Sygn. akt KIO 2731/24

WYROK

Warszawa, dnia 23 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2024 r. przez wykonawcę "ALFAVOX" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Ministerstwo Rozwoju i Technologii w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego TRIMTAB SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy "ALFAVOX" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu, powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Ministerstwo Rozwoju i Technologii w Warszawie i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę "ALFAVOX" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę oraz Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
2.2. zasądza od zamawiającego Ministerstwa Rozwoju i Technologii w Warszawie na rzecz wykonawcy "ALFAVOX" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysiące sto złotych zero groszy) stanowiącą sumę kosztów poniesionych przez ww. wykonawcę 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: ……

Sygn. akt KIO 2731/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający Ministerstwo Rozwoju i Technologii w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Uruchomienie oraz utrzymanie dostępnej z poziomu online ankiety potrzeb przedsiębiorcy ze zintegrowanym formularzem rezerwacji konsultacji oraz baz danych Innopoint", nr referencyjny: BDG-V.2611.1.2024.MS.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp".

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 lutego 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00216885.

W postępowaniu tym wykonawca "ALFAVOX" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący") w dniu 31 lipca 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na okoliczność, że jej treść jest rzekomo niezgodna z dokumentami zamówienia w obszarze wymagań dotyczących zapewnienia ciągłości zamawianych produktów, co Zamawiający stwierdził na podstawie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień treści oferty, podczas gdy Odwołujący – w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego – nie tylko potwierdził realizację zamówienia zgodnie ze wspomnianymi wymaganiami, ale również wyjaśnił w jaki sposób zostaną one osiągnięte,

co narusza art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp;

2. czynność Zamawiającego w postaci wyboru oferty wykonawcy Trimtab Arteria Management sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, mimo że nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny,

co narusza art. 239 ust. 1 i 2 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

3.powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.:

Odwołujący opisał stan faktyczny sprawy wskazując m.in., że Zamawiający wykonujący wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 czerwca 2024 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1789/24 wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający niejako wykorzystał instytucję wyjaśnienia treści oferty do zobowiązania Odwołującego do przedstawienia szczegółowego sposobu realizacji zamówienia (czyli de facto koncepcji – metodologii, której przedstawienia w Postępowaniu nie oczekiwał, a której mógł żądać jako przedmiotowego środka dowodowego). Zdaniem Odwołującego powyższe godzi w zasadę równego traktowania wykonawców, bowiem Odwołujący – chcąc zachować szanse na uzyskanie zamówienia – został jako jedyny uczestnik Postępowania niejako zmuszony do zaprezentowania informacji o stopniu dalece wykraczającym poza oczekiwania Zamawiającego sformułowane w dokumentach zamówienia.

W ocenie Odwołującego Zamawiający – pomimo stojących na wysokim poziomie oczekiwań odnośnie stopnia szczegółowości wyjaśnień – nie zadał sobie trudu ich kompleksowej oceny, bazując zasadniczo na jednym wyrwanym z kontekstu stwierdzeniu i zastępując polemikę z twierdzeniami Odwołującego o sposobie realizacji zamówienia irrelewantnymi wywodami o prawidłowości kalkulacji usług utrzymania, której nie dociekał w treści wezwania.

W zakresie usług utrzymania Zamawiający – w oderwaniu od wyjaśnień Odwołującego, zgodnych też z wcześniejszymi już twierdzeniami z odwołania w postępowaniu toczącym się pod sygn. akt KIO 1789/24 – jak mantrę powtarza założenie jakoby Odwołujący zamierzał realizować usługi utrzymania wyłącznie w wymiarze 4 godzin w miesiącu. Odwołujący stanowczo powyższemu zaprzeczył.

Odwołujący zwrócił uwagę, że już Izba w uzasadnieniu wyroku w sprawie pod sygn. akt KIO 1789/24 jasno wskazała, że: Zamawiający uznał, że wymiar średnio jednej godziny tygodniowo poświęconej na zajęcie się zamawianym systemem jest zdecydowanie niedoszacowany i niezgodny z OPZ. Jednakże przyjęcie przez wykonawcę określonego założenia kalkulacyjnego, nie oznacza że wykonawca z pewnością planuje wykonanie zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego. Dalej Izba odniosła ten wniosek do wskazywanych w treści pierwszego odwołania wskazań Odwołującego co do specyfiki realizacji tych usług z wykorzystaniem rozwiązań opartych na sztucznej inteligencji (AI).

Odwołujący podniósł, że w swoich wyjaśnieniach precyzyjnie wyjaśnił raz jeszcze Zamawiającemu, iż owe 4h stanowią właśnie tylko założenie kalkulacyjne bazując na dotychczasowym doświadczeniu Odwołującego i wiedzy na temat niezawodności oferowanych przez siebie rozwiązań, a nie oświadczenie co do rzeczywistego wymiaru świadczenia usługi w zakresie utrzymania. Wyjaśniono także jak ustalono to założenie kalkulacyjne mając na uwadze duże zautomatyzowanie działań po stronie Odwołującego w tym zakresie (vide str. 6 wyjaśnień).

Odwołujący zwrócił uwagę, że obecne uzasadnienie odrzucenia jego oferty w ogóle nie odnosi się do tych, jakże istotnych z punktu widzenia podstaw dla ustalenia ferowanej przez Zamawiającego rzekomej niezgodności, kwestii.

Odnosząc się do poszczególnych argumentów Zamawiającego przytoczonych w treści uzasadnienia zaskarżonej decyzji Odwołujący stanowczo zaprzeczył, jakoby z treści wyjaśnień wynikało, że usługami utrzymania objęte są tylko niektóre z wymaganych przez Zamawiającego świadczeń. W treści wezwania Zamawiający przytoczył interesujący go zakres obowiązków wykonawcy, zaś Odwołujący wyraźnie i wprost potwierdził realizację wszystkich oczekiwań Zamawiającego zarówno we wstępnej części wyjaśnień (str. 2), jak i w opisie spełniania wymogów w zakresie utrzymania (str. 5-7). Nie sposób zatem twierdzić – jak chce tego Zamawiający – że Odwołujący sprowadza usługi utrzymania wyłącznie do usuwania błędów, ponieważ w pkt. II wyjaśnień Odwołujący odniósł się do wszystkich wymienionych w treści wezwania usług utrzymania, czego najlepszym dowodem jest przedstawione na str. 6-7 wyjaśnień zestawienie szacowanych czasów wykonywania szeregu czynności składających się na usługi utrzymania (treść zestawienia stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa), do którego Zamawiający w żaden sposób się nie odniósł.

Zamawiający wskazując, że: Dodatkowym elementem tego procesu musi być utrzymanie gotowości do natychmiastowej reakcji gdyby takowa zaistniała zdaje się sugerować, iż Odwołujący powinien zarezerwować osobę/osoby na czas „gotowości" i ponosić ich koszt za samą gotowość, w czasie której osoby te nie będą robiły nic innego. W ocenie Odwołującego takie oczekiwanie jest oderwane od realiów rynkowych, specyfiki świadczenia usług utrzymania, a tym samym wręcz absurdalne.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający opiera wywiedzioną niezgodność treści oferty na „dowodzie" w postaci przywołanej z nazwy publikacji, tym niemniej nie sposób na podstawie treści uzasadnienia odrzucenia oferty

stwierdzić z jakiego konkretnie fragmentu owej liczącej ponad 200 stron pozycji książkowej fragmentu Zamawiający wnioskuje o istnieniu wspomnianej niezgodności oraz czy teza taka (o ile w ogóle została postawiona) jest nadal aktualna, bowiem publikacja ta ukazała się aż 12 lat temu. Powyższe jest nie bez znaczenia w kontekście znacznego wzrostu wydajności monitorowania systemów, zwłaszcza w ciągu ostatniego roku, w związku z coraz powszechniejszym stosowaniem technologii Generatywnej AI.

Według najlepszej wiedzy Odwołującego, popartej blisko 20-letnią aktywnością na rynku usług IT, zakładanie konieczności nieustannego monitorowania dostępności usług, czy wykonywania innych czynności składających się na utrzymanie określonego systemu (aplikacji) przy udziale czynnika ludzkiego w systemie 24/7/365, sprowadzające się do oddelegowania określonej osoby (bądź większej liczby personelu) wyłącznie do ich realizacji, całkowicie odbiega nie tylko od współczesnych standardów świadczenia usług utrzymania (w których wykorzystywane są narzędzia IT wspomagające/automatyzujące te procesy, jak ma to miejsce również w przypadku Odwołującego), ale również – jak już wspomniano – nie było wymagane w dokumentach zamówienia.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający błędnie zinterpretował zawartą na str. 5-7 treść wyjaśnień, która opisywała powody leżące u podstaw oszacowania na potrzeby kalkulacji ceny oferty kosztów świadczenia usług utrzymania na koszt odpowiadający 4 h/miesięcznie z wynagrodzenia dedykowanych osób. Powody te, poza wskazaniem na dotychczasowe doświadczenia Odwołującego z realizacji innych zamówień i wysoką niezawodność oferowanych rozwiązań (której – co istotne – Zamawiający aktualnie już nie kwestionuje, co w oczywisty sposób przemawia na korzyść argumentacji Odwołującego dotyczącej usług utrzymania), koncentrowały się – zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego – na opisie narzędzi wspomagających pracę personelu Odwołującego odpowiedzialnego za usługi utrzymania, których wykorzystanie pozwoliło Odwołującemu na przyjęcie wspomnianego założenia kalkulacyjnego. Odwołujący zwrócił uwagę, że w treści uzasadnienia odrzucenia jego oferty próżno doszukać się jakiegokolwiek odniesienia do tej części argumentacji Odwołującego, podobnie jak do załączonych na jej poparcie dowodów (załączników nr 4a i 4b do wyjaśnień – treść załączników stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa).

Dalej, Odwołujący wskazał, w miejsce rzeczowej polemiki z treścią wyjaśnień i wspomnianych dowodów Zamawiający stwierdził jedynie lakonicznie, że (…) poprosił o wskazanie konkretnych funkcjonalności, które miałyby zapewnić takie rzekomo niezawodne systemy (zawierają się one nota bene w zestawieniu stanowiącym załącznik nr 4a do wyjaśnień, co Zamawiający zignorował) oraz że Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób systemy takie miałyby zapewnić kompleksową obsługę bez konieczności kontroli ze strony administratora, co zresztą nie budzi wątpliwości, bowiem nie są znane rozwiązania niezawodne i każde z nich wymaga na pewnym poziomie nadzoru i monitorowania przez osobę. Odwołujący podkreślił, że w żadnym fragmencie wyjaśnień nie stwierdził, że narzędzia te są niezawodne (jest to okoliczność irrelewantna w kontekście wątpliwości Zamawiającego, których rozwianiu wyjaśnienia miały służyć), a jedynie, że aplikacje te wspomagają i automatyzują procesy utrzymania, co uszło uwadze Zamawiającego (vide str. 6 wyjaśnień).

Zdaniem Odwołującego jego stanowisko w przedmiocie usług utrzymania wspiera dodatkowo okoliczność, że Zamawiający uwzględnił argumentację Odwołującego w obszarze parametrów oferowanej usługi (czasów usuwania błędów), która koncentrowała się właśnie na wysokiej niezawodności i dostępności oferowanych rozwiązań, co minimalizuje udział czynnika ludzkiego w świadczeniu tej kategorii usług. W konsekwencji Zamawiający popadł de facto w wewnętrzną sprzeczność – z jednej strony – uznając za zasadne twierdzenie Odwołującego o wysokiej dostępności i niezawodności rozwiązań, z drugiej zaś – podtrzymując twierdzenie o niedoszacowaniu kosztów utrzymania.

Odnośnie zaś do samych kosztów utrzymania, to w konsekwencji błędnych własnych założeń Zamawiającego – gdyż nie wynikają one z żadnych wyjaśnień Odwołującego (ani w zakresie ceny ani w zakresie treści oferty) – przyjął On, że Odwołujący rzekomo „nie doszacował" usług utrzymania bo to co wskazał w wyjaśnieniach dotyczących kalkulacji ceny, zdaniem Zamawiającego dotyczy wyłącznie „usuwania błędów i awarii" i brakuje wyceny pozostałych czynności składających się na „utrzymanie" jak chociażby nadzór nad systemami wspomagającymi. Odwołujący podkreślił, że w żadnym miejscu wyjaśnień nie wskazywał on, że rozwiązania IT oparte na sztucznej inteligencji (AI) wspierające jego pracę w zakresie utrzymania pracują w oderwaniu od pracy ludzkiej. Przeciwnie Odwołujący spójnie od początku (uwzględniając już pierwsze odwołanie w sprawie pod sygn. akt KIO 1789/24) twierdził i wskazywał, że wspomniane rozwiązania IT wspomagają pracę personelu Odwołującego odpowiedzialnego za usługi utrzymania co pozwala na optymalizację kosztu ich zaangażowania i dokonania takiego a nie innego założenia kalkulacyjnego. Z kolei stwierdzenie, że złożone uprzednio kalkulacje wskazują wyłącznie na 4-godzinne miesięczne zaangażowanie personelu wyłącznie w usuwanie błędów i awarii jest oczywistą nadinterpretacją wyrwanego z kontekstu fragmentu wyjaśnień, który – jak wspomniano – służyć miał wyjaśnieniu Zamawiającemu podstaw przyjęcia ryzyka kalkulacyjnego na określonym poziomie. Innymi słowy, jedna osoba może w tym samym czasie obsługiwać wiele systemów w formacie 24/7/365 właśnie dzięki wsparciu takich narzędzi IT. W takim wypadku ogólny koszt jej pracy rozkłada się na wszystkie obsługiwane projekty stąd do kalkulacji ceny w nowym projekcie nie jest przypisane całe wynagrodzenia (jak zdaje się

sugerować Zamawiający za „gotowość"), a jedynie jego część według szacunku kalkulacyjnego.

Niezależnie od powyższego Odwołujący stwierdził, że rzekome „niedoszacowanie", poza tym że nie ma miejsca, to też jest w ogóle nieuzasadnione w kontekście całej zaoferowanej ceny, gdzie Zamawiający sam potwierdza, iż poza wyspecyfikowanymi założeniami kalkulacyjnymi Odwołujący uwzględnił także odpowiednią rezerwę i zysk, które również mogą stanowić źródło pokrycia kosztów, które trudno było precyzyjnie oszacować na etapie składania oferty. Tak też dokładnie wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku w sprawie pod sygn. akt KIO 1789/24.

W złożonym pismem z dnia 16 sierpnia 2024 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie.

W uzasadnienie Zamawiający wskazał m.in.:

Zamawiający wskazał, że etap utrzymania jest jednym z dwóch kluczowych elementów (obok etapu przygotowania i wdrożenia) niezbędnych do powodzenia realizacji zamówienia. Nie sposób jest go zatem relatywizować i pomijać jego istotność, bowiem bez zapewnienia skuteczności na etapie utrzymania, składającego się wprost na cały przedmiot zamówienia, nie będzie można mówić o należytym wykonaniu usługi. W przypadku braku efektywnego i zgodnego ze sztuką procesu utrzymania, Zamawiający może de facto otrzymać narzędzie, za którego utrzymanie w pomijanym przez potencjalnego wykonawcę zakresie odpowiadać musiałby sam, co jest w oczywisty sposób sprzeczne z wymaganiami postawionymi w rozdziale 12 OPZ.

W zakresie odnoszenia się do fragmentów wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, które rzekomo zostało wyrwane z kontekstu, Zamawiający wskazał, że — co oczywiste - odniósł się wyłącznie do tych fragmentów wyjaśnień, które w sposób bezsporny pozostawały w niezgodzie z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Nie sposób mówić o fragmentach wyrwanych z kontekstu w sytuacji gdy Zamawiający ocenia tezy i sformułowania wprost wskazane przez Odwołującego w treści oferty i składanych do nich wyjaśnień. Zamawiający podkreślił, że niedozwolone jest jakiekolwiek zmienianie treści złożonej oferty czy wyjaśnień, stąd próby dorobienia rzekomego kontekstu przedstawionych uprzednio przez Odwołującego dowodów nie mogą podlegać ocenie. W swoich wyjaśnieniach Odwołujący jednoznacznie wskazał zakres prac wchodzących w etap utrzymania przedmiotu zamówienia i te właśnie wyjaśnienia podlegały ocenie Zamawiającego. Rzekomy szerszy kontekst, na który wskazuje Odwołujący w odwołaniu, w tym przypadku mógł posłużyć w ocenie Zamawiającego wyłącznie próbie nieuprawnionej i niedozwolonej zmiany treści wyjaśnień w sytuacji gdy Zamawiający wykazał niezgodność złożonej oferty z wymaganiami.

Zamawiający wskazał ponadto, że Odwołujący mija się z prawdą sugerując, że dokonana została ocena w oparciu o „irrelewantne wywód". Zamawiający ocenił wyłącznie ofertę i wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę, w takiej formie i treści w jakiej zostały one Zamawiającemu przekazane. Odwołujący celowo próbuje odwrócić uwagę od meritum problemu kilkukrotnie podkreślając, że Zamawiający rzekomo kwestionuje założenie kalkulacyjne. Nie założenie kalkulacyjne jest przedmiotem kwestionowania lecz zakres prac wykazany przez Odwołującego do tego założenia. Zamawiający nie kwestionuje, że założenia kalkulacyjne mogą się różnić pomiędzy poszczególnymi Wykonawcami — warunkiem jest jednak przedstawienie rzetelnych wyjaśnień w tym zakresie, tj. wskazanie jakie elementy usługi oferowanej przez Wykonawcę umożliwiają złożenie konkurencyjnej kalkulacji cenowej przy jednoczesnym zapewnieniu usługi zgodnej z wymaganymi parametrami.

Zamawiający przytoczył treść wyjaśnień Odwołującego, mianowicie:

„obowiązki w postaci:

1)dostarczania na bieżąco i instalowania wymaganych aktualizacji dostarczanego oprogramowania,

2)zapewniania ciągłości działania zamawianych produktów 7 dni w tygodniu 365 dni w roku („24/7/365") przez cały okres obowiązywania umowy,

3)wykonywania kopii bezpieczeństwa,

4)monitorowania dostępności usług,

5)dokonywania ewentualnych niezbędnych zmian parametrów wydajnościowych, nie stanowią w praktyce istotnego (bądź jakiegokolwiek) obciążenia czasowego", czym wprost przyznaje, że zadania te nie zostały uwzględnione przy kalkulacji wynagrodzenia personelu realizującego zadania. Zamawiający nie kwestionuje, że część z tych zadań, np. wykonywanie kopii bezpieczeństwa, może podlegać automatyzacji bądź wymagać znikomej interakcji personelu. Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący nie prezentuje pełnego katalogu wymaganych usług utrzymania i administrowania, takim zabiegiem próbuje stworzyć pozory, jakoby świadczenie usługi stanowiło działanie okazjonalne — trudno zresztą inaczej zinterpretować zaangażowanie oszacowane w swych założeniach na wymiar 4 godzin z (średnio) 720 godzin miesięcznie, czyli ok. 0,5 % miesięcznego wymiaru czasowego.

Odwołujący, mimo, że jest profesjonalistą w branży, celowo relatywizuje wagę otoczenia, musi bowiem zdawać sobie sprawę z faktu, że każdego dnia identyfikowane są luki i podatności oprogramowania standardowego. Zamawiający podniósł, że jak każdy inny podmiot administracji publicznej sam dystrybuuje swoim wykonawcom dziesiątki takich ostrzeżeń każdego tygodnia. Oczywiście, nie każde z takich ostrzeżeń będzie dotyczyć wykonawcy

utrzymującego system, ale już sam fakt analizy takich (rynkowych lub dostarczanych bezpośrednio przez Zamawiającego) ostrzeżeń to jeden z oczywistych aspektów świadczenia profesjonalnych usług utrzymania i administracji, wymagający udziału członka personelu. Odwołujący próbuje wytworzyć aurę jakoby cały system miał się utrzymywać automatycznie (zresztą zupełnie pomijając ten niewątpliwie istotny cenotwórczo czynnik na etapie pierwotnych wyjaśnień) a akcje personelu miałyby być wykonywane wyłącznie w sytuacji wystąpienia zidentyfikowanego błędu. Tymczasem usługi utrzymania i administrowania wymagają szeregu prac prewencyjnych, merytorycznych czy analitycznych. Można je skalkulować w sposób odmienny od innego wykonawcy, jednak nie można ich w ogóle pominąć, bądź stwierdzać, że jest to element nieistotny. W oczywisty sposób buduje to bowiem nieuprawnioną przewagę nad tymi wykonawcami, którzy zgodnie z realną potrzebą Zamawiającego (a nie tylko chęcią pozyskania zamówienia za wszelką cenę) takie działania uwzględniają.

Kontynuując, Zamawiający wskazał, że Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 11 lipca 2024 r, wspomina, że „pracownicy tego zespołu [utrzymania — przyp. Zamawiający] mogą z powodzeniem łączyć realizację wymaganych przez Zamawiającego świadczeń z pracą nad innymi projektami" i oczywiście jest to fakt, którego Zamawiający nie kwestionuje. Problem tkwi w tym, że nawet jeśli Odwołujący miałby skorzystać z takiej metody optymalizacji kosztów to zupełnie nie znajduje ona odzwierciedlenia w kosztorysie cenowym złożonym na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Nawet jeśli wynagrodzenie personelu jest dzielone na 5, 10 lub 15 projektów to nie sposób zaprzeczyć, że w proporcjonalnym wymiarze stanowi ono konkretne obciążenie kosztowe dla Wykonawcy — brak ich wykazania w sposób nieuczciwy faworyzuje Odwołującego względem pozostałych wykonawców. Zamawiający przypomniał, że mówimy o kalkulacji świadczenia usługi w czasowym wymiarze 22 miesięcy i z uwzględnieniem wynagrodzenia 3 (jak wskazuje sam Odwołujący) członków personelu.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący w swym odwołaniu (strona 8, pkt (9)) wprost przyznaje się do oferowania usługi niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego, przy okazji zresztą zaprzeczając swoim wcześniejszym tezom dotyczącym procesu utrzymania: „Zamawiający wskazując, że: Dodatkowym elementem tego procesu musi być utrzymanie gotowości do natychmiastowej reakcji gdyby takowa zaistniała zdaje się sugerować, iż Odwołujący powinien zarezerwować osobę/osoby na czas „gotowości" i ponosić ich koszt za samą gotowość, w czasie której osoby te nie będą robiły nic innego. Takie oczekiwanie jest oderwane od realiów rynkowych, specyfiki świadczenia usług utrzymania, a tym samym wręcz absurdalne". Z niewiadomych przyczyn Odwołujący próbuje dokonać na tym etapie identyfikacji wymagań Zamawiającego i określić, że wie lepiej czego ten Zamawiający potrzebuje. Niezależnie od bliżej niesprecyzowanych realiów rynkowych, o których pisze Odwołujący, Zamawiający wymaga świadczenia usługi w trybie 365/24/7, z uwzględnieniem wymagań SLA również opisanych w OPZ. Skoro więc Zamawiający pewne wymagania wskazał to, nawet jeśli odbiegają one od standardu usług świadczonych przez Odwołującego innym podmiotom, należy je uwzględnić przy ofertowaniu tego konkretnego zamówienia. Zamawiający w istocie oczekuje gotowości Wykonawcy do zapewnienia niezawodności systemu, stanowić on bowiem będzie system administracji publicznej i jako taki jest a) szczególnie narażony na ataki, b) podlega szczególnej ocenie opinii publicznej. Abstrahując od powyższego, Wykonawca wcześniej kilkukrotnie starał się odwrócić uwagę od faktycznej treści oferty i wyjaśnień twierdząc, że de facto taki personel posiada (choć tylko częściowo uwzględnia go w kalkulacji), tu jednak — prawdopodobnie przez własne przeoczenie — de facto przyznaje się, że takiej gotowości w trybie całodobowym utrzymywać nie zamierza. Należy podkreślić, że owszem — Zamawiający wymaga gotowości do całodobowego utrzymania systemu — nie oznacza to jednak, że pracownik skierowany do takich działań nie może wykonywać innych obowiązków i w ten sposób nie optymalizować kosztów Wykonawcy. Musi być natomiast gotowy w sposób niezawodny do realizacji usługi na rzecz Zamawiającego i być z tego tytułu rozliczany, Z treści wyjaśnień, jak i w przytoczonym fragmencie z samego odwołania wynika jednak wprost, że taka usługa nie zostaje zapewniona przez Odwołującego.

Zdaniem Zamawiający prawidłowo on ocenił oferty złożone w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania. Oferta Odwołującego została słusznie odrzucona. Zgodnie z kryteriami oceny ofert, wskazanymi w pkt. 14 SWZ, oferta Przystępującego uzyskała największą liczbę punktów, dlatego też została wybrana jako najkorzystniejsza. Biorąc pod uwagę argumentację Zamawiającego w odniesieniu do zarzutu nr 1 Zamawiający wskazuje zarzut nr 2, jako całkowicie bezzasadny.

Wykonawca TRIMTAB SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „Uczestnik postępowania") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 18 sierpnia 2024 r. ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania, uwzględniając dokumentację postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, 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 ustawy Pzp.

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

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę TRIMTAB SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowodu złożonego przez Odwołującego na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, tj.: opinii technicznej z dnia 16 sierpnia 2024 r. uznając go za nieistotny dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Stan faktyczny pomiędzy Stronami nie był sporny. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest uruchomienie oraz utrzymanie dostępnej z poziomu online ankiety potrzeb przedsiębiorcy ze zintegrowanym formularzem rezerwacji konsultacji oraz baz danych Innopoint.

W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyło sześciu wykonawców. W toku badania i oceny ofert Zamawiający stwierdził, że cena oferty Odwołującego jest niższa o 34,44% o wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT.

Zamawiający pismem z dnia 15 marca 2024 r. wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanej w ofercie ceny.

Odwołujący pismem z dnia 21 marca 2024 r. udzielił wyjaśnień ww. zakresie.

Zamawiający pismem z dnia 15 maja 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu m.in. oferty Odwołującego. Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Nadto, Zamawiający stwierdził, że oferta Odwołującego nie jest zgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący zaskarżył czynność odrzucenia jego oferty. Sprawa została zarejestrowana pod sygn. akt KIO 1789/24.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 13 czerwca 2024 r. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr 1 i 2 oraz 4 i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie niezgodności z warunkami zamówienia, które zostały wskazane w uzasadnieniu odrzucenia tej oferty.

Zamawiający wykonując wyrok zapadły we wskazanej sprawie, pismem z 8 lipca 2024r., w oparciu o art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty, wskazując m.in.:

„(…)

Po pierwsze, Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w jaki sposób zaoferowane rozwiązanie kolokacji, na które powołuje się w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, wypełnia znamiona chmury, o której mowa w rozdz. 7 OPZ. W tym proszę m.in. wskazać szczegółowe parametry wykorzystywanego do realizacji zamówienia rozwiązania chmurowego w zakresie infrastruktury, sieci oraz technologii. Wykonawca zobligowany jest wyjaśnić w jakim zakresie oferta spełnia wymaganie zdefiniowane w rozdz. 7 OPZ zapewnienia dynamicznego przydzielenia zasobów serwerowych i przestrzeni dyskowej wymaganego dla obsłużenia okresowych wzrostów zapotrzebowania na usługę, w sytuacji gdy oferowana przez Państwa usługa jest kolokacją i nie korzystają Państwo z zasobów serwerowych i przestrzeni dyskowej należących do podmiotu oferującego usługi chmurowe, lecz z własnych.

W złożonych wyjaśnieniach należy wykazać szczegółowo sposób realizacji powyższego wymagania w trybie zgodnym zdefiniowanym dla zamawianego modelu utrzymania systemu, tj. w modelu 24/7/365.

Dodatkowo Zamawiający wzywa Wykonawcę do wskazania elementu kalkulacji przedstawionej na potrzeby wyjaśnień rażąco niskiej ceny korespondującego ze złożonymi wyjaśnieniami treści oferty.

Po drugie, Wykonawca zobowiązany jest wskazać w jaki sposób i jakimi zasobami zrealizuje następujące zadania z zakresu utrzymania, o których mowa w rozdz. 12 OPZ:

1) Dostarczanie na bieżąco i instalowanie wymaganych aktualizacji dostarczanego oprogramowania

2) Zapewnianie ciągłości działania zamawianych produktów 7 dni w tygodniu 365 dni w roku („24/7/365") przez cały okres obowiązywania umowy,

3) Wykonywanie kopii bezpieczeństwa,

4) Monitorowanie dostępności usług,

5) Dokonywanie ewentualnych niezbędnych zmian parametrów wydajnościowych.

Zważywszy na fakt, że ww. zadania nie zostały ujęte w kalkulacji cenowej Wykonawcy w zakresie wynagrodzenia

personelu w fazie utrzymania, Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w jaki sposób zapewniona zostanie niezawodność oferowanych rozwiązań. Wykonawca przedstawić ma również ***kompletną*** *listę funkcjonalności i obsługi przypadków jakie oferowane przez niego rozwiązania i zasoby zapewniają w ww. kategoriach zadań.*
Po trzecie, Wykonawca zobligowany jest wskazać w jaki sposób spełnione zostanie wymaganie opisane w rozdz. 12 OPZ w zakresie usuwania błędów w działaniu produktów w fazie utrzymania zgodnie z wyznaczonym SLA, w szczególności w przypadku błędów wynikających z działania komponentów oferowanych usług niezależnych od Wykonawcy. Zgodnie z rozdz. 12 OPZ, Zamawiający wymaga czasu naprawy błędów krytycznych w czasie do 8 godzin. Zgodnie z przedstawioną przez Wykonawcę jako dowód w ramach wyjaśnień dot. ceny, usługa na której opierać się będzie Wykonawca świadczona przez podmiot zewnętrzny Exatel S. A. określa czas usuwania awarii w świadczeniu usługi na 12 godzin, czyli dłużej niż maksimum wymagane przez Zamawiającego. Proszę o udokumentowane dowodami
wyjaśnienie w jaki sposób Wykonawca zapewni rękojmię spełnienia postawionego wymagania w przypadku wystąpienia przedmiotowej awarii w sytuacji faktycznego świadczenia usługi utrzymania.".

Pismem z dnia 11 lipca 2024 r. Odwołujący udzielił wyjaśnień, zastrzegając ich część jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 25 lipca 2024 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu m.in. oferty Odwołującego. Zamawiający w uzasadnieniu wskazał:

„3. W postępowaniu odrzucono ofertę nr 5 złożoną przez ALFAVOX Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp*, zgodnie z którym „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia".*
Uzasadnienie faktyczne:
(…) Zamawiający stwierdził, że przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia stoją w sprzeczności z przedmiotem zamówienia określonym w dokumentacji zamówienia. Z wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w dniu 21.03.2024 r. Zamawiający stwierdził, że Wykonawca zamierza przeznaczyć na fazę utrzymania zaangażowanie osobowe w wymiarze średnio 4 godzin miesięcznie. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach potwierdził powyższe. Zważywszy na fakt, że 4 godziny stanowią ok. 0,5 % miesięcznego wymiaru świadczenia usługi, o którym mowa w OPZ w rozdz. 12, która ma być utrzymywana w trybie całodobowym, wymiar ten został oceniony przez Zamawiającego jako daleko niewystarczający i niezapewniający rękojmi należytego wykonania usługi. Zamawiający w wezwaniu z dnia 08.07.2024 r. dopytał czy jednak nie istnieją jakieś szczególne okoliczności, które umożliwiłyby świadczenie usługi w sposób należyty przy tak nikłym zaangażowaniu zasobów Wykonawcy:
(…) Wykonawca zobowiązany jest wskazać w jaki sposób i jakimi zasobami zrealizuje następujące zadania z zakresu utrzymania, o których mowa w rozdz. 12 OPZ:
1) Dostarczanie na bieżąco i instalowanie wymaganych aktualizacji dostarczanego oprogramowania
2) Zapewnianie ciągłości działania zamawianych produktów 7 dni w tygodniu 365 dni w roku („24/7/365") przez cały okres obowiązywania umowy,
3) Wykonywanie kopii bezpieczeństwa,
4) Monitorowanie dostępności usług,
5) Dokonywanie ewentualnych niezbędnych zmian parametrów wydajnościowych".
Wykonawca w odpowiedzi na powyższe potwierdził, że przedmiotem jego usług byłyby wyłącznie wybrane usługi z katalogu wymaganych przez Zamawiającego: „Podobnie, obowiązki zapewnienia ciągłości działania zamawianych produktów w trybie „24/7/365", czy monitorowania dostępności usług nie mogą być utożsamiane z koniecznością nieustannego podejmowania czynności zmierzających do uzyskania wymaganego przez Zamawiającego efektu dostępności przez daną osobę. Nawiasem mówiąc np. obowiązek zapewnienia ciągłości działania zamawianych produktów to nic innego jak usuwanie awarii (błędów) realizowane w przypadku ich wystąpienia". Sprowadzenie wymagań co do świadczonej usługi
w przedmiotowym zakresie wyłącznie do usuwania awarii jest ewidentną niezgodnością z wymaganiami Zamawiającego - błędem, co skutkuje brakiem gwarancji dla Zamawiającego co do jakości świadczonej usługi.
Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, zarządzanie ciągłością działania nie może być w żadnym stopniu realizowane tylko w czasie zakłócenia działalności, lecz odnosi się tak samo do rutynowych czynności, mających na celu ograniczenie lub minimalizowanie ryzyka wystąpienia awarii. Dodatkowo elementem tego procesu musi być utrzymywanie gotowości do natychmiastowej reakcji gdyby takowa zaistniała. Zamawiający zwraca uwagę, że metodyka utrzymania przedstawiona przez Wykonawcę stoi w sprzeczności chociażby z opracowaną w oparciu o międzynarodowe normy Księgą Dobrych Praktyk Zarządzania Ciągłością Działania (ISBN 978-83-926980-7-4).
Wykonawca wskazując, że tak naprawdę posiada 3-osobowy personel dedykowany do obsługi przedmiotowego zamówienia, podkreślając, że „pracownicy tego zespołu mogą z powodzeniem łączyć realizację wymaganych przez Zamawiającego świadczeń z pracą nad innymi projektami". Jednakże zaangażowanie tego zespołu w żaden sposób nie

zostało wykazane w kosztorysie oferty. Nawet gdyby pracownicy niniejsi byli zatrudnieni w oparciu o minimalne wynagrodzenie za pracę i nawet gdyby łączyli swoje obowiązki z obsługą innych projektów, wynagrodzenie takich osób w oczywisty sposób powinno być skalkulowane w kosztorysie przynajmniej w tej części zaangażowania, która zostanie przeznaczona na obsługę przedmiotowego zamówienia. Tezy wskazane przez Wykonawcę przeczą sobie wzajemnie, w sytuacji gdy z jednej strony wskazuje, że pracownicy ci będą odpowiadać za realizację fazy utrzymania współdzieląc te obowiązki z obsługą innych projektów, z drugiej zaś komentując, że obowiązki personelu będą obejmować wyłącznie usuwanie błędów i awarii. Oznacza to, że w złożonym piśmie na potrzeby wyjaśnień zgodności oferty z wymaganiami w OPZ Wykonawca przyznaje, że realizacja zamówienia wymaga zaangażowania takich osób, z drugiej zaś zupełnie nie uwzględnia kosztu dysponowania takim personelem w przedstawionym wyliczeniu złożonym na potrzeby wyjaśnień RNC – te zawierają bowiem kalkulację wyłącznie zaangażowania w wymiarze 4 godzin miesięcznie na potrzeby usuwania błędów i problemów. W konsekwencji kalkulacja cenowa jest niedoszacowana, brak jest tu bowiem wykazania nakładu pracy z tytułu innych niż usuwanie błędów aktywności wymaganych przez Zamawiającego oraz związanych z tym kosztów.

Wykonawca podkreśla, że oferuje szereg mechanizmów, które rzekomo umożliwiają autorozwiązywanie problemów. Zamawiający poprosił o wskazanie konkretnych funkcjonalności, które miałyby zapewnić takie rzekomo niezawodne systemy. Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób systemy takie miałyby zapewnić kompleksową obsługę bez konieczności kontroli ze strony administratora, co zresztą nie budzi wątpliwości, bowiem nie są znane rozwiązania niezawodne i każde z nich wymaga na pewnym poziomie nadzoru i monitorowania przez osobę.

Podsumowując, Wykonawca poprzez złożone wyjaśnienia potwierdził, że nienależycie skalkulował przedstawioną cenę, która wynikała z niezgodności złożonej oferty z wymaganiami OPZ. (…)".

Powyższy stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie niezaprzeczonych twierdzeń Stron i Uczestnika postępowania oraz dokumentów zamówienia znajdujących się w aktach sprawy.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia Izba wskazuje, że w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdą następujące przepisy:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia*.

Art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi, że *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.*

W pierwszej kolejności niezbędne jest uczynienie kilku uwag natury ogólnej. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, i z tym należy się zgodzić, że zamawiający nie może zastosować sankcji z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jeżeli specyfikacja warunków zamówienia nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty. Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z faktu niespełnienia przez niego wymagań, których w dokumentach zamówienia jednoznacznie nie określono.

Stwierdzenie niezgodności oferty z warunkami zamówienia nie może wynikać wyłącznie z innego sposobu rozumienia dokumentacji postępowania przez zamawiającego czy też innych wykonawców. Oceniając zgodność oferty z warunkami zamówienia należy każdorazowo ocenić, jakie wymagania postawił zamawiający w specyfikacji, które nie zostały przez wykonawcę spełnione. Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, precyzyjnymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy, Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego podniósł, że metodyka utrzymania przedstawiona przez Odwołującego stoi w sprzeczności z opracowaną Księgą Dobrych Praktyk Zarządzania Ciągłością Działania – przy czym Zamawiający w specyfikacji w ogóle nie odniósł się do ww. opracowania. Nadto, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie przytoczył nawet fragmentów księgi o której mowa powyżej.

Dalej, Zamawiający wskazuje, że co prawda Odwołujący posiada trzy osobowy personel dedykowany do obsługi przedmiotowego zamówienia jednak zaangażowanie tego zespołu nie zostało wskazane w kosztorysie. Zdaniem Zamawiającego wynagrodzenie tego zespołu powinno zostać skalkulowane w kosztorysie. Przy czym Zamawiający zdaje się zapomniał, że kwestia wyjaśnień rażąco niskiej ceny była już poddana pod ocenę Krajowej Izby Odwoławczej. Zatem to czy wynagrodzenie tego zespołu zostało przewidziane i prawidłowo skalkulowane nie jest przedmiotem

niniejszego postępowania odwoławczego. W konsekwencji Izba w całości pominęła twierdzenia Zamawiającego dotyczące niedoszacowania oferty.

Zasadniczo twierdzenia Zamawiającego sprowadzały się do tego, że jego zdaniem Odwołujący powinien zapewnić osobę, która będzie w gotowości albo będzie stale monitorować system, ponieważ jego zdaniem, nawet w sytuacji posiadania przez Odwołującego systemu/oprogramowania, który automatycznie monitoruje system, i tak potrzebny jest czynnik ludzki. I być może takie założenie jest słuszne, lecz nie znajduje odzwierciedlenia w zapisach specyfikacji. I już tylko z tego powodu dalsza polemika w tym zakresie jest bezprzedmiotowa.

Jak już wyżej wskazano, Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z faktu niespełnienia przez niego wymagań, których w dokumentach zamówienia jednoznacznie nie określono. Stwierdzenie niezgodności oferty z warunkami zamówienia nie może wynikać wyłącznie z tego, że zdaniem Zamawiającego bez osoby stale monitorującej system nie można świadczyć usługi utrzymania i administrowania systemu.

Doniosłość dokumentu, jakim jest specyfikacja warunków zamówienia wraz z załącznikami, sprowadza się do szczególnej roli w postępowaniu – z jednej strony określa oczekiwania zamawiającego dotyczące wykonawców, by uczynić zadość swoim wymaganiom, a z drugiej zaś – wyznacza granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując weryfikacji złożonych ofert. Postanowienia zawarte w SWZ są wiążące dla uczestników oraz zamawiającego, i Krajowa Izba Odwoławcza orzekać może wyłącznie w ich ramach.

Zamawiający nie może, po upływie terminu składania ofert, zmienić czy też doprecyzować jakichkolwiek postanowień. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mają prawo oczekiwać, że ich oferta zostanie poddana ocenie w zakresie wyartykułowanym w dokumentacji postępowania.

Za zasadny również należało uznać zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp jako wynikowy w stosunku do zarzutu oznaczonego jako 1 w *petitum* odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 lit a, pkt 2 lit. b w zw. z § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……