

WYROK

Warszawa, dnia 1 lipca 2024 r. r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka
Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2024 r. przez wykonawcę: Open Nexus sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych im. Mariana Rejewskiego z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o oddzielenie zamówienia: Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. z siedzibą w Warszawie oraz PortalPZP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr 1 i 3 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o oddzielenie zamówienia: Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. z siedzibą w Warszawie oraz PortalPZP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o oddzielenie zamówienia: Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. z siedzibą w Warszawie oraz PortalPZP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
 - 3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego 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 odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o oddzielenie zamówienia: Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. z siedzibą w Warszawie oraz PortalPZP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

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 2119/24

Uzasadnienie

Zamawiający Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych im. Mariana Rejewskiego z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Usługa dostępu do platformy zakupowej (przetargowej)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 lutego 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 107134-2024.

W dniu 17 czerwca 2024 r. wykonawca Open Nexus sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności badania ofert oraz zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. z siedzibą w

Warszawie oraz PortalPZP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. z siedzibą w Warszawie oraz PortalPZP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”).

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej jako „ustawa Pzp”:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w związku z art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo że wykonawca nie wykazał jakoby nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego w związku z przedłożeniem na wezwanie nieaktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego, wymaganej w § 2 ust. 1 pkt 1 lit b Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415 ze zm.; dalej: „Rozporządzenie”);

2.art. 226 ust.1 pkt 2 lit b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Roz. V ust. 1 pkt 4 lit. b) SWZ;

3.art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty złożonej przez Przystępującego.

Pismem wniesionym w dniu 20 czerwca 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania.

W dniu 27 czerwca 2024 r. do akt sprawy wpłynęło pismo Przystępującego zawierające sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

W piśmie z dnia 28 czerwca 2024 r. Przystępujący przedstawił merytoryczne stanowisko w sprawie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, co następuje:

Pismem z dnia 22 marca 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, do przedstawienia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny.

Odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący udzielił pismem z dnia 27 marca 2024 r.

Pismem z dnia 17 maja 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 128 ust. 1 oraz ust. 4 ustawy Pzp, do uzupełnienia oraz wyjaśnienia treści podmiotowych środków dowodowych w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V ust. 1 pkt 4) SWZ.

W myśl ww. postanowienia SWZ (zgodnie z modyfikacją SWZ z dnia 07.03.2024 r.):

„1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

(...)

4) zdolności technicznej lub zawodowej.

Opis spełnienia warunku:

Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

a) wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje co najmniej 10 usług (usługa rozumiana jako umowa zawarta z Zamawiającym), która polegała w szczególności na:

a. świadczeniu usługi dostępu do platformy zakupowej służącej do przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówień publicznych na podstawie przepisów ustawy Pzp, działającej on-line (poprzez bezpośrednie połączenie z przeglądarką internetową)

b. świadczeniu usługi wsparcia technicznego w okresie trwania umowy dla użytkowników platformy;

b) przeprowadził szkolenie praktyczne w zakresie obsługi platformy zakupowej dla co najmniej 200 osób u jednego Zamawiającego w jednym cyklu wdrożenia usługi;

c) świadczył usługi dostępu do platformy zakupowej dla co najmniej 10 wyodrębnionych jednostek organizacyjnych jednego Zamawiającego, znajdujących się w różnych lokalizacjach.

Wymagania opisane w pkt 4) lit. a) - c) muszą być spełnione łącznie.”

Ww. pismem z dnia 17 maja 2024 r. Zamawiający wezwał również Przystępującego do uzupełnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego (dalej: „KRK”) dla podmiotu zbiorowego Portal PZP Sp. z o.o.

Odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący udzielił w dniu 24 oraz 27 maja 2024 r.

W dniu 7 czerwca 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Pozostałe ustalenia faktyczne zostaną przedstawione w ramach stanowiska Izby w zakresie merytorycznej oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Zarzut nr 1

Odwołujący zarzucił, że w odniesieniu do wykonawcy PortalPZP Sp. z o.o. Przystępujący nie wykazał braku podstawy wykluczenia z postępowania dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego, gdyż w odpowiedzi na wezwanie z 17 maja 2024 r. ww. wykonawca złożył informację z KRK, która została wydana wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem. Okoliczność uzupełnienia przez Przystępującego podmiotowego środka dowodowego poprzez złożenie informacji z KRK, która została wydana wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem, jest okolicznością bezsporną.

Natomiast zdaniem Przystępującego z treści ww. wezwania nie wynikało zobowiązanie do złożenia aktualnej informacji z KRK, lecz do uzupełnienia dokumentu złożonego w dniu 18 kwietnia 2024 r. poprzez złożenie pliku xml z odpowiedzią oraz pliku z kwalifikowanym podpisem elektronicznym odpowiedzi lub w całości skompresowanych folderów (ZIP) otrzymanych z e-KRK.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego co do interpretacji treści ww. wezwania.

W wezwaniu tym Zamawiający wskazał:

„Wykonawca, w zakresie dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia dla podmiotu zbiorowego Portal PZP Sp. z o.o. przesłał podpisaną przez siebie wizualizację odpowiedzi w formacie pdf wygenerowaną przez system e-Platforma Ministerstwa Sprawiedliwości. Natomiast w przypadku chęci przedłożenia dokumentu pozyskanego za pośrednictwem systemu teleinformatycznego należy przekazać Zamawiającemu co najmniej dwa pliki, tj.:

1) xml z odpowiedzią oraz

2) plik z kwalifikowanym podpisem elektronicznym odpowiedzi.

Wykonawca nie powinien i nie musi opatrywać tych dokumentów dodatkowo swoim kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający wzywa do uzupełnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (podmiot) oraz art. 108 ust. 1 pkt 1,2 ustawy PZP (osoby) poprzez dostarczenie dokumentów:

- 1) xml z odpowiedzią oraz
- 2) plik z kwalifikowanym podpisem elektronicznym odpowiedzi

LUB

Przesłania w całości skompresowanych folderów (ZIP) otrzymanych z e-KRK. Foldery powinny zawierać:

- 1) plik xml
- 2) plik xml.xades,
- 3) plik pdf z wizualizacją wydanego zaświadczenia.”

Odnosząc się do powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia informacji z KRK w zakresie, w jakim stwierdził w niej braki. Nie należy z tego wnosić, że Zamawiający wezwał do przesłania dokładnie tego samego dokumentu, co uprzednio złożony, lecz w innej formie. Po pierwsze, nie wynika to wprost z treści tego wezwania. Po drugie, takiemu rozumieniu sprzeciwia się treść przepisów art. 128 ust. 2 ustawy Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia. Zgodnie z ww. przepisem ustawy Pzp wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia. Natomiast zgodnie z ww. przepisem Rozporządzenia:

1. W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zwanego dalej „postępowaniem”, zamawiający może żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:

1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:

- a) art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”,
- b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego,
- c) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy,
- d) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy, dotyczącej ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę aresztu,
- e) art. 109 ust. 1 pkt 3 ustawy, dotyczącej skazania za przestępstwo lub ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę aresztu

- sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem;

Są to przepisy powszechnie obowiązujące. Wykonawca składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia uważany jest za profesjonalistę i powinien znać te przepisy oraz stosować się do nich uczestnicząc w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dodatkowo należy zauważyć, że w ten sam sposób, co w przypadku z informacji z KRK dla podmiotu zbiorowego Portal PZP Sp. z o.o., Zamawiający sformułował wezwanie w odniesieniu do informacji z KRK dla członków Rady Nadzorczej ORE S.A., które – jak stwierdził Zamawiający – w ogóle nie zostały złożone.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 17 maja 2024 r. Przystępujący złożył informację z KRK dla podmiotu zbiorowego Portal PZP Sp. z o.o, w przypadku której nie został spełniony wymóg aktualności podmiotowego środka dowodowego

(art. 128 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia). W związku z tym dokument ten nie mógł zostać uznany za potwierdzający brak podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Przyjęcie odmiennego stanowiska pozostawałoby w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie składu orzekającego Izby w zaistniałym stanie faktycznym sprawy nie istnieje możliwość wystosowania do Przystępującego ponownego wezwania do uzupełnienia informacji z KRK, z uwagi na wypracowaną w orzecznictwie i niekwestionowaną zasadą jednokrotności wezwania, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zasada ta nie jest również kwestionowana przez Przystępującego, jednakże w zaistniałym stanie faktycznym sprawy wykonawca ten rozumie ją w sposób – zdaniem składu orzekającego Izby – niewłaściwy. Należy zauważyć, że Przystępujący pierwotnie złożył informację z KRK w dniu 18 kwietnia 2024 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 kwietnia 2024 r. wystosowane do niego na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. Złożona przez Przystępującego informacja z KRK dla podmiotu zbiorowego PortalPZP Sp. z o.o. nie mogła zostać uznana za potwierdzającą brak podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż nie została złożona w wymaganej formie. Nie była to sporna okoliczność. W związku z powyższym uzupełnieniu podlegał podmiotowy środek dowodowy, jakim jest informacja z KRK – co należy podkreślić – w całości. W odpowiedzi na wezwanie z 17 maja 2024 r. Przystępujący ponownie złożył informację z KRK dla podmiotu zbiorowego PortalPZP Sp. z o.o., która nie mogła zostać uznana za potwierdzającą brak podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż nie został spełniony wymóg aktualności tego dokumentu (art. 128 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia). W związku z tym podmiotowy środek dowodowy, jakim jest informacja z KRK, znowu musiałby zostać uzupełniony w całości. Przyjęcie takiego rozwiązania należy jednak uznać za niezgodne z ww. zasadą, zgodne z którą dokumenty wymienione w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp podlegają tylko jednokrotnemu uzupełnieniu. Skład orzekający Izby podziela pogląd, że nie jest sprzeczne z ww. zasadą wezwanie wykonawcy do uzupełnienia lub poprawienia tego samego dokumentu w innym zakresie niż miało to miejsce w przypadku uprzednio wystosowanego wezwania (np. ponowne wezwanie do uzupełnienia wykazu usług w zakresie innej pozycji). Wykonawca nie może bowiem ponosić negatywnych konsekwencji niedostrzeżenia od razu przez zamawiającego wszystkich nieprawidłowości danego dokumentu. Nie dotyczy to jednak sytuacji, w której dany podmiotowy środek dowodowy podlegał już uzupełnieniu w całości, a następnie – wobec nieprawidłowego złożenia dokumentu przez wykonawcę – ponownie zaistniała sytuacja konieczności uzupełnienia go w całości.

Mając na uwadze powyższe, zarzut oznaczony nr 1 Izba uznała za zasadny. W związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu m.in. odrzucenie oferty Przystępującego – jednakże na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, a nie wskazanego przez Odwołującego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w związku z art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, wobec którego prawomocnie orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ani w postępowaniu odwoławczym nie złożono żadnego dowodu potwierdzającego znajdowanie się Przystępującego w ww. sytuacji. Doszło natomiast do sytuacji, w której – pomimo wezwań wystosowanych na podstawie art. 126 ust. 1 oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – Przystępujący nie złożył podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak ww. podstawy wykluczenia z postępowania.

Ponadto, odnosząc się do zawartego w odwołaniu wniosku o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty złożonej przez Przystępującego, należy wyjaśnić, że Izba nie posiada kompetencji do dokonania tych czynności w postępowaniu odwoławczym, a jedynie może Zamawiającemu nakazać ich wykonanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut nr 2

Na wstępie należy zauważyć, że spełnienie wymogów składających się na warunek udziału w postępowaniu powinno wynikać z treści złożonych przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych. W przypadku warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w zakresie określonych usług spełnienie tych wymogów winno wynikać z treści wykazu usług. Załączane do wykazu dowody wymagane są na potwierdzenie, że usługi zostały zrealizowane należycie. Jeżeli w treści wykazu nie potwierdzono wszystkich wymogów, lecz ich spełnienie wynika z dowodów załączonych do wykazu, należy uznać, że wykonawca wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W niniejszej sprawie Odwołujący podniósł, że część wymogów składających się na warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia nie wynikała ani z treści wykazu usług Przystępującego ani z załączonych do niego dowodów. Odwołujący wskazał w tym zakresie na wymogi określone pod lit. b) i c) Rozdziału V ust. 1 pkt 4) SWZ, tj.

„b) przeprowadził szkolenie praktyczne w zakresie obsługi platformy zakupowej dla co najmniej 200 osób u jednego Zamawiającego w jednym cyklu wdrożenia usługi;

c) świadczył usługi dostępu do platformy zakupowej dla co najmniej 10 wyodrębnionych jednostek organizacyjnych jednego Zamawiającego, znajdujących się w różnych lokalizacjach.”

Odpowiadając na ww. zarzut Przystępujący nie wskazał żadnych fragmentów złożonych podmiotowych środków dowodowych, z których wynikałoby spełnienie ww. wymogów, lecz wskazał na dwie okoliczności, tj. że:

1.ww. wymogi spełnia usługa zrealizowana na rzecz Zamawiającego – Zamawiający, jako podmiot na rzecz którego usługa została zrealizowana, ma wiedzę co do spełnienia ww. wymogów;

2.potwierdzenie spełnienia ww. wymogów w przypadku usługi zrealizowanej na rzecz Poczty Polskiej S.A. Zamawiający uzyskał bezpośrednio od tego podmiotu.

Odnosząc się do powyższego należy wskazać, co następuje:

Ad. 1) Izba nie mogła uznać, że usługa zrealizowana przez Przystępującego na rzecz Zamawiającego spełnienia wszystkie wymagania zawarte w opisie warunku udziału w postępowaniu, gdyż okoliczność ta nie została w toku postępowania odwoławczego potwierdzona przez Zamawiającego. Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu wszystkich zarzutów odwołania i nie przedstawił żadnego stanowiska odnośnie usługi zrealizowanej przez Przystępującego na jego rzecz.

Ad. 2) Należy przyznać, że Zamawiający w odpowiedzi na wniosek z dnia 29 maja 2024 r. uzyskał od Poczty Polskiej S.A. potwierdzenie realizowania przez Przystępującego usługi spełniającej wymogi wskazane pod lit. b) i c) Rozdziału V ust. 1 pkt 4) SWZ. Należy jednak wskazać, że informacje uzyskiwane przez zamawiających na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp nie mogą zastępować wymaganych od wykonawców podmiotowych środków dowodowych. Przyjęcie odmiennego stanowiska pozostawałoby w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zgodnie z art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Procedura określona w tym przepisie ma zastosowanie w przypadku przedstawienia przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych w pełnym zakresie, jednakże takich, których treść wzbudza wątpliwości zamawiającego.

Mając zatem na uwadze, że w odpowiedzi na zarzut nr 2 Przystępujący nie wskazał żadnych fragmentów złożonych podmiotowych środków dowodowych, z których wynikałoby spełnienie wymogów wskazanych pod lit. b) i c) Rozdziału V ust. 1 pkt 4) SWZ, a przedstawiona przez niego argumentacja została uznana za nietrafną, należało stwierdzić, że Przystępujący nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Jednakże, jak stwierdził sam Odwołujący w odwołaniu, Zamawiający dotychczas nie wzywał Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie braków opisanych w uzasadnieniu zarzutu 2. W związku z tym nie można uznać, że zaistniała podstawa do odrzucenia oferty Przystępującego, o której mowa w art. 226 ust.1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp (zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu). Przed ewentualnym odrzuceniem oferty Przystępującego na tej podstawie Zamawiający powinien umożliwić Przystępującemu, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, (jednokrotne) uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych w zakresie ww. braków. Natomiast zarzut zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia nie został w odwołaniu postawiony.

Mając na uwadze powyższe, zarzut nr 2 nie podlegał uwzględnieniu.

Zarzut nr 3

Skład orzekający Izby, po wnikliwym zapoznaniu się z treścią udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, w kontekście podniesionego przez Odwołującego zarzutu, uznał, że wyjaśnieniami tymi Przystępujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Na podstawie tych wyjaśnień można jedynie stwierdzić występowanie takiego prawdopodobieństwa. W związku z tym skład orzekający Izby zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego w zakresie oceny tych wyjaśnień, choć nie ze wszystkimi argumentami przedstawionymi w odwołaniu. Istotne znaczenie w kontekście tego zarzutu miała również zasada rozkładu ciężaru dowodu uregulowana w art. 537 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Należało zatem uwzględnić fakt, że szereg wątpliwości co do kalkulacji ceny przez Przystępującego, które w związku ze złożonym odwołaniem pojawiły się w odniesieniu do udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, nie zostało przez niego wyjaśnionych w toku postępowania odwoławczego.

Jak zauważył Odwołujący w odwołaniu, nie jest jasne jak zawartą w wyjaśnieniach informację odnośnie zapewnienia 50 godzin miesięcznie specjalisty ds. obsługi zgłoszeń ze stawką 200,00 zł netto [str. 3 wyjaśnień] zestawić z tabelą – kalkulacją kosztową zamówienia gwarantowanego [str. 2 wyjaśnień]. Pojawiły się wątpliwości, czy chodzi o pozycję „Utrzymanie systemu eZamawiający (obsługa zgłoszeń i błędów, dostosowanie do zmian prawa, weryfikacja podpisu)”, gdzie podano kwotę jednostkową brutto: 10 000,00 zł, łączną wartość brutto: 230 000,00 zł (10 000,00 zł x 23 miesiące). Łączna wartość kosztów pracy ww. specjalisty ds. obsługi zgłoszeń to również 230 000,00 zł, ale jest to wartość netto, a nie brutto (200,00 zł netto x 50 h = 10 000,00 zł netto; 10 000,00 zł netto x 23 = 230 000,00 zł netto). W toku postępowania odwoławczego Przystępujący, pomimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu zgodnie z art. 537 pkt 1 ustawy Pzp, nie wyjaśnił ww. wątpliwości. W piśmie procesowym Przystępującego z dnia 28 czerwca 2024 r. [str. 7] jest mowa o stawce 200,00 zł brutto w odniesieniu do specjalisty ds. obsługi zgłoszeń, jednakże Przystępujący nie przedstawił żadnych wyjaśnień ani tym bardziej dowodów, że faktycznie taką stawkę przyjął obliczając cenę oferty. Wobec braku wyjaśnień ze strony Przystępującego należy uwzględnić możliwość, że w ramach kalkulacji ceny stawka 200,00 zł została przez Przystępującego przyjęta jako kwota netto, a nie brutto. W takim przypadku, jeżeli kosztom pracy specjalisty ds. obsługi zgłoszeń należy przyporządkować w tabeli pozycję „Utrzymanie systemu eZamawiający (obsługa zgłoszeń i błędów, dostosowanie do zmian prawa, weryfikacja podpisu)”, wartość tej pozycji (brutto) wzrośnie o kwotę 52 900 zł (po powiększeniu o należny podatek). Mając na uwadze powyższe niejasności koszty „Utrzymania systemu eZamawiający” należy uznać za niewykazane.

Również za niewykazane należy uznać koszty „Wsparcia technicznego (infolinia) - zwiększenie obsady o 1/2 etatu”. Izba nie zgadza się z Odwołującym, że Przystępujący powinien był podać koszt podstawowej infolinii. Koszt ten nie ma znaczenia, gdyż istotny jest jedynie dedykowany dla tego zamówienia koszt zwiększenia obsady infolinii o 1/2 etatu. Koszt ten Przystępujący skalkulował na kwotę 6 000,00 zł x 23 (miesiące) = 138 000,00 zł brutto [str. 4 wyjaśnień]. W ramach wyjaśnień dotyczących ww. kosztów Przystępujący wskazał: „W pozycji koszty pracy uwzględnione zostały również koszty pracodawcy, rezerwy urlopowe i zastępstwa chorobowe (wg. kalkulacji zwyczajowo przyjętej u Wykonawcy). Konsorcjum na stanowisko obsługi infolinii zatrudnia studentów i absolwentów na umowę o pracę za minimalnym wynagrodzeniem wynikającym z przepisów.”. Odnosząc się do powyższego należy wskazać, co następuje: Po pierwsze, Przystępujący nie przedstawił dowodów na potwierdzenie tego, że na ww. stanowisku pracują osoby za minimalne wynagrodzenie. Po drugie, Przystępujący nie wyjaśnił w jaki sposób w ww. stawce zostały uwzględnione koszty pracodawcy, rezerwy urlopowe i zastępstwa chorobowe. Brak tych wyjaśnień uniemożliwia dokonanie weryfikacji prawidłowości kalkulacji ceny Przystępującego w tym zakresie.

Przystępujący nie przedstawił również wystarczających wyjaśnień odnośnie sposobu kalkulacji:

- kosztów infrastruktury - stwierdzenie: „Konsorcjum przyjęło założenie zwiększenia infrastruktury serwerowej o 2 000 zł brutto miesięcznie co jest uzasadnione procentowym udziałem postępowań realizowanych przez Zamawiającego w stosunku do już obsługiwanej liczby postępowań.” [str. 5 wyjaśnień] należy uznać za niewystarczające, gdyż nie pozwala na weryfikację prawidłowości kalkulacji ceny Przystępującego w tym zakresie;

-kosztów administracji, biura – łącznie 71 300,00 zł brutto [str. 2 wyjaśnień];

-kosztów szkoleń stacjonarnych (wykładowca – łącznie 29 600,00 zł brutto, dojazd, zakwaterowanie, dieta, materiały – łącznie 88 800,00 zł brutto) [str. 2 wyjaśnień] -stwierdzenie, że zastosowano stawkę uśrednioną należy uznać za niewystarczające, gdyż nie pozwala na weryfikację prawidłowości kalkulacji ceny Przystępującego w tym zakresie.

Przystępujący przyjął w kalkulacji kwotę 73 000,00 zł brutto jako marżę w odniesieniu do części „Dostęp do systemu eZamawiający na okres 23 miesięcy wraz ze wsparciem technicznym” oraz kwotę 29 526,00 zł brutto jako marżę i ryzyko w odniesieniu do części „Szkolenia stacjonarne”. Ponieważ w drugim przypadku w jednej pozycji połączono marżę i ryzyko i nie wykazano na jakim poziomie skalkulowano samą marżę, wzięta pod uwagę jako planowana przez Przystępującego marża może być wyłącznie kwota 73 000,00 zł.

W związku z powyższym, nie jest możliwe przyjęcie, że ewentualne niedoszacowanie ceny w odniesieniu do kategorii kosztów opisanych powyżej, które należy założyć w związku z niejasnościami i brakiem wyjaśnień ze strony Przystępującego, z pewnością mogłoby zostać pokryte z kwoty spodziewanej przez Przystępującego marży.

Udzielone przez Przystępujące wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny należy zatem uznać za niejasne i niewystarczające. Nie rozwiewają one wątpliwości do co do rynkowego charakteru ceny zaoferowanej przez Przystępującego. Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem [art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp], podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Kierując się wskazaną powyżej argumentacją Izba uznała, że Przystępujący nie sprostął obowiązkowi spoczywającemu na nim zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. W związku z tym w stosunku do jego oferty zaistniała podstawa odrzucenia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, zarzut nr 3 Izba uznała za zasadny i nakazała Zamawiającemu m.in. odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym i drugim sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 5 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). Wprawdzie Izba nie uwzględniła jednego z zarzutów odwołania, jednakże na skutek uwzględnienia pozostałych zarzutów dojdzie do wyeliminowania Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia, do czego dążył Odwołujący. Za takim rozstrzygnięciem w zakresie kosztów postępowania przemawia zatem waga uwzględnionych zarzutów odwołania.

Przewodnicząca:.....