

**Sygn. akt: KIO 626/23**

**WYROK  
z dnia 22 marca 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2023 r. przez wykonawcę Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Uniwersytet Medyczny w Białymstoku

**orzeka:**

1. oddala odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, nr 2, nr 4 odwołania,
2. w pozostałym zakresie umarza postępowanie odwoławcze,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdańsku i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawcy Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdańsku na rzecz Zamawiającego: Centrum Usług Informatycznych we Wrocławiu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący.....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Uniwersytet Medyczny w Białymstoku wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone na „Usługa Wdrożenia i Wsparcia Technicznego Platformy - oprogramowania LMS” – nr sprawy AZP.25.2.5.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w dniu 24.02.2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 040-115113, a w dniu 24.02.2023 r. na platformie zakupowej Zamawiającego wraz z dokumentami zamówienia – nr sprawy AZP.25.2.5.2023.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej: „SWZ” Odwołujący: Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdańsku w dniu 8 marca 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. Zarzut nr 1 – naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP z zw. z art. 116 ust. 1 PZP – poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez określenie warunku wykazania wykonania co najmniej dwóch usług (kontraktów) związanych z wdrożeniem i utrzymaniem platformy LMS dla uczelni wyższej w zakresie realizacji usług w modelu SaaS, co wyklucza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców obiektywnie zdolnych i przygotowanych do jego realizacji, którzy legitymują się doświadczeniem w zakresie dostaw i utrzymania platform LMS w modelu „On Premises”;

2. Zarzut nr 2 – naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt 11 lit. a) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy – poprzez sformułowanie w Załączniku nr 2 do Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) w sposób nieprzejrzysty, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, to jest zastrzeżenie w rozdziale II

pkt 2.1. zbyt dużej liczby wymagań funkcjonalnych oznaczonych literą „S”, sprawdzanych w czasie weryfikacji próbki nieproporcjonalnie do czasu wyznaczonego na prezentację próbki przez wykonawcę;

3. Zarzut nr 3 – naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt 11

lit. a) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy – poprzez sformułowanie w Załączniku nr 2 OPZ w sposób nieprzejrzysty, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, to jest przez zastrzeżenie w rozdziale I pkt 17 prawa dla Zamawiającego dającego mu możliwość żądania od wykonawcy wprowadzania danych do próbki w trakcie prezentacji w czasie wyznaczonych na prezentację, nie wydłużając tym samym ani nie zatrzymując czasu wyznaczonego na prezentację próbki przez wykonawcę;

4. Zarzut nr 4 – naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 241 ust. 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP – poprzez sformułowanie w Załączniku nr 2 OPZ w sposób nieprzejrzysty, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców warunków w rozdziale II pkt 7, oraz ustalenie kryterium oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy, polegającego na tym, że na etapie prezentacji próbki wykonawca ma przedstawić sposób oraz efekt automatycznego zbiorczego przeniesienia na oferowaną platformę LMS danych udostępnionych przez Zamawiającego na przykładzie wybranych kursów z aktualnych zasobów;

5. Zarzut nr 5 – naruszenie art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP – poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty polegający na nieopisaniu w rozdziale 3 pkt 2 OPZ wszystkich wymagań w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, w tym jego cech (funkcjonalności) i zobowiązaniu wykonawcy do dodatkowych świadczeń, które w OPZ nie zostały określone przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący;

6. Zarzut nr 6 – naruszenie art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP – poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty polegający na nieopisaniu przez Zamawiającego w rozdziale 5 pkt 2 OPZ w sposób jednoznaczny i wyczerpujący specyfiki (cech) jego działalności, oraz wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych, które wykonawca ma uwzględnić przy realizacji zamówienia;

7. Zarzut nr 7 – naruszenie art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP – poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty polegający na nieopisaniu przez Zamawiającego w OPZ w rozdziale 2 pkt 2 ppkt 7, rozdział 3 pkt 9, rozdział 6 pkt 5 lit. e), wersji systemu „VDO” z jaką ma nastąpić integracja i procedura testowa;

8. Zarzut nr 8 – naruszenie art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP – poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty polegający na braku zawarcia w OPZ w rozdziale 4 pkt 2 lit. d) informacji o szczegółowym sposobie liczenia parametrów jakościowych platformy LMS.

9. Zarzut nr 9 – naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP oraz art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 3531 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP – poprzez ustalenie klauzuli waloryzacyjnej w sposób nie pozwalający na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji oraz wzrostu wynagrodzeń, prowadzi do uznania postanowień wzoru umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w niezmienionym kształcie za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.

Wnioski i żądania Odwołującego zostały przedstawione pod zarzutami, to jest w treści dotyczącej uzasadnienia każdego z zarzutów.

Ponadto Odwołujący wnosił o zwrot kosztów postępowania.

Odwołujący wycofał zarzuty nr 3, 5, 6, 7, 8, 9 i podtrzymał zarzuty nr 1, 2, 4.

Zarzut nr 1 – naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP z zw. z art. 116 ust. 1 PZP – poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez określenie warunku wykazania wykonania co najmniej dwóch usług (kontraktów) związanych z wdrożeniem i utrzymaniem platformy LMS dla uczelni wyższej w zakresie realizacji usług w modelu SaaS, co wyklucza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców obiektywnie zdolnych i przygotowanych do jego realizacji, którzy legitymują się doświadczeniem w zakresie dostaw i utrzymania platform LMS w modelu „On Premises”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w Rozdziale VIII ust. 1.4.1. SWZ określił warunki dotyczące zdolności technicznych i zawodowych wykonawcy w zakresie wymaganych minimalnych zdolności technicznych lub zawodowych. W ramach Postępowania wymagane jest wykazanie przez potencjalnego wykonawcę, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej dwie usługi (dwa odrębne kontrakty) wdrożenia i utrzymania platformy LMS dla uczelni wyższej, z których każda powinna spełniać poniższe wymagania:

- a) platforma LMS była przeznaczona i wdrożona oraz skonfigurowana dla minimum 5 000 użytkowników;
- b) platforma LMS dostarczana była w co najmniej 2 językach;
- c) usługa została zrealizowana w modelu SaaS;
- d) usługa obejmowała również w pełni zintegrowaną aplikację mobilną dla użytkowników platformy;
- e) system LMS posiadał w pełni zintegrowany moduł wideokonferencji;
- f) system LMS posiadał w pełni zintegrowane repozytorium przechowywania treści materiałów dydaktycznych;
- g) okres wdrożenia i utrzymania wynosił co najmniej 12 miesięcy; a łączna wartość wykazanych dwóch usług wynosiła co najmniej 1 000 000,00 zł brutto.

Zaznaczył przy tym, że wśród powyżej wskazanych warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymagał wykazania świadczenia usługi wdrożenia i utrzymania platformy LMS w modelu SaaS (z ang. *Software as a Service*) – to jest rozdział VIII ust. 1.4.1. lit. c) SWZ – polegającego na tym, że oprogramowanie jest instalowane na infrastrukturze dostawcy oprogramowania, która pozostaje jego własnością i jest przez niego utrzymywana. Użytkownicy oprogramowania uzyskują dostęp do niego poprzez Internet, a zatem jest to model usług świadczonych drogą elektroniczną.

Wyjaśnił, że model udostępnienia oprogramowania w modelu „On Premises” polega na tym, że oprogramowanie jest instalowane na infrastrukturze Zamawiającego, która pozostaje jego wyłączną własnością. Na Zamawiającym co do zasady, o ile dana umowa nie stanowi inaczej, spoczywa w takim przypadku utrzymanie całego niezbędnego sprzętu. W tym miejscu należy wspomnieć, że w większości postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę oprogramowania w modelu „On Premises” wykonawcy również zobowiązani są do świadczenia usługi utrzymania oprogramowania z wykorzystaniem właśnie infrastruktury danego podmiotu zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego - z powyższego wynika, że podstawą różnicą pomiędzy modelem dostawy oprogramowania w modelu SaaS, a On Premises, jest element infrastruktury techniczno-systemowej, albowiem w przypadku modelu SaaS to wykonawca ma zapewnić niezbędną infrastrukturę i musi nią zarządzać, natomiast w modelu OnPremises po stronie danego zamawiającego spoczywa obowiązek (często kosztowny) zapewnienia i utrzymania niezbędnej infrastruktury.

Odwołujący stwierdził, że niezależnie od tej głównej różnicy pomiędzy modelem SaaS, a on Premises, użytkownik takie oprogramowania, w każdym z tychże modeli, może uzyskiwać dostęp do niego również poprzez sieć Internet.

Wskazał, że w praktyce jedynym czynnikiem odróżniającym te dwa modele udostępnienia oprogramowania jest element utrzymania i zarządzania infrastrukturą techniczno-systemową, taką jak serwery i niezbędne oprogramowanie takie jak systemy operacyjne, czy też systemy bazodanowe.

W związku z powyższym, utrzymanie w rozdziale VIII ust. 1.4.1. lit. c) SWZ warunku wykazania świadczenia usług dostawy i utrzymania platformy LMS w modelu SaaS jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a tym samym nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez preferowanie obecnego dostawcy platformy LMS dla Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego - treść warunku w aktualnym kształcie ma charakter dyskryminujący i ograniczający konkurencyjność postępowania bez koniecznego uzasadnienia, a więc wyboru oferty od wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia z przyczyn określonych poniżej.

Przekonywał, że oczekiwanie wykazania doświadczenia w zrealizowaniu tak wysoko specjalistycznej usługi tej skali przy jej koniecznym połączeniu z edukacyjnym charakterem systemu oraz modelem SaaS uznać należy za nadmiarowe dla wykazania doświadczenia niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia.

Zadeklarował, że zgodnie z najlepszą wiedzą Wykonawcy wymaganie to jest nie do spełnienia przez większość Wykonawców dostarczających platformę LMS, gdyż zamówienia o takiej skali i zakresie są niezwykle rzadkie.

Zauważył, że Odwołujący jest podmiotem, który również oferuje oprogramowanie typu platforma LMS, oraz aktywnie bierze udział w przetargach na wdrożenie lub

udostępnienie takich systemów, i w ostatnich 3 latach przed terminem ogłoszenia postępowania, zostały udzielone tylko dwa zamówienia odpowiadające w całości warunkom określonym w części VIII ust. 1 ust. 1.4.1., które wszystkie wygrała firma aktualnie udostępniająca Zamawiającemu platformę LMS to jest PCG Academia Sp. z o.o.:

a) ogłoszenie o zamówienia na „Wyłonienie Wykonawcy w zakresie dostawy i wdrożenia oprogramowania LMS dla Wydziału Prawa i Administracji UJ” (numer referencyjny: 80.272.238.2020) ogłoszone przez Uniwersytet Jagielloński w Krakowie: *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą, że:*

*1. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tzn.: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali należycie co najmniej dwie dostawy (dwa odrębne kontrakty) edukacyjnej platformy e-learningowej, z których każda powinna spełniać poniższe wymagania:*

*1.1. dostarczana platforma edukacyjna była przeznaczona i wdrożona oraz skonfigurowana dla minimum 5 000 użytkowników;*

*1.2. dostarczana platforma edukacyjna dostarczana była w co najmniej 3 językach*

*1.3. dostawa obejmowała również natywną aplikację mobilną dla użytkowników platformy;*

*1.4. dostawa została zrealizowana w modelu SaaS lub równoważnym;*

*1.5. dostarczana platforma edukacyjna udostępniała natywny moduł wideokonferencji;*

*1.6. dostarczana platforma edukacyjna udostępniała natywny moduł udostępniania treści osobom niepełnosprawnym obsługujący funkcje automatycznego tłumaczenia materiałów na postać dźwiękową oraz cyfrowego braille’a,*

*A łączna kwota wykazanych dwóch dostaw wynosi co najmniej 1 000 000,00 PLN brutto.*

b) Ogłoszenie z wolnej ręki na “Dostaw i uruchomienie platformy e-learningowej Blackboard” ogłoszone przez Uniwersytet Medyczny w Białymstoku – czyli Zamawiającego – o nr 2021/BZP 00279374 z dnia 23 listopada 2021 r., którego wykonawcą została firma PCG Academia Spółka z o.o. Powyższe prowadzi do jednoznacznego wniosku, że w aktualnym brzmieniu SWZ warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej może spełnić jedynie PCG Academia Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał również na okoliczność, iż podejście do formułowania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia – jakie podnosi Odwołujący – zostało zastosowane m. in. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (nr AI. 0920.01.2023) na dostawę internetowej platformy edukacyjnej oraz systemu bibliotecznego, ogłoszonym przez Akademię Zamojską:

*Część 1 zamówienia:*

a) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje należycie,

- co najmniej 2 (dwa) zamówienia, których przedmiotem było (jest) dostarczenie i wdrożenie systemu informatycznego obejmującego co najmniej platformę edukacyjną, o wartości zamówienia nie mniejszej niż

600 000,00 zł brutto każda (z wyłączeniem sprzętu informatycznego); oraz

- co najmniej 1 (jedną) usługę obejmującą udostępnienie systemu informatycznego w oparciu o chmurę publiczną zapewnioną przez Wykonawcę, o wartości nie mniejszej niż 600 000,00 zł brutto (wartość udostępnionego systemu).

Część 2 zamówienia:

a) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest

krótszy – w tym okresie wykonał należycie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje należycie,

- co najmniej 2 (dwa) zamówienia, których przedmiotem było (jest) dostarczenie i wdrożenie systemu bibliotecznego, o wartości zamówienia nie mniejszej niż 600 000,00 zł brutto każda (z wyłączeniem sprzętu informatycznego); oraz

- co najmniej 1 (jedną) usługę obejmującą udostępnienie systemu informatycznego w oparciu o chmurę publiczną zapewnioną przez Wykonawcę, o wartości nie mniejszej niż 600 000,00 zł brutto (wartość udostępnionego systemu informatycznego).

W związku z powyższą argumentacją Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

a) usunięcia warunku zastrzeżonego w lit. c) w rozdziale VIII ust. 1.4.1. SWZ, alternatywnie

b) modyfikację warunku zastrzeżonego w rozdziale VIII ust. 1.4.1. SWZ na następujące brzmienie: *Wykonawca winien wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:*

- *wykonał co najmniej 1 usługę (dwa odrębne kontrakty) wdrożenia i utrzymania platformy LMS dla uczelni wyższej, z których powinny być spełnione poniższe wymagania:*

a) *platforma LMS była przeznaczona i wdrożona oraz skonfigurowana dla minimum 5 000 użytkowników;*

b) *platforma LMS dostarczana była w co najmniej 2 językach;*

c) *usługa obejmowała również w pełni zintegrowaną aplikację mobilną dla użytkowników platformy;*

d) *system LMS posiadał w pełni zintegrowany moduł wideokonferencji;*



e) system LMS posiadał w pełni zintegrowane repozytorium przechowywania treści materiałów dydaktycznych;

f) okres wdrożenia i utrzymania wynosił co najmniej 12 miesięcy.

– wykonał co najmniej jedną usługę (jeden odrębny kontrakt) udostępnienia systemu informatycznego dla uczelni wyższej w modelu SaaS dla minimum 5 000 użytkowników,

a łączna wartość wykazanych dwóch usług wynosiła co najmniej 1 000 000,00 zł brutto, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz z załączeniem dowodów określających czy usługi te zostały wykonane należycie.

Zarzut nr 2 – naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt 11 lit. a) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy – poprzez sformułowanie w Załączniku nr 2 do Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) w sposób nieprzejrzysty, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, to jest zastrzeżenie w rozdziale II pkt 2.1. zbyt dużej liczby wymagań funkcjonalnych oznaczonych literą „S”, sprawdzanych w czasie weryfikacji próbki nieproporcjonalnie do czasu wyznaczonego na prezentację próbki przez wykonawcę.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w ramach Załącznika nr 2 do OPZ dokonał opisu sposobu przygotowania i prezentacji próbki i w rozdziale II pkt 2.1. tego Załącznika Zamawiający zastrzegł:

2. Weryfikacja zgodności zdeponowanych próbek z wymaganiami Zamawiającego zostanie przeprowadzona w trzech etapach:

2.1. na podstawie wybranych przez Zamawiającego 25 funkcjonalności standardowych (określonych jako Standardowe „S” w załączniku nr 1 do OPZ). Wskazanie wybranych funkcjonalności nastąpi na początku prezentacji.

Zdaniem Odwołującego - powyższe oznacza, że spośród ponad 150 funkcjonalności standardowych oznaczonych w Załączniku nr 1 do OPZ literą „S” Zamawiający dokona weryfikacji tylko funkcjonalności wybranych przez niego i według jego uznania, a konkretnych funkcjonalnościach – jakie będą weryfikowane – potencjalny wykonawca dowie się dopiero w dniu rozpoczęcia prezentacji próbki.

Zauważył również, że liczba funkcjonalności dodatkowych, oznaczonych w Załączniku nr 1 do OPZ literą „D”, jakie będą testowane obok funkcjonalności standardowych wynosi 26 i wynika z treści formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do SWZ).

Wskazał, że czas na prezentację łącznie 51 funkcjonalności wynosi nie dłużej niż 3 godziny zegarowe (rozdział I pkt 8 Załącznika nr 2 do OPZ), co w zestawieniu z łączną liczbą funkcjonalności jakie mają być zaprezentowane oznacza, że na prezentację jednej (1) funkcjonalności potencjalny wykonawca będzie miał 3 minuty i 30 sekund.

Dodatkowo, zaznaczył, że zgodnie z rozdziałem I pkt 4 Załącznika nr 2 do OPZ dany wykonawca zostanie poinformowany osobnym pismem o terminie (data i godzina) prezentacji działania próbki, z co najmniej 48 godzinnym wyprzedzeniem.

Odwołujący podniósł, że powyższe jest o tyle istotne, że z rozdziału II ust. 3 Załącznika nr 2 do OPZ wynika, że funkcjonalności standardowe, jakie będą przez Zamawiającego wybrane do testowania, będą później również testowane – te same – w przypadku prezentacji dokonywanych przez innych wykonawców:

*3. W pierwszej kolejności w ramach prezentacji próbki Wykonawca przedstawi funkcjonalności określone w pkt 2.1 powyżej, w celu wykazania, że oferowana platforma LMS posiada wymagane funkcjonalności obligatoryjne (standardowe), określone przez Zamawiającego. Zamawiający uzna, że weryfikowana próbka jest zgodna z wymaganiami określonymi w OPZ w przypadku, gdy Wykonawca w ramach prezentacji wykaże, że oferowany system LMS posiada prawidłowo działające wszystkie wymagane funkcjonalności standardowe wskazane do prezentacji przez Zamawiającego (są to funkcjonalności wybrane spośród wszystkich wymaganych funkcjonalności ujętych w OPZ z oznaczeniem „S” – zestaw weryfikowanych funkcjonalności będzie jednakowy dla wszystkich Wykonawców).*

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

1) modyfikację warunku zastrzeżonego w Załączniku nr 2 do OPZ na następujące brzmienie: a) rozdział I pkt 4:

*„4. Wykonawca zostanie poinformowany osobnym pismem o terminie (data i godzina) prezentacji działania próbki, z co najmniej 48 godzinnym wyprzedzeniem, wraz ze wskazaniem listy funkcjonalności standardowych „S”, które będą prezentowane.”* b) rozdział I pkt 8:

*„8. Łączny czas trwania prezentacji próbki nie może przekroczyć 7 godzin.”* c) rozdział II pkt 2.1.:

*„2.1. na podstawie wybranych przez Zamawiającego 5 funkcjonalności standardowych*

(określonych jako Standardowe „S” w załączniku nr 1 do OPZ).” alternatywnie:

2) modyfikację warunku zastrzeżonego w rozdziale II pkt 2.1. Załącznika nr 2 do OPZ na następujące brzmienie:

*„2.1. na podstawie wybranych przez Zamawiającego 5 funkcjonalności standardowych (określonych jako Standardowe „S” w załączniku nr 1 do OPZ). O liście wybranych funkcjonalności jakie będą weryfikowane Zamawiający poinformuje Wykonawcę z co najmniej 48 godzinnym wyprzedzeniem przed terminem prezentacji.”*

Zarzut nr 4 – naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 241 ust. 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP – poprzez sformułowanie w Załączniku nr 2 OPZ w sposób nieprzejrzysty, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców warunku w rozdziale II pkt 7, oraz ustalenie kryterium oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy, polegającego na tym, że na etapie prezentacji próbki wykonawca ma przedstawić sposób oraz efekt automatycznego zbiorczego przeniesienia na oferowaną platformę LMS danych udostępnionych przez Zamawiającego na przykładzie wybranych kursów z aktualnych zasobów.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w ramach opisu sposobu przygotowania i prezentacji próbki platformy LMS Zamawiający w rozdziale II pkt 7 zastrzegł następujący warunek:

*„7. Zgodnie z pkt 2.3 powyżej w ramach weryfikacji spełnienia kryterium „Zakres przeniesienia/migracja danych” Wykonawca zaprezentuje sposób oraz efekt automatycznego zbiorczego przeniesienia na oferowaną Platformę LMS danych udostępnionych przez Zamawiającego na przykładzie wybranych kursów z aktualnych zasobów. W zależności od wyniku Zamawiający przyzna punktację zgodnie z opisem kryterium. Wykonawca zwolniony jest z prezentacji tej części próbki jeżeli w formularzu ofertowym nie wskazał żadnego z wariantów deklarowanego zakresu migracji danych. W tej sytuacji Zamawiający przyzna badanej ofercie 0 pkt. Przyznanie punktów za wariant „Zautomatyzowane przeniesienie pełnej zawartości kursów dla roku akademickiego 2022/2023 tj. zbiorów materiałów dydaktycznych z uwzględnieniem struktury i warunków dostępu, zbiorów pytań testowych, egzaminów, zadań” możliwe jest w przypadku jednoznacznego wyniku prezentacji tj. potwierdzenie odwzorowania 1:1 kursu z aktualnych zasobów Zamawiającego w czasie przeznaczonym na prezentację. Zarówno w tym jak i w przypadku pozostałych wariantów zakresu migracji uwzględniana będzie poprawność merytoryczna tej migracji czyli np. czy pytanie ma przeniesione prawidłowo parametry ustawień. Prezentacja tej części próbki powinna się koncentrować na integralności danych (wykazaniu braku utraty danych), przy jednoczesnym zapewnieniu, że w odniesieniu do przeniesionych danych wszystkie określone w OPZ funkcjonalności działają poprawnie.”*

Według Odwołującego - zwrot „(..) *automatycznego zbiorczego przeniesienia na oferowaną Platformę LMS danych udostępnionych przez Zamawiającego na przykładzie wybranych kursów z aktualnych zasobów (..)*” to nic innego jak migracja danych z jednego systemu informatycznego do drugiego.

Zauważył, że ten sposób wykonania tej czynności ma później wpływ na liczbę punktów jakie potencjalny wykonawca może uzyskać w kryterium oceny ofert pn. „*Zakres przeniesienia/migracja danych - M'* (rozdział XVII ust. 8 SWZ), którego waga wynosi 30% co stanowi odpowiednio maksymalnie 30 punktów.

W przekonaniu Odwołującego - zgodnie z powyższym kryterium oceny ofert, struktura punktów jakie może otrzymać potencjalny wykonawca uzależniona jest w zasadzie od zakresu danych jakie mają być przenoszone w sposób zautomatyzowany:

Zautomatyzowane przeniesienie pełnej zawartości kursów dla roku akademickiego 2022/2023 tj. zbiory materiałów dydaktycznych z uwzględnieniem struktury i warunków dostępu, zbiory pytań testowych, egzaminy, zadania, przy czym konieczne jest uwzględnienie wszystkich typów użytych pytań.	30 pkt
Zautomatyzowane przeniesienie danych w zakresie ograniczonym tzn. przeniesienie zbiorów materiałów bez uwzględnienia ich struktury i warunków dostępu dotyczących sekwencyjnego udostępniania oraz zbiorów/banków pytań, przy czym konieczne jest uwzględnienie podstawowych typów użytych pytań (wskazanych w pkt 108 załącznika nr 1 do OPZ).	10 pkt
Zautomatyzowane przeniesienie danych w zakresie ograniczonym tzn. przeniesienie tylko zbiorów materiałów dydaktycznych (dot. treści kursu) bez uwzględnienia ich struktury i warunków dostępu dotyczących sekwencyjnego udostępniania.	5 pkt
Zautomatyzowane przeniesienie danych w zakresie ograniczonym tzn. przeniesienie tylko zbiorów/banków pytań (dot. egzaminów, testów), przy czym konieczne jest uwzględnienie podstawowych typów użytych pytań (wskazanych w pkt 108 załącznika nr 1 do OPZ).	5 pkt

Odwołujący podniósł, że tak sformułowane warunki SWZ dyskryminują innych potencjalnych wykonawców i preferują wykonawcę obecnej platformy LMS, z której ma być przeprowadzona migracja.

Wskazał, że testy próbki w zakresie automatycznego zbiorczego przeniesienia na oferowaną platformę LMS danych udostępnionych przez Zamawiającego, jak wynika z SWZ mają być przeprowadzone na podstawie zbioru danych do testów migracyjnych, które stanowią Załącznik nr 3 do OPZ, udostępniany na wniosek zainteresowanego wykonawcy – rozdział II SWZ.

Odwołujący poinformował, że otrzymał od Zamawiającego dane składające się na Załącznik nr 3 do OPZ, w zakresie:

- a. Pliku „opis próbki kórsów.pdf” zawierającego,
- b. 2 paczek kursów wyeksportowanych z obecnie wykorzystywanej przez Zamawiającego platformy Blackboard Learn.

Wyjaśnił, że zgodnie z informacją wskazaną przez Zamawiającego w pliku „opis próbki kursów.pdf”, oraz zweryfikowaną w załączonych plikach, paczki kursów zawierają 3 elementy:

- a. Paczkę kursu – w formacie Common Cartridge,
- b. Paczkę archiwum w formacie Blackboard która odwołuje się do nieistniejącej strony <http://www.blackboard.com/content-packaging/>.
- c. Paczkę eksportu w formacie Blackboard która odwołuje się do nieistniejącej strony <http://www.blackboard.com/content-packaging/>.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający oczekuje wykonania migracji danych z formatu Common Cartridge która to funkcjonalność nie jest wymagana - zgodnie z załącznikiem „Załącznik nr 1 do OPZ - wykaz funkcjonalności Platformy LMS”, wymaganie nr 169 „Platforma powinna umożliwiać tworzenie kursów i ich treści za pomocą różnego rodzaju aktywności, między innymi: elementy treści (materiały kursu) zapisane w standardzie SCORM, H5P.”. Nie jest więc wymagany Common Cartridge – zatem jest to wymaganie nadmiarowe, nie znajdujące odzwierciedlenia w wymaganiach funkcjonalnych (standardowych i dodatkowych) określonych w OPZ.

W opinii Odwołującego - Zamawiający dostarczył dane w formatach wyeksportowanych z obecnie wykorzystywanej przez Zamawiającego Blackboard Learn i

dostarczył je bez jakiegokolwiek dokumentacji zawierającej dokładny i jednoznaczny opis danych i struktur danych.

Uzasadnił, że powyższy zarzut wynika z tego, że aby posiadać gotowe rozwiązanie informatyczne, które umożliwi migrację już na etapie składania ofert, to jest próbki, należy posiadać w takim rozwiązaniu odpowiednie interfejsy (API, SOAP), które należy uzyskać od dostawcy obecnie posiadanej przez Zamawiającego platformy LMS.

W ocenie Odwołującego - takie zadanie po pierwsze nie jest możliwe do wykonania w terminie wyznaczonym na składanie ofert, ponieważ bez dodatkowo zawarcia (dostarczenia) opisu struktur danych i instrukcji integracji nie jest to w praktyce możliwe do wykonania w tak krótkim czasie, po drugie może być wysokim kosztem dla potencjalnego wykonawcy, który mu się nie zwróci w przypadku braku wyboru jego oferty, a po trzecie dostawca obecnie posiadanego przez Zamawiającego systemu LMS nie musi przejawiać woli dostarczenia takich interfejsów w tak krótkim czasie wyznaczonym na złożenia próbki (to jest wraz z ofertą).

Ponadto, Odwołujący wskazał, że tak ustalone kryterium oceny ofert pn. „Zakres przeniesienia/migracja danych - M” narusza przepis art. 241 ust. 3 PZP, gdyż preferuje dostawcę obecnie eksploatowanej przez Zamawiającego platformy LMS, a kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności technicznej,

Wobec tego Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany:

a) SWZ w rozdziale XVII poprzez:

– usunięcie ust. 10.3. w całości;

– nadanie ust. 8 nowego następującego brzmienia:

„8. Zamawiający dokona oceny ofert, które nie będą podlegały odrzuceniu. Przy ocenie ofert zostaną uwzględnione następujące kryteria:

Lp.	Nazwa kryterium	Waga
1	Cena oferty - $C = (C1 + C2)$	50%
2	Termin realizacji – $T = (T1+T2)$	10%
3	Narzędzia projakościowe w aspekcie jakości kształcenia - NPro	40%

”

b) Załącznika nr 2 do OPZ w rozdziale II poprzez usunięcie ust. 7.

Pismem z dnia 17 marca 2023. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie uwzględniając zarzut nr 3 w wariantcie (żądanie alternatywne), nr 5, nr 6, nr 8 oraz wnosząc o oddalenie odwołania w pozostałej części.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść ogłoszenia i Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 17 marca 2023 r., pisma procesowego Odwołującego z dnia 17 marca 2023 r., jak również na podstawie złożonych przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić w zakresie zarzutów nr 1, nr 2, nr 4, a w pozostałym zakresie umorzyć postępowanie odwoławcze.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 16, art.112 ust.1 i 2, art. 116 ust. 1 oraz 241 ust.3 ustawy Pzp, a także § 9 ust.1 pkt 11 lit.a Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

W pierwszej kolejności wymaga zauważenia, że na tle przedmiotowej sprawy Izba rozpoznała jedynie zarzuty nr 1, nr 2, nr 4 odwołania, bowiem tylko te zarzuty okazały się sporne, zaś w pozostałym zakresie Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, z tego powodu, że Odwołujący wycofał zarzuty nr 3, nr 5, nr 6, nr 7, nr 8 i nr 9.

Stosownie do art.522 ust.3 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden

wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutu nr 1 dotyczącego warunku polegającego na wykazaniu się doświadczeniem w realizacji zamówienia w ramach oprogramowania LMS w modelu Saas Izba uznała, że jest on odpowiedni do przedmiotu zamówienia, którego realizacja będzie oparta na usłudze w chmurze.

Stosownie do art.112 ust.1 ustawy Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Izba ustaliła w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia tego zarzutu, że Zamawiający w części IV pkt.1. SWZ postanowił między innymi, że na przedmiot zamówienia składają się następujące elementy:

1.Zapewnienie dostępu na czas obowiązywania umowy do zintegrowanej edukacyjnej platformy e-learningowej, na którą składają się: 2.Dostęp do najnowszej Platformy w modelu chmurowym (SaaS) i jej aktualizacji,

2.Wdrożenie oprogramowania wymienionego w ust.1, na które składają się następujące prace: 1. Uruchomienie dostępu do Platformy w modelu (SaaS) i konfiguracja Platformy wraz z przeprowadzeniem testów, migracją danych i parametryzacją Platformy.

Ponadto, Zamawiający w części VIII pkt 1.4.1. SWZ ustanowił warunek udziału w postępowaniu przewidujący, że wykonawca winien wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej dwie usługi (dwa odrębne kontrakty) wdrożenia i utrzymania platformy LMS dla uczelni wyższej, z których każda powinna spełniać poniższe wymagania:

a) platforma LMS była przeznaczona i wdrożona oraz skonfigurowana dla minimum 5 000 użytkowników;



- b) platforma LMS dostarczana była w co najmniej 2 językach;
- c) usługa została zrealizowana w modelu SaaS;
- d) usługa obejmowała również w pełni zintegrowaną aplikację mobilną dla użytkowników platformy;
- e) system LMS posiadał w pełni zintegrowany moduł wideokonferencji;
- f) system LMS posiadał w pełni zintegrowane repozytorium przechowywania treści materiałów dydaktycznych;
- g) okres wdrożenia i utrzymania wynosił co najmniej 12 miesięcy; a łączna wartość wykazanych dwóch usług wynosiła co najmniej 1 000 000,00 zł brutto.

W związku z treścią powyższych postanowień SWZ nie budzi wątpliwości Izby, że pomiędzy powyższym opisem przedmiotu zamówienia a wprowadzonym przez Zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu istnieje ścisły związek.

W przedmiotowej sprawie bezsporne jest, że pomiędzy rozwiązaniem opartym na modelu SaaS a rozwiązaniem On Premises preferowanym przez Odwołującego są daleko idące różnice, które w sposób wszechstronny zostały wskazane zarówno przez Zamawiającego (vide: strony od 11 do 14 odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 marca 2023 r.), jak i samego Odwołującego (por. strony od 2 do 3 pisma procesowego Odwołującego z dnia 17 marca 2023 r.).

Według zapatrywania Izby - Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie własnych twierdzeń i przedstawił w tym względzie jedynie gołosłowne twierdzenia.

W myśl art.6 kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Dowodem w tym względzie nie mogą być w szczególności materiały z innych postępowań przetargowych (zob. pkt 10 i 11 strony 6 i 7 odwołania), gdzie podejmowane są przez poszczególne Wyższe Uczelnie autonomiczne decyzje w zakresie implementacji danego systemowego rozwiązania informatycznego. Nie są one w żaden sposób wiążące dla obecnego Zamawiającego.

Wymaga również wskazania, że w przedmiotowej sprawie Odwołujący nie podważał treści opisu przedmiotu zamówienia, lecz jedynie warunek udziału w postępowaniu.

Zdaniem Izby – warunek ten jednak ma istotne znaczenie dla realizacji złożonego zadania stworzenia zintegrowanej edukacyjnej platformy edukacyjnej w modelu chmurowym SaaS.

W przekonaniu Izby – istotne różnice w powyższych rozwiązaniach informatycznych przesądzają o tym, że proporcjonalny może być jedynie warunek wymagający doświadczenia wykonania usługi odpowiadającej modelowi Saas.

Innymi słowy podmiot, który ubiega się o uzyskanie tego zamówienia musi wyróżniać się zdolnością techniczną i zawodową odpowiadającą specyfice przedmiotu zamówienia i tylko wtedy Zamawiający będzie miał możliwość poprawnej weryfikacji tej zdolności.

Opisując sporny warunek udziału w postępowaniu Zamawiający był zobowiązany do takiego jego ukształtowania, aby dopuścić jedynie wykonawcę, który może należycie wykonać przedmiot zamówienia.

Wydaje się przy tym, że taki zakres zdolności jak opisał Zamawiający ma charakter minimalny i nie może być on zmieniony poprzez zaoferowanie wiedzy i doświadczenia, które nie są wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie szczególnego znaczenia nabiera dyrektywa określona w art.116 ust.1 ustawy Pzp, który to przepis stanowi, że w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

W związku z treścią powyższego przepisu Izba doszła do przekonania, że określony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy gwarantuje realizację zamówienia na adekwatnym poziomie, likwidując ryzyko nienależytego wykonania umowy.

Podobnie w zakresie zarzutu nr 2 Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący nie przeprowadził stosownego dowodu na okoliczność wykazania konieczności wskazania przez

Zamawiającego przed prezentacją listy funkcjonalności standardowych „S”, które będą prezentowane oraz na okoliczność poparcia tezy, że czas prezentacji próbki zadekretowany przez Zamawiającego będzie niewystarczający do przedstawienia wymaganej liczby funkcjonalności.

Według zapatrywania Izby – czas określony do prezentacji próbki, o której mowa w załączniku nr 2 do SWZ przez Zamawiającego był odpowiedni i miał na celu również zweryfikowanie biegłości i zrozumienia przez wykonawców poszczególnych referencyjnych funkcjonalności. Poinformowanie wykonawców przez Zamawiającego o prezentacji węższej listy funkcjonalności zwiększa wprawdzie ich szanse na uzyskanie podwyższonej oceny, jednak również ogranicza Zamawiającego w ocenie zdolności wykonawców do należytego wykonania zobowiązania.

W odniesieniu do tego zarzutu Izba podzieliła argumentację Zamawiającego wskazaną w odpowiedzi na odwołanie (vide: strony od 18 do 21), uznając przedstawione tam wyjaśnienia za spójne i logiczne, zaś te zaprezentowane przez Odwołującego za niepotwierdzone.

W tym przypadku Odwołujący nie wykazał, że przewidziany przez Zamawiającego czas niezbędny do przeprowadzenia prezentacji ( sprawdzenia próbki) nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a Zamawiający nie będzie z tego powodu miał możliwości oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zobowiązania. Wprost przeciwnie – zdaniem Izby – Zamawiający wprowadzając określony limit czasu do zbadania próbki (prezentacji) będzie mógł nabrać przekonania jaka jest wiedza i doświadczenie wykonawcy do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Idąc dalej, według Izby – Odwołujący w sposób chybiony powołał się na treść § 9 ust.1 pkt 11 lit.a Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, który stanowi, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych w przypadku dostarczania produktów: próbek, opisów lub fotografii dostarczanych produktów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego, bowiem charakter mającej być świadczonej usługi uzasadniał konieczność wykazania się ustaloną przez

Zamawiającego ilością funkcjonalności (próbka miała objąć jedynie 10% z przewidzianych 227 funkcjonalności).

Ostatecznie, Odwołujący nie przeprowadził skutecznie dowodu w zakresie zarzutu nr 4, gdzie wykonawca miał na etapie prezentacji próbki przedstawić sposób oraz efekt automatycznego zbiorczego przeniesienia na oferowaną platformę LMS danych udostępnionych przez Zamawiającego na przykładzie wybranych kursów.

Zdaniem Izby – Zamawiający przewidział w SWZ wszelkie informacje niezbędne do realizacji powyższego zadania. Wyjaśnienia Odwołującego (vide: strona 12 pkt 4.10 pisma procesowego Odwołującego) wskazują na okoliczność możliwości migracji danych z przekazanych spornych plików, lecz wymagałoby to długotrwałej analizy bez gwarancji poprawności przeprowadzonej migracji.

Z powyższego Izba wywnioskowała, że sporne pliki i paczki przekazane przez Zamawiającego Odwołującemu mają zawartość jedynie utrudniającą przeprowadzenie migracji danych, lecz nie jest to okoliczność, która uniemożliwia taki zabieg.

W dalszej kolejności – w ocenie Izby Zamawiający ustanowił Kryteria oceny ofert w zgodzie z treścią art.241 ust.2 ustawy Pzp, bowiem nie dotyczyły one właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej, lecz miały na celu premiowanie walorów samego przedmiotu zamówienia.

W rezultacie - według Izby – Zamawiający na zasadzie określonej w przepisie art.112 ust.1 ustawy Pzp określił warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Według zapatrywania Izby – niedopuszczalne było żądanie Odwołującego zmiany kryteriów oceny ofert poprzez usunięcie podkryteriów narzędzi projektowych w aspekcie jakości kształcenia – Npro ( patrz: pkt 10.3 rozdziału XVII SWZ), bowiem oznaczałoby to brak możliwości premiowania przez Zamawiającego automatycznego przeniesienia określonego zakresu danych, co ma kluczowe znaczenie dla uzasadnionej jego potrzeby polegającej na dążeniu do uzyskania jak najbardziej kompletnego i niezawodnego produktu systemu informatycznego.

Reasumując, Odwołujący również nie udowodnił, że w rozpoznawanej sprawie doszło do naruszenia przepisu art.16 ustawy Pzp, w myśl którego Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, nr 2 i nr 4.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:.....**