego konsultanta.

Widać więc, że także umowa wykonawcza w kwestii wymiany konsultantów jest bardzo rygorystyczna. Potwierdza to tezę o tym, że realizacja przedmiotu zamówienia za pomocą osób wskazanych w składanym wraz z ofertą wykazie, stanowi istotny element zobowiązania wykonawcy. Co więcej, umowa wykonawcza uzależnia dokonanie wymiany konsultanta od zgody Zamawiającego. Tymczasem w niniejszej sprawie Odwołujący próbował dokonać samodzielnej zmiany treści oferty, poza przypadkami wskazanymi w zaproszeniu oraz bez zgody Zamawiającego.

W świetle zapisów dokumentacji działanie takie było nieuprawnione i słusznie Zamawiający zwrócił na nie uwagę w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego.

Należy również zwrócić uwagę, że argumentacja Odwołującego dotycząca rotacji w kadrach z branży IT oraz kwestionująca zasadność zapisów ograniczających wymianę personelu, jest de facto argumentacją spóźnioną. Odwołujący prowadzi polemikę z zapisami zaproszenia do składania ofert. Odwołujący tego typu argumentację powinien był podnosić w ramach ewentualnych środków ochrony prawnej wnoszonych wobec treści zaproszenia do składania ofert. Obecnie jest ona spóźniona i nie może świadczyć na korzyść zarzutów odwołania.

Odnosząc się do argumentów dotyczących braku precyzyjnego wskazania przez Zamawiającego podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego wskazać należy, że Zamawiający szeroko opisał okoliczności faktyczne, a brak wskazania konkretnej podstawy prawnej nie uniemożliwił Odwołującemu sformułowania argumentacji. Zamawiający precyzyjnie wskazał na okoliczności, które jego zdaniem uzasadniały czynność odrzucenia oferty Odwołującego. Tym samym Odwołujący miał możliwość ich zakwestionowania, a sam brak wskazania konkretnej jednostki redakcyjnej z ustawy PZP w żaden sposób na to nie wpłynął i obecnie nie może stanowić podstawy do unieważnienia czynności Zamawiającego.

Wobec powyższego koniecznym było oddalenie odwołania w omawianym zakresie.

Dodać należy, że uznanie, iż dokonana przez Odwołującego zmiana konsultantów była nieuprawniona, stanowi dodatkowy argument obalający uzasadnienie przedstawiane przez Odwołującego dla poparcia zarzutu nr 1. Wbrew twierdzeniom odwołania Odwołujący nie zapewnił możliwości spotkania ze wszystkimi konsultantami wskazanymi w wykazie stanowiącym załącznik do oferty, tj. osobami wymienionymi z imienia i nazwiska w korespondencji pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym z dnia 14 listopada 2024 r. Tym samym nawet gdyby uznać, że obowiązkiem Odwołującego było tylko i wyłącznie zapewnienie możliwości spotkania, bez względu na jego formę ustaloną przez Zamawiającego, to i tak Odwołujący w stosunku do dwóch osób takiej możliwości nie zapewnił.

Zarzut nr 3 był zarzutem wynikowym wobec zarzutów podstawowych, zatem konieczność jego oddalenia jest

konsekwencją oddalenia odwołania w pozostałym zakresie.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 ustawy PZP i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepis § 9 ust. 2 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).

Przewodniczący: