

WYROK

Warszawa, dnia 18.06.2024

r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Emilia Garbala

Irmina Pawlik

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 16 maja 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch Polska S.A. oraz Comarch S.A. z siedzibą lidera w Krakowie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami: 1, 4, 5, 6 oraz 7.
2. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 2.
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
4. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
5. Zasądza od odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch Polska S.A. oraz Comarch S.A. z siedzibą lidera w Krakowie na rzecz zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych kwotę 3 600 zł 00 gr (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:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1718/24

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, znak sprawy: 993200/271/17/2023.

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

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 29 grudnia 2023 r. pod numerem 00795155-2023.

W dniu 16 maja 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch Polska S.A. oraz Comarch S.A. z siedzibą lidera w Krakowie, dalej jako: „Odwołujący” wobec zapisów dokumentów zamówienia.

Odwołujący postawił w odwołaniu 7 zarzutów, z których część została wycofana (zarzut nr 1, 4, 5, 6 oraz 7). Podtrzymane zostały zarzuty nr 2 i 3, w ramach których Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

[zarzut oznaczony w odwołaniu numerem 2] art. 522 ust. 2 PZP w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 18, art. 239 ust. 1 i 2 oraz art. 240 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP poprzez zaniechanie wprowadzenia zmian zgodnie z żądaniem odwołania z dnia 8 stycznia 2024 r. (zaniechanie usunięcia wymogu realizacji przynajmniej 1 z 2 zadań w ramach każdej jednostki zadaniowej, o którym mowa w pkt 7.3.3.12 SWZ) oraz opisanie kryterium oceny ofert „Test kompetencji technicznych” oraz sposobu oceny ofert w ramach wymienionego kryterium w sposób nadmiarowy, nieproporcjonalny, nieefektywny, niezrozumiały, uniemożliwiający wybór oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny, uniemożliwiający porównanie poziomu

oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami efektywności, proporcjonalności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
[zarzut oznaczony w odwołaniu numerem 3] art. 522 ust. 2 PZP w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 18, art. 239 ust. 1 i art. 240 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 PZP poprzez zaniechanie wprowadzenia zmian zgodnie z żądaniem odwołania z dnia 8 stycznia 2024 r. (zaniechanie wydłużenia czasu realizacji Testu kompetencji technicznych z 16 do 24 godzin w podziale na 3 dni) oraz opisanie kryterium oceny ofert „Test kompetencji technicznych” oraz sposobu oceny ofert w ramach wymienionego kryterium w sposób nadmiarowy, a tym samym w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu odpowiedniej zmiany zapisów dokumentacji w sposób wskazany szczegółowo w treści uzasadnienia odwołania.

Stanowisko Odwołującego:

[zarzut nr 2]

Odwołujący wskazywał, że w dniu 6 maja 2024 r. Zamawiający opublikował zmiany SWZ i ogłoszenia o zamówieniu dotyczące kryterium Testów kompetencji technicznych, w szczególności modyfikację nr 24, która dotyczyła zarówno pkt 7.3.3.12 SWZ, jak i wprowadziła nowy pkt 7.3.3.17 SWZ.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że pierwotne zapisy SWZ zostały przez niego zaskarżone odwołaniem z dnia 8 stycznia 2024 r. w ramach zarzutu nr 13C. Odwołujący w ramach postawionego zarzutu wnosił o modyfikację SWZ polegającą na usunięciu punktu 7.3.3.12 oraz dostosowaniu jego treści w następujący sposób:

„7.3.3.13 Dla kryterium Test kompetencji technicznych (T) – punkty zostaną obliczone według następującego wzoru: $T = \text{liczba zadań rozwiązanych poprawnie} / 12 \times 30$ (waga kryterium w %).”

Odwołujący w ramach poprzedniego odwołania zgłosił również żądanie alternatywne, związane z modyfikacją SWZ polegającą na nadaniu punktowi 7.3.3.13 następującej treści:

„7.3.3.13 Dla kryterium Test kompetencji technicznych (T) – punkty zostaną obliczone według następującego wzoru, z zastrzeżeniem punktu 7.3.3.12: $T = \text{liczba zadań rozwiązanych poprawnie} - 5 / 6 \times 30$ (waga kryterium w %).”

Jak kontynuował Odwołujący, w dniu 30 stycznia 2024 r. Zamawiający opublikował modyfikację nr 18, którą zmienił brzmienie zakwestionowanego punktu.

Z kolei w dniu 31 stycznia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, zgodnie z którą uwzględnił zarzut nr 13 w całości.

Tym samym Zamawiający, pomimo uwzględnienia zarzutu nr 13 w całości w dniu 31 stycznia 2024 r., nie zrealizował żądania Odwołującego dot. zarzutu nr 13 C. Dodatkowo modyfikacją z dnia 6 maja 2024 r. Zamawiający w pkt 7.3.3.17 SWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu wprowadził sprzeczny z tym żądaniem warunek otrzymania punktów w kryterium Test kompetencji technicznych, jakim jest poprawne rozwiązanie przynajmniej jednego zadania z każdej jednostki zadaniowej.

Zgodnie z ww. regułami przytoczonymi w SWZ, aby uzyskać jakiekolwiek punkty w kryterium Test kompetencji technicznych, wykonawca musi zrealizować 6 zadań poprawnie i z przewidzianym w SWZ rozkładem: to znaczy 1 z 2 zadań w ramach każdej jednostki zadaniowej.

W pkt 7.3.3.17 SWZ Zamawiający wprowadził warunek otrzymania punktów w kryterium Test kompetencji technicznych, jakim jest poprawne rozwiązanie przynajmniej jednego zadania z każdej jednostki zadaniowej.

Jak podkreślił, to właśnie wymóg opisanego wyżej rozkładu – poprawnego rozwiązania przynajmniej 1 z 2 zadań w ramach każdej jednostki zadaniowej – prowadzi do niesprawiedliwych wyników i jest zdecydowanie zbyt rygorystyczny, nieproporcjonalny i nieefektywny na etapie oceny ofert. Obecnie przyjęty model przyznawania punktów prowadzi do zniekształcenia oceny rzeczywistych kompetencji wykonawców i niesprawiedliwej, nieproporcjonalnej i nieefektywnej oceny punktowej – a w konsekwencji uniemożliwia wybór oferty najlepszej jakościowo.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że zebranie przez ZUS badających 2 odrębne kompetencje 2 zadań w 1 tzw. jednostkę zadaniową nie ma podstaw merytorycznych, nie jest uzasadnione koniecznością oceny oferty co do jakości w ramach jakiś obszarów kompetencyjnych. Jednostka zadaniowa jest tworem sztucznym – gdyż nie bada jednej kompetencji, czy nawet kompetencji z jednego obszaru, ale każde z zadań w ramach jednostki zadaniowej bada zupełnie inną kompetencję.

[zarzut nr 3]

Odwołujący zwrócił uwagę, że w dniu 8 stycznia 2024 r. złożył odwołanie od treści załącznika nr 12 do SWZ (KIO 104/24) i w ramach zarzutu nr 13 D zażądał nakazania Zamawiającemu modyfikacji SWZ polegającej na jego zmianie polegającej m.in. na ustaleniu by czas realizacji testu kompetencji wynosił 24 godziny (w podziale na trzy dni robocze).

W dniu 31 stycznia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, zgodnie z którą uwzględnił zarzut nr 13 w całości: Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie niniejszego zarzutu oraz dokona stosownych zmian w opisie Kryterium Test kompetencji technicznej.

W dniu 6 maja 2024 r. Zamawiający opublikował zmiany SWZ i ogłoszenia o zamówieniu dotyczące kryterium Testów kompetencji technicznych, niemniej wbrew żądaniu uwzględnionego przez ZUS odwołania z dnia 8 stycznia 2024 r. nie wprowadził modyfikacji załącznika nr 12 do SWZ w zakresie ust. 4.

Jak wskazywał, w regulaminie Testu kompetencji technicznych Zamawiający określił podział realizacji jednostek na dwa dni, w ramach których wykonane będzie po 6 zadań testowych. W opinii Odwołującego, czas przewidziany na realizację zadań jest niewystarczający i nieadekwatny do zadań ujętych w jednostkach zadaniowych.

Odwołujący realizował umowę utrzymaniową. Konsorcjum Comarch jako jedyne dotychczas przeszło weryfikację merytoryczną w procesie przejmowania usług utrzymania. Jak dotąd żaden inny podmiot, w tym Asseco, nie był poddawany tak szczegółowej i drobiazgowej weryfikacji kompetencji. Odwołujący wie zatem, w jaki sposób ZUS może definiować zadania i jak bardzo mogą być one złożone, a ich rozwiązanie czasochłonne. Dlatego Odwołujący sprzeciwia się ograniczeniu do dwóch liczby dni przewidzianych do realizacji zadań.

Jak podkreślił Odwołujący, uprzedzając ewentualne argumenty Zamawiającego, dotyczące zmniejszenie liczby zadań w obrębie poszczególnych jednostek zadaniowych, co przekłada się na dzienną liczbę zadań w liczbie 6 a nie 9, jak przy poprzednim postępowaniu, wskazać należy, że na czasochłonność nie wpływa tylko liczba zadań ale i liczba technologii, która przekłada się na konieczność zapewnienia właściwych kompetencji.

Nie sposób również nie zauważyć, iż wobec 2-letniego czasu przewidzianego na realizację postępowania o udzielenie zamówienia zaniechanie wydłużenia czasu przeprowadzenia Testów kompetencji technicznych o z punktu widzenia ZUS jedyne – a z punktu widzenia wykonawcy kluczowej – 8 godzin i rozłożenia tychże testów na 3 dni, jest zwyczajnie nieproporcjonalne i w ogóle nie służy prawidłowemu przeprowadzeniu postępowania.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 11 czerwca 2024 r. stanowisko w sprawie zajął Zamawiający, wnosząc o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 2 oraz jego oddalenie w zakresie zarzutu nr 3.

[zarzut nr 2]

W ocenie Zamawiającego niniejszy zarzut podlega odrzuceniu jako:

- dotyczący zagadnienia, które było objęte poprzednim odwołaniem i wykonane zgodnie z żądaniem alternatywnym zawartym w odwołaniu (art. 568 pkt 5) ustawy Pzp), ewentualnie
- spóźniony (art. 568 pkt 3) ustawy Pzp).

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący odwołaniem z dnia 8 stycznia 2024 r. zakwestionował podobnie jak w niniejszym odwołaniu dodatkowy wymóg zaliczenia co najmniej 1 z 2 zadań w jednostce podnosząc analogiczną do obecnej argumentację. Dodatkowo zakwestionował wzór obliczenia punktów w tym kryterium. Sformułował również dwa żądania – tożsame do obecnie podnoszonego oraz alternatywne polegające na poprawieniu wzoru tak aby wykonanie jednego zadania w każdej jednostce zadaniowej (a zatem spełniające podstawowy, minimalny wymóg) wiązało się z przyznaniem punktów. Pierwotnie przewidziany wzór powodował, że dopiero wykonanie 7 zadań dawało punkty wykonawcom w tym kryterium.

Tym samym w odwołaniu zgłosił dwa alternatywne tj. wymienne żądania. Tylko jedno z nich zawierało żądanie usunięcia postanowień dotyczących minimalnych wymagań punktowych. Drugie ograniczało się do poprawienia wzoru, aby wykonanie co najmniej jednego zadania w każdej jednostce zgodnie z pkt 7.3.3.13 SWZ pozwalało na uzyskanie punktów w tym kryterium.

Zamawiający w dniu 30 stycznia 2024 r. uwzględnił żądanie alternatywne Odwołującego i zmodyfikował SWZ poprawiając wzór tak aby zaliczenie 6 zadań dawało punkty ofercie. Skoro sam Odwołujący sformułował w odwołaniu z dnia 8 stycznia 2024 r. dwa alternatywne żądania, które jak należy rozumieć były do wyboru dla Zamawiającego lub Izby to nie może obecnie uznawać, że zmiana SWZ zgodna z jednym z tych żądań nie realizowała postawionego w dniu 8

stycznia 2024 r. zarzutu.

Co istotne w dniu 30 stycznia 2024 r. Odwołujący powziął już wiedzę, że Zamawiający zmodyfikował wzór uwzględniając tylko jedno z alternatywnych żądań i nie zakwestionował aż do chwili obecnej tego nowego postanowienia SWZ.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący w niniejszym postępowaniu odwoławczym dąży do przywrócenia sobie terminu w zakresie kwestii, które już zostały zamknięte zgodnie z jego sugestią i były niesporne przez kilka ostatnich miesięcy. Należy jednak podkreślić, że terminy na składanie odwołań są terminami zawitymi. Nie przysługuje ich przywrócenie, a Wykonawcy muszą liczyć się z negatywnymi konsekwencjami wszelkich zaniechań i błędów związanych z niezaskarżeniem postanowień SWZ we właściwym czasie lub omyłkowym formułowaniem odwołań.

Zamawiający zgłosił wobec ww. zarzutu również wnioszek ewentualny, o jego oddalenie w całości.

[zarzut nr 3]

Zdaniem Zamawiającego postawiony zarzut jest chybiony. Przede wszystkim nie został on wykazany przez Odwołującego.

Dalej Zamawiający wskazał, że testy prowadzone w celu przejęcia usług utrzymania KSI ZUS po zawarciu umowy w sprawie zamówienia, na które powoływał się w treści odwołania Odwołujący, nie mają nic wspólnego z badaniem wykonawcy w kryteriach oceny ofert. Także sposób prowadzenia tamtych testów, ich zakres, poziom skomplikowania są całkowicie inne niż testy kwestionowane odwołaniem. Testy kompetencji technicznych w ramach kryteriów oceny ofert były już dwukrotnie zaliczane przez obu wykonawców Konsorcjum Comarch i Asseco. Za każdym razem wynik Konsorcjum Comarch jest na porównywalnym poziomie do wyniku Asseco. Świadczy to tezie całkowicie przeciwnej do tej, którą próbuje zasugerować Odwołujący, jakoby testy te były skomplikowane i wymagające.

Zamawiający dodał, że prowadzenie takich testów wiąże się z wysiłkiem organizacyjnym (przygotowanie warunków, środowisk testowych, sprzętu, ludzi) oraz finansowym po stronie Zamawiającego. Nieracjonalne jest, żeby Zamawiający zmniejszając liczbę jednostek zadaniowych narażał organizację na niczym nieuzasadnione koszty finansowe i organizacyjne.

Co również istotne zdaniem Zamawiającego poprzednio planował on 18 zadań, obecnie jest ich tylko 12, stąd racjonalnym było odpowiednie, proporcjonalne obniżenie czasu realizacji zadań.

Stanowisko Przystępującego:

W trakcie posiedzenia i rozprawy ustne stanowisko w sprawie zajął wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, dalej jako: „Przystępujący”. Przystępujący przede wszystkim poparł stanowisko Zamawiającego oraz przedstawił swoją argumentację, wnosząc o odrzucenie i oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo strony oraz uczestnicy zgłaszali wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodów z dokumentów na okoliczności wskazywane przy ich składaniu. Izba postanowiła dopuścić wszystkie ww. wnioskowane dowody w poczet materiału dowodowego i przeprowadzić na ich podstawie dowody. W sytuacji, w której Izba opierała się przy wydawaniu rozstrzygnięcia na konkretnym dowodzie, znajdzie to wyraz w dalszej treści uzasadnienia.

Izba stwierdziła podstawę do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy PZP w zakresie dotyczącym zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami: 1, 4, 5, 6 oraz 7. Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 13 czerwca 2024 r. oświadczył, że wycofuje odwołanie w ww. zakresie, a więc postępowanie odwoławcze należało umorzyć.

Izba stwierdziła podstawę do odrzucenia odwołania w zakresie zarzutu nr 2 – jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie (art. 528 pkt 3 ustawy PZP).

Dla stwierdzenia powyższego kluczowym są następujące okoliczności faktyczne sprawy:

W odwołaniu z dnia 8 stycznia 2024 r. (sygn. akt KIO 104/24) Odwołujący w ramach zarzutów dotyczących kryteriów oceny ofert zakwestionował m. in. nieprawidłowości w zakresie określenia warunków przyznawania punktów w ramach kryterium testy kompetencji technicznych, podnosząc argumentację dotyczącą punktów 7.3.3.12 oraz 7.3.3.13 SWZ.

Pierwszą z poruszanych ówczesnie kwestii w ramach podniesionego zarzutu był obowiązek zrealizowania poprawnie 50% zadań i z odpowiednim rozkładem – to znaczy 1 z 2 zadań w ramach każdej jednostki zadaniowej, aby uzyskać jakiegokolwiek punkty. Wedle wtedy podnoszonej argumentacji takie podejście mogło prowadzić do niesprawiedliwych wyników i jest zdecydowanie zbyt rygorystyczne na etapie oceny ofert. Co do zasady ta część argumentacji pokrywa się z podnoszoną w obecnie rozpatrywanym odwołaniu.

Drugą kwestią jaką poruszył Odwołujący w poprzednim odwołaniu było to, że nawet w sytuacji, gdy ubiegający się o zamówienie podmiot uzyska co najmniej 1 pkt z każdego zadania i tym samym uzyska 50% zaliczenia, co zgodnie z zapisami SWZ upoważni Zamawiającego do zastosowania wzoru punktowego, to i tak ubiegający się podmiot powinien uzyskać 0 pkt ale te 0 nie jest przyznane z tytułu niezaliczenia warunku, a z samego wzoru.

Wobec przedstawianej argumentacji Odwołujący zgłosił dwa żądania. Podstawowe oraz alternatywne.

Żądanie podstawowe sprowadzało się do modyfikacji SWZ polegającej na usunięciu punktu 7.3.3.12 oraz w związku z tym dostosowaniu punktu 7.3.3.13, w którym określony był wzór dotyczący przyznawanej punktacji – żądanie to pokrywało się z pierwszą częścią argumentacji zgłoszonej w ramach przedmiotowego zarzutu oraz pokrywa się z żądaniem zgłoszonym w obecnie wniesionym odwołaniu.

W żądaniu alternatywnym Odwołujący wniósł o modyfikację wzoru w taki sposób by przy spełnieniu warunków pierwotnie opisanych w SWZ uprawniających do zdobycia punktów, punkty te faktycznie zostały naliczone, co uniemożliwiało dotychczasowy wzór – żądanie to pokrywało się z drugą częścią argumentacji zgłoszonej w ramach przedmiotowego zarzutu.

Dokładne żądanie alternatywne wskazywało na następującą modyfikację wzoru naliczania punktów:

$T = x \cdot 30$ (waga kryterium w %)

Po wniesieniu odwołania, w dniu 30 stycznia 2024 r. Zamawiający opublikował modyfikację SWZ nr 18, w ramach której zmienił wzór obliczania punktów w następujący sposób:

BYŁO: $T = x \cdot 30$ (waga kryterium w %)

JEST: $T = x \cdot 30$ (waga kryterium w %)

Następnie w dniu 31 stycznia 2024 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie przedmiotowego zarzutu.

Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, że obecne odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, a zatem podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy PZP.

Wskazać należy, że modyfikacja SWZ w zakresie obecnie kwestionowanym przez Odwołującego miała miejsce 30 stycznia 2024 r. – Zamawiający de facto zmienił zapisy dokumentacji zgodnie z żądaniem alternatywnym zawartym w pierwszym odwołaniu. Wobec tego, jeśli Odwołujący nie zgadzał się z dokonaną zmianą, powinien był zareagować poprzez złożenie środka ochrony prawnej na nowe zapisy dokumentacji – czego nie zrobił.

Co więcej, w dniu 26 lutego 2024 r. miała miejsce kolejna zmiana SWZ, która dotyczyła co prawda innej części dokumentacji, tj. art. 5 ust. 15 projektowanych postanowień umowy stanowiących Załącznik nr 2 do SWZ jednak bezsprzecznie świadczyła o podtrzymaniu przez Zamawiającego wymogu zaliczenia co najmniej 1 z 2 zadań w każdej jednostce zadaniowej celem otrzymania punktów w kryterium. Zmiana ta również nie została zakwestionowana w drodze odwołania oraz nie jest kwestionowana w obecnie.

Powyższe świadczy więc o spełnieniu przesłanki, o której mowa w art. 528 pkt 3 ustawy PZP. Odwołujący podnosi bowiem argumentację tożsamą jak w pierwszym odwołaniu, jednak wobec zmiany zapisów SWZ po jego wniesieniu, powinien był zareagować kolejnym odwołaniem z terminem liczonym od dnia opublikowania zmian, jeśli się z nimi nie zgadzał.

Izba pragnie podkreślić, że zgadza się z Zamawiającym, iż wniesienie obecnego odwołania i powoływanie w nim argumentacji, która zbieżna jest z pierwszą częścią zarzutu podnoszonego również w odwołaniu z dnia 8 stycznia, jest próbą przywrócenia sobie terminu na wniesienie odwołania w zakresie zapisów SWZ, które już zostały prawomocnie zmienione zgodnie z sugestią Odwołującego zawartą w żądaniu alternatywnym pierwszego odwołania. Nie ulega bowiem wątpliwości, że chociaż zmiany SWZ nie pokrywają się jeden do jednego z żądaniem odwołania ze stycznia, to czynią zadość intencji jaka przyświecała wówczas Odwołującemu, który w ramach żądania alternatywnego dążył do tego by wzór obliczania punktów działań poprawnie, tj. przyznawał punkty w okolicznościach opisanych w SWZ – a temu właśnie służyła modyfikacja SWZ nr 18.

Biorąc powyższe pod uwagę należy uznać, iż obecne odwołanie w omawianym zakresie jest spóźnione i podlega odrzuceniu w oparciu o art. 528 pkt 3 ustawy PZP.

Jednocześnie Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w zakresie zarzutu nr 2 w oparciu o inne przesłanki przewidziane w art. 528 ustawy PZP.

W zakresie merytorycznie rozpoznanego zarzutu nr 3 należy zwrócić uwagę na następujące okoliczności faktyczne:

Zgodnie z załącznikiem nr 12 do SWZ – Regulamin przebiegu realizacji testu kompetencji technicznych ust. 4:

„Czas realizacji Testu kompetencji technicznych – 16 godzin (w podziale na dwa dni robocze). Czas realizacji Jednostek zadaniowych odmierzany jest według wskazań zegara udostępnionego przez Zamawiającego i nastąpi zgodnie z następującym harmonogramem:

1) wprowadzenie Zamawiającego oraz przekazanie treści jednostek zadaniowych i danych wejściowych – godzina 8.00 – 8.30,

2) realizacja Jednostek zadaniowych - 8.30 – 16.30,

3) zebranie wyników realizacji Jednostek zadaniowych – 16.30 – 17.00,

4) w pierwszym dniu testów realizowane będą Jednostki zadaniowe dotyczące:

(...)

w drugim dniu testów realizowane będą Jednostki zadaniowe dotyczące:

(...)”.

Odwołujący w dniu 8 stycznia 2024 r. złożył odwołanie od ww. treści SWZ (KIO 104/24) i w ramach zarzutu nr 13 D zażądał nakazania Zamawiającemu modyfikacji SWZ polegającej na wydłużeniu czasu trwania testów do 24h w podziale na 3 dni.

W dniu 31 stycznia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, zgodnie z którą uwzględnił zarzut nr 13 w całości.

W dniu 6 maja 2024 r. Zamawiający opublikował zmiany SWZ i ogłoszenia o zamówieniu dotyczące kryterium Testów kompetencji technicznych, niemniej wbrew żądaniu uwzględnionego przez ZUS odwołania z dnia 8 stycznia 2024 r. nie wprowadził modyfikacji załącznika nr 12 do SWZ w zakresie ust. 4.

Zdaniem Izby zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie dlatego, iż nie został wykazany.

Przede wszystkim Izba ma problem ze zdiagnozowaniem dlaczego tak naprawdę czas testów miałby być dla Odwołującego niewystarczającym i nieadekwatnym, zwłaszcza biorąc pod uwagę przebieg poprzednich testów oraz doświadczenie Odwołującego związane z rozwiązywaniem jednostek zadaniowych w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego.

Należy wskazać, że o zachowaniu proporcjonalności czasu trwania testów świadczy fakt, że poprzednio prowadzone testy trwały 3 dni przy 6 jednostkach zadaniowych każdego dnia, a obecnie zostały one skrócone do 2 dni, jednak przy zachowaniu takiej samej ilości jednostek zadaniowych w ciągu dnia. Skrócenie więc testów o jeden dzień jest działaniem logicznym i proporcjonalnym, ograniczającym do niezbędnej potrzeby wydatki i zaangażowanie Zamawiającego

związane z prowadzeniem testów.

Nie bez znaczenia pozostaje argument powoływany przez Zamawiającego i Przystępującego, że Odwołujący nie kwestionuje np. ilości stacji roboczych udostępnianych poszczególnym zespołom (6), w sytuacji gdy maksymalna liczebność zespołu to 12. Wydaje się, że większa ilość stacji roboczych mogłaby wpłynąć na efektywność zespołu zwiększając zaangażowanie poszczególnych członków w rozwiązywanie zadań testowych, a tym samym na szybkość ich ukończenia. Odwołujący zdecydował się jednak tylko i wyłącznie na zakwestionowanie samego czasu trwania testów, który – co zdaniem Izby kluczowe – został skrócony proporcjonalnie do zmniejszenia ilości zadań względem poprzednio prowadzonych testów.

Wobec faktu, że maksymalna liczebność zespołu została ustalona na 12 osób, argument Odwołującego, że na czasochłonność wykonywania zadań wpływa liczba technologii, która przekłada się na konieczność zapewnienia osób o właściwych kompetencjach, również wydaje się chybiony. Uzasadnionym jest twierdzenie, że Odwołujący w ramach tak licznego zespołu może zgromadzić osoby o różnych kompetencjach.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Izby zasada proporcjonalności nie została naruszona przez Zamawiającego, czego skutkiem jest oddalenie odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy 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).

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....