Sygn. akt: KIO 306/24

WYROK

Warszawa, dnia 19 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Anna Chudzik

Monika Banaszkiewicz

Marek Bienias

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2024 r. przez wykonawcę HSI Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu,

w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Komunikacji Elektronicznej w Warszawie,

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

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę HSI Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 306/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Komunikacji Elektronicznej – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Świadczenie usług wsparcia i modyfikacji Elektronicznego Obiegu Dokumentów – ESOD* Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 listopada 2023 r. pod numerem 688510-2023.

W dniu 29 stycznia 2024 r. wykonawca HSI Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1)art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy Asseco Poland S.A. (dalej: Asseco) do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny;

2)art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Asseco jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3)art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Asseco jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

4)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Asseco mimo niezłożenia w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganymi osobami;

5)art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy Asseco do uzupełnienia wykazu usług;

6)art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy Asseco do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu usług i wykazu osób;

7)ewentualnie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie unieważnienia postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Asseco, ewentualnie wezwania Asseco Poland do uzupełnienia wykazu usług lub złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny oraz wykazu usług i osób, ewentualnie unieważnienia postępowania.

Zarzuty nr 1 i 2

Odwołujący podniósł, że cena zaoferowana przez Asseco nosi znamiona ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia bowiem istotnych składników cenotwórczych wpływających na wpływających na wycenę usługi.

Odwołujący wskazał, że w Projekcie Umowy na str. 31 zamieszczono diagram budowy systemu ESOD, a na str. 32 Opis istotnych dla pracy Systemu ESOD parametrów konfiguracji systemów operacyjnych. Diagram zamieszczony w dokumentacji został opracowany przez firmę Odwołującego w 2015 r. na zlecenie Zamawiającego i obecnie w bardzo wielu miejscach nie odzwierciedla stanu faktycznego. Jednym z elementów schematu budowy systemu opisanego w dokumentacji są serwery bazodanowe PostgreSQL. Takie rozwiązanie nie funkcjonuje u Zamawiającego od kilku lat. Zostało zastąpione klastrem bazodanowym o którym Zamawiający nie wspomina w dokumentacji technicznej. Klaster bazodanowy jest rozwiązaniem o wiele bardziej skomplikowanym i trudniejszym w zarządzaniu niż klasyczne serwery bazodanowe. Wynika to z faktu, że klaster bazodanowy obsługuje bazy danych większości systemów działających u Zamawiającego, a nie jedynie przedmiotowego systemu ESOD. Wykonawca, wktórego obowiązku jest obsługa serwisowa, w tym aktualizowanie takiego klastra odpowiada za poprawne działanie nie tylko systemu ESOD, którego dotyczy postępowanie, ale wielu innych systemów Zamawiającego. Na wykonawcy spoczywa bardzo duża odpowiedzialność i ryzyko w przypadku wystąpienia jakichkolwiek komplikacji przy aktualizacji takiego klastra. Aktualizacja klastra wymaga wstrzymania nie jednego, a większości systemów funkcjonujących u Zamawiającego. Same klastry bazodanowe mogą występować w wielu różnych technologiach i konfiguracjach, co dodatkowo komplikuje możliwość prawidłowego oszacowania związanego z tym nakładu pracy. Zdaniem Odwołującego, cena zaoferowana przez Asseco nie uwzględnia ww. zakresu prac.

Dalej Odwołujący podniósł, że kolejnym istotnym elementem systemu funkcjonującego u Zamawiającego jest system kolejkowy (RabbitMQ), służący do przekazywanie plików między serwerem aplikacyjnym a serwerami placeholderów (szablonów) i serwerami konwersji. System ten jest jednym z kluczowych elementów niezbędnych do działania całego systemu objętego postępowaniem i również jego obsługa (m.in. aktualizacje samego programu RabbitMQ, aktualizacje systemu ESOD podkątem zmian pojawiających się w nowych wersjach RabbitMQ, analiza błędów w działaniu ESOD itd.) jestobowiązkiem wykonawcy i powinna być skalkulowana w cenie oferty. W związku z tym, że system ten nie został w żaden sposób opisany w dokumentacji postępowania, zaś jego utrzymanie jest niezbędne do należytego wykonania zamówienia, należy domniemywać, że Asseco nie uwzględnił kosztów związanych z obsługą tego systemu, co niewątpliwie wpłynęło na zaniżenie ceny ofertowej w stosunku do faktycznego zakresu zamówienia.

Ponadto Odwołujący podniósł, że w systemie ESOD funkcjonuje obecnie wieleserwerów konwersji komunikujących się z serwerem aplikacji. Są one połączone nie w sposób bezpośredni, jak to wynika z dokumentacji, lecz za pośrednictwem systemów kolejkowania nieuwzględnionych w diagramie budowy systemu. Podobnie sytuacja się ma z serwerami placeholderów komunikujących się z serwerem aplikacyjnym przy użyciu systemu kolejkowego. Takie rozwiązania w przypadku pojawienia się problemów z działaniem systemu wymagają znacznie większego nakładu czasu na znalezienie przyczyny błędu niż w przypadku prostych połączeń klient – serwer jakie wynikają z dokumentacji opublikowanej przez Zamawiającego. Jest to zatem kolejny element, którego firma Asseco nie uwzględniła w swojej ofercie, co skutkowało zaoferowaniem ceny niższej od faktycznych kosztów realizacji zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, kolejnym elementem nieuwzględnionym w diagramie przedstawionym przez Zamawiającego jest serwer tożsamości (identity provider) służący do uwierzytelniania użytkowników. Wdrożenie serwera tożsamości skutkuje wydelegowaniem przez serwer aplikacyjny odpowiedzialności za identyfikację użytkowników do zewnętrznego komponentu, z którym jest zintegrowany. Jest to kolejny element do utrzymania przez wykonawcę, którego koszt utrzymywania nie został uwzględniony w wycenie Asseco. Do tego dochodzi wiele elementów charakterystycznych dla danego systemu wynikających ze specyfiki pracy, integracji z systemami zewnętrznymi czy współzależności od

innych systemów funkcjonujących w infrastrukturze Zamawiającego.

Odwołujący przedstawił diagram mający prezentować główne różnice między faktyczną budową systemu a przyjętą za podstawę wyceny oferty przez Asseco. Wskazał, że diagram pokazuje, jak duże zmiany w stosunku do diagramu opublikowanego przez Zamawiającego wnoszą elementy wspomniane w treści odwołania.

Odwołujący podniósł, że nawet jeśli Zamawiający nie uwzględnił wszystkich elementów cenotwórczych w opisie przedmiotu zamówienia, nie zwalnia go to z obowiązku weryfikacji oferty pod kątem rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia. Nie sposób bowiem zaakceptować sytuacji, w której Zamawiający odstępuje od zbadania oferty, akceptując ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia z powodu zaniżonej ceny oferty.

Odwołujący powołał się na treść art. 224 ust. 1 ustawy Pzp i podniósł, że Zamawiający zobligowany był do wezwania Asseco do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że cena zaoferowana przez Asseco powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, biorąc pod uwagę dodatkowe koszty związane z brakiem znajomości systemu przez ww. wykonawcę. Stwierdził, że w świetle reguł doświadczenia życiowego oraz logiki należy przyjąć, że koszty związane z obsługą systemu przez wykonawcę, który zupełnie nie zna systemu jest znacznie wyższy od faktycznych kosztów ponoszonych przez Odwołującego, który jest twórcą tego systemu i świadczył wcześniej usługę jego utrzymania. Już choćby z tego powodu cena zaoferowana przez Asseco nosi znamiona ceny rażąco niskiej, co wymagało od Zamawiającego podjęcia działań w celu weryfikacji oferty ww. wykonawcy pod kątem rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty.

Zarzut nr 3

Odwołujący podniósł, że z uwagi na okoliczności wskazane w ramach uzasadnienia zarzutów nr 1 i 2, w szczególności konieczność poniesienia przez wykonawcę Asseco znacznie wyższych kosztów związanych z poznawaniem i nauką obsługi nowego systemu, analizą kodów źródłowych systemu, komponentami dodatkowymi oraz sposobem wymiany danych między elementami systemu, przy jednoczesnym braku szczegółowej wiedzy co do charakterystyki i architektury systemu, cena zaoferowana przez Asseco jest ceną dumpingową. Odwołujący zaznaczył, że złożył ofertę bazując na posiadanej wiedzy wynikającej ze świadczenia wieloletniej obsługi serwisowej oraz usług modernizacyjnych u tego konkretnego Zamawiającego, uwzględniając w cenie wszystkie faktyczne koszty. Tymczasem poziom ceny zaoferowanej przez Asseco wskazuje, że została ona skalkulowana znacznie poniżej faktycznych kosztów świadczenia usługi. Biorąc pod uwagę pozycję rynkową oraz doświadczenie Asseco, nie sposób założyć, że wykonawca ten nie miał świadomości dodatkowych kosztów związanych z obsługą systemu, którego nie zna, zatem koszty te zostały świadomie pominięte na etapie wyceny oferty.

Zarzut nr 4

Odwołujący wskazał, że pismem z 5 stycznia 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Asseco do uzupełnienia wykazu osób o informacje o kwalifikacjach zawodowych osób wskazanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że celem wezwania do uzupełnienia dokumentu było uzyskanie przez Zamawiającego skonkretyzowanych informacji na temat kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób, które zostaną skierowane do wykonania zamówienia. Tymczasem uzupełniony przez Asseco wykaz osób zawiera blankietowe informacje skopiowane z SWZ, niepozwalające na faktyczną weryfikację spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zaznaczył, że obowiązkiem wykonawcy jest podanie Zamawiającemu konkretnych informacji, wskazujących na posiadane przez niego wiedzę i doświadczenie i pozwalających na zweryfikowanie spełniania warunków, a nie jedynie powielenie postanowień SIWZ. Wobec powyższego Odwołujący stwierdził, że wykonawca Assecode facto nie wywiązał się z obowiązku złożenia podmiotowego środka dowodowego w wymaganym terminie, co uzasadnia odrzucenie jego oferty.

Zarzut nr 5

Odwołujący podniósł, że wykonawca Asseco nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Odwołujący wskazał, że w rozdz. 9 pkt 4 lit. a SWZ Zamawiający określił następujące wymogi wobec wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia:

Wykonawca dla spełnienia powyższego warunku zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie w ramach wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług, należycie wykonał co najmniej jedną

usługę, której głównym przedmiotem było zapewnienie przez okres minimum 12 miesięcy wsparcia i modyfikacji dla oprogramowania służącego do elektronicznego obiegu dokumentów spełniającego wymogi z Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 30 października 2006 r. w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z dokumentami elektronicznymi (Dz. U. Nr 206, poz. 1518) i Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych iAdministracji z dnia 30 października 2006 r. w sprawie niezbędnych elementów struktury dokumentów elektronicznych (Dz. U. Nr 206, poz. 1517) oraz posiadającego wszystkie niżej wymienione funkcjonalności (…)

Odwołujący podniósł, że wykonawca Asseco wskazał dwie usługi, z treści wykazu, podobnie jak z oświadczenia wykonawcy z 28 grudnia 2023 r. wynika jednak, że wykonawca wykonał dla ZUS jedynie usługęmodyfikacji systemu. Tymczasem Zamawiający wymaga dysponowania doświadczeniem w realizacji, przez okres minimum 12 miesięcy, usługi wsparcia i modyfikacji systemu. Usługa wykonania na rzecz ZUS nie potwierdza zatem dysponowania przez Asseco niezbędnym doświadczeniem. Odwołujący podkreślił, że powyższa informacja pochodzi m.in. z oświadczenia własnego Asseco, w związku z czym stanowi okoliczność bezsporną.

Ponadto Odwołujący podniósł, że usługa wykonana na rzecz PFRON nie może byćuznana za wystarczającą, co wynika z kilku przyczyn.

Po pierwsze, Zamawiający wymagał wykazania wykonania usługi, którejgłównym przedmiotem było zapewnienie wsparcia i modyfikacji dla systemu służącego do elektronicznego obiegu dokumentów, a nie jakiegokolwiek systemu. Tymczasem system Neo jest systemem służącym do rozliczeń (ewidencji i poboru opłat), zaś elektroniczny obieg dokumentów stanowi jedynie jedną z funkcjonalności. Zdaniem Odwołującego nie sposób uznać, że głównym przedmiotem usługi było wsparcie i modyfikacja systemu elektronicznego obiegu dokumentów, a tym samym, że spełnione zostały wymagania określone w SWZ.

Po drugie, Zamawiający wymagał, aby system spełniał wymogi z Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 30 października 2006 r. w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z dokumentami elektronicznymi (Dz. U. Nr 206, poz. 1518) i Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 30 października 2006 r. w sprawie niezbędnych elementów struktury dokumentów elektronicznych (Dz. U. Nr 206, poz. 1517). Natomiast, jak wynika z treści listu referencyjnego wystawionego przez PFRON: Wymogi prawne dotyczące ewidencji dokumentów elektronicznych (Dz. U. Nr 206, poz. 1518 oraz Dz. U. Nr 206, poz. 1517) zostały zaimplementowane w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Powyższe wskazuje, że system ten nie spełniał wymagań ww. aktów prawnych w pełnym zakresie, lecz jedynie w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Zarzut nr 6

Odwołujący podniósł, że część informacji zawartych w wykazie usług budzi istotne wątpliwości z punktu widzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z SWZ system powinien być obsługiwany przez co najmniej 300 osób, gdy tymczasem w treści referencji dotyczącej systemu Neo mowa jest o około 300 pracownikach, co podaje w wątpliwość spełnienie wymagań dotyczących charakterystyki systemu w zakresie doświadczenia wykonawcy. Ponadto Zamawiający wymagał, aby system posiadał możliwość integracji z systemem Single Sign-On, podczas gdy z treści referencji PFRON dotyczących systemu Neo wynika, że możliwość integracji dotyczy jedynie systemu windykacyjnego (cyt.: aktualnie włączona tylko w odrębnym systemie windykacyjnym). Zdaniem Odwołującego, wątpliwości budzi również brak w opisie usług wykonanych dla PFRONinformacji o funkcjonalności dotyczącej przechowywania i odwzorowania pism, co jest warunkiem uznania usługi za wystarczającą w odniesieniu do doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Zarzut nr 7

Z ostrożności Odwołujący podniósł zarzut zaniechania unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, istotne rozbieżności między stanem faktycznym a opisem przedmiotu zamówienia skutkowały zupełnie odmienną wyceną ofert. O ile Odwołujący, mając aktualną wiedzę o systemie, skalkulował ofertę uwzględniając wszelkie rzeczywiste koszty realizacji zamówienia, w tym w zakresie obsługi klastra bazodanowego czy systemu kolejkowego RabbitMQ, o tyle Assecoskalkulował cenę ofertową w oparciu o nieaktualne dane dotyczące systemu, nie uwzględniając w swej ofercie ww. kosztów. Bezpośrednim następstwem błędów w opisie zamówienia jest brak porównywalności ofert, co stanowi rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy czym ww. wada postępowania ma charakter nieusuwalny.

Odwołujący stwierdził, że przedmiot umowy wynikający z wzoru stanowiącego załącznik do SWZ nie przystaje do

rzeczywistych potrzeb Zamawiającego i faktycznego zakresu i rodzaju usług. Podniósł, że w przypadku wystąpienia błędów w systemie ESODwykonawca, nie mając pełnej świadomości dotyczącej budowy systemu i jego komponentów, nie jest w stanie znaleźć przyczyny błędu. Biorąc pod uwagę bardzo restrykcyjne zapisy dotyczące terminów usunięcia takich awarii i kar umownych za nieterminową realizację umowy, brak kompletnych i aktualnych danych technicznych naraża wykonawcę na duże ryzyko niewywiązania się z umowy, a Zamawiającego na przerwanie ciągłości działania wielu kluczowych systemów informatycznych. Brak wiedzy wykonawcy Asseco w tym zakresie powoduje, że nie był on w stanie uwzględnić takiego ryzyka w swojej ofercie. Biorąc pod uwagę wspomniane braki w dokumentacji oraz szereg informacji nieaktualnych (jak np. wersje systemów operacyjnych na serwerach, wersje baz danych itp.) czy mniejszych komponentów niewskazanych w dokumentacji, wykonawcy nie byli w stanie prawidłowo oszacować nakładu pracy i ryzyka biznesowego przygotowując ofertę.

Zamawiający oraz wykonawca Asseco Poland S.A. w pisemnych odpowiedziach na odwołanie wnieśli o jego oddalenie w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Asseco Poland S.A. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na Zamawiającego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty nr 1-3

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W rozdz. 4 SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający opisał zadania, które mają być realizowane przez wykonawcę w ramach usługi wsparcia i oraz w ramach modyfikacji systemu ESOD.

Zgodnie z rozdz. 17 ust. 5 SWZ:*Podana w Formularzu oferty cena musi uwzględniać wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnej z warunkami wynikającymi z SWZ i Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz wzoru Umowy. (…)*

Stosownie do § 12 ust. 1-3 projektu umowy, wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia składa się z dwóch części:

1)z tytułu realizacji usługi wsparcia i aktualizacji systemu ESOD – płatnepo zakończeniu każdego Okresu Rozliczeniowego świadczenia usługi wsparcia systemu ESOD.

2)z tytułu realizacji usługi modyfikacji systemu ESOD – płatnekażdorazowo za zrealizowane zlecenie. Wysokość wynagrodzenia, o którym mowa w poprzednim zdaniu stanowi iloczyn liczby roboczogodzin i stawki za jedną roboczogodzinę

Załącznikiem nr 5 do Umowy jest Charakterystyka Elektronicznego Systemu Obiegu Dokumentów (ESOD), w którym Zamawiający zamieścił m.in. diagram, zgodnie z którym został zaprojektowany i zbudowany system ESOD.

Zgodnie z protokołem postępowania, wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1.120.800,00 zł, natomiast podana przez Zamawiającego kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 1.378.584,00 zł brutto.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

1)HSI Sp. z o.o. – 1 378 584,00 zł,

2)Asseco Poland S.A. – 1 309 647,54 zł.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia

ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Stosownie do art. 226 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

–pkt 7: została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

–pkt 8: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów odwołania w kontekście przytoczonych wyżej przepisów ustawy, przede wszystkim wskazać należy na oczywistą niezasadność zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę. Podkreślenia wymaga, że ewentualne odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny lub kosztu musi być poprzedzone przeprowadzeniem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 224 ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości, że zarówno w świetle regulacji krajowych, jak i przepisów unijnych (art. 69 ust. i 3 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE) niedopuszczalne jest odrzucenie oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny, bez umożliwienia wykonawcy złożenia wyjaśnień pozwalających wykazać wiarygodność tej ceny i brak negatywnego wpływu na prawidłowe wykonanie zamówienia. Skoro w rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie przeprowadził takiej procedury wyjaśniającej, to zarzut zaniechania odrzucenia oferty już tylko z tego powodu nie może być uwzględniony.

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na jej złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby dążenie Odwołującego do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, oparte na twierdzeniach o wycenie oferty znacznie poniżej rzeczywistych kosztów świadczenia usługi, może być uznane za próbę obejścia przepisów nakładających obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej co do oferty, której wycena budzi wątpliwości. Niezależnie jednak od powyższego, zarzut ten należy uznać za sformułowany wadliwie pod względem formalnym. Odwołujący nie tylko nie skonkretyzował okoliczności faktycznych leżących u podstaw tego zarzutu, ale też nie wskazał, znamiona którego z czynów określonych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji działanie Przystępującego miałoby wypełniać. Uzasadnienie odwołania w zakresie tego zarzutu sprowadza się do niepopartych szerszym wywodem, subiektywnych twierdzeń, że Przystępujący świadomie pominął w wycenie dodatkowe, bliżej nieokreślone w odwołaniu koszty związane z obsługą systemu, którego nie zna. Tak sformułowany zarzut ma charakter blankietowy, co jest niedopuszczalne w świetle przepisu art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, nakazującego wskazanie w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Niewystarczające jest określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania Zamawiającego i wskazanie kwalifikacji prawnej, treść i zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy. Sposób skonstruowania przedmiotowego zarzutu uniemożliwia dokonanie oceny jego zasadności. Izba musiałaby bowiem, działając niejako z urzędu, dokonaną przez Przystępującego wycenę usługi poddać generalnej weryfikacji pod kątem czynów określonych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i de facto ustalić w zastępstwie Odwołującego zakres faktyczny zarzutu. Do takiego działania Izba nie jest uprawniona. Powyższe powoduje konieczność oddalenia zarzutu jako bezzasadnego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, przede wszystkim podkreślenia wymaga, że obowiązek takiego wezwania aktualizuje się w sytuacji, gdy zachodzi obiektywnie uzasadnione podejrzenie rażąco niskiego charakteru ceny.

Następnie zauważyć należy, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że zaistniały określone w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki wezwania do wyjaśnień, obciążał – na zasadach ogólnych – Odwołującego. Odwołujący był więc zobowiązany wykazać, że cena całkowita oferty lub takie jej elementy składowe, które mają charakter istotny, są tak niskie, że obiektywnie powinny wzbudzić obiektywnie uzasadnione wątpliwości co do ich realności. W ocenie Izby Odwołujący okoliczności takich nie wykazał.

Po pierwsze zauważyć należy, że cena oferty Przystępującego jest jedynie o 5% niższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego, a także od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jest to różnica na tyle mała, że musi być uznana za normalny efekt konkurowania wykonawców. Już tylko z tego powodu trudno twierdzić, że u Zamawiającego powinny pojawić się wątpliwości co do realności ceny. Co więcej, gdyby oferta Przystępującego miała być uznana za uzasadniającą takie wątpliwości, to powstałoby pytanie, dlaczego takich wątpliwości miałaby nie wzbudzać oferta Odwołującego, z jedynie minimalnie wyższą ceną. W ocenie Izby fakt, że Odwołujący realizował wcześniej ten sam przedmiot zamówienia sam w sobie nie mógłby być uznany za powód tak istotnie odmiennego traktowania ofert o tak zbliżonych cenach.

Nie zasługują na uwzględnienie twierdzenia Odwołującego, że wątpliwości co do realności ceny oferty Przystępującego wynikają z niewiedzy Odwołującego o rzeczywistym zakresie zamówienia, z powodu zamieszczenia w dokumentacji postępowania diagramu przedstawiającego nieaktualne i niepełne dane na temat budowy systemu ESOD. W ocenie Izby Odwołujący niezasadnie próbuje traktować kwestionowany diagram jako kompleksowy opis przedmiotu zamówienia, podczas gdy wykonawca zobowiązany jest do przygotowania oferty na podstawie całości dokumentacji postępowania, w tym wszystkich postanowień opisu przedmiotu zamówienia. Diagram natomiast – jak wskazał Zamawiający – ma charakter poglądowy. W ocenie Izby podstaw do wniosku, że określone braki tego diagramu uniemożliwiały prawidłowe sporządzenie porównywalnych ofert.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że jednym z elementów schematu budowy systemu opisanego w dokumentacji są serwery bazodanowe PostgreSQL, podczas gdy rozwiązanie to zostało kilka lat temu zastąpione klastrem bazodanowym, wskazać należy, że przedmiotem zamówienia nie są objęte usługi dotyczące klastra bazodanowego, a jedynie systemu ESOD. W związku z tym nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy przedstawiona przez Odwołującego oferta dotycząca kosztów aktualizacji klastra bazodanowego, a twierdzenie Odwołującego, że wykonawca, będzie pełnić obsługą serwisową, w tym aktualizowanie takiego klastra, odpowiadając tym samym za poprawne działanie wielu systemów Zamawiającego, jest pozbawione podstaw. Ponadto, jak wyjaśnił Zamawiający, użyta w diagramie nazwa PostgreSQL określa technologię, w której wykonana jest baza danych systemu obiegu dokumentów, z którą łączy się wskazany system.

W odniesieniu do kwestii nieopisania systemu kolejkowego (RabbitMQ), Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia Zamawiającego, zgodnie z którymi: *Rozwiązanie systemu kolejkowego RabbitMQ opiera się o standardowe, ogólnodostępne na licencji Mozzila Public License Version 2.0 (open source), dobrze udokumentowane w sieci Internet rozwiązanie kolejkowe, które stosowane jest powszechnie w systemach informatycznych. Tak jak w przypadku serwera bazy danych w ramach organizacji może funkcjonować pojedyncze rozwiązanie RabbitMQ przeznaczone do obsługi wielu systemów. Podłączenie kolejnego systemu do wskazanego rozwiązania jest kwestią konfiguracyjną a nie programistyczną. Wdrożona w systemie wersja RabbitMQ nie została poddana żadnym zmianom developerskim* Odwołujący nie wykazał żadnych okoliczności przeciwnych. Dowodem takim nie jest przedstawione przez Odwołującego zestawienie danych dotyczących przepływu plików w systemach kolejkowych. Pomijając kwestię wiarygodności tych danych i sposobu ich pozyskania przez Odwołującego dla celów postępowania odwoławczego, nie może ono być uznane za potwierdzające brak możliwości sfinansowania kosztów tego elementu przez Przystępującego ani za uzasadniające podejrzenie rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego.

Następnie wskazać należy, że Odwołujący nie uprawdopodobnił twierdzeń o nieuwzględnieniu przez Przystępującego kosztów związanych ze sposobem komunikacji pomiędzy poszczególnymi komponentami systemu. Podstaw do takiej tezy nie daje okoliczność nieuwzględnienia sposobu komunikacji w diagramie zamieszczonym w załączniku nr 5 do umowy. Jak wskazano powyżej, diagram ten ma charakter jedynie poglądowy. Również argumentacja dotycząca serwera tożsamości (identity provider) sprowadza się do przypisania ww. diagramowi funkcji, której on nie pełni. Zamawiający natomiast w rozdz. 4 pkt 1 ppkt j SWZ podał, z jakim dostawcą tożsamości współpracuje system. Ponadto – jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – zmiany wprowadzone w systemie, wykonane na potrzeby integracji z rozwiązaniem dostawcy tożsamości zostały wykonane w ramach prac rozwojowych i mają charakter trwały.

Przedstawione przez Odwołującego zastrzeżenia dotyczące opisu przedmiotu zamówienia nie potwierdzają istnienia obiektywnie uzasadnionych wątpliwości co do realności ceny zaoferowanej przez Przystępującego. Zarzut odwołania bazuje raczej na subiektywnym przekonaniu Odwołującego, że tylko on, jako dotychczasowy wykonawca, miał możliwość prawidłowo skalkulować ofertę oraz na gołosłownych twierdzeniach, że Przystępujący określonych elementów nie ujął w cenie oferty. Takie przekonanie Odwołującego nie ma obiektywnych podstaw, zwłaszcza biorąc pod uwagę niewielką różnicę między zaoferowanymi w postępowaniu cenami. Ponadto, za dowód potwierdzający zasadność zarzutu, nie może być uznane przedstawione przez Odwołującego opracowanie dotyczące szacunkowych kosztów wykonania zamówienia (Szacowane koszty budowy i utrzymania systemu wg metodyki COCOMO II), uwzględniające zróżnicowanie w zakresie doświadczenia zespołów). Jest to opracowanie sporządzone przez Odwołującego na potrzeby postępowania odwoławczego i może być potraktowane jedynie jako stanowisko strony tego postępowania, nie jest natomiast dowodem, że cena niższa niż wynikająca z tych obliczeń budzi wątpliwości uzasadniające wszczęcie procedury wyjaśniającej.

Zarzut nr 4

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W rozdz. 10 pkt 4.b SWZ Zamawiający określił następujące wymagania dotyczące kwalifikacji zawodowych personelu wykonawcy:

a)Wykonawca dla spełnienia warunku powinien wykazać, że dysponuje poniższym personelem tj.:

- *co najmniej jednym Informatykiem ds. baz danych, który posiada:*

  kwalifikacje zawodowe:

  –znajomość zagadnień z zakresu administrowania systemami baz danych,

  –znajomość zagadnień tworzenia i rozwoju oprogramowania bazodanowego,

  –znajomość zagadnień z zakresu zarządzania systemami operacyjnymi pod kątem współpracy z systemami baz danych,

  –znajomość zagadnień związanych z bezpieczeństwem systemów IT,

  –znajomość zagadnień związanych z testowaniem manualnym i automatycznym front-endu aplikacji webowych; (…)

- *co najmniej jednym Informatykiem ds. integracji i bezpieczeństwa danych, który posiada:*

  kwalifikacje zawodowe w dziedzinie praktycznej wiedzy w zakresie bezpieczeństwa systemów informatycznych oraz z zakresu prowadzenia audytu bezpieczeństwa danych; (…)

- *co najmniej jednym Testerem manualnym/Testerem automatyzującym, który posiada:*

  kwalifikacje zawodowe:

  –praktyczną wiedzę w zakresie testowania front-endu aplikacji webowych;

  –praktyczną wiedzę w zakresie tworzenie skryptów automatyzujących, powielających możliwe akcje użytkownika na front-endzie aplikacji webowych, w oparciu o ogólnie znane narzędzia do automatyzacji testów; (…)

Zgodnie z rozdz.10 ust. 7 pkt 2 SWZ, z celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał przedstawienia m.in. wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, zgodnie ze wzorem określonym w Załączniku nr 9 do SWZ.

Zamawiający określił następujący wzór wykazu osób:

Lp.	Funkcja	Imię i nazwisko	Wykształcenie	Wiedza/ Doświadczenie	Informacje o podstawie do dysponowania wskazaną osobą
1.	Informatyk ds. baz danych				
2.	Informatyk ds. integracji i bezpieczeństwa danych				
3.	Tester manualny/Tester automatyzujący				

Przystępujący przedstawił wykaz osób w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z 5 stycznia 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Asseco do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, wskazując:

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 18.12.2023 r. (znak pisma: BA.WZP.26.35.2023.11) Wykonawca przesłał w dniu 28.12.2023 r. odpowiedź, wraz z wykazem osób.

W ww. dokumencie, w rubryce Wiedza/Doświadczenie, zarówno w zakresie informacji dla:

- Informatyka ds. baz danych,

- Informatyka ds. integracji i bezpieczeństwa danych,

- Testera manualnego/Testera automatyzującego,

Wykonawca wpisał jedynie dane w zakresie doświadczenia pracowników, brak jest natomiast informacji o kwalifikacjach zawodowych osób wskazanych do pełnienia ww. funkcji.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący przedstawił wykaz osób, w którym w kolumnie „Wiedza/Doświadczenie" zamieścił następujące dodatkowe informacje:

Lp.	Funkcja	Wiedza/Doświadczenie
1.	Informatyk ds. baz danych	Posiada kwalifikacje zawodowe w zakresie: •znajomości zagadnień z zakresu administrowania systemami baz danych, •znajomości zagadnień tworzenia i rozwoju oprogramowania bazodanowego, •znajomości zagadnień z zakresu zarządzania systemami operacyjnymi pod kątem współpracy z systemami baz danych, •znajomości zagadnień związanych z bezpieczeństwem systemów IT, •znajomości zagadnień związanych z testowaniem manualnym i automatycznym front-endu aplikacji webowych;
2.	Informatyk ds. integracji i bezpieczeństwa danych	Posiada kwalifikacje zawodowe w dziedzinie praktycznej wiedzy w zakresie bezpieczeństwa systemów informatycznych oraz z zakresu prowadzenia audytu bezpieczeństwa danych;
3.	Tester manualny/Tester automatyzujący	Posiada kwalifikacje zawodowe w zakresie: •praktycznej wiedzy w zakresie testowania front-endu aplikacji webowych; •praktycznej wiedzy w zakresie tworzenie skryptów automatyzujących, powielających możliwe akcje użytkownika na front-endzie aplikacji webowych, w oparciu o ogólnie znane narzędzia do automatyzacji testów;

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Twierdzenie Odwołującego, jakoby Przystępujący nie przedstawił w wyznaczonym terminie podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu osób, nie ma potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym. Wykaz taki został przedstawiony w odpowiedzi na wezwanie z 5 stycznia 2024 r. i zawiera informacje na temat kwalifikacji zawodowych osób wskazanych do pełnienia funkcji Informatyka ds. baz danych, Informatyka ds. integracji i bezpieczeństwa danych oraz Testera manualnego/Testera automatyzującego.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, że wykaz nie został skutecznie uzupełniony, gdyż zawiera on blankietowe informacje skopiowane z SWZ, niepozwalające na faktyczną weryfikację spełniania warunków w udziału w postępowaniu. Jakkolwiek należy zgodzić się z przywołanym przez Odwołującego stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie, że obowiązkiem wykonawcy jest podanie zamawiającemu konkretnych informacji wskazujących na spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a nie jedynie powielenie postanowień SWZ, to oceny w tym zakresie nie można dokonywać w oderwaniu od rodzaju żądanych informacji. O ile w przypadku doświadczenia w realizacji określonych usług bez wątpienia konieczne jest wskazanie konkretnych zadań, które zrealizował wykonawca lub członkowie jego personelu, to trudno o podobną konkretyzację w odniesieniu do kwalifikacji opisanych przez Zamawiającego jako *znajomość zagadnień* czy *praktyczna wiedza*, zwłaszcza jeśli jednocześnie Zamawiający nie wymagał legitymowania się dokumentem, który by te kwalifikacje weryfikował i potwierdzał. Przystępujący w odniesieniu do doświadczenia opisał konkretne projekty, w które zaangażowani byli członkowie zespołu, w zakresie kwalifikacji natomiast potwierdził spełnianie wymagań SWZ. Nie wiadomo nawet, w jaki inny sposób wykonawca miałby opisać w ramach wykazu kwalifikacje w postaci znajomości zagadnień czy praktycznej wiedzy z określonego zakresu. Odwołujący nie wskazał, jaki jest prawidłowy – jego zdaniem – sposób wypełnienia wykazu w zakresie tego rodzaju informacji.

Zarzuty nr 5 i 6

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W rozdz. 9 pkt 4 lit. a SWZ Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu:

Wykonawca dla spełnienia powyższego warunku zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie w ramach wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług, należycie wykonał co najmniej jedną usługę, której głównym przedmiotem było zapewnienie przez okres minimum 12 miesięcy wsparcia i modyfikacji dla oprogramowania służącego do elektronicznego obiegu dokumentów spełniającego wymogi z Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 30 października 2006 r. w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z dokumentami elektronicznymi (Dz. U. Nr 206, poz. 1518) i Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych iAdministracji z dnia 30 października 2006 r. w sprawie niezbędnych elementów struktury dokumentów elektronicznych (Dz. U. Nr 206,

poz. 1517) oraz posiadającego wszystkie niżej wymienione funkcjonalności (…)

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Przystępujący przedstawił następujący wykaz usług:

Lp.	Przedmiot zamówienia	Termin realizacji	Nazwa i adres odbiorcy zamówienia	Wartość zamówienia (PLN)	Zdolność techniczna własna lub innego/innych podmiotu/ów**
1.	Usługa wsparcia i modyfikacji systemu Ewidencji i Poboru Wpłat – Neo	2021-2023	Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych Al. Jana Pawła II 13 Warszawa	Ponad 6 mln zł brutto	Zdolność techniczna własna
2.	Usługa przygotowania systemów informatycznych KSI ZUS oraz Portalu PUE do zadań wynikających z realizacji ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych	2020-2023	Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3,5 Warszawa	Ponad 252 mln zł brutto	Zdolność techniczna własna

Do wykazu załączono:

–list referencyjny wystawiony przez PFRON, w którym stwierdza się m.in., że: firma Asseco Poland S.A. realizuje w latach 2021 do 2023 usługę wsparcia i modyfikacji systemu Ewidencji i Poboru Wpłat – Neo.Jedną z głównych funkcji systemu jest ewidencja i obieg dokumentów elektronicznych. Wymogi prawne dotyczące ewidencji dokumentów elektronicznych (Dz. U. Nr 206, poz. 1518 oraz Dz. U. Nr 206, poz. 1517) zostały zaimplementowane w zakresie wymaganym przez Zamawiającego; ponadto, zgodnie z listem referencyjnym system: *posiada możliwość integracji z systemem Single Sign-On (aktualnie włączona tylko w odrębnym systemie windykacyjnym)* oraz że *zapewnia jednoczesną obsługę Systemu przez ok. 300 pracowników, działającego w strukturze rozproszonej instytucji;*

–Poświadczenie nr 8/DRS/2023 wystawione przez ZUS, w którym podano m.in. następujące informacje:

1	Okres obowiązywania umowy	od 31.03.2020r. do 14.07.2023r.
2	Przedmiot umowy (zgodnie z treścią umowy)	Przygotowanie systemów informatycznych KSI ZUS oraz Portalu PUE do zadań wynikających z realizacji ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych.
3	**Wartość umowy:** W tym: • wartość modyfikacji:	nie przekroczy kwoty 261 748 116,97 zł. • 178.971.554,67 zł
	• usług serwisu	• 25 632 271,36 zł (po uwzględnieniu obniżeń zgodnie z macierzą odpowiedzialności)
	• usług wsparcia	• 22 360 383,56 zł
	• usługi budowy i uruchomienie Usług IT w Środowisku produkcyjnym ZUS,	• 7 683 600,90 zł

	• usługi dostarczenia i uruchomienia elementów Infrastruktury techniczno-systemowej,	• 18 252 116,37 zł

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Stosownie do art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w , lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego przytoczonych wyżej przepisów ustawy.

Po pierwsze, nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania teza, że usługa wykonana na rzecz ZUS nie potwierdza dysponowania przez Przystępującego niezbędnym doświadczeniem, gdyż obejmowała ona jedynie modyfikację systemu, a nie obejmowała wsparcia systemu. Tezie tej przeczy treść załączonego do wykazu poświadczenia, w którym wyraźnie wyszczególniono m.in. wartość zrealizowanych usług modyfikacji oraz usług wsparcia. Potwierdzeniem tego jest również złożony przez Przystępującego w postępowaniu odwoławczym wyciąg z umowy na realizację tych usług, która w art. 2 wskazuje, że jej przedmiotem są zarówno usługi modyfikacji, jak i usługi wsparcia – co zresztą zostało przyznane przez Odwołującego podczas rozprawy.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że usługi realizowane na rzecz ZUS dotyczyły systemu innego rodzajowo, niż system wymagany w warunku udziału w postępowaniu, zauważyć należy, że okoliczność ta nie była podstawą faktyczną podniesionego w odwołaniu zarzutu, nie mogła zatem być przedmiotem oceny Izby, zgodnie bowiem z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Wskazanie w odwołaniu, że Odwołujący kwestionuje określoną usługę jako potwierdzającą spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie oznacza, że przyczyny, dla których jest to kwestionowane (podstawy faktyczne zarzutu) mogą być uzupełniane w toku postępowania odwoławczego. Treść i zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, z których wywodzona jest niezgodność działań zamawiającego z przepisami ustawy. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza, że niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, ale konieczne jest określenie ich zakresu faktycznego. Oznacza to zatem obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego, w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. W szczególności odwołanie zawierające zarzuty niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu powinno jednoznacznie precyzować w jakim zakresie, który z elementów warunku i dlaczego nie został spełniony. Jedyną okolicznością objętą zarzutem dotyczącym usługi wykonanej na rzecz ZUS, była kwestia realizowania usług wsparcia systemu. Izba stwierdziła, że umowa zrealizowana na rzecz ZUS obejmowała usługi modyfikacji oraz wsparcia, w związku z czym potwierdzała spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Kwestia rodzaju systemu, jakiego ta umowa dotyczyła wykracza natomiast poza zarzutu zawarte w odwołaniu i w związku z tym nie podlega ocenie Izby.

Biorąc pod uwagę, że Zamawiający wymagał w ramach warunku udziału w postępowaniu wykonania jednej usługi dotyczącej oprogramowania służącego do elektronicznego obiegu dokumentów, a spełnianie tego warunku zostało potwierdzone przez Przystępującego usługą zrealizowaną na rzecz ZUS, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostają zastrzeżenia dotyczące usługi wykonanej przez Przystępującego na rzecz PFRON. Skoro Przystępujący wykazał spełnianie warunku za pomocą innej usługi, wzywanie go czy to do uzupełnienia wykazu usług, czy do jego wyjaśnienia, byłoby bezprzedmiotowe.

Zarzut nr 7

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut ewentualny, dotyczący zaniechania unieważnienia postępowania.

Odwołujący podniósł, że postępowanie powinno zostać unieważnione na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, z uwagi na wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do nieprawidłowego opisania przedmiotu zamówienia Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu do zarzutów nr 1-3. Niezależnie od powyższego podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zatem powodem unieważnienia postępowania nie może być jakakolwiek nieprawidłowość w opisie przedmiotu zamówienia, ale jedynie taka, która powoduje, że zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu. Przepis ten nie może też być traktowano jako ochrona wykonawcy, który twierdząc, że opis przedmiotu zamówienia jest wadliwy, nie korzysta na odpowiednim etapie postępowania ze środków ochrony prawnej, a następnie, w sytuacji nieuzyskania zamówienia, dąży do unieważnienia postępowania, powołując się na nieprawidłowości, na których zaskarżenie termin już upłynął.

Skuteczne podniesienie zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp wymagałoby wykazania przez Odwołującego, że nie jest możliwe zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Odwołujący powinien zatem udowodnić, że wada postępowania jest tego rodzaju, że spełnia przesłanki przewidziane w konkretnej podstawie unieważnienia umowy. Trudno mówić o takim wykazaniu w sytuacji, gdy w odwołaniu nie wskazano nawet, na jakiej podstawie prawnej umowa podlegałaby unieważnieniu, co Odwołujący próbował uzupełnić dopiero podczas rozprawy, w odpowiedzi na zadane mu pytanie.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 lit. a w związku z § 8 ust. 2 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: …….....

…….

…….