

WYROK

z dnia 11 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Emil Kuriata
Jan Kuzawiński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 10 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych 27 marca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

A. FireNet W. Ch., Warszawa (sygn. akt KIO 586/18)

B. Polski Instytut Rozwoju sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 591/18)

w postępowaniu pn. Świadczenie usługi eksperckiej w zakresie informatyki i teleinformatyki w kontrolach prowadzonych przez Centrum Projektów Polska Cyfrowa (nr postępowania ZP/12/2017)

prowadzonym przez zamawiającego: Centrum Projektów Polska Cyfrowa z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. Polski Instytut Rozwoju sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 586/18)

B. BUZZI STUDIO G. M., Szczecin (sygn. akt: KIO 586/18, KIO 591/18)

orzeka:

1. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 586/18.

2. Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 591/18 i nakazuje zamawiającemu Centrum Projektów Polska Cyfrowa unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz:

2.1. powtórzenie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami przez BUZZI STUDIO G. M. ze Szczecina z uwzględnieniem, że audyt serwisu internetowego sporządzony przez G. M. na rzecz Ministerstwa Rozwoju nie jest specjalistyczną opinią dotyczącą weryfikacji e-usług lub systemów informatycznych pod względem zgodności, poprawności i funkcjonalności systemu z założeniami określonymi w dokumentach przekazanych przez zamawiającego, a odbiory budowy infrastruktury sieciowej, w których uczestniczył G. Przystępujący, nie są opiniami specjalistycznymi dotyczącymi weryfikacji poprawności wybudowania i funkcjonowania infrastruktury światłowodowej;

2.2. powtórzenie oceny ofert z uwzględnieniem przy ocenie oferty złożonej przez BUZZI STUDIO G. M. ze Szczecina w kryterium doświadczenia zawodowego osób dedykowanych do realizacji zamówienia, że odbiory budowy infrastruktury sieciowej, w których uczestniczył G. P., nie są opiniami specjalistycznymi dotyczącymi weryfikacji poprawności wybudowania i funkcjonowania infrastruktury światłowodowej, a sporządzone przez G. M. na rzecz Ministerstwa Rozwoju audyty serwisów internetowych nie są opiniami specjalistycznymi dotyczącymi weryfikacji e-usług oraz systemów informatycznych pod względem zgodności, poprawności i funkcjonalności systemu z założeniami określonymi w dokumentach przekazanych przez zamawiającego.

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 591/18

4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 586/18 obciąża odwołującego

FireNet W. Ch. z Warszawy i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego FireNet W. Ch. z Warszawy tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od odwołującego FireNet W. Ch. z Warszawy na rzecz zamawiającego Centrum Projektów Polska Cyfrowa kwotę 2037 zł 50 gr (słownie: dwa tysiące

trzydzieści siedem złotych pięćdziesiąt groszy) - stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

5. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 591/18 obciąża zamawiającego

Centrum Projektów Polska Cyfrowa i:

5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez

odwołującego Polski Instytut Rozwoju sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

tytułem wpisu od odwołania,

5.2. zasądza od zamawiającego Centrum Projektów Polska Cyfrowa na rzecz

odwołującego Polskiego Instytutu Rozwoju sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 11100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) - stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

{KIO 586/18, KIO 591/18}

Zamawiający Centrum Projektów Polska Cyfrowa z siedzibą w Warszawie {dalej

również: „CPPC”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego sektorowego na usługi pn. Świadczenie usługi eksperckiej w zakresie

informatyki i teleinformatyki w kontrolach prowadzonych przez Centrum Projektów Polska Cyfrowa (nr postępowania ZP/12/2017)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 22 grudnia 2018 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 636080-N-2017.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

22 marca 2018 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu postępowania - wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez BUZZI STUDIO G. M. ze Szczecina {dalej również: „Buzzi Studio”}, a także o odrzuceniu oferty złożonej przez FireNet W. Ch. z Warszawy {dalej również: „FireNet”}.

{KIO 586/18}

27 marca 2018 r. Odwołujący FireNet W. Ch. z Warszawy wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego, a także od zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Buzzi Studio G. M. ze Szczecina.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1 - przez błędną wykładnię przepisów i mylne przyjęcie,

że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, zaś składnik ceny, jakim jest koszt wykonania ponownej kontroli, stanowi istotną część składową oferty, a jego poziom jest rażąco niski, co skutkowało nieuzasadnionym odrzuceniem oferty Odwołującego.

2. Art. 91 ust. 1 - przez zaniechanie odrzucenia oferty Buzzi Studio, pomimo że nie była ona najkorzystniejsza według kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Ponownej oceny ofert.
3. Odrzucenie oferty Buzzi Studio ze względu na to, że nie jest najkorzystniejsza.
4. Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania sprecyzowano powyższą listę zarzutów za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych.

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania:

26 stycznia 2018 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej z oceną łączną 91,25 pkt na 100 pkt możliwych do uzyskania.

Od powyższego rozstrzygnięcia odwołanie wniósł Polski Instytut Rozwoju sp. z o.o.

z siedzibą w Warszawie {dalej również: „PIR”}, zarzucając, że oferta FireNet: po pierwsze - zawiera rażąco niską składową cenę oferty, po drugie - nie powinna otrzymać pkt w kryterium doświadczenia personelu; po trzecie - wprowadza w błąd Zamawiającego co do wykazu opinii wskazanych w ofercie.

12 lutego 2018 r. Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu powyższego wyboru i przystąpieniu do ponownego badania i oceny oferty.

Jednocześnie Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień

dotyczących istotnej części składowej ceny oferty tj. wyceny ponownej kontroli na miejscu realizacji projektu w ramach jednej opinii.

W odpowiedzi Odwołujący w wyjaśnieniach podniósł, że z następujących powodów cena za przeprowadzenie ponownej kontroli nie jest istotnym składnikiem ceny oferty:

- zlecenie ponownej kontroli może nastąpić jedynie w przypadku, gdy pomiędzy wydaniem opinii pierwotnej a decyzją Zamawiającego wystąpią nowe okoliczności;
- dzięki posiadaniu statusu biegłego sądowego z zakresu informatyki i teleinformatyki i wydaniu kilkuset opinii w tym zakresie Odwołujący opracował specjalną metodykę pracy, która zwiększa jej efektywność;
- ponowna kontrola na miejscu nie wiąże się z ponownym zbieraniem materiału dowodowego, pełną analizą oraz innymi czynnościami niezbędnymi do wydania opinii pierwotnej, ale służy zbadaniu nowych okoliczności oraz ich wpływu na pierwotną opinię, czyli dotyczy tylko określonego jej wycinka np. sprawdzenia wykonania zaleceń pokontrolnych, i nie musi wymagać przeprowadzenia powtórnej wizyty u beneficjenta;
- przy kalkulacji tej ceny Odwołujący posiłkował się rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 kwietnia 2013 r. w sprawie określenia stawek wynagrodzenia biegłych, taryf zryczałtowanych oraz sposobu dokumentowania wydatków niezbędnych dla wydania opinii w postępowaniu cywilnym.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, że w ofercie FireNet podano kwotę 100 zł za przeprowadzenie ponownej kontroli w formie opinii, co dało 2000 zł

za przeprowadzenie szacowanej liczby 20 ponownych kontroli, podczas gdy pozostali wykonawcy dali ceny jednostkowe 3000 zł (Buzzi Studio) i 3200 zł (PIR).

Zamawiający uznał, że wątpliwe jest zarówno pokrycie przez Odwołującego kosztów merytorycznej strony realizowanej usługi, poniesienie dodatkowych kosztów związanych z jej realizacją, jak i wypracowanie zysku.

Zdaniem Zamawiającego o istotności ceny za przeprowadzenie ponownej kontroli jako składnika ceny oferty świadczy okoliczność, że stanowi ona kryterium oceny ofert

o wadze 10%

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie oceny łącznej ceny oferty, która wynosi 434 tys. zł, a zamiast tego bezpodstawne uznanie, że wysokość ceny za element składowy powoduje, że łączna cena oferty jest rażąco niska.

Odwołujący dodał, że wprowadzić Zamawiający przyznał, że na określenie zakresu czynności kontrolnych wpływa doświadczenie zawodowe osoby realizującej ponowną kontrolę oraz posiadanie własnej metodyki pracy, jednakże nie zgodził się z twierdzeniem o sporadyczności wykonywania takich kontroli i wycinkowym ich zakresie.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie ocenił w sposób należyty doświadczenia FireNet w zakresie kontroli projektów informatycznych dofinansowanych w ramach osi POIG oraz POPC.

Odwołujący przypomniał, że w 2016 r. podpisał z Zamawiającym umowę nr 10, której przedmiotem było wydanie opinii specjalistycznych w wyniku przeprowadzonych kontroli takich projektów informatycznych, przy czym zakres merytoryczny przedmiotu zamówienia był identyczny jak w niniejszym postępowaniu, a cena oferty wynosiła 98400 zł. Dodatkowo umowa przewidywała konsultacje według stawki 30 zł za godzinę. W ramach realizacji tej umowy wydano 18 opinii specjalistycznych i nie została zlecona żadna ponowna kontrola projektu {na dowód do odwołania załączono faktury wystawione w zw. z tą umową}.

Odwołujący podkreślił, że brak potrzeby przeprowadzenia ponownej kontroli wynikał z kompleksowo przeprowadzonej i udokumentowanej pierwotnej kontroli. A doświadczenie zdobyte przy realizacji wcześniejszych umów zawartych z CPPC oraz PARP pozwoliło opracować metodykę pracy, dzięki której nie zachodzi potrzeba przeprowadzania ponownych kontroli w miejscu realizacji inwestycji {na dowód do odwołania załączono pismo

PARP z 20 marca 2018 r.}.

Odwołujący podniósł, że profesjonalnie i rzetelnie przeprowadzona ocena projektu informatycznego lub telekomunikacyjnego dofinansowanego w ramach osi POIG 8.3/8.4 POPC 1 w ramach pierwszej kontroli pozwala zapoznać się i udokumentować wszelkie jego aspekty. Np. jeżeli została wybudowana infrastruktura telekomunikacyjna, wymaga to zapoznania się z architekturą logiczną i fizyczną, kompletem dokumentacji technicznej oraz zabezpieczeniem materiału dowodowego potwierdzającym stan faktyczny. W przypadku pojawienia się nowych okoliczności można zdalnie, przy wykorzystaniu odpowiednich narzędzi informatycznych, dokonać czynności kontrolnych. Ponadto przeprowadzana jest ocena pewnego kontekstu, co do którego nie było wiedzy na etapie kontroli na miejscu. W takim przypadku badaniom poddawane są dane zgromadzone podczas pierwotnej kontroli. W sposób zdalny można potwierdzić wybudowaną architekturę, listę zainstalowanych urządzeń, ich numery seryjne, wskaźniki osiągnięte przez beneficjentów, czyli najważniejsze elementy zawarte w umowach pomiędzy nimi a CPPC.

Z kolei kontrole projektów dofinansowanych w ramach POIG 7.1 POPC 2 dotyczą oceny systemów informatycznych, które zostały wybudowane przez beneficjentów danego programu. Analogicznie w ramach pierwotnej kontroli gromadzona jest dokumentacja techniczna, dokumentacja projektowa i przede wszystkim zabezpieczane są kody źródłowe aplikacji oraz zawartość baz danych. Projekty te cechują się tym, że miejscem instalacji oprogramowania i gromadzenia danych jest serwerownia, a nie siedziba instytucji publicznej. Dostęp do tych systemów informatycznych możliwy jest w sposób zdalny, tak badane są nowe okoliczności i nie ma znaczenia miejsce, z którego logujemy się do systemu.

Odwołujący zestawiał cenę swojej oferty w wysokości 434 tys. zł z ceną oferty złożonej przez Buzzi Studio, wynoszącą 404 tys. zł i ceną oferty PIR w wysokości 466 tys. zł, konstatując, że cena jego oferty była odpowiednio o 30 tys. wyższa i 32 tys. zł niższa od cen tych ofert, a wysokość cen ofert była na zbliżonym poziomie.

{KIO 591/18}

23 marca 2018 r. Odwołujący Polski Instytut Rozwoju sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł w stosowanej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu)

od wyboru oferty Buzzi Studio jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 - przez błędną ocenę ofert w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert, tj. zawyżenie liczby punktów przyznanej Buzzi Studio.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 7a - przez zaniechanie odrzucenia oferty Buzzi Studio pomimo braku przedłużenia terminu związania ofertą.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 7a - przez zaniechanie odrzucenia oferty Buzzi Studio pomimo braku zachowania ciągłości zabezpieczenia jej wadium.
4. Art. 24 ust. 1 pkt 12 - przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Buzzi Studio wobec

braku złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w wymaganej formie pisemnej, tj. wykazu osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, a także ze względu na wskazanie usług, które nie spełniają warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert oraz wykluczenia wykonawcy Buzzi Studio z postępowania oraz odrzucenie jego oferty, ewentualnie zmiany punktacji tej oferty w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania.
3. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania sprecyzowano powyższą listę zarzutów za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

W załączniku nr 1 do SIWZ - Opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wyodrębnił dwa obszary realizacji zamówienia, obejmujące przygotowanie specjalistycznych opinii w zakresie:

- po pierwsze - projektów I osi priorytetowej POPC oraz VIII osi priorytetowej „Społeczeństwo informacyjne - zwiększenie innowacyjności gospodarki” - Działanie 8.3 „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu”, Działanie 8.4 „Zapewnienie dostępu do Internetu na etapie ‘ostatniej mili’” ;
- po drugie - projektów II osi priorytetowej POIG oraz VII osi priorytetowej „Społeczeństwo informacyjne - budowa elektronicznej administracji”.

Doświadczenie zawodowe osób dedykowanych do realizacji zamówienia jest jednym z pięciu kryteriów oceny ofert obowiązujących w postępowaniu (kryterium nr 4 „P4”), przy czym Zamawiający określił następujące zasady przyznawania punktacji w pkt 4 rozdziału 13 SIWZ.

Doświadczenie zawodowe osób dedykowanych do realizacji zamówienia (P4):

- a) ocena kryterium P4 będzie dokonywana na podstawie wypełnionego przez Wykonawcę formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ;
- b) Zamawiający przydzieli każdej badanej ofercie w kryterium odpowiednią liczbę punktów.

Punkty w ramach przedmiotowego kryterium będą przyznawane w taki sposób, że:

- Zamawiający przyzna 1 pkt (nie więcej niż 15) za każdą kolejną opinię specjalistyczną powyżej 5 (wymaganych jako minimum zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu) zrealizowaną w ciągu ostatnich 3-ch lat przed upływem terminu składania ofert wykazaną dla osoby, którą Wykonawca wskaże do realizacji zleceń obejmujących swoim zakresem projekty realizowane w ramach działania 8.3/8.4 POIG lub I osi priorytetowej POPC. Opinie te muszą dotyczyć weryfikacji poprawności wybudowania i funkcjonowania infrastruktury światłowodowej lub infrastruktury radiowej;
- Zamawiający przyzna 1 pkt (nie więcej niż 15) za każdą kolejną opinię specjalistyczną powyżej 5 (wymaganych jako minimum zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu) zrealizowaną w ciągu ostatnich 3-ch lat przed upływem terminu składania ofert wykazaną dla osoby, którą Wykonawca wskaże do realizacji zleceń obejmujących swoim zakresem projekty realizowane w ramach działania 7.1 POIG lub II osi priorytetowej POPC. Opinie te muszą dotyczyć weryfikacji e-usług oraz systemów informatycznych pod względem zgodności, poprawności i funkcjonalności systemu z założeniami określonymi w dokumentach przekazanych przez Zamawiającego;

Maksymalna ilość punktów jaką może uzyskać Wykonawca dla każdej wykazanych osób za spełnienie tego warunku to 15 pkt. Łącznie za spełnienie tego kryterium można uzyskać maksymalnie 30 pkt.

Zamawiający wymagał dysponowania przez wykonawcę co najmniej dwiema osobami wyznaczonymi do realizacji przedmiotu zamówienia.

Z pkt. 5.1.1. SIWZ wynika, że dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu każda z osób wyznaczonych do realizacji zamówienia powinna - oprócz wykształcenia wyższego po kierunkach informatyka, teleinformatyka, informatyka stosowana, telekomunikacja, elektronika, elektrotechnika - posiadać doświadczenie w przygotowaniu co najmniej 5 opinii, o których mowa w opisie kryterium P4, tj. w ramach jednego ze wskazanych tam zakresów.

Buzzi Studio na potrzeby kryterium P4 zgłosiło 4 osoby.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nieprawidłowo przyznał w kryterium P4 maksymalną punktację Buzzi Studio, gdyż dokonał zsumowania doświadczenia tych 4 osób, podczas gdy językowa i logiczna wykładnia przywołanych powyżej postanowień pkt 4 rozdziału 13 SIWZ prowadzi do wniosku, że celem i istotą tego kryterium było premiowanie powierzenia realizacji zamówienia osobom posiadającym możliwie największe doświadczenie w jednym z dwóch obszarów odpowiednio do stopnia, w jakim doświadczenie to przekraczało poza minimalny próg 5 opinii. Innymi słowy dodatkowa punktacja mogła być przyznana jedynie wówczas, gdy dana osoba zrealizowała w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert więcej niż 5 specjalistycznych opinii. A im więcej ich sporządziła, tym więcej punktów może uzyskać wykonawca, ale nie więcej niż 15. Zdaniem Odwołującego nieprzypadkowo maksymalna liczba pkt możliwych do uzyskania w ramach tego kryterium wynosi 30, czyli po 15 pkt na każdą z dwóch osób, gdyż w obu zakresach kryterium Zamawiający posłużył się sformułowaniem „wykazaną dla osoby”, a więc liczbą pojedynczą, a nie mnogą (osób).

Odwołujący zwrócił uwagę, że rolą kryterium mającego za przedmiot kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, co oznacza, że w tym przypadku ocenie podlega poziom doświadczenia konkretnych osób, a nie doświadczenie wykonawcy rozumianego jako suma potencjału jego pracowników i współpracowników.

Odwołujący zarzucił, że przyznanie Buzzi Studio maksymalnej punktacji w tym kryterium za doświadczenie 4 osób stoi w rażącej sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 pzp), gdyż w jego przypadku taka ocena została przyznana za doświadczenie 2 osób

Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucił, że niezgodne z SIWZ jest przyznanie Buzzi Studio punktów w kryterium P4 za opinie wykonane przez G. M. wskazane w poz. 1-15 wykazu doświadczenia osób (na potrzeby punktacji w ramach kryterium oceny ofert).

Po pierwsze, jak wynika z treści wykazu, przedmiotem opinii sporządzonych na rzecz Ministerstwa Rozwoju była „weryfikacja e-usług - audyt serwisu internetowego”. Tymczasem zgodnie z treścią rozdziału 13 pkt 4 SIWZ opinie podlegające punktacji muszą dotyczyć „weryfikacji e-usług oraz systemów informatycznych”. Posłużenie się takim sformułowaniem

oznacza, że punktacji mogą podlegać tylko takie opinie, które obejmowały swoim zakresem oba te elementy łącznie (w przeciwnym wypadku Zamawiający użyłby słowa „lub”). W konsekwencji nie podlegają punktacji opinie obejmujące wyłącznie weryfikację e-usług. Odwołujący podkreślił, że weryfikacja e-usług dotyczy w istocie analizy serwisu internetowego, co w żadnym stopniu nie wiąże się z weryfikacją systemu informatycznego, czego nie przewidywała również umowa zawarta z Ministerstwem Rozwoju, na której podstawie usługi te były realizowane.

Po drugie, usługi dotyczyły weryfikacji serwisów internetowych, co nie jest równoznaczne z weryfikacją e-usług.

Po trzecie, wszystkie usługi wskazane w wykazie pod nazwą „weryfikacja e-usług - audyt serwisu internetowego” stanowiły de facto jedną usługę zrealizowaną na rzecz Ministerstwa Rozwoju, której wynikiem było sporządzenie jednego raportu końcowego. Badanie poszczególnych serwisów internetowych nie wiązało się z wydaniem odrębnej opinii specjalistycznej w formie wymaganej przez Zamawiającego.

Po czwarte, usługi realizowane były w formie audytu, co nie pozwala na uznanie, że wiązały się ze sporządzeniem opinii specjalistycznej.

Odwołujący zarzucił ponadto, że nie podlega punktacji również doświadczenie G. P., które - jak wynika z oferty Buzzi Studio - polegało na odbiorze budowy infrastruktury światłowodowej, gdyż udział w czynnościach odbiorowych nie może być uznany za opinię specjalistyczną.

Odwołujący podkreślił, że udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców (pyt. nr 1) Zamawiający wskazał, jakie elementy powinna zawierać opinia specjalistyczna: wstęp (opis czego opinia dotyczy i jaka jest podstawa wydania opinii), metoda analizy przyjęta przez eksperta, zakres wykonanych czynności np. weryfikacja dokumentów, oględziny środków trwałych, analiza wartości niematerialnych i prawnych etc.), wynik weryfikacji, rekomendacje

lub zalecenia, listę załączników. Opinia musi zostać sporządzona w formie papierowej opatrzonej czytelnym podpisem (...).

Wobec tego według Odwołującego czynności polegające na odbiorze budowy infrastruktury światłowodowej, w tym podpisanie protokołu odbioru, nie noszą cech opinii specjalistycznej.

Odwołujący nadmienił, że w wykazie sporządzonym na załączniku nr 7 do SIWZ powyższa usługa została zdublowana (ta sama usługa wykonywana na rzecz tego samego podmiotu). Zdaniem Odwołującego przy braku wskazania jakichkolwiek informacji pozwalających na zidentyfikowanie poszczególnych usług, Zamawiający nie miał podstaw do przyznania dodatkowych punktów za każdą z pozycji z osobna.

{ad pkt 2 i 3 listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że w tym postępowaniu termin związania ofertą wynosił 30 dni i upływał dla wszystkich wykonawców 26 lutego 2018 r. Przed tym dniem Zamawiający nie skorzystał z prawa wezwania wszystkich wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą.

Spośród wszystkich wykonawców jedynie Odwołujący samodzielnie przedłużył termin związania ofertą oraz wniósł wadium na ten przedłużony okres.

27 lutego 2018 r. Zamawiający wystosował do wykonawców pismo, informując „na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp”, że wykonawcy mogą samodzielnie przedłużyć termin związania ofertą.

28 lutego Buzzi Studio poinformował Zamawiającego o przedłużeniu terminu związania ofertą.

Odwołujący wywiódł, że na gruncie ustawy pzp wybór najkorzystniejszej oferty musi

nastąpić w terminie związania ofertą, a wykonawca musi być związany złożoną ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert. Odwołujący podkreślił, że przepisy pzp nie przewidują możliwości przywrócenia biegu terminu związania ofertą. Stąd oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą musi wpłynąć do zamawiającego przed upływem tego terminu. Natomiast złożenie takiego oświadczenia w terminie późniejszym (po upływie terminu związania ofertą) należy ocenić jako złożenie nowej oferty.

Jeżeli wykonawca chce dalej ubiegać się o udzielenie zamówienia, powinien złożyć w tym zakresie jednoznaczne oświadczenie zamawiającemu. Jeżeli natomiast nie wyraża

takiej woli, może to wyrażnie zamawiającemu oświadczyć lub powstrzymać się od jakichkolwiek działań. Oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą winno być złożone w sposób wyraźny i jasny, w formie w SIWZ przewidzianej (...) Nie podlega ono ustaleniu na podstawie innych czynności wykonawcy - korespondencji z zamawiającym, wnoszenia środków ochrony prawnej, wykonywania czynności faktycznych lub prawnych związanych z przedłużaniem ważności wadium (zob. wyrok z 24 września 2012 r., sygn. akt KIO 1924/12 oraz wyrok z 29 czerwca 2015 r., sygn. akt: KIO 1281/15, KIO 1282/15).

Odwołujący zarzucił, że biorąc powyższe pod uwagę, oferta Buzzi Studio powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a oraz 7b ustawy pzp. Brak zachowania ciągłości związania ofertą jest równoznaczny z nieprzedłużeniem terminu związania ofertą i stanowi podstawę do odrzucenia oferty.

Ponadto poza przypadkiem zwrotu wadium w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty, w całym okresie związania oferty powinny być zabezpieczone wadium. Brak zachowania ciągłości zabezpieczenia oferty wadium stanowi osobną podstawę do odrzucenia oferty. W związku z powyższym nie jest możliwy wybór oferty, którą wykonawca nie jest związany lub która nie jest zabezpieczona wadium w sposób wymagany przez zamawiającego.

Odwołujący powołał się na Krajową Izbę Odwoławczą, która w wyroku z 23 października 2017 r. (sygn. akt 2097/17) wskazała, że: (...) odesłanie w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 7a ZamPubU do zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, oznacza intencję ustawodawcy, aby termin „zgoda” rozumieć jako zgodę wykonawcy na to, co wynika z żądania zamawiającego, jak również na to, co wynika z dokonanej przez wykonawcę oceny stanu, w jakim aktualnie znajduje się postępowanie i własnych możliwości czy potrzeb z tym związanych. W konsekwencji, przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy, jeśli cel jego wprowadzenia miały być osiągnięty, winien znaleźć zastosowanie również do oferty, którą wykonawca nie jest związany, bo np. tak jak w przedmiotowym przypadku, po wyczerpaniu przez zamawiającego uprawnienia do jednokrotnego wezwania wykonawców w tym zakresie, z własnej inicjatywy nie złożył oświadczenia w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą. (...) W ocenie Izby, na gruncie zamówień publicznych, nie jest dopuszczalna sytuacja, w której w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty niektórzy z wykonawców byłiby związani ofertą i ich oferta byłaby zabezpieczona wadium (tam, gdzie jest to przewidziane), a niektórzy z wykonawców nie byłiby związani ofertą i ich oferta nie byłaby zabezpieczona wadium. Oznaczałoby to, bowiem przyzwolenie na nierówne traktowanie wykonawców, w konsekwencji naruszałoby podstawową zasadę zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Gdyby np. wybór dotyczył oferty, którą wykonawca nie jest związany i to od niego ostatecznie by zależało, czy taki wybór uwzględni i czy będzie chciał zawrzeć umowę, czy nie, przy czym ta druga możliwość, nie będzie się dla niego wiązała z utratą wadium, to taki wykonawca byłby w zdecydowanie korzystniejszej sytuacji, niż wykonawca, który jest związany ofertą.

Odwołujący powołał się również na to, że analogiczne stanowisko wyraził Urząd Zamówień Publicznych w Informatorze nr 3/2017:

Obecnie w przypadku upływu terminu związania ofertą przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy przewiduje odrzucenie oferty. Przepis ten odsyła do przepisu art. 85 ust. 2 ustawy, który wyrażnie stanowi, że wykonawca może tak na wniosek zamawiającego jak i samodzielnie przedłużyć termin związania ofertą. Nieprzedłużenie tego terminu w obu przypadkach jest równoznaczne z rezygnacją wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy też, używając terminologii ustawy, niewyrażeniem przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Przepis ten nie powinien sprawiać problemów interpretacyjnych, a ewentualna odmienna jego wykładnia może

wynikać jedynie z błędnego rozumienia znaczenia i celu tej regulacji.

Z uwagi na powyższe funkcje wadium powinno być ustanowione i utrzymywane przez cały okres związania ofertą. Na gruncie prawa cywilnego, w myśl art. 70⁴ Kodeksu cywilnego, wadium stanowi warunek udziału w aukcji albo przetargu, w związku z czym niewniesienie wadium powoduje, że udział w przetargu albo aukcji jest niemożliwy, a ewentualne oferty nie wywołują skutków prawnych (zob. Robaczyński W. Komentarz do art. 70⁴ Kodeksu cywilnego [w:] Księżak P. (red.), Pyziak-Szafnicka M. (red.) op.cit.). W postępowaniu o udzielenie zamówienia niewniesienie przez wykonawcę wadium powoduje, że jego udział w postępowaniu jest niemożliwy, przez co jego oferta podlega odrzuceniu. W obowiązującym stanie prawnym, w myśl art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy, zamawiający jest obowiązany odrzucić ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, o ile zamawiający żądał wniesienia wadium.

Podsumowując, związanie wykonawcy złożoną przez niego ofertą jest niezbędne dla istnienia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zaś ustanowienie wadium ma na celu w szczególności zabezpieczenie roszczeń zamawiającego w przypadku niewywiązania się przez wykonawcę z wynikających z oferty zobowiązań. Zarówno

konieczność przedłużenia terminu związania ofertą, jak i - w przypadkach gdy zamawiający wymaga wniesienia wadium - obowiązek jego ustanowienia bądź przedłużenia przez wykonawcę wynikają wprost z przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych i regulacji Kodeksu cywilnego. Z kolei możliwość zawarcia umowy po upływie terminu związania ofertą została już w 2010 r. potwierdzona przez Trybunał Konstytucyjny. Nie można zatem w sposób zasadny twierdzić, że wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenie jego oferty z powodu upływu terminu związania ofertą, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z takim wykonawcą, czy żądanie przez zamawiającego, by wykonawca przedłużył okres ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą, nie znajdują oparcia w przepisach prawa. Tymczasem pytania zadane przez sąd odsyłający opierały się na takim błędnym założeniu.

Zdaniem Odwołującego w tej sprawie nie znajdzie zastosowanie postanowienie TSUE z 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17, w którym Trybunał uznał, że art. 2 dyrektywy 2004/18, zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej. U podstaw wydania tego postanowienia legło założenie, że zamawiający nie przewidział skutku w postaci odrzucenia oferty wskutek nieprzedłużenia terminu związania ofertą lub nieprzedłużenia wadium. Jak wskazał TSUE w motywie 23: z postanowienia odsyłającego wynika, że w postępowaniu głównym wykluczenie wykonawcy z postępowania ze względu na upływ terminu związania ofertą nie jest wyraźnie przewidziane we właściwej ustawie ani w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w prowadzonym postępowaniu Zamawiający jednoznacznie wskazał w SIWZ skutki braku zachowania ciągłości zabezpieczenia oferty wadium. Zgodnie z pkt 16.5 SIWZ wadium powinno zabezpieczać złożoną ofertę na cały okres związania ofertą, poczynając od dnia składania ofert. Zaś niewniesienie wadium w wymaganym terminie (także na przedłużony okres związania ofertą), w wymaganej wysokości lub dopuszczalnej formie skutkuje odrzuceniem oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy pzp.

Odwołujący podkreślił również, że wartość szacunkowa przedmiotowego postępowania nie przekracza progów unijnych, w związku z czym nie znajduje w tym przypadku zastosowania wykładnia przepisów dyrektywy dokonana przez TSUE.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podał, że w tym postępowaniu Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące w szczególności dysponowania co najmniej dwiema osobami posiadającymi niezbędne doświadczenie, o którym mowa w pkt 5.1.1. SIWZ. Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawca zobowiązany był do złożenia wykazu osób.

W toku postępowania Zamawiający wezwał Buzzi Studio do złożenia załącznika n4 4 do SIWZ zawierającego wykaz osób na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, żądając złożenia tego wykazu w formie pisemnej oraz elektronicznej.

Odwołujący zarzucił, że w wyznaczonym terminie Wykonawca złożył jedynie kopię wykazu, przesyłając dokument na adres e-mail Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucił, że usługi wskazane w tym wykazie nie odpowiadają wymaganiom SIWZ, gdyż nie dotyczą sporządzenia opinii specjalistycznych {Odwołujący odesłał w tym zakresie do rozważań poczynionych w ramach uzasadnienia zarzutu dotyczącego zawyżenia punktacji oferty Buzzi Studio}.

Odwołujący zarzucił, że wobec niezłożenia w wyznaczonym terminie wykazu osób w formie pisemnej jak również ze względu na rodzaj powołanych w wykazie usług, Wykonawca Buzzi Studio nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co jego zdaniem implikuje wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

{KIO 586/18, KIO 591/18}

9 kwietnia 2018 r. wpłynęły do Izby odpowiedzi na odwołania, w których Zamawiający wniósł o ich oddalenie, podając uzasadnienie swojego stanowiska w odniesieniu do poszczególnych zarzutów.

Do Prezesa Izby wpłynęły zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego w rozpatrywanych sprawach ze strony następujących wykonawców:

- Polskiego Instytutu Rozwoju sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do sprawy o sygn. akt KIO 586/18;
- Buzzi Studia G. M. ze Szczecina do obu spraw (sygn. akt: KIO 586/18, KIO 591/18).

Wobec dokonania powyższych zgłoszeń w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu od otrzymania kopii odwołania oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom tego postępowania - a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp - Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołań.

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych, a wpisy od nich zostały uiszczone - podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron nie zostały również złożone w tym zakresie odmienne wnioski.

Izba uznała za bezzasadne stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że zarzuty odwołania PIR dotyczące zawyżenia punktacji oferty Buzzi Studio należy uznać za spóźnione, gdyż zostały już podniesione w poprzednim odwołaniu, wniesionym przez PIR od pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty, które zostało następnie wycofane. Zamawiający dodał, że nie uwzględnił tego odwołania, natomiast unieważnił ten wybór z uwagi na konieczność wezwania FireNet do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp.

Izba zważyła, że unieważniając z własnej inicjatywy dokonany wybór najkorzystniejszej, Zamawiający cofnął postępowanie do fazy badania i oceny ofert, a złożone odwołanie stało się bezprzedmiotowe, gdyż nie istniała już czynność, która legła u podstaw jego wniesienia. Zamawiający ma prawo prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia po wniesieniu odwołania, jednakże nie może to prowadzić do zmuszania wykonawców do podtrzymywania odwołań, które nie mają szans na uwzględnienie, gdyż co najmniej zarzucane naruszenie przepisów pzp na dzień orzekania nie ma już wpływu na wynik prowadzonego postępowania. Innymi słowy czynności podejmowane w prowadzonym postępowaniu przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania nie mogą ograniczać prawa wykonawców do skutecznego wnoszenia środków ochrony prawnej.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego obie sprawy zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępujących obu spraw, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania, zgłoszeniach przystąpień i dalszym piśmie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymują się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, skoro złożyli oferty w postępowaniu o jego udzielenie. Jednocześnie ponieważ objęte zarzutami odwołania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp dotyczą bądź odrzucenia własnej oferty (odwołanie FireNet), bądź zawyżenia punktacji lub zaniechania odrzucenia oferty wybranej (odwołanie PIR), co naraża Odwołujących na szkodę, gdyż w przeciwnym razie mogliby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

{KIO 586/18}

{rozstrzygnięcie zarzutów odwołania FireNet}

Izba stwierdziła, że odwołanie zawiera w istocie jeden samoistny zarzut: nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp, gdyż uzasadnienie odwołania nie precyzuje żadnych okoliczności dotyczących wspomnianego w ramach listy zarzutów zaniechania odrzucenia oferty Buzzi Studio.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia:

Odnosnie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Załącznik nr 1 - Opis przedmiotu zamówienia {dalej również: „OPZ”} zawiera w szczególności następujące postanowienia {podkreśleń dokonano na potrzeby tego uzasadnienia}:

W ramach przedmiotu zamówienia Wykonawca będzie zobowiązany do udziału z pracownikami Zamawiającego w kontrolach na miejscu w ramach projektów I osi priorytetowej Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa na lata 2014 - 2020 (POPC) - „Powszechny dostęp do szybkiego Internetu” i II osi priorytetowej POPC - „E-administracja i otwarty rząd” oraz udziału w kontrolach trwałości projektów na miejscu w ramach projektów Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007 - 2013 (POIG) - w zakresie VII osi priorytetowej „Społeczeństwo informacyjne - budowa elektronicznej administracji” i VIII osi priorytetowej „Społeczeństwo informacyjne - zwiększenie innowacyjności gospodarki” - Działanie 8.3 „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu”, Działanie 8.4 „Zapewnienie dostępu do Internetu na etapie ‘ostatniej mili’ ” POIG w roli eksperta. Kontrole będą przeprowadzane na terenie całej Polski.

W zakresie projektów I Osi priorytetowej POPC oraz VIII osi priorytetowej „Społeczeństwo informacyjne - zwiększenie innowacyjności gospodarki” - Działanie 8.3 „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu”, Działanie 8.4 „Zapewnienie dostępu do Internetu na etapie ‘ostatniej mili’ ” przygotowanie opinii polegać będzie na:

- dokonaniu analizy dokumentacji technicznej pod względem zgodności z zapisami wniosku o dofinansowanie,
- porównanie cen rynkowych z cenami towarów zakupionymi przez Beneficjentów w ramach wniosków o płatność, przy realizacji projektów według stanu na dzień złożenia zamówienia przez Beneficjentów (nie dotyczy kontroli projektów w okresie trwałości),

- sprawdzenie czy inwestycja jest realizowana zgodnie z projektem technicznym,
- zgodność usytuowania wybudowanej infrastruktury oraz urządzeń z projektem. Co do zasady badanie zgodności usytuowania wybudowanej infrastruktury oraz urządzeń odnosi się do wszystkich zakupionych/zrealizowanych w danym projekcie urządzeń oraz elementów infrastruktury. Zamawiający informuje, że kontrole odbywają się na różnym etapie realizacji projektu, co przekłada się na stan zaawansowania wybudowanej infrastruktury. Z uwagi na różne rozwiązania/modele przyjęte przez beneficjentów do realizacji projektu Zamawiający nie ma możliwości określić precyzyjnie próby do weryfikacji badania wybudowanej w ramach projektu infrastruktury. Zamawiający dopuszcza możliwość weryfikacji próby w przypadku stwierdzenia, że wybudowana infrastruktura jest rozległa, ale wymaga to każdorazowo analizy dokumentacji projektowej. Zamawiający w zleceniach będzie określał, czy infrastruktura/urządzenia podlegają weryfikacji w całości, czy na próbie i w jakiej wysokości.
- kompletności urządzeń w zakresie możliwości ich sprawnego działania, w tym m.in. kompletności systemów zasilania,
- sprawdzenie, czy dokumentacja techniczna jest przygotowana przez osobę z uprawnieniami budowlanymi właściwymi dla danej specjalności, jeśli wymagane jest

zgłoszenie do starostwa powiatowego lub czy dokumentacja jest wykonalna jeśli nie była wykonana przez osobę z uprawnieniami budowlanymi a inwestycja realizowana w danym projekcie nie wymaga zgłoszenia. W drugim przypadku sprawdzenie, czy decyzja o niezgłaszaniu inwestycji jest zgodna z prawem,

- w razie potrzeby zebranie niezbędnego materiału dowodowego, mającego znaczenie w ewentualnym postępowaniu administracyjnym,
- sprawdzenie czy zostały podpisane protokoły odbioru i czy pokrywają się z zakresem zlecenia.

W zakresie projektów II Osi priorytetowej POIG oraz VII osi priorytetowej „Społeczeństwo informacyjne - budowa elektronicznej administracji” przygotowanie opinii polegać będzie na:

- weryfikacji funkcjonalności e-usług publicznych (A2B, A2C) oraz usług wewnątrzadministracyjnych niezbędnych dla świadczenia usług publicznych (A2A) w ramach przekazanych przez Zamawiającego projektów oraz weryfikacji ich zgodności z opisem zawartym we wnioskach o dofinansowanie z harmonogramem kamieni milowych i z pozostałymi dokumentami dotyczącymi projektów oraz dokumentacją konkursową,
- dokonaniu oceny rozmiaru stworzonego oprogramowania, stopnia złożoności oraz charakteru i zakresu ochrony prawnej, jaka udzielona została Beneficjentowi w przedmiocie autorskich praw majątkowych do oprogramowania, na podstawie którego wykonano i wdrożono system informatyczny a także w przypadku udostępnienia kodów źródłowych przez danego Beneficjenta poprzez ich weryfikację,
- dokonaniu oceny wykonanych rozwiązań technologicznych w odniesieniu do wdrożonej nowej usługi świadczonej przez aplikację elektroniczną lub rozszerzonej funkcjonalności już istniejącej e-usługi (aplikacji) poprzez wykorzystanie treści otwartych zasobów informacji sektora publicznego i/lub istniejących e-usług publicznych,
- dokonaniu oceny poprawy funkcjonalności oraz e-dojrzałości z istniejącymi usługami, w tym określenie stopnia modernizacji i interoperacyjności rejestrów publicznych oraz zapewnienia bezpieczeństwa systemów teleinformatycznych,
- ustaleniu, czy Beneficjent na etapie tworzenia dokumentacji projektowej nie dokonał zmian projektowych, które byłyby sprzeczne ze złożonym przez niego wnioskiem o dofinansowanie,
- ustaleniu, czy e-usługa, dostępna i aktualna na dzień dokonywania oceny systemu informatycznego przez Wykonawcę jest funkcjonalna, czy jest wykorzystana przez usługobiorców, czy posiada nieprawidłowości, jeśli tak to jakiego rodzaju i czy mają one istotny charakter,
- ustalenie ile wynosiła wartość badanego oprogramowania, kosztów związanych

z przygotowaniem modułów i wdrożeniem e-usługi (aplikacji) lub w przypadku rozszerzenia funkcjonalności istniejącej e-usługi (aplikacji) - dokonanie wyceny na podstawie metod analitycznych z uwzględnieniem liczbowej oceny czasu, rozmiaru stworzonego oprogramowania, pracochłonności, stopnia złożoności oprogramowania, od których zależy koszt całego projektu (nie dotyczy kontroli projektów w okresie trwałości),

- w razie potrzeby zebranie niezbędnego materiału dowodowego, mającego znaczenie

w ewentualnym postępowaniu administracyjnym.

- audyt infrastruktury zakupionej w ramach projektu, zgodność z założeniami projektu, kompletność urządzeń, sprawność techniczna,
- weryfikacja neutralności technologicznej przyjętych przez beneficjentów rozwiązań,
- w sytuacji kiedy usługi zostały odebrane przez beneficjenta, przeprowadzenie testów użyteczności z zgodnie z założeniami usługi np. w oparciu o scenariusze testowe używane przez beneficjenta do testowania usługi.

Wykonawca zobowiązany jest zebrać i zabezpieczyć materiał dowodowy z wykonania oceny i weryfikacji systemu informatycznego danego Beneficjenta, dokonanej na miejscu realizacji

projektu, w postaci kopii plików źródłowych aplikacji, plików źródłowych struktury bazy danych oraz danych zapisanych w bazie SQL lub innej analogicznej bazie funkcjonującej u Beneficjenta.

(...)

Wykonawca wyniki przeprowadzonych działań przekaże w formie specjalistycznej opinii.

Opinia zostanie sporządzona w formie papierowej opatrzonej czytelnym podpisem oraz parafą na każdej stronie. Ponadto opinia zostanie przekazana na nośniku danych w wersji

zeskanowanej z podpisem oraz w wersji edytowalnej.

W przypadku wystąpienia nowych okoliczności Zamawiający zastrzega sobie możliwość

zlecenia Wykonawcy ponownej kontroli na miejscu realizacji projektu z pracownikami

Zamawiającego. Ponowna kontrola może się wiązać z przeprowadzeniem powtórnej wizyty

u Beneficjenta i wymaga wystawienia odrębnego zlecenia Wykonawcy. W formularzu

ofertowym wskazano pola: cena za zlecenie ponownej kontroli w formie opinii. Ponowna

kontrola na miejscu realizacji u tego samego beneficjenta może służyć sprawdzeniu

wykonania zaleceń pokontrolnych wydanych na podstawie opinii Wykonawcy.

Pracownik Wykonawcy będzie uczestniczył w ramach kontroli na miejscu w roli eksperta. Średni czas trwania czynności kontrolnych to 2-5 dni roboczych (kontrola 1 projektu). Zamawiający nie wymaga, aby ekspert uczestniczył w czynnościach przez wszystkie dni trwania kontroli. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca zrealizował pełny zakres zlecenia wskazany w Opisie przedmiotu zamówienia. Wykonawca będzie musiał ocenić, czy do przeprowadzenia wszystkich zleconych czynności w odniesieniu do stopnia zaawansowania realizacji projektu wystarczająca będzie liczba dni kontroli zaplanowana przez Zamawiającego. Na wniosek Wykonawcy liczba dni kontroli może zostać zwiększona. (.)

W przypadku wykonania wszystkich zleconych czynności w terminie, krótszym niż czas trwania kontroli, Wykonawca nie będzie zobligowany do udziału w czynnościach do dnia zakończenia kontroli.

Jednocześnie według rozdziału 13 s.i.w.z. ceny za sporządzenie opinii i udział w czynnościach kontrolnych zespołu kontrolującego Zamawiającego, odrębnie dla każdego z dwóch zakresów rzeczowych, są kryteriami oceny ofert („P1” i „P2”), każde o wadze 30%. Natomiast ostatnim z kryteriów oceny ofert („P5”), o wadze 10%, jest cena za zlecenie ponownej kontroli w formie opinii. Przy czym w stosunku do każdej z tych cen zastrzeżono, że określa ona łączną wartość brutto (tj. z VAT) złożonej przez wykonawcę oferty, wynikającą z uwzględnienia wszystkich kosztów, jakie wykonawca poniesie w związku

z realizacją przedmiotu zamówienia.

Dokonany podział przedmiotu zamówienia znalazł również odzwierciedlenie we wzorze formularza ofertowego, w którym odrębnie należało wycenić:

- 1) sporządzenie opinii i udział w czynnościach kontrolnych w kontroli projektów realizowanych w ramach Działania 8.3/8.4 lub I osi priorytetowej POPC (P1) - kontrola,

2) sporządzenie opinii i udział w czynnościach kontrolnych Zespołu Kontrolującego Zamawiającego w ramach Działania 7.1 POIG lub II osi priorytetowej POPC (P2) - kontrola,

3) ponowną kontrolę w formie opinii (P5) - opinia.

Przy czym dla każdego z tych zakresów przedmiotu zamówienia należało podać cenę jednostkową oraz łączną wartość dla 20 kontroli (P1 i P2) lub opinii (P5), które po zsumowaniu dają cenę oferty.

Odnosnie badania oferty FireNet.

W ofercie FireNet przeprowadzenie ponownej kontroli w formie opinii specjalistycznej zostało wycenione na 100 zł (odpowiednio 2 tys. zł za łącznie 20 kontroli), podczas gdy w pozostałych ofertach świadczenie to zostało wycenione odpowiednio na 3000 zł (łącznie 60 tys. zł) przez Buzzi Studio oraz na 3300 zł (łącznie 66 tys. zł) przez PIR.

30 stycznia 2018 r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty

FireNet, od czego wniósł odwołanie PIR, zarzucając Zamawiającemu m.in. naruszenie art.

90 ust. 1 pzp przez niepodjęcie procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny tej części składowej zamówienia, która jest odrębnym elementem oceny oferty.

Zamawiający uwzględnił powyższe odwołanie, unieważnił dokonany wybór, a pismem z 12 lutego 2018 r. wezwał FireNet do złożenia wyjaśnień dotyczących części składowej

ceny oferty, tj. ceny ponownej kontroli na miejscu realizacji projektu w ramach jednej opinii.,

wskazując na różnice w wycenie tego zakresu przedmiotu zamówienia w stosunku do pozostałych złożonych ofert, a także przypominając, że według OPZ usługa ponownej kontroli polega na powtórzeniu czynności wykonywanych w ramach kontroli pierwotnej, która

wiązać się może z koniecznością m.in. przeprowadzenia ponownej wizyty u beneficjenta.

Zamawiający podsumował, że zaproponowana przez FireNet cena jednostkowa za przedmiotową usługę w wysokości 100 zł budzi wątpliwości co do możliwości pokrycia wszystkich kosztów wykonania tej usługi oraz odbiega znacząco od cen zaproponowanych przez pozostałych wykonawców.

W wyjaśnieniach z 13 lutego 2018 r. FireNet na wstępie zaznaczył, że uważa zarzut rażąco niskiej ceny za chybiony, gdyż nie dotyczy ceny całkowitej oferty, ale wyłącznie jednej z jej składowych, tj. ceny za przeprowadzenie ponownej kontroli, której Zamawiający przyznał wagę jedynie 10 pkt, co oznacza, że nie jest ona istotnym składnikiem ceny całkowitej oferty.

Ponadto według FireNet z OPZ wynika, że zlecenie ponownej kontroli może wystąpić jedynie w przypadku, gdy pomiędzy wydaniem opinii pierwotnej a decyzją Zamawiającego wystąpią nowe okoliczności, co do zasady jest to zatem sytuacja wyjątkowa.

Dla uzasadnienia braku rażącego zaniżenia ceny W. Ch. powołał się na swoje wieloletnie doświadczenie jako biegły sądowy, a także na liczbę sporządzonych dotychczas opinii, co umożliwiło mu opracowanie specjalnej metodyki pracy, która pozwala na konieczną w tego typu działaniach efektywność.

Wskazał, że dzięki doświadczeniu biegłego sądowego i eksperta jest także w stanie ocenić nie tylko, ile czasu zajmie ewentualna ponowna kontrola, ale także określić prawdopodobieństwo jej wystąpienia.

Ponadto ocenił, że ponowna kontrola na miejscu u beneficjenta nie wiąże się z koniecznością ponownego zbierania materiału dowodowego, dokumentowania go, dokonania pełnej analizy oraz innymi czynnościami niezbędnymi do wydania opinii

pierwotnej.

Podniósł, że jego doświadczenie zawodowe wskazuje, że podmioty zamawiające

opinie specjalistyczne zazwyczaj w ogóle nie ustalają ceny za dokonanie ponownej kontroli, wychodząc ze słusznego założenia, że dokonują zapłaty za wydanie opinii specjalistycznej w danej sprawie, niezależnie od tego, czy była wydawana opinia uzupełniająca.

Podał, że podstawą jego kalkulacji za ponowną kontrolę jest rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 kwietnia 2013 r. w sprawie określenia stawek wynagrodzenia biegłych, taryf zryczałtowanych oraz sposobu dokumentowania wydatków niezbędnych dla wydania opinii w postępowaniu cywilnym, które stanowi w § 2, że stawka wynagrodzenia biegłych powołanych przez sąd za każdą rozpoczętą godzinę pracy wynosi - w zależności od stopnia złożoności problemu będącego przedmiotem opinii oraz warunków, w jakich opracowano opinię - od 1,28% do 1,81% kwoty bazowej dla osób zajmujących kierownicze stanowiska państwowe, której wysokość określa ustawa budżetowa (ponieważ aktualnie wynosi ona 1789,42 zł, stawka ta waha się od 22,90 do 32,39 zł). Przy czym w razie złożonego charakteru problemu będącego przedmiotem opinii, stawka może być podwyższona do 50%, jeżeli biegły ma dyplom ukończenia studiów wyższych lub dyplom mistrzowski oraz pełni funkcję biegłego sądowego nie krócej niż jedną kadencję lub funkcję rzeczoznawcy przez okres co najmniej pięciu lat (tj. 34,36-48,58 zł).

W. Ch. oświadczył, że jego bogate doświadczenie w opiniowaniu pozwala mu stwierdzić, że czas niezbędny na przeprowadzenie ponownej kontroli będzie nie dłuższy niż 2 godziny, stąd koszt jej przeprowadzenia będzie wynosił: $2 \times \text{stawka } 22,90 = 45,80 \text{ zł}$. Pozostała część ceny za ponowną kontrolę została przeznaczona na sformułowanie wniosków, opracowanie opinii uzupełniającej i ewentualny dojazd najtańszym środkiem komunikacji lub pojazdem z zespołem kontrolującym, w zależności od dostępności miejsc oraz lokalizacji projektu.

Pismem z 16 marca 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty oraz dokonaniu ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że oferta FireNet została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, gdyż kwota 100 zł brutto za przeprowadzenie ponownej kontroli w formie opinii, w sytuacji gdy pozostali oferenci wycenili to na 3 tys. zł lub 3300 zł, jest ceną rażąco niską. Jednocześnie złożone przez FireNet wyjaśnienia nie były wystarczające i przekonujące, zwłaszcza że nie zawierały wykazania kosztów, jakie wiąże się z koniecznością ponownego stawiennictwa u beneficjenta, co było skutkiem przyjęcia błędnego założenia, że ponowne kontrole mają charakter sporadyczny i wycinkowy.

W ramach rozpoznania cenowego przeprowadzonego przez Zamawiającego na potrzeby ustalenia wartości szacunkowej zamówienia objętego tym postępowaniem FireNet wycenił następująco koszt jednostkowy (ceny jednostkowe brutto):

- sporządzenie opinii i udział w kontroli projektów w zakresie Działania 8.3/8.4 lub I osi priorytetowej POPC (P1) - 8610 zł;
- sporządzenie opinii i udział w kontroli projektów w zakresie Działania 7.1 POIG lub II osi priorytetowej POPC (P2) - 11070 zł;
- ponowna kontrola w formie opinii (P5) - 4920 zł.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są niezasadne.

Według art. 90 pzp:

- (ust.1) jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
 - 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
 - 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
 - 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.
- (ust. 1a) w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają

wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

- (ust. 2) Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

- (ust. 3) Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z przywołanych regulacji wynika, że wystosowanie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena (względnie jej istotna część składowa) nie ma charakteru rażąco niskiej. Stąd wykonawca powinien złożyć wyczerpujące wyjaśnienia, które w pierwszej kolejności powinny odnosić się do wątpliwości zamawiającego sformułowanych w wezwaniu. Istotne jest, aby składane wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnikowego, a były na tyle szczegółowe, by mogły być podstawą do stwierdzenia przez zamawiającego, że jego podejrzenie rażąco niskiej ceny nie było uzasadnione w okolicznościach badanego przypadku. Na potrzebę przedstawienia szczegółowych wyjaśnień dodatkowo wskazuje zobligowanie wykonawcy nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących zakwestionowanej ceny oferty (lub jej istotnego składnika), ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, które pozwolą zamawiającemu na pozytywne zweryfikowanie otrzymanych wyjaśnień.

W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 214/06) wskazano: dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Tak samo stwierdzono w wielu wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, np.:

- z 7 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1803/10): dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych: przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- z 9 listopada 2012 r. (sygn. akt 2338/12): Celem składania wyjaśnień, jest przedstawienie przez wykonawcę konkretnych, obiektywnych, dających się skalkulować czynników, które umożliwiły obniżenie ceny. Zbytecznym jest przywoływanie w nich zwłaszcza orzecznictwa i poglądów doktryny na temat pojęcia „rażąco niska cena”, powoływanie się na własne doświadczenie, czy też ogólne oświadczenie, że zaoferowano całość przedmiotu zamówienia;
- z 13 listopada 2012 r. (sygn. akt 2354/12): Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować.

Reasumując, jeżeli wykonawca w złożonych wyjaśnieniach ograniczy się do ogólnikowych stwierdzeń i nie wskaże, w jaki konkretnie sposób przywołane przez niego

okoliczności wpłynęły na wysokość ceny jego oferty, zamawiający nie może ich uznać za wykazujące brak rażącego charakteru zakwestionowanej ceny.

Przy czym w aktualnym stanie prawnym nie powinno budzić wątpliwości, że skoro według art. 90 ust. 1 pzp badanie może zostać ograniczone do istotnej części składowej ceny oferty, która budzi wątpliwości, brak wykazania dokonania rzetelnej wyceny w tym zakresie może być podstawą do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby w okolicznościach faktycznych prowadzonego postępowania Zamawiający prawidłowo zastosował art. 90 ust. 1 pzp. Z przywołanego przepisu wynika, że również rażące zaniżenie istotnego elementu składowego ceny oferty może budzić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi dla przedmiotu zamówienia. Ponieważ wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania usługi zgodnie z wymaganiami opisanymi w załączniku nr 1 do s.i.w.z. - wyłącznie w przypadku Odwołującego - wzbudziła jedynie cena za ponowną kontrolę w formie opinii specjalistycznej, w takim właśnie zakresie wezwał FireNet do wyjaśnień.

Izba nie podziela poglądu Odwołującego, że w każdym przypadku, niezależnie od uwarunkowań konkretnego postępowania, wymagane jest wzywanie do wyjaśnienia ceny całej oferty. Wręcz przeciwnie, zamawiający powinni wyjaśniać te elementy oferty, które wydają się im rażąco niskie i budzące wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, że z uwagi na wagę ustaloną na potrzeby kryteriów oceny ofert na poziomie 10% cena za przeprowadzenie ponownej kontroli nie ma charakteru istotnego elementu składowego ceny oferty. Umknęło uwadze Odwołującego, że w tym postępowaniu łączna waga cenowa kryteriów cenowych wynosi tylko 50%, a zatem element ten stanowi już 1/5 całości ceny oferty. Przede wszystkim zupełnie nieadekwatne wydaje się ustalanie istotności danego składnika cenowego li tylko na podstawie wagi, jaka została mu przypisana w ramach kryteriów oceny ofert. Samo wyodrębnienie takiego zakresu przedmiotu zamówienia, jak ponowna kontrola, jako przedmiotu odrębnej wyceny oraz odrębnego kryterium oceny oferty, świadczy o jego istotności dla Zamawiającego na potrzeby prowadzonego postępowania. Zamawiający oczekiwał realnej wyceny 20 ponownych kontroli, czyli na potrzeby wyceny przedmiotu zamówienia założył, że co druga kontrola pierwotna będzie wymagała ponowienia.

Tymczasem ze złożonych wyjaśnień, a także z przebiegu postępowania odwoławczego wynika, że Odwołujący kalkulację ceny za ponowne kontrole oparł na założeniu, że czynności te wystąpią sporadycznie, a nawet w ogóle nie zostaną zlecone przez Zamawiającego. Jednakże skoro Odwołujący nie zgłaszał w tym zakresie zastrzeżeń do opisu przedmiotu zamówienia, jego obowiązkiem było dokonanie rzetelnej wyceny wynikającego z tego opisu zakresu ilościowego i rzeczowego, czyli wyceny uwzględniającej 20 ponownych kontroli, z których każda może wiązać się z ponowną wizytą u beneficjenta i przeprowadzeniem czynności koniecznych dla wydania opinii specjalistycznej. Innymi słowy FireNet de facto w złożonych wyjaśnieniach przyznał, że odnośnie ponownych kontroli złożył ofertę na inny pod względem ilościowym i rzeczowym przedmiot zamówienia niż opisany w s.i.w.z. A ściślej rzecz biorąc, z wyjaśnień tych wynika wniosek, że wykonanie ponownych kontroli za wskazaną w ofercie cenę ryczałtową jest możliwe, jeżeli nie wystąpią one w ogóle lub sporadycznie i nie będą wymagały ponownej wizyty u beneficjenta oraz podjęcia szeregu czynności poprzedzających wydanie samej opinii (co ma zająć najwyżej 2 godziny). Czyli w przypadku, gdy skala świadczonych usług będzie odpowiadała jego biznesowym założeniom, poczynionym na podstawie jego bogatego doświadczenia zawodowego, a nie opisowi dokonанemu przez Zamawiającego.

Zupełnie niezrozumiałe i wręcz potwierdzające brak dokonania rynkowej wyceny świadczenia jest oparcie ceny jednostkowej ponownej kontroli na zryczałtowanej stawce godzinowej uregulowanej w przepisach dotyczących czynności biegłych w postępowaniu cywilnym. Nie jest to więc żadna kalkulacja, a próba wtórnej racjonalizacji opartej na błędnym założeniu ceny, która nie ma żadnego związku z rynkową wyceną świadczenia opisanego w załączniku nr 1 do s.i.w.z. Umknęło przy tym uwadze Odwołującego, że biegli w postępowaniach sądowych oprócz czasu związanego ze sporządzeniem opinii doliczają również koszty związane z przygotowaniem się do jej sporządzenia - koszty administracyjne (papier, tusz do drukarki, połączenia telefoniczne, koszty kserokopii itp.), a także koszty dojazdu. Odwołanie się do przepisów, które w tym przypadku nie mają żadnego zastosowania i są zupełnie nieadekwatne, dobitnie świadczy o miernej jakości dowodowej wyjaśnień złożonych Zamawiającemu.

Choć z ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji wynika, że kontrole, w których wykonawcy będą uczestniczyli w roli eksperta, będą miały miejsce na terenie całej Polski,

z wyjaśnień nie wynika, w jaki sposób cena w wysokości 100 zł pozwoli na ich pokrycie. Nie wspominając o kosztach noclegu. Czynione dopiero na rozprawie próby alternatywnych wyjaśnień w stosunku do złożonych uprzednio Zamawiającemu należy uznać za spóźnione i nieprzekonujące.

Co istotne dopiero na rozprawie Odwołujący przyznał, że koszt ponownej kontroli uwzględnił w cenie wydania opinii pierwotnej. Pośrednio wynikało to z już uzasadnienia odwołania, gdzie Odwołujący podważał celowość wyodrębnienia ponownej kontroli. Zważając na wycenę kontroli pierwotnych w ofercie FireNet takie wytłumaczenie jest przekonujące, jednak nie zostało w stosownym czasie przedstawione Zamawiającemu. Inna sprawa, że Odwołujący przyznał się de facto na etapie postępowania odwoławczego do zachowania, które nie ma nic wspólnego z przestrzeganiem zasad uczciwej konkurencji, a jego skutki są niekorzystne dla Zamawiającego. Odwołujący określił na rozprawie jako absurdalną sytuację, w której jego oferta z łączną ceną niższą niż cena oferty aktualnie wybranej przez Zamawiającego, została odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę częściową. Jednakże działanie Odwołującego spowodowało, że w razie zawarcia z nim umowy realizacja zamówienia mogłaby okazać się dla Zamawiającego najdroższa. Oczywiście jest, że Zamawiający po to wydzielił ponowne kontrole jako odrębne świadczenie, aby płacić za nie tylko wtedy, gdy faktycznie będzie je zlecał. W przypadku dwóch pozostałych ofert mniejsza niż szacowana przed wszczęciem postępowania skala ponownych kontroli, spowoduje, że Zamawiający może oszczędzić znaczne kwoty porównaniu do oferty FireNet. Natomiast Odwołujący nadużył swoje prawo do wyceny przedmiotu zamówienia, gdyż oczywiście jest, że przerzucenie kosztu ponownych kontroli do wyceny wydania pierwotnej opinii ma na celu uzyskanie maksymalnej punktacji w kryterium oceny ofert dotyczącym ceny przeprowadzenia ponownej kontroli, przy jednoczesnym zminimalizowaniu punktacji innych wykonawców, którzy dokonają rynkowej wyceny tego świadczenia.

Mając powyższe na uwadze, Izba - działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie orzeczono stosownie do jej wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis - zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Ponadto stosowanie do § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia zasądzono na rzecz Zamawiającego poniesione przez niego koszty z tytułu uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

{KIO 591/18}

{ad pkt 1 i 4 listy zarzutów odwołania}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia:

Odnosnie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia {podkreśleń dokonano na potrzeby tego uzasadnienia}:

W wyjaśnieniach treści specyfikacji z 5 stycznia 2018 r. w odpowiedzi na pytanie nr 1 {Co dokładnie Zamawiający rozumie pod pojęciem „opinia specjalistyczna”. Proszę o udzielenie odpowiedzi również poprzez wskazanie ew. czynności poprzedzających wydanie takiej opinii (np. kontrola na miejscu, zabezpieczenie materiału dowodowego) oraz jej atrybutów (opis metodyki, analiza materiału dowodowego itp.)?} Zamawiający, poza szczegółowym wyliczeniem zagadnień, do których ekspert powinien się odnieść w zależności od przedmiotu opinii, wskazał, że w jego ocenie opinia specjalistyczna musi zawierać min. wstęp (opis czego opinia dotyczy i jaka jest podstawa wydania opinii), metoda analizy przyjęta przez eksperta, zakres wykonanych czynności np. weryfikacja dokumentów, oględziny środków trwałych, analiza wartości niematerialne i prawne etc.), wynik weryfikacji, rekomendacje i/lub zalecenia, listę załączników. (...)

Zgodnie z rozdziałem 5 s.i.w.z. (dotyczącym warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełnienia) pkt 5.1.1 lit. a) (po uwzględnieniu zmiany treści specyfikacji z 5 stycznia 2018 r.) wykonawca zobowiązany jest wykazać, że będzie dysponował na etapie realizacji zamówienia dwoma osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które posiadają odpowiednie doświadczenie rozumiane przez Zamawiającego jako wydanie:

- minimum 5 opinii w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert w zakresie weryfikacji poprawności wybudowania i funkcjonowania infrastruktury światłowodowej lub infrastruktury radiowej dla osoby dedykowanej do realizacji zleceń obejmujących projekty realizowane z wykorzystaniem funduszy pochodzących z Unii Europejskiej;
- minimum 5 opinii w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert w zakresie weryfikacji e-usług i/lub systemów informatycznych pod względem zgodności, poprawności i funkcjonalności systemu z założeniami określonymi w dokumentach przekazanych przez Zamawiającego dla osoby dedykowanej do realizacji zleceń obejmujących projekty realizowane z wykorzystaniem funduszy pochodzących z Unii Europejskiej.

Z kolei według rozdziału 13 SIWZ (dotyczącego kryteriów oceny ofert) pkt 4 w kryterium doświadczenia zawodowego osób dedykowanych do realizacji zamówienia punkty będą przyznawane w następujący sposób:

a) ocena kryterium P4 będzie dokonywana na podstawie wypełnionego przez Wykonawcę formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ;

b) Zamawiający przydzieli każdej badanej ofercie w kryterium odpowiednią liczbę punktów.

- Zamawiający przyzna 1 pkt (nie więcej niż 15) za każdą kolejną opinię specjalistyczną powyżej 5 (wymaganych jako minimum zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu) zrealizowaną w ciągu ostatnich 3-ch lat przed upływem terminu składania ofert wykazaną dla osoby, którą Wykonawca wskaże do realizacji zleceń obejmujących swoim zakresem projekty realizowane w ramach działania 8.3/8.4 POIG lub I osi priorytetowej POPC. Opinie te muszą dotyczyć weryfikacji poprawności wybudowania i funkcjonowania infrastruktury światłowodowej lub infrastruktury radiowej;
- Zamawiający przyzna 1 pkt (nie więcej niż 15) za każdą kolejną opinię specjalistyczną powyżej 5 (wymaganych jako minimum zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu) zrealizowaną w ciągu ostatnich 3-ch lat przed upływem terminu składania ofert wykazaną dla osoby, którą Wykonawca wskaże do realizacji zleceń obejmujących swoim zakresem projekty realizowane w ramach działania 7.1 POIG lub II osi priorytetowej POPC. Opinie te muszą dotyczyć weryfikacji e-usług oraz systemów informatycznych pod względem

zgodności, poprawności i funkcjonalności systemu z założeniami określonymi w dokumentach przekazanych przez Zamawiającego.

Maksymalna ilość punktów jaką może uzyskać Wykonawca dla każdej wykazanych osób za spełnienie tego warunku to 15 pkt. Łącznie za spełnienie tego kryterium można uzyskać maksymalnie 30 pkt.

W treści załącznika nr 7 do s.i.w.z. umieszczono następujące uwagi:

1. Nie wpisywać opinii, które Wykonawca uwzględnia do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.
2. Powielić tabelę dla każdej osoby dla której wykonawca ubiega się o dodatkowe punkty w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie zawodowe osób dedykowanych do realizacji zamówienia (P4).

Odnosnie badania oferty Buzzi Studio:

W wykazie osób w celu wykazania spełnienia powyżej przytoczonego warunku udziału w postępowaniu (sporządzonym na druku załącznika nr 4 do s.i.w.z.) wskazano łącznie 4 osoby, w tym:

- G. P. jako osobę, która zrealizowała na rzecz Urzędu Miasta Szczecina w 2016 i 2017 r. 5 odbiorów budowy infrastruktury światłowodowej;

- G. M. jako jedyną osobę dla potwierdzenia spełnienia drugiego zakresu warunku, która przeprowadziła 5 weryfikacji e-usług - audyt serwisu internetowego na rzecz 5 różnych podmiotów, w tym w okresie wrzesień-grudzień 2016 r. audyt dotyczący serwisu internetowego na rzecz Ministerstwa Rozwoju.

W wykazie opinii specjalistycznych (sporządzonym na druku załącznika nr 7 do s.i.w.z.) wskazano łącznie 4 osoby, w tym:

- G. P. jako osobę, która zrealizowała na rzecz Urzędu Miasta Szczecina w 2017 r. 7 odbiorów budowy infrastruktury światłowodowej oraz 4 odbiory projektu oraz budowy infrastruktury światłowodowej;

- G. M. jako jedyną osobę przeznaczoną do realizacji zleceń obejmujących swoim zakresem projekty realizowane w ramach działania 7.1 POIG lub II osi priorytetowej POPC, która w okresie wrzesień-grudzień 2016 r. przeprowadziła 15 weryfikacji e-usług - audyt serwisu internetowego (odpowiednio: rpo.lubelskie.pl, rpo.lubuskie.pl, rpo.lodz.pl, rpo.malopolska.pl, mazowska.eu, rpo.opolskie.pl, rpo.pokarpacie.pl, rpo.wroclawskie.pl, rpo.pomorskie.eu,

na rzecz Ministerstwa Rozwoju.

Z pisma Urzędu Miasta Szczecina z 16 lutego 2018 r. wynika jedynie, że G. P. jako główny specjalista w wydziale informatyki był członkiem komisji dokonujących w imieniu miasta odbiorów, a jego opinia była podstawą zatwierdzenia zakresów prac realizowanych przez wykonawców i podpisania protokołów odbioru.

W toku badania oferty Buzzi Studio przedstawiło Zamawiającemu następujące dokumenty dotyczące opisanych w wykazach odbiorów dokonanych przez G. P.:

- „Protokół odbioru technicznego końcowy” - 2 szt.,
- „Protokół odbioru technicznego częściowy - ostateczny” - 2 szt.,
- „Protokół końcowy odbioru prac budowlanych” - 5 szt.,
- „Protokół końcowy odbioru dokumentacji projektowo-kosztorysowej” - 5 szt.,
- „Końcowy protokół zdawczo-odbiorczy” - 1 szt.,
- „Protokół zdawczo-odbiorczy” - 5 szt.
- „Protokół końcowy” - 1 szt.

Dokumenty te potwierdzają jedynie udział G. P. jako jednego z dwóch przedstawicieli Gminy Miasta Szczecina jako zleceńodawcy w odbiorze końcowym robót lub projektów budowlano-wykonawczych.

Według Ministerstwa Rozwoju raporty metodologiczny i raport końcowy oraz karty oceny stron internetowych za zgodność z wytycznymi i karty oceny użyteczności stron internetowych sporządzone w ramach realizacji umowy z 11 sierpnia 2016 r., której przedmiotem było badanie stron internetowych instytucji tworzących system wdrażania Funduszy Europejskich w Polsce na lata 2014-2020, przez G. M. nie dotyczyły weryfikacji e-usług pod względem zgodności, poprawności i funkcjonalności systemu z założeniami określonymi w dokumentach przekazanych przez zamawiającego (pismo Ministerstwa Rozwoju z 9 kwietnia 2018 r.).

Według definicji „Regulaminu przeprowadzania konkursu w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka Priorytet 8: Społeczeństwo informacyjne - zwiększanie innowacyjności gospodarki Działanie 8.1: Wspieranie działalności gospodarczej w dziedzinie gospodarki elektronicznej”, e-usługi to takie usługi, których świadczenie odbywa się za pomocą Internetu, jest zautomatyzowane (może wymagać niewielkiego udziału człowieka) i zdalne. Od usługi w ujęciu tradycyjnym, e-usługę odróżnia brak udziału człowieka po drugiej stronie oraz świadczenie na odległość.

E-usługa zapewnia usługobiorcy (klientowi) możliwie dużą indywidualność, jednak nie wymaga obecności obu stron w tym samym czasie i w tym samym miejscu. Usługa elektroniczna musi ponadto spełniać warunek udzielania konkretnej odpowiedzi na konkretnie postawione pytanie. E-usługę można prowadzić za pośrednictwem kilku kanałów, takich jak: Internet, urządzenia mobilne (telefon komórkowy i inne urządzenia przenośne) oraz telewizja cyfrowa i satelitarna

Najbardziej szczegółową definicję e-usług podaje art. 11 w zw. z art. 12 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1777/2005 z dnia 17.10.2005 r. ustanawiającego środki wykonawcze do dyrektywy 77/388/EWG w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej oraz w załączniku nr 1 do Rozporządzenia.

W szczególności artykuł 11 stanowi, że:

1. Do usług świadczonych drogą elektroniczną, o których mowa w art. 9 ust. 2 lit. e) tiret dwunaste i załączniku L dyrektywy 77/388/EWG, należą usługi świadczone za pomocą Internetu lub sieci elektronicznej, których świadczenie jest zautomatyzowane i które wymagają niewielkiego udziału człowieka, a ich wykonanie bez wykorzystania technologii informacyjnej jest niemożliwe.
2. Następujące usługi, w szczególności jeśli świadczone są przez Internet lub sieć elektroniczną, wchodzą w zakres ust. 1:
 - a) ogólnie produkty w formie cyfrowej łącznie z oprogramowaniem, jego modyfikacjami i nowszymi wersjami oprogramowania;
 - b) usługi umożliwiające lub wspomagające obecność przedsiębiorstw lub osób w sieci elektronicznej, takie jak witryna lub strona internetowa;
 - c) usługi generowane automatycznie przez komputer i przesyłane Internetem lub siecią elektroniczną w odpowiedzi na określone dane wprowadzone przez usługobiorcę;
 - d) odpłatne przekazywanie prawa do wystawiania na aukcji towaru lub usługi za pośrednictwem witryny internetowej działającej jako rynek on-line, na którym potencjalni kupcy przedstawiają swoje oferty przy wykorzystaniu automatycznych procedur oraz na którym strony są informowane o dokonaniu sprzedaży za pomocą poczty elektronicznej generowanej automatycznie przez komputer;
 - e) pakiety usług internetowych oferujących dostęp do informacji, w których aspekty telekomunikacyjne są natury pomocniczej lub drugorzędnej (czyli pakiety wykraczające poza oferowanie samego dostępu do Internetu i obejmujące inne elementy, takie jak strony, które umożliwiają dostęp do aktualnych wiadomości, informacji meteorologicznych lub turystycznych; gier; umożliwiają hosting witryn internetowych; dostęp do grup dyskusyjnych; etc.);
 - f) usługi wyszczególnione w załączniku nr 1, czyli:
 1. Punkt 1 załącznika L do dyrektywy 77/388/EWG
 - a) Tworzenie i hosting witryn internetowych;
 - b) Automatyczna konserwacja oprogramowania, zdalnie i on-line;
 - c) Zdalne zarządzanie systemami;
 - d) Hurtownie danych on-line, umożliwiające elektroniczne przechowywanie i wyszukiwanie konkretnych danych;
 - e) Dostarczanie on-line przestrzeni na dysku na żądanie;
 2. Punkt 2 załącznika L do dyrektywy 77/388/EWG
 - a) Uzyskiwanie dostępu on-line i pobieranie oprogramowania (w szczególności programy w zakresie zamówień publicznych / księgowości, programy antywirusowe) oraz jego uaktualnień.
 - b) Oprogramowanie blokujące pojawianie się banerów reklamowych.
 - c) Sterowniki do pobierania, takie jak programy ustawiające interfejsy komputera i urządzeń peryferyjnych (np. drukarek).
 - d) Automatyczna instalacja on-line filtrów na witrynach internetowych.
 - e) Automatyczna instalacja on-line zabezpieczeń typu firewalls.
 3. Punkt 3 załącznika L do dyrektywy 77/388/EWG
 - a) Uzyskiwanie dostępu i pobieranie motywów pulpitu.

- b) Uzyskiwanie dostępu i pobieranie obrazów, fotografii i wygaszaczy ekranu.
- c) Zawartość książek w formie cyfrowej i innych publikacji elektronicznych.
- d) Prenumerata gazet i czasopism on-line.
- e) Dzienniki logowania i statystyki odwiedzania stron internetowych.
- f) Wiadomości, informacje o sytuacji na drogach oraz prognozy pogody on-line.
- g) Informacje generowane automatycznie on-line przez oprogramowanie po wprowadzeniu przez klienta określonych danych, takich jak dane prawne lub finansowe (w szczególności stale uaktualniane kursy giełdowe).
- h) Dostarczanie przestrzeni reklamowej, szczególnie banerów reklamowych na stronach lub witrynach internetowych.
- i) Korzystanie z wyszukiwarek i katalogów internetowych.

4. Punkt 4 załącznika L do dyrektywy 77/388/EWG

- a) Uzyskiwanie dostępu i pobieranie muzyki na komputery i telefony komórkowe.
- b) Uzyskiwanie dostępu i pobieranie sygnałów dźwiękowych, urywków nagrań, dzwonków i innych dźwięków.
- c) Uzyskiwanie dostępu i pobieranie filmów.
- d) Pobieranie gier na komputery i telefony komórkowe.
- e) Uzyskiwanie dostępu do automatycznych gier on-line, które wymagają użycia Internetu lub innych podobnych sieci elektronicznych, gdy gracze są od siebie oddaleni.

5. Punkt 5 załącznika L do dyrektywy 77/388/EWG

- a) Automatyczne nauczanie na odległość, którego funkcjonowanie wymaga użycia Internetu lub podobnej sieci elektronicznej, wymagające niewielkiego bądź niewymagające żadnego udziału człowieka, łącznie z klasami wirtualnymi, z wyjątkiem sytuacji, gdzie Internet lub podobna sieć elektroniczna wykorzystywana jest jako proste narzędzie służące komunikowaniu się nauczyciela z uczniem.
- b) Ćwiczenia wypełniane przez ucznia on-line i sprawdzane automatycznie, bez udziału

Istotne jest, iż Rozporządzenie podaje zarówno rodzaje usług, które można określić mianem e-usług, jak i te, które wg art. 12 Rozporządzenia do tego grona należeć nie mogą. W szczególności nie są e-usługami:

- 1) Usługi nadawcze radiowe i telewizyjne, o których mowa w art. 9 ust. 2 lit. e) tiret jedenaste dyrektywy 77/388/EWG;
- 2) Usługi telekomunikacyjne w rozumieniu art. 9 ust. 2 lit. e) tiret dziesiąte dyrektywy 77/388/EWG;
- 3) Dostawy następujących towarów i świadczenie następujących usług:
 - a) towary, w przypadku których zamawianie i obsługa zamówienia odbywa się elektronicznie;
 - b) płyty CD-ROM, dyskietki i podobne nośniki fizyczne;
 - c) materiały drukowane, takie jak książki, biuletyny, gazety i czasopisma;
 - d) płyty CD, kasety magnetofonowe;
 - e) kasety wideo, płyty DVD;
 - f) gry na płytach CD-ROM;
 - g) usługi świadczone przez osoby takie jak prawnicy lub doradcy finansowi, którzy udzielają swym klientom porad za pomocą poczty elektronicznej;
 - h) usługi edukacyjne, w ramach których treść kursu przekazywana jest przez nauczyciela za pomocą Internetu lub sieci elektronicznej (czyli poprzez zdalne połączenie);

- i) usługi fizyczne off-line naprawy sprzętu komputerowego;
- j) hurtownie danych off-line;
- k) usługi reklamowe, w szczególności w gazetach, na plakatach i w telewizji;
- l) centra wsparcia telefonicznego (ang. helpdesk);
- m) usługi edukacyjne świadczone korespondencyjnie, zwłaszcza za pośrednictwem poczty;
- n) konwencjonalne usługi aukcyjne, przy których niezbędny jest udział człowieka, niezależnie od sposobu składania ofert;
- o) usługi telefoniczne z elementem wideo, znane też pod nazwą usług wideofonicznych;
- p) dostęp do Internetu i stron World Wide Web;
- q) usługi telefoniczne świadczone przez Internet.

{za publikacją p.t. „E-usługi - definicja i przykłady. Badanie zapotrzebowania na działania wspierające rozwój usług świadczonych elektronicznie (e-usług) przez przedsiębiorstwa mikro i małe”, Radosław Flis, Jacek Szut, Beata Mazurek-Kucharska, Jacek Kuciński, Wyd. Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (PARP), Warszawa 2009 r.}

Jeżeli chodzi o e-usługi w administracji, polscy obywatele mogą korzystać z kilkuset e-usług publicznych zlokalizowanych na różnych platformach i portalach rządowych. Są to m.in.: Elektroniczna Platforma Usług Administracji Publicznej (ePUAP), Platforma Usług Elektronicznych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (PUE ZUS), portal obywatel.gov.pl, portal biznes.gov.pl.

Obecnie tworzony jest Portal Rzeczypospolitej Polskiej (Portal RP) - gov.pl, który docelowo będzie stanowił bramę do wszystkich informacji i e-usług publicznych. Zintegruje witryny internetowe ministerstw, urzędów centralnych i urzędów wojewódzkich oraz ułatwi dostęp do usług cyfrowych, które państwo oferuje obywatelom.

Administracja udostępnia, modernizuje oraz buduje nowe e-usługi, które umożliwiają załatwienie spraw urzędowych z dowolnego miejsca i w dowolnym czasie, bez konieczności wychodzenia z domu.

Obecnie poprzez portal gov.pl dostępne są usługi zlokalizowane na portalach obywatel.gov.pl i biznes.gov.pl:

- biznes.gov.pl - informuje, jak założyć i prowadzić własną firmę oraz umożliwia załatwienie niezbędnych formalności online. Stanowi źródło informacji dla osób, które prowadzą działalność gospodarczą lub planują ją rozpocząć.
- obywatel.gov.pl - informuje, jak załatwić popularne sprawy urzędowe. Oferuje popularne e-usługi dla obywateli, jak np.: uzyskanie odpisu aktu stanu cywilnego, uzyskanie dowodu osobistego, sprawdzenie punktów karnych czy danych w rejestrach państwowych, wysłanie pisma do urzędu.

Publiczne portale usługowe, kierowane do różnych odbiorców, to także m.in.:

- ceidg.gov.pl - Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej (CEIDG) - elektroniczny rejestr przedsiębiorców, którzy działają w Polsce. Portal ułatwia prowadzenie firmy; dzięki niemu można założyć firmę, zmieniać dane we wpisie, a także zawiesić, wznowić lub zamknąć działalność gospodarczą;
- ekr.ms.gov.pl/s24/ - portal, na którym można złożyć wniosek o wpis do Krajowego Rejestru Sądowego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki jawnej i spółki komandytowej. Można również zmienić dane w zarejestrowanych już spółkach oraz złożyć sprawozdanie finansowe spółki;
- ekw.ms.gov.pl - system Elektronicznych Ksiąg Wieczystych - portal, na którym można m.in. przeglądać treść ksiąg wieczystych, złożyć wniosek o odpis, wyciąg albo zaświadczenie o zamknięciu księgi wieczystej, sprawdzić, czy odpisy, wyciągi i zaświadczenia o zamknięciu księgi, uzyskane drogą elektroniczną, są aktualne i prawdziwe.
- emp@tia - portal informacyjno-usługowy, na którym można m.in. zapoznać się z informacjami dotyczącymi świadczeń z pomocy społecznej, rodzinnych, z funduszu alimentacyjnego, a także złożyć wnioski np. o 500+ czy becikowe;

- epuap.gov.pl - Elektroniczna Platforma Usług Administracji Publicznej (ePUAP) — miejsce, gdzie można załatwić wiele spraw w różnych urzędach bez wychodzenia z domu, wysłać i odbierać urzędową korespondencję oraz sprawdzać na bieżąco statusy spraw i wniosków. Przez ePUAP można np. złożyć wniosek o dowód osobisty, uzyskać odpisy aktów, zgłosić urodzenie dziecka, rozliczyć podatki, pobrać zaświadczenie o niekaralności czy złożyć wniosek o kartę EKUZ;
- finanse.mf.gov.pl - portal podatkowy dla każdego, kto chce złożyć zeznanie podatkowe przez internet lub uzyskać informacje o podatkach. Umożliwia również złożenie wniosku o rozliczenie PIT-37 przez urząd skarbowy;
- geoportal.gov.pl - umożliwia dostęp do danych przestrzennych i map topograficznych (mapy.geoportal.gov.pl). Na portalu dostępne są także informacje przestrzenne oraz usługi, o których mowa w dyrektywie INSPIRE;
- krus.gov.pl - portal adresowany do osób ubezpieczonych w Kasie Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego. Rolnicy, zarówno ubezpieczeni, jak i płatnicy składek w KRUS, mogą założyć konto na portalu i uzyskać dostęp do podstawowych danych o przebiegu swojego ubezpieczenia, opłaconych składkach czy osobach zgłoszonych do ubezpieczenia.
- praca.gov.pl - oferuje usługi elektroniczne publicznych służb zatrudnienia, portal kierowany jest do bezrobotnych, osób poszukujących pracy oraz do pracodawców, którzy poszukają pracowników (oferty pracy oraz informacje o rynku pracy dostępne są na portalu informacyjnym psz.praca.gov.pl);
- puesc.gov.pl - Platforma Usług Elektronicznych Skarbowo-Celnych (PUESC) - pojedynczy punkt dostępu do e-usług Krajowej Administracji Skarbowej z zakresu obsługi i kontroli obrotu towarowego z państwami trzecimi i obrotu wyrobami akcyzowymi;
- pue.zus.pl - Platforma Usług Elektronicznych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (PUE ZUS) — portal dla osób ubezpieczonych, płatników składek, lekarzy, a także innych świadczeniobiorców (na przykład emerytów i rencistów); na PUE ZUS można na przykład umówić się na wizytę w placówce ZUS, wysłać wnioski, sprawdzać swoje zwolnienia lekarskie, sprawdzić, czy pracodawca zgłosił nas do ubezpieczeń;
- ufg.pl - portal Ubezpieczeniowego Funduszu Gwarancyjnego, na którym można m.in. sprawdzić ubezpieczenie OC sprawcy wypadku, numer szkody, otrzymać informację o przebiegu ubezpieczenia OC, historii szkód komunikacyjnych.
- zip.nfz.gov.pl - Zintegrowany Informator Pacjenta - ogólnopolski serwis dla pacjentów, który udostępnia dane gromadzone przez Narodowy Fundusz Zdrowia; w ZIP można uzyskać dostęp do informacji m.in. na temat swojego leczenia i udzielonych świadczeń, zrefundowanych leków, swojego miejsca na liście oczekujących na poradę lekarską czy przyjęcia do szpitala (w zakresie niektórych świadczeń).

{informacje zamieszczone na stronie Ministerstwa Cyfryzacji
cyfryzacja/e-uslugi}}

W tych okolicznościach Izba stwierdziła zasadność stawianych zarzutów.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pzp o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. Przy czym według art. 22 ust. 1a pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Art. 22 ust. 1b lit 3 pzp stanowi, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z art. 22d ust. 1 pzp oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Z art. 25 ust. 1 pkt 1 pzp wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów

potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, które wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Jednakże z art. 26 ust. 3 pzp wynika, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub są one niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo podjęcia tych czynności oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z kolei art. 91 ust. 1 pzp stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty dokonania przez Zamawiającego niewłaściwej oceny oferty Buzzi Studio zarówno pod względem warunków udziału w postępowaniu, jak i kryteriów oceny ofert obowiązujących w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

W pierwszej kolejności Zamawiający nie miał podstaw, aby pozytywnie zweryfikować spełnienie przez Buzzi Studio warunku udziału w odniesieniu do dysponowania osobą, która wykonała minimum 5 opinii specjalistycznych w zakresie weryfikacji e-usług i/lub systemów informatycznych pod względem zgodności, poprawności i funkcjonalności systemu z założeniami określonymi w dokumentach przekazanych przez zamawiającego, gdyż jedyna wyznaczona do realizacji zleceń w ramach tego zamówienia osoba, G. M., nie dysponuje wymaganym doświadczeniem. Udowodnione zostało bowiem przez Odwołującego (pismo Ministerstwa Inwestycji i Rozwoju z 9 kwietnia 2018 r.), że tzw. audyt serwisu internetowego - raporty i opinie wykonane w ramach umowy zawartej z Ministerstwem Rozwoju w ogóle nie dotyczyły e-usług.

Łącznie nieprzekonująca była argumentacja Zamawiającego na rozprawie, jakoby znaczenie terminu e-usługa, użytego zarówno w opisie przedmiotu zamówienia, opisie warunków udziału w postępowaniu, jak i opisie kryterium oceny ofert, nie było jednoznaczne w specyfikacji, a zatem może również obejmować strony internetowe dotyczące wdrażania w poszczególnych województwach funduszy europejskich. Wręcz przeciwnie, nie tylko na poziomie administracji rządowej, do której zalicza się również sam Zamawiający, termin e-usługa ma ustalone znaczenie, które powyżej zaprezentowano. Nie ma wątpliwości, że termin ten, choć sam nie ma normatywnego znaczenia, używany jest na określenie świadczenia usługi drogą elektroniczną - wykonania usługi świadczonej bez jednoczesnej obecności stron (na odległość), poprzez przekaz danych na indywidualne żądanie usługobiorcy, przesyłanej i otrzymywanej za pomocą urządzeń do elektronicznego przetwarzania, włącznie z kompresją cyfrową, i przechowywania danych, która jest w całości nadawana, odbierana lub transmitowana za pomocą sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne, które zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1219). Jako niedorzeczną należy uznać podjętą na rozprawie próbę wykazania przez Zamawiającego, który chce udzielić zamówienia związanego z kontrolą prawidłowości wdrożenia e-usług w takim rozumieniu, że określił warunki udziału w tym postępowaniu w sposób niezwiązany z tym przedmiotem zamówienia i uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania tego zamówienia.

W konsekwencji również doświadczenie tej osoby wykazane na potrzeby kryterium P4 nie mogło być podstawą przyznania punktacji ofercie Buzzi Studio, gdyż bazuje ono wyłącznie na wspomnianej umowie zawartej z Ministerstwem Rozwoju, która nie dotyczyła weryfikacji e-usług.

Niezależnie od powyższego umknęło Zamawiającemu przy ocenie oferty Buzzi Studio, że w ramach kryterium punktowaniu podlegają opinie specjalistyczne, które muszą dotyczyć zarówno weryfikacji e-usług, jak i systemów informatycznych. Odmienne natomiast niż w ramach warunku udziału, gdzie wymagane były opinie dotyczące weryfikacji e-usług lub systemów informatycznych. Skoro w treści wykazu Wykonawca w ogóle nie wskazał, że opinie dotyczyły weryfikacji systemów informatycznych, już z tego powodu nie było podstaw, aby przyznać mu punktację w tym kryterium.

Nieprzekonujące, bo sprzeczne z treścią specyfikacji, było stanowisko Zamawiającego na rozprawie, że pomimo odmiennego brzmienia opis kryterium powinien

być interpretowany w taki sam sposób, jak opis warunku, czyli spójnik „oraz” jest synonimem „i/lub”. Zauważyć należy, że już w ramach opisu Zamawiający dał wyraz preferowaniu opinii dotyczącej weryfikacji obu obszarów (spójnik „i”), dopuszczając jednak na potrzeby weryfikacji zdolności do wykonania zamówienia wykonanie weryfikacji jednego z nich (spójnik „lub”). Rola kryterium oceny ofert jest odmienna, służy preferowaniu wykonawcy, który najlepiej wykona przedmiot zamówienia, stąd trudno uznać za przypadkowe i bez znaczenia ustalenie, że punktowane będą dodatkowe opinie ponad służące potwierdzeniu zdolności do wykonania przedmiotowego zamówienia, których przedmiotem były oba aspekty, na które wskazał Zamawiający.

Ocenie w tym kryterium, w części punktującej wykonanie opinii dotyczących weryfikacji poprawności wybudowania i funkcjonowania infrastruktury światłowodowej lub radiowej, nie mogły podlegać również odbiory projektów lub budów infrastruktury światłowodowej, w których uczestniczył jako jeden z dwóch członków komisji z ramienia zamawiającego, G. P.. Ze zgromadzonego materiału dowodowego (pismo Urzędu Miasta Szczecin z 16 lutego 2018 r.; protokoły odbioru) nie wynika, aby uczestnictwo tej osoby w odbiorach wykraczało poza protokolarne potwierdzenie w imieniu zamawiającego przyjęcia bez zastrzeżeń wykonanej przez wykonawcę zamówienia infrastruktury światłowodowej. O ile ustna opinia tej osoby, jako posiadającej odpowiednią wiedzę techniczną, mogła mieć znaczenie dla odbioru robót, o tyle, poza złożeniem podpisu na protokole odbioru, nie wiązała się ona ze sporządzeniem przez eksperta specjalistycznej pisemnej opinii, czyli dokumentu wskazującego czego opinia dotyczy, przyjętą metodę analizy, zakres wykonanych czynności.

Tymczasem nie budzi wątpliwości, że już w ramach badania zdolności wykonawcy do sporządzenia opinii specjalistycznych będących przedmiotem zamówienia badaniu podlegało nie tylko posiadanie wiedzy przez eksperta, ale i umiejętność jej przelania na papier w taki sposób, aby istniał dający się zweryfikować dokument z analizy i oceny stanu faktycznego będącego przedmiotem analizy.

Uwzględnienie doświadczenia G. P. na poczet spełniania warunku udziału w postępowaniu w sporządzeniu opinii dotyczących weryfikacji poprawności wybudowania i funkcjonowania infrastruktury światłowodowej lub radiowej nie miało natomiast znaczenia dla oceny zdolności Buzzi Studio do wykonania przedmiotowego zamówienia, gdyż zgłoszono również dwie inne osoby, których doświadczenie nie zostało zakwestionowane w odwołaniu.

Niezależnie od powyższego Izba uznała za zasadny zarzut niezgodnego z opisem zawartym w specyfikacji dokonania oceny oferty Buzzi Studio z uwagi na wyliczenie punktacji w kryterium P4 w części premiującej wykonanie dodatkowych opinii dotyczących weryfikacji poprawności wybudowania i funkcjonowania infrastruktury światłowodowej lub radiowej w oparciu o zsumowanie doświadczenia 3 różnych osób.

Skoro w opisie sposobu przyznawania punktów wprost wskazano, że maksymalną liczbą punktów, jaką może uzyskać wykonawca dla każdej z wykazanych osób za spełnienie tego warunku, wynosi 15 pkt - punktowaniu podlegało po jednej osobie dla każdego z dwóch zakresów (15 pkt + 15 pkt = 30 pkt, czyli maksymalnie, ile można było uzyskać w kryterium P4). Stąd jeżeli dla 3 osób wykazanych dla pierwszego zakresu ponad wymagane dla spełnienia warunku udziału minimum w ofercie Buzzi Studio wykazano odpowiednio 11, 4 i 3 opinie, ofercie tej maksymalnie można było teoretycznie przyznać 11 pkt, gdyby nie fakt, że chodzi tu o G. P., którego doświadczenie z powyżej opisanych powodów w ogóle nie powinno podlegać punktacji ani zaliczeniu na poczet spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Biorąc pod uwagę pozostałe dwie osoby, ponieważ punktowaniu może podlegać doświadczenie jednej z nich, oferta Buzzi Studio mogła być oceniona w tym zakresie kryterium na 4 pkt za dodatkowe 4 opinie, które wykazano dla jednej z tych osób.

{ad pkt 4 listy zarzutów odwołania w pozostałym zakresie}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia:

Zamawiający wzywając Buzzi Studio jako wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia m.in. dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, określił termin ich złożenia w ten sposób, że dla jego zachowania konieczne i wystarczające było przesłanie kopii tych dokumentów zwykłą drogą elektroniczną, pod warunkiem, że niezwłocznie dokumenty te zostaną również przesłane w formie pisemnej.

Buzzi Studio w określonym terminie przesłało na wskazany adres email kopie

żądanych dokumentów oraz niezwłocznie przesłało te dokumenty Zamawiającemu pocztą tradycyjną.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła oczywistą bezzasadność stawianego zarzutu.

Odwołujący w sposób zupełnie dowolny, a dodatkowo nieracjonalny, zinterpretował treść wezwania Zamawiającego, które w oczywisty sposób wyrażało jednoznacznie wolę uwzględnienia wpłynięcia w określonym terminie kopii dokumentów przesłanych drogą elektroniczną, jeżeli w ślad za tym niezwłocznie zostaną przesłane oryginały dokumentów.

{ad pkt 2 i 3 listy zarzutów odwołania}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia:

Oдноśnie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

Pkt 16.5 zawiera postanowienie, zgodnie z którym niewniesienie wadium w wymaganym terminie (także na przedłużony okres związania ofertą), w wymaganej wysokości lub dopuszczonej formie skutkuje odrzuceniem oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy pzp.

Natomiast specyfikacja nie zawiera żadnego postanowienia regulującego skutki nieprzedłużenia terminu związania ofertą z własnej inicjatywy przez wykonawcę.

Oдноśnie przebiegu postępowania:

W związku z dokonaniem 30 stycznia 2018 r. wyborem jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez FireNet Zamawiający zwrócił Buzzi Studio wadium w oparciu o art. 46 ust. 1 pzp.

Po dokonaniu w ramach powtórzonych czynności wyboru oferty Buzzi Studio jakoweżwał tego Wykonawcę do wniesienia wadium w terminie do 29 marca 2018 r.

27 marca 2018 r. Buzzi Studio wniósł wadium w formie pieniężnej przelewem na rachunek bankowy Zamawiającego.

Zamawiający nie wzywał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą (a jedynie skierował pismo, o którym mowa w odwołaniu).

W tych okolicznościach Izba stwierdziła bezzasadność zarzutów:

Z art. 46 ust. 1 pzp wynika w szczególności, że zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Według art. 85 ust. 2 pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie

wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą.

Z kolei art. 89 ust. 1 pkt 7b pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli

zamawiający żądał wniesienia wadium.

Z uwagi na powyżej ustalony przebieg postępowania zarzut zaniechania zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy pzp z powodu nieprawidłowego zabezpieczenia oferty Buzzi Studio wadium należy uznać za oczywiście niezasadny, gdyż Wykonawca ten zarówno pierwotnie, jak i na skutek wezwania Zamawiającego, za każdym razem wnosił wadium w odpowiednim terminie (do upływu terminu składnia ofert lub w terminie określonym przez Zamawiającego).

Przechodząc do rozstrzygnięcia zarzutu dotyczącego zaniechania zastosowania względem oferty Buzzi Studio art. 89 ust. 1 pkt 7a pzp, na wstępie zaznaczyć należy, że nowelizacja ustawy pzp z 22 czerwca 2016 r. uchyliła art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp, który w poprzednim stanie prawnym przewidywał sankcję wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku braku zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, wprowadzając przepis o analogicznej treści, ale jako przesłankę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 7a pzp.

Zdaniem składu orzekającego Izby z uwagi na zbieżność obu regulacji zachowuje zatem aktualność dorobek orzeczniczy wypracowany na tle spraw dotyczących wykluczenia wykonawców za niewyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zarówno przesłanki wykluczenia, jak i przesłanki odrzucenia oferty stanowią katalog zamknięty, a ze względu na to, że prowadzą do wyeliminowania wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, wykluczona jest jakakolwiek rozszerzająca ich interpretacja.

Wskazać należy również, że w przepisach ustawy pzp nigdy nie zostało wyraźnie rozstrzygnięte, jaka czynność zamawiającego będzie właściwa w sytuacji nieprzedłużenia terminu związania ofertą, i jakie są skutki wynikające z bezskutecznego upływu terminu związania ofertą w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W praktyce możliwe jest rozpatrywanie powyższej sytuacji wyłącznie przez pryzmat przesłanek odrzucenia oferty. Z drugiej strony można rozważać, czy oferta, co do której upłynął bezskutecznie termin związania nią wykonawcy, nadal jest ofertą lub czy jest ważna w rozumieniu prawa cywilnego. Przy czym zarówno przy pierwszym (wąskim), jak i drugim (szerokim) ujęciu zagadnienia w orzecznictwie zarysowały się diametralnie odmienne stanowiska.

Odnosnie znaczenia związania ofertą dla jej skuteczności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 16 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 924/14) wskazał, że z uwagi na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz swoisty charakter oferty złożonej na gruncie przepisów pzp., należy uznać, że upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Podobnie Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z 21 września 2012 r. (sygn. akt XIII Ga 379/12) uznał, że celem związania ofertą jest umożliwienie dochodzenia przez zamawiającego spełnienia zobowiązania zawartego w ofercie wykonawcy. Służy to więc głównie zabezpieczeniu interesów zamawiającego, a nie wykonawcy. Zdaniem sądu po upływie terminu związania ofertą jest ona nadal ważna, z tą jednakże różnicą, że działania zgodne z jej treścią (czyli zawarcie umowy na warunkach w ofercie oznaczonych) zależne jest już wyłącznie od suwerennej decyzji wykonawcy.

Natomiast odmienne stanowisko w kwestii braku związania ofertą zajął przykładowo Sąd Okręgowy w Tarnowie, który w wyroku z 13 lutego 2014 r. (sygn. akt I Ca 495/13) przyjął, że konsekwencje upływu terminu związania ofertą należy oceniać przez pryzmat art. 66 kc, na podstawie którego upływ terminu związania ofertą jest istotnym, konstytutywnym elementem oświadczenia woli zmierzającego do zawarcia umowy, stanowiącego ofertę. Oferta wygasa wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym oferent był swoją ofertą związany. W konsekwencji sąd uznał, że o ile ustawa dopuszcza możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, wybranie oferty, którą wykonawca nie jest związany, narusza prawo. Zdaniem sądu wykonawca poprzez przedłużenie terminu związania ofertą musi wykazać, że miał wolę przedłużenia okresu związania z ofertą, albowiem oświadczenia woli wykonawcy w tym zakresie nie może mieć charakteru dorozumianego, ale winno być wyrażone wprost. W ocenie sądu przeciwnie stanowisko pozostaje w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonych w art 7 ust. 1 pzp.

Zdaniem składu orzekającego Izby w stanie faktycznym sprawy, rozstrzygając ją w granicach podniesionego zarzutu, nie ma podstaw, aby wykraczać poza prawidłowe ustalenie zakresu zastosowania przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 7a pzp. Odwołujący zaprezentował w odwołaniu jedno stanowisko, według którego zakres zastosowania tej przesłanki rozciąga się również na sytuacje, w których wykonawca nie przedłużył z własnej inicjatywy terminu związania ofertą.

Skład orzekający Izby podziela jednak odmienny pogląd ugruntowany w orzecznictwie na tle wykładni dawnego art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp, zgodnie z którym eliminacji z postępowania podlega wyłącznie wykonawca, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, o której mowa w art. 85 ust. 2 pzp jako immanentnie związanej z instytucją zwracania się przez zamawiającego do wykonawców z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą (specyficznej wyłącznie dla zamówień publicznych), odrębnej od stricte cywilistycznej instytucji samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą przez wykonawcę.

Jak orzekła Izba już w wyroku z 2 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1469/10) katalog przesłanek wskazanych w art. 24 ustawy pzp, skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania, jest zamknięty, co oznacza że zamawiający nie może go rozszerzać ani zawężać. Wykluczenie, jeśli zaistnieje do tego podstawa, jest obligatoryjne i nie zależy od woli zamawiającego. Zdaniem Izby w świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp wykluczyć z postępowania można wyłącznie wykonawcę, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Z powyższego wynika, że Zamawiający wyklucza takiego wykonawcę jedynie w sytuacji, gdy uprzednio wystąpił do niego o przedłużenie terminu związania ofertą. Trafność tego stanowiska została potwierdzona przez Sąd Okręgowy w Rzeszowie, który wyrokiem z 16 lutego 2011 r. (sygn. akt VI Ga 192/2010) oddalił skargę na powyższe rozstrzygnięcie Izby.

Następnie w uzasadnieniu wyroku z 17 stycznia 2014 r. (sygn. akt IX Ga 392/13) Sąd Okręgowy w Lublinie również przychylił się do takiego stanowiska, podkreślając, że nie ma podstaw, aby na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp przyjąć, że nieprzedłużenie związania ofertą w sytuacji braku wezwania przez zamawiającego, było równoznaczne z brakiem wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego. Zdaniem sądu zamawiający może wykluczyć z postępowania na tej podstawie wykonawcę, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co oznacza, że zamawiający musi wykazać, że występował do wykonawców o przedłużenie tego terminu. Dopiero brak zgody wykonawcy nieprzedłużenie tego terminu przez wykonawcę na wyraźne wezwanie zamawiającego powoduje, że powstają przesłanki do jego wykluczenia z postępowania. Według sądu brak zgody w myśl powołanego przepisu musi być wyraźny, tak by możliwe było jednoznaczne zinterpretowanie zachowania wykonawcy, czy to w postaci złożenia oświadczenia woli, czy też określonego działania bądź zaniechania (art. 60 kc). W ocenie tego Sądu wykładnia językowa i systemowa omawianego przepisu nie pozostawia wątpliwości i jest ugruntowana w orzecznictwie sądów powszechnych.

Wreszcie we wspomnianym wyroku z 16 lipca 2014 r. (sygn. akt XIII Ga 924/14) Sąd Okręgowy w Warszawie potwierdził, że wykładnia językowa art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp prowadzi do wniosku, że wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy nie zgodził się on na przedłużenie okresu związania ofertą, co należałoby rozumieć w ten sposób, że zastosowanie tego przepisu, w tym zakresie, możliwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody. W przypadku zaś, kiedy nikt wykonawcy o taką zgodę nie pyta; na przedłużenie okresu związania ofertą, brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody (nie zgodził się).

Ponieważ skład orzekający Izby w tej sprawie podziela powyżej zaprezentowane stanowisko, wyrażone również przez Izbę w uzasadnieniu wyroku z 7 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 324/17), uznał zarzut Odwołującego za niezasadny. Izba uznaje za słuszny pogląd, że przesłanki odrzucenia ofert wymienione w art. 89 ust. 1 pzp nie zawierają dyspozycji prawnej odnośnie sytuacji braku dokonania przez wykonawcę samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą. Próba wywodzenia z treści art. 89 ust. 1 pkt 7a pzp takiej dyspozycji jest niedopuszczalną interpretacją rozszerzającą przez analogię, z pominięciem wynikającej z dobrych praktyk legislacyjnych zasady, że takie same sformułowania zawarte w jednym akcie prawnym (w tym przypadku w art. 85 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt 7a, a poprzednio art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp) nie mogą być odmienne interpretowane. Skoro ustawodawca, pomimo od lat trwających w doktrynie i orzecznictwie wątpliwości, nie zdecydował się na ich rozstrzygnięcie dzięki wprowadzeniu jednoznacznej regulacji, że to upływ terminu związania ofertą jest podstawą odrzucenia oferty, tym bardziej nie ma podstaw, aby obecnie dokonywać wykładni rozszerzającej art. 89 ust. 1 pkt 7a pzp.

W konsekwencji Izba podziela ocenę Zamawiającego, że zasadność zaprezentowanego stanowiska dodatkowo wzmacnia wypowiedzenie się przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w postanowieniu z 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 (Saferoad Grawil sp. z o.o., Saferoad Kabex sp. z o.o. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu) {pełna treść orzeczenia jest dostępna <http://curia.europa.eu>}, że artykuł 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia

przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej, w której to sprawie brano pod uwagę nie tylko art. 7 ust. 1 ustawy pzp jako implementujący wspomniany przepis dyrektywy klasycznej, ale również regulacje krajowe wynikające z art. 85 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp {patrz zakreslenie ram prawnych orzeczenia, pkt od 3 do 9}. Trybunał zwrócił uwagę, że warunek dotyczący upływu terminu związania ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wynikający z wykładni w orzecznictwie prawa krajowego oraz z praktyki jednego z organów, jest szczególnie niekorzystny dla oferentów mających siedzibę w innych państwach członkowskich, gdyż ich poziom znajomości prawa krajowego i jego wykładni, a także praktyki organów krajowych, nie może być porównywany z poziomem oferentów krajowych. Trybunał stwierdził, że jak podkreślił sąd odsyłający, mimo występujących od wielu lat sporów dotyczących Prawa zamówień publicznych, a w szczególności kwestii upływu terminu związania ofertą, polskie orzecznictwo wypracowało dwie równoległe linie rozumowania, co spowodowało brak pewności prawnej zarówno dla wykonawców, jak i instytucji zamawiających. W tym względzie Trybunał orzekł już, że zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 51). Zasady te tym bardziej stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdy z powodu rozbieżnych stanowisk w orzecznictwie krajowym warunek, którego przestrzeganie jest wymagane, nie wynika nawet z wykładni właściwych uregulowań dokonywanej przez właściwe sądy {patrz pkt 22-26}.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego - działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 tej ustawy - orzekła, jak w pkt 2 i 3 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis - zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Po drugie, obciążono Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez

Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy, działając zgodnie z § 5 ust. 2 rozporządzenia.

Przewodniczący: