

Sygn. akt: KIO 653/21
KIO 690/21

WYROK
z dnia 27 kwietnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 23 kwietnia 2021 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

- A) w dniu 1 marca 2021 roku przez wykonawcę Transition Technologies-Software spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – sygn. akt KIO 653/21,
- B) w dniu 4 marca 2021 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie IT Solution Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) Nexio Management spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, New Solutions Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – sygn. akt KIO 690/21,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Bank Gospodarstwa Krajowego

przy udziale:

- a) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie IT Solution Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) Nexio Management spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, New Solutions Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 653/21 po stronie Zamawiającego,

- b) wykonawcy Britenet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 653/21 po stronie Zamawiającego,
- c) wykonawcy Britenet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 690/21 po stronie Zamawiającego,
- d) wykonawcy Transition Technologies – Software spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 690/21 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 653/21 w zakresie części zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. w zw. z § 4 ust. 1 i 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 a contrario i w zw. z art. 7 ust. 1 oraz w zw. z ust. 17 pkt. 15 i 16 SIWZ
 - co do zaniechania ujawnienia oświadczenia o rocznym obrocie wykonawcy Britenet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, oraz
 - co do zaniechania ujawnienia części informacji zawartych w Wykazie osób złożonym przez Wykonawcę Britenet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tj.: imion i nazwisk specjalistów, oraz
 - co do zaniechania ujawnienia złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie IT Solution Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) Nexio Management spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, New Solutions Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie dokumentów: uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa i dwóch formularzy elementów pozacenowych z uwagi na ich wycofanie przez Odwołującego.

2. Umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 653/21 w zakresie części zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy dokonania ponownej oceny ofert w sposób niezgodny z pozacenowymi kryteriami oceny ofert w zakresie podniesionej przez Odwołującego nieprawidłowej oceny w kryterium II – *Doświadczenie zespołu osób w wytworzeniu aplikacji dla instytucji finansowej (DA)* z uwagi na wycofanie części zarzutu przez Odwołującego.

3.
 - A) Uwzględniła w części odwołanie wykonawcy Transition Technologies-Software spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 653/21).

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 23 lutego 2021 roku oraz nakazuje Zamawiającemu wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych wykonawcy Britenet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do złożenia określonych przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania oświadczeń i dokumentów.

W pozostałym zakresie odwołanie jest niezasadne.

 - B) Oddała odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie IT Solution Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) Nexio Management spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, New Solutions Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 690/21).

4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Transition Technologies-Software spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 653/21), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie IT Solution Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) Nexio Management spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, New Solutions Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 690/21), a także Zamawiającego Bank Gospodarstwa Krajowego i:

4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Transition Technologies-Software spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 653/21) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie IT Solution Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) Nexio Management spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, New Solutions Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 690/21), tytułem wpisów od odwołań,

4.2 zasądza od Zamawiającego Bank Gospodarstwa Krajowego na rzecz wykonawcy Transition Technologies-Software spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 653/21) kwotę 6 200 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika proporcjonalnie do rozpoznania zarzutów odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) 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:

Sygn. akt: KIO 653/21

KIO 690/21

UZASADNIENIE

Zamawiający – Bank Gospodarstwa Krajowego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Świadczenie usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich w obszarze IT (3 części)” w podziale na części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 235-580418.

Sygn. akt KIO 653/21

1 marca 2021 roku działając na podstawie art. 513 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 roku w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w ww. postępowaniu polegających na:

- ponownym dokonaniu oceny ofert w sposób niezgodny z przepisami PZP i postanowieniami SIWZ - w zakresie kryteriów pozacenowych, co doprowadziło do uznania oferty Britenet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Britenet) za najwyższej ocenioną, podczas gdy dokonanie prawidłowej oceny ofert nie mogłoby prowadzić do przyznania tej ofercie najwyższej liczby punktów,
- pominięciu wezwania Britenet do złożenia dokumentów potwierdzających, że Wykonawca ten nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu po dokonaniu ponownej oceny ofert, podczas gdy skierowanie takiego wezwania do Wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona po dokonaniu oceny ofert było obowiązkiem Zamawiającego z uwagi na zastosowaną procedurę, o której mowa w art. 24 aa ustawy Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 roku (dalej: PZP, ustawa),
- zaniechaniu ujawnienia w całości i udostępnienia Odwołującemu dokumentów złożonych przez wykonawcę: Britenet tj.:

- uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych wraz z dokumentami zawierającymi zastrzeżone informacje,
 - dwóch formularzy elementów pozacenowych,
 - informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych,
 - oświadczenia wykonawcy o rocznym obrocie Wykonawcy,
 - wykazu zamówień wykonanych wraz z dowodami określającymi, czy te zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie,
 - wykazu osób,
- zaniechaniu ujawnienia i udostępnienia Odwołującemu w całości dokumentów złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie IT Solution Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) Nexio Management spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, New Solutions Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Konsorcjum) tj.:
- uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych wraz z dokumentami zawierającymi zastrzeżone informacje,
 - dwóch formularzy elementów pozacenowych;

a w konsekwencji powyższych naruszeń:

- wyborze oferty Britenet jako najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu mające wpływ na wynik postępowania naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie ponownej oceny ofert w sposób niezgodny z pozacenowymi kryteriami oceny ofert, tj. kryterium II i III ustalonymi w SIWZ, przez dokonanie tej oceny w odniesieniu do oferty Odwołującego w oparciu także o dodatkowe kryteria, które nie zostały wskazane w SIWZ oraz z zastosowaniem niedopuszczalnej wykładni zawężającej SIWZ;
- 2) art. 26 ust. 1 w zw. z art. 24aa ustawy przez pominięcie wezwania Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1,
- 3) art. 96 ust. 3 ustawy w zw. z § 4 ust. 1 i 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 *a contrario* i w zw. z art. 7 ust. 1 oraz w zw. z ust. 17 pkt. 15 i 16 SIWZ przez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia

Odwołującemu w całości:

- uzasadnień zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez pozostałych Wykonawców,
- formularzy elementów pozacenowych pozostałych Wykonawców,
- informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych Britenet Sp. z o.o.,
- oświadczenia Britenet o rocznym obrocie Wykonawcy,
- wykazu zamówień wykonanych wraz z dowodami określającymi, czy te zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie złożonych przez Britenet
- wykazu osób złożonego przez Britenet,

podczas gdy:

- uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ogóle nie podlega utajnieniu o ile zawarte w nim informacje nie zostały prawidłowo zastrzeżone, wobec nadrzędności zasad jawności i przejrzystości postępowania,
- zastrzeżeniu podlegają jedynie informacje, co do których zostały spełnione przesłanki zastrzeżenia, a nie całe dokumenty,
- Zamawiający zastrzegł w SIWZ, że warunkiem skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest wyodrębnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wyraźne i niebudzące wątpliwości uzasadnienie ich zastrzeżenia złożone wraz z dokumentami zawierającymi zastrzeżone informacje,
- Zamawiający zobowiązany był do udostępnienia ww. dokumentów na wniosek Odwołującego, niezwłocznie po dokonaniu oceny ofert,
- pozostali poza Odwołującym Wykonawcy nie wykazali spełnienia przesłanek skutecznego zastrzeżenia ww. dokumentów i informacji.

Odwołujący wniosk o:

- 1) unieważnienie powtórzonej czynności wyboru ofert z dnia 23 lutego 2021r. oraz poprzedzającej ją czynności oceny ofert oraz nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania wyżej wymienionych czynności, z uwzględnieniem wymogu określonego w art. 26 ust. 1 ustawy,
- 2) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wszystkich wymienionych w zarzucie wskazanym w pkt 3 dokumentów w całości i udostępnienia ich Odwołującemu.

Odwołujący dodatkowo wniosk o

- zarządzenie na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019r. połączenia do wspólnego rozpoznania przez Izbę niniejszego odwołania oraz odwołań wniesionych w przedmiotowym postępowaniu w dniu 05 lutego 2021r. przez

Odwołującego oraz Konsorcjum,

- dopuszczenie dowodu ze wszystkich wymienionych w niniejszym piśmie dokumentów zgromadzonych przez Zamawiającego w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokumentów dodatkowo dołączonych do niniejszego odwołania, na potwierdzenie faktów i okoliczności wynikających z treści odwołania.

Odwołujący podał, że w wyniku dokonanej przez Zamawiającego z naruszeniem prawa ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu oferta złożona przez Odwołującego uzyskała łącznie 70 punktów, podczas gdy podlegające ocenie oferty pozostałych dwóch Wykonawców odpowiednio: 75,67 oraz 74,01, co skutkowało wyborem oferty innej, niż oferta Odwołującego.

Zgodnie z treścią złożonej przez Odwołującego oferty, maksymalna liczba punktów jaką za spełnienie kryteriów pozacenowych mógł uzyskać Odwołujący wynosiła 40, podczas gdy Zamawiający przyznał Odwołującemu jedynie 10. Przy czym uzyskanie przez Odwołującego punktacji wyższej o 10 punktów od uzyskanej prowadziłoby do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i udzielenia zamówienia publicznego Odwołującemu. Ponadto wobec braku zachowania przez Zamawiającego zasad jawności i przejrzystości postępowania poprzez niezgodne z prawem utajnienie części dokumentów złożonych przez pozostałych Wykonawców, Odwołujący ma ograniczone możliwości merytorycznej weryfikacji prawidłowości dokonanej oceny ofert i podniesienia stosownych zarzutów prowadzących do uzyskania wyższej punktacji lub obniżenia punktacji przyznanej ofertom konkurencyjnym.

Z uwagi na powyższe interes Odwołującego w złożeniu niniejszego odwołania wyraża się tym, że w wyniku uwzględnienia zarzutów Odwołującego, odtajnienia zastrzeżonych dokumentów lub ich części i dokonania ponownej oceny ofert, oferty Wykonawców mogą uzyskać inną niż pierwotnie przyznana punktację, co w konsekwencji może prowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i udzielenia mu zamówienia publicznego, względnie do umożliwienia Odwołującemu skutecznego podniesienia zarzutów dotyczących nieprawidłowej oceny ofert i niewybrania jego oferty jako najkorzystniejszej.

Nieuzyskanie zamówienia przez Odwołującego w wyniku naruszenie przepisów PZP przez Zamawiającego może prowadzić do szkody Odwołującego polegającej na nieuzyskaniu wynagrodzenia, które przysługiwałoby mu w wyniku udzielenia zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Co do zarzutu z pkt 1:

W odniesieniu do „Kryterium II - Doświadczenie zespołu osób w tworzeniu aplikacji dla instytucji finansowej (DA) - waga 20%=20pkt(str. 25 SIWZ)

Zamawiający wskazał przedmiot oceny jako „doświadczenie zespołu osób”, który wykonał usługę polegającą na „wytworzeniu, rozwoju lub modyfikacji aplikacji dla instytucji finansowej w wymiarze min. 500MD (osobodni).

Odwołujący wskazał w *Formularzu elementów pozacenowych, stanowiącym Załącznik nr 2 do Oferty Wykonawcy* w wierszach 1 i 2 tabeli usługi spełniające kryteria określone w SIWZ, wskazując, że były one świadczone na rzecz banków, tj. podmiotów stanowiących instytucje finansowe w rozumieniu definicji wskazanej w SWIZ.

Zamawiający w „Zawiadomieniu o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej...” z dnia 23 lutego 2021r. stwierdził, że: „Wykazani przez Wykonawcę klienci są dostawcami rozwiązań z szeroko rozumianego obszaru IT, nie są natomiast instytucjami finansowymi zgodnie z definicją określoną przez Zamawiającego w SIWZ”.

Zamawiający nie wymagał aby specjaliści wchodzący w skład zespołów wykonywali wskazana w formularzu usługę w oparciu o umowę zawarta bezpośrednio przez nich z instytucją finansową, ani też aby usługa ta była wykonywana w oparciu o umowę zawarta bezpośrednio przez Wykonawcę z instytucją finansową, ani też Zamawiający nie wyłączył wykonania usługi przez Wykonawcę na rzecz podmiotu z branży IT, jeśli usługa ta była wykonana „DLA” instytucji finansowej, jako finalnego odbiorcy. Przyjęta przez Zamawiającego w toku oceny ofert interpretacja SIWZ, skutkująca nieprzyznaniem Odwołującemu punktów nie jest więc zgodna z jej treścią. Co więcej, nie można tracić z pola widzenia, że kryterium oceny ofert jest kryterium przedmiotowym. Z punktu widzenia celów postępowania nie ma więc znaczenia w oparciu o jaki stosunek prawny i z jakim podmiotem zostało nabyte przez zespół osób doświadczenie, ale że je nabył i że Wykonawca dysponuje tym zespołem oraz może go dedykować do realizacji zamówienia. Gdyby Zamawiający odmiennie zamierzał ukształtować ww. kryterium powinien był to jednoznacznie wyeksponować w treści SIWZ, ale tego nie uczynił.

W konsekwencji za niezgodne z postanowieniami SIWZ uznać należy nieprzyznanie Odwołującemu co najmniej 10 punktów w Kryterium II.

W odniesieniu do: „Kryterium III - Doświadczenie zespołu osób przy realizacji projektów aplikacji metodykami zwinnymi (DP) - waga 2096=20 pkt” (str. 26 SIWZ):

Odwołujący wskazał w *Formularzu elementów pozacenowych, stanowiącym Załącznik nr 3 do Oferty Wykonawcy* 4 usługi, których prawidłowa ocena powinna skutkować przyznaniem Odwołującemu 20. punktów, podczas gdy Zamawiający przyznał Odwołującemu jedynie 10 punktów w Kryterium III, uzasadniając, że doświadczenie przedstawione w poz. 3 i 4 Formularza elementów pozacenowych nie odpowiada kryteriom określonym w SIWZ, nie uzasadniając jednak *meriti* tak dokonanej oceny w *Zawiadomieniu o ponownym wyborze*

oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się do opisu omawianego kryterium, Odwołujący podał, że doświadczenie zespołu osób podlegające ocenie miało, zgodnie z SIWZ, polegać na „wspieraniu projektu” i nie było co do merytorycznego charakteru tego wsparcia sformułowanych żadnych dodatkowych wymogów. Innymi słowy wsparcie realizowane przez zespół osób miało jedynie odnosić się do realizacji projektu, czy zostać udzielone w ramach projektu, co do którego, nie zaś samego wsparcia, Zamawiający próbował określić dodatkowe wymogi w SIWZ.

Wykonawca wskazał natomiast w *Formularzu*, że projekty, zarówno wskazany w pkt 3, jak i w pkt 4, w których zostało zrealizowane wsparcie wskazanych przez Odwołującego zespołów osób spełniały wszystkie enumeratywnie wymienione w SIWZ wymogi - co do tych projektów.

Zdefiniowane w SIWZ pojęcie „projektu” nie może być tożsame z „usługą polegającą na wsparciu w realizacji projektów IT..”, która ma stanowić o doświadczeniu zespołów osób. Skoro usługa ma polegać na wsparciu projektów, to nie może być pojęciem tożsamym z projektem, który usługa ta miała wspierać. Oczywiście, w ocenie Odwołującego niezbyt celowym jest definiowanie kryterium doświadczenia, w którym znaczenie ma przedmiot projektu, nie zaś przedmiot usługi realizowanej przez dedykowane zespoły osób do realizacji przedmiotu zamówienia, ale to Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to do jego wymogów Odwołujący się dostosował. Odwołujący podał, że nielogiczna jest definicja projektu wprowadzona do SIWZ, z której wynika, że projekt należy rozumieć, jako zamówienie, zamówienie jako zaprojektowanie rozwiązania, rozwiązanie zaś jako projekt.

Jak wskazuje jednolite w tym zakresie orzecznictwo Izby, Wykonawca nie może się domyślać oczekiwań Zamawiającego i jest zobowiązany jedynie do przedstawienia informacji określonych wyraźnie w SIWZ, czemu Odwołujący sprostał. Już tylko częściowe uwzględnienie przedmiotowego zarzutu, prowadzące do uzyskania przez Odwołującego kolejnych 10. punktów ponad już przyznane, prowadziłoby do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i to nawet w przypadku zachowania dotychczasowej punktacji przez oferty pozostałych Wykonawców.

Co do zarzutu z pkt 2:

Art. 26 ust. 1 PZP zobowiązuje Zamawiającego do wezwania Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Wezwanie

to zgodnie z art. 24aa ustawy Zamawiający miał obowiązek skierować po dokonaniu oceny ofert, tymczasem Zamawiający dokonał w dniu 23 lutego 2021r. łącznie powtórnej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, z pominięciem ww. obligatoryjnej czynności postępowania. Odwołujący wskazał na Uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z 27.02.2019 r., KIO/KD 13/19. Odwołujący podał, że ma świadomość, że Britenet została wezwana do złożenia przedmiotowych dokumentów po wyborze jej oferty w dniu 26 stycznia 2021r., który to wybór został następnie unieważniony. Jednak żaden przepis ustawy nie pozwala na zaniechanie wezwania do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy w przypadku ponownej oceny ofert. Złożenie tych dokumentów na wezwanie stanowi bowiem wymagane przepisami ustawy potwierdzenie ich aktualności przed wyborem oferty najkorzystniejszej.

Co do zarzutu wymienionego w pkt 3:

Zamawiający w dniu 26 stycznia 2021r. opublikował informację o wyborze oferty firmy Britenet jako najkorzystniejszej oferty, w wyniku dokonanej w przedmiotowym postępowaniu oceny ofert.

W dniach 26 i 27 stycznia 2021r. Odwołujący zwracał się do Zamawiającego o udostępnienie wszystkich dokumentów przedmiotowego postępowania, zarówno nadesłanych przez Wykonawców, jak i sporządzonych przez Zamawiającego, w tym protokołu postępowania wraz z załącznikami.

Do dnia 28 stycznia 2021r. Zamawiający przesłał Odwołującemu część wnioskowanych dokumentów, w tym protokół postępowania, z którego wynikało, że nie zostały Odwołującemu przesłane żadne uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa pozostałych wykonawców oraz żadne formularze elementów pozacenowych złożone wraz z ofertami, a ponadto następujące dokumenty firmy Britenet: informacja z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych; oświadczenie wykonawcy o rocznym obrocie Wykonawcy; wykaz zamówień wykonanych wraz z dowodami określającymi, czy te zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie; wykaz osób.

W dniu 27 stycznia 2021r. Zamawiający zwrócił się z pismami skierowanymi do pozostałych Wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 ustawy z wezwaniem do wyjaśnienia treści ofert, przez: *„...wyodrębnienie z treści uzasadnień zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa, treści, które nie podlegają zastrzeżeniu, tak żeby Zamawiający mógł je udostępnić innym uczestnikom postępowania.”* Ponadto w ww. pismach, Zamawiający stwierdził wyraźnie, że: *„Zdaniem*

Zamawiającego, nie cała treść złożonych uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy stanowi tajemnice przedsiębiorstwa i część uzasadnień może zostać upubliczniona". Jak wynika więc z treści ww. pism Zamawiający nie dopełnił obowiązku weryfikacji, czy zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostały dokonane prawidłowo i wbrew przepisom ustawy wezwał wykonawców do samodzielnej weryfikacji uzasadnień ich zastrzeżenia oraz umożliwił im ponowne złożenie tych dokumentów.

Następnie Zamawiający do dnia 1 lutego 2021r. przesłał Odwołującemu m. in. następujące dokumenty:

- 1) Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa firmy Britenet z dn. 29.01.2021r.
- 2) „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa” - dokument w pliku w formacie Word, oznaczonym nazwą: „01_Britenet_wyodrebniona czeyś uzasadnienia zaostrzenia tajemnicy przedsi-biorstwa.docx”, niepodpisany w treści podpisem kwalifikowanym i nie opatrzony datą.
- 3) Dokument w formacie Word, w pliku o nazwie: „01JTSF_wyodr-bniona cz-ya uzasadnienia zastrzel enia tajemnicy przedsiębiorstwa.docx”, niepodpisany w treści i nie opatrzony datą.

Zamawiający nie przesłał Odwołującemu innych dokumentów wymienionych w zarzutach odwołania i potwierdził w dniu 01.02.2021r., że wysłał wszystkie dokumenty, które podlegają udostępnieniu.

Korespondencja Odwołującego, z Zamawiającym, (kopia załączona do odwołania) prowadzona była za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Odnosząc się do wyżej wymienionych czynności Zamawiającego, Odwołujący podał, że należy podzielić utrwalone w orzecznictwie Krajowej izby Odwoławczej stanowisko, iż uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może zostać skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i taką praktykę uznaje się za niezgodną z zasadami jawności i przejrzystości postępowania. Tak np.: w wyrokach: sygn. akt KIO 2498/18 z dn. 17.12.2018r. i sygn. akt KIO 2314/18 z dn. 23.11.2018r., (nota bene cytowanych przez Zamawiającego w ww. pismach z dn. 27.01.2021r. wbrew ich istocie). Nieujawnienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa uniemożliwia bowiem weryfikację prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa innym Wykonawcom, a w konsekwencji skuteczności zastrzeżenia informacji objętych tajemnicą zawartych w dokumentach składanych w postępowaniu. Jak podkreśla też doktryna i orzecznictwo zasada jawności postępowania ma nadrzędne znaczenie w stosunku do uprawnień wykonawców do zastrzegania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu art. 8 ust. 3 ustawy

może odnosić się wyłącznie do wskazanych konkretnie informacji - nie zaś do całych dokumentów, zgodnie z zasadą wykładni *exceptiones non sunt extendendae*.

Skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga także złożenia przez Wykonawcę uzasadnienia tego zastrzeżenia wraz dokumentami zawierającymi zastrzeżone informacje i nie podlega późniejszemu uzupełnieniu, a ponadto wykonawca ma obowiązek wskazać w uzasadnieniu w sposób konkretny i nie budzący wątpliwości informacje podlegające zastrzeżeniu, oraz wykazać, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Niesprostanie powyższymi wymogami co do treści uzasadnienia zastrzeżenia oraz niewykazanie, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nakłada na Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych informacji bez wzywania wykonawcy do uzupełnienia zastrzeżenia.

Zamawiający w korespondencji z dnia 27.01.2021r. skierowanej do ww. Wykonawców wskazał wyraźnie, że nie jest w stanie samodzielnie ustalić, które z informacji zawartych we wszystkich uzasadnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podlegają ujawnieniu, a które są zastrzeżone, co implikuje wniosek, że informacje te nie zostały zastrzeżone prawidłowo, a dokumenty podlegały ujawnieniu.

Pomimo dwukrotnego zwrócenia się przez Odwołującego o udostępnienie zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez pozostałych Wykonawców biorących udział w postępowaniu, dokumentów tych Zamawiający nie udostępnił w całości ani w części, co stanowiło naruszenie przepisów stanowiących podstawę omawianego zarzutu.

Odnosząc się do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez Britenet wraz z pismem przewodnim, a podpisanego w dniu 29.01.2021r. kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez M. B. - reprezentującego Britenet, Odwołujący podniósł że powyższe zastrzeżenie w ocenie Odwołującego nie powinno stanowić podstawy do oceny przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia wskazanych w tym zastrzeżeniu dokumentów, gdyż pismo to nie zostało złożone wraz z dokumentami zawierającymi zastrzeżone informacje.

O ile jednak treść tego zastrzeżenia zawiera pełną argumentację zawartą w pierwotnie złożonym uzasadnieniu, to zauważyć trzeba, że nie jest ona skuteczna *meriti*. Z treści dokumentu nie wynika spełnienie wszystkich przesłanek skutecznego zastrzeżenia w odniesieniu do żadnego z dokumentów, i tak:

- co do informacji bankowej:

Wykonawca nie tylko nie wykazał swoich twierdzeń, ale nie wskazał nawet jakie działania podejmuje w celu zachowania informacji zawartych w tym dokumencie w tajemnicy, oraz czy

był on udostępniany do wiadomości publicznej, ani na czym polega szkoda, którą mógłby ponieść w wyniku ujawnienia tego dokumentu,

- co do Wykazu zamówień wykonanych i referencji:

Wykonawca nie wykazał, jak tego wymaga naruszony przepis ustawy, że ujawnienie zawartych w tych dokumentach informacji mogłoby ujemnie wpłynąć na jego pozycję rynkową i nie wskazał nawet, na czym ten ujemny wpływ mógłby polegać. Wykonawca nie podniósł nawet, a w konsekwencji też nie wykazał, że zastrzeżone dokumenty i zawarte w nich informacje nie były podawane do publicznej wiadomości oraz czy i jakie środki ochrony tajemnicy w stosunku do tych dokumentów podjął. Samo przywołanie orzecznictwa wskazującego na możliwość uznania podobnych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie może zastąpić wykazania, że w stosunku do konkretnych informacji złożonych w niniejszym postępowaniu zachodzą przesłanki uznania ich za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa,

- co do Załącznika nr 8-wykazu potencjału kadrowego:

Wykonawca powołał się na procedury mające na celu zachowanie informacji o potencjale kadrowy w ścisłej poufności, ale wskazał a tym samym nie wykazał w tym zakresie żadnych konkretnych procedur, dokumentów, czy choćby przykładowych działań, które wykazywałyby że zastrzegane informacje są chronione z należytą starannością, nie wskazał nadto, że informacje o wymienionych z imienia i nazwiska osobach nie były podawane do wiadomości publicznej, ani na czym miałyby polegać szkoda Wykonawcy w przypadku ujawnienia tych informacji.

Odnosząc się do dokumentu zatytułowanego „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa”, przesłanego w pliku w formacie Word, oznaczonym nazwą: „01_Britenet_wyod rębno na czeya uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.docx”, utworzonym przez Panią A. S.-P. (wg. opisu pliku), tj. przedstawiciela Zamawiającego, z którego treści wynika, że jest sygnowany przez Pana M. B. - Prezesa Zarządu Britenet stwierdził, że dokument ten nie zawiera kwalifikowanego podpisu elektronicznego i nie można jednoznacznie ustalić jaki ma charakter. Nie wiadomo, czy dokument ten odzwierciedla stanowisko Britenet czy został stworzony przez Zamawiającego w imieniu Britenet, czy też stanowi odtajnienie zastrzeżonych nieskutecznie informacji dokonane przez Zamawiającego. Z tych wszystkich względów dokument ten nie może być traktowany jako uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Tym nie mniej, z samej treści ww. dokumentu nie wynika spełnienie wszystkich przesłanek objęcia wymienionych w nim dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa. A to z następujących względów:

W dokumencie tym autor podjął próbę uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa „wszelkich informacji na temat osób, jakimi dysponujemy”. Nie sposób przyjąć, że Wykonawca jest wyłącznym dysponentem danych dotyczących osób określanych jako „współpracownicy” i może mieć wpływ na nieujawnianie tych danych, choćby przez osoby, których dane te dotyczą. Na marginesie wskazać należy, że nie można skutecznie ograniczyć świadczenia usług na rzecz podmiotów konkurencyjnych przez osoby fizyczne, aniżeli za pomocą umowy o zakazie konkurencji, a na istnienie takich umów Wykonawca w ogóle się nie powołał. Irrelevantne dla skuteczności zastrzeżenia jest stwierdzenie, że wskazane osoby są zobowiązane do nieujawniania zakresu projektów, w których uczestniczą, bo nie te projekty miały być przedmiotem zastrzeżenia. Wykonawca nie wykazał także, że samo, już tylko potencjalne składanie tym osobom ofert przez konkurencyjne podmioty prowadziłyby do przysporzenia podmiotom konkurencyjnym zysków lub ich utraty przez Wykonawcę. Autor dokumentu nie wykazał też stosowania procedur ochrony danych, na które się powołuje i nie przedstawił w tym zakresie wymienionych w piśmie załączników. Poza ww. informacjami, załączniki 3a, tj. Wykazy elementów pozacenowych zawierają także informacje o przedmiocie doświadczenia zespołów osób i liczbie wskazanych usług, co do których Wykonawca w ogóle nie podjął próby uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Powyższe zaniechanie powinno skutkować udostępnieniem tych dokumentów w powyższym zakresie niezależnie od oceny pozostałych uchybień.

Zamawiający przesłał odwołującemu także dokument w formacie Word, w pliku o nazwie: „01_ITSF_wyodr-bniona cz-ya uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.docx utworzonym przez Panią A. S.-P. w dniu 01.02.2021r. (wg. opisu pliku). W treści dokumentu znajdują trzy strony tekstu, bez nagłówka i podpisu, treść nie wskazuje wykonawcy, którego dotyczy. Jeżeli dokument ten stanowi przekazanie stanowiska ww. Konsorcjum wykonawców, to nie może stanowić on skutecznego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa i zastępować pierwotnie złożonego dokumentu, gdyż nie został złożony wraz z zastrzeżanymi dokumentami, a ponadto nie jest dokumentem podpisanym i nie można ustalić w jakim zakresie jego treść pokrywa się z faktycznie złożonym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto raz jeszcze wskazać należy, że to Zamawiający ma obowiązek zweryfikować skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonego we właściwym terminie i udostępnić nieskutecznie zastrzeżone informacje, nie zaś opierać się w tym zakresie bezkrytycznie na woli Wykonawcy.

O ile jednak, przedmiotowy dokument stanowi odzwierciedlenie stanowiska Zamawiającego w odniesieniu do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, to z treści dokumentu nie wynika, żadna argumentacja wskazująca na spełnienie którejkolwiek z przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż dokument ten zawiera jedynie

wybór orzecznictwa i nie zawiera ani jednego zdania argumentacji Konsorcjum, jakie zastosowanie ma to orzecznictwo ad casum. Nie zostały też wskazane żadne informacje zawarte w dokumentach wymienionych w pkt 2 pisma, na których ujawnienie, zgodnie z treścią pisma miał zgodzić się jego autor, nie określając jednak zakresu ujawnienia. W konsekwencji obowiązkiem Zamawiającego było udostępnienie formularzy elementów pozacenowych w całości.

Po ponownej ocenie i wyborze ofert z dnia 23 lutego 2021r., w „Informacji o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej..” Zamawiający jedynie lakonicznie uzasadnił nieujawnienie zastrzeżonych dokumentów obawą zastosowania wobec Zamawiającego normy prawa karnego zawartej w art. 23 ust. 1 uznk, którą to normę Zamawiający błędnie wyłożył i która w realiach niniejszej sprawy nie ma zastosowania.

Zamawiający w odpowiedzi na złożone przez Odwołującego odwołanie z dnia 05 lutego 2021r., w dniu 22 lutego 2021r. poinformował Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, m. in., że: w odpowiedzi na odwołanie w dniu 16 lutego 2021r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz rozpoczął czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie z ww. pisma nie wynika, że Zamawiający uwzględnił w całości lub w części zarzuty podniesione w odwołaniu Odwołującego z dnia 5 lutego 2021r. w sprawie o sygn. akt. KIO 381/2021. W konsekwencji należy uznać, że zarzuty Odwołującego nie zostały uwzględnione w znaczeniu procesowym w żadnej części, a ich zasadność powinna zostać oceniona na dzień wniesienia odwołania, w którym zostały podniesione.

Zamawiający dokonał ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy i zaniechał ujawnienia dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, uznając je, zdaniem Odwołującego błędnie, za skutecznie zastrzeżone. W konsekwencji Odwołujący uznał za zasadne także ponowne podniesienie w niniejszym Odwołaniu zarzutów dotyczących nieujawnienia dokumentów pozostałych Wykonawców zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa z uwagi na wpływ ww. zaniechania Zamawiającego na możliwość kontroli prawidłowości czynności Zamawiającego w toku ponownej oceny ofert.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone było w sposób rażąco sprzeczny z podstawowymi przepisami i zasadami PZP, tj. zasadą jawności i przejrzystości, co uniemożliwiło Odwołującemu weryfikację prawidłowości dokumentów złożonych przez innych Wykonawców, istnienia podstaw wykluczenia, dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert, a w konsekwencji uniemożliwiło podniesienie części zarzutów, co mogłoby

prowadzić do wyboru oferty Odwołującego i udzielenia mu zamówienia. Ponadto Zamawiający dopiero na etapie oceny ofert podjął próbę uszczegółowienia pozacenowych kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ i dokonał wykładni tych wymogów niezgodnej z rzeczywistością ich treścią, a w konsekwencji nie przyznał Odwołującemu części punktów za wskazane w ofercie doświadczenie zespołów osób, pomimo, że Odwołujący wykazał spełnienie kryteriów oceny zgodnie z brzmieniem SIWZ. W konsekwencji oferta Odwołującego nie została najwyżej oceniona i wybrana jako najkorzystniejsza.

Sygn. akt KIO 653/21

4 marca 2021 roku działając na podstawie Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego z dnia 23 lutego 2021 r. (w zakresie części nr 1 zamówienia, w której odwołujący złożył ofertę):

- 1) zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej odwołującego,
- 2) zaniechanie przyznania odwołującemu łącznie 40 pkt w kryterium jakości i przyznanie jedynie łącznie 20 pkt w kryterium jakości,
- 3) przyznanie Britenet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Britenet) łącznie 40 pkt w kryterium jakości zamiast 10 pkt,
- 4) przyznanie Transition Technologies – Software spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Transition łącznie 10 pkt w kryterium jakości z niewłaściwych tytułów, zamiast przyznania łącznie 10 pkt w kryterium jakości, ale z innego tytułu,
- 5) brak wyboru oferty Odwołującego,
- 6) brak wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w zakresie części nr 1 zamówienia naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy w zw. z 11.2.5) ogłoszenia w zw. z XII 12.1 SIWZ w części nr 1 zamówienia, w zw. z Załącznik nr 3a do SIWZ - Modyfikacja, przez zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty - odwołującego, bezpodstawny wybór oferty Britenet co nastąpiło przez bezpodstawne:
 - a) pominięcie przy ocenie oferty odwołującego aż 2 aplikacji i 3 projektów
 - b) zaniżenie oceny oferty odwołującego o 20 pkt i zaniechanie przyznania jej 40 pkt w kryterium jakości (doświadczenia),
 - c) przyznanie 40 pkt w kryterium doświadczenia Britenet, chociaż powinna otrzymać 10 pkt i przyznanie Transition 10 pkt w kryterium doświadczenie, ale z niewłaściwego tytułu,

- 2) art. 26 ust. 1 ustawy w zw. z 8.4 siwz - przez zaniechanie wezwania Odwołującego do dokumentów, chociaż to oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza i powinna być najwyższej oceniona,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez nieprzestrzeganie treści własnego SIWZ, nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania uczciwej konkurencji, nieproporcjonalną ocenę oferty odwołującego, pozostałych wykonawców, wybranie oferty Britenet niezgodnie z przepisami ustawy, brak wyboru oferty Odwołującego,
- 4) inne zarzuty wskazane w uzasadnieniu.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) unieważnienie czynności oceny ofert i czynności przyznania punktacji,
- 4) nakazanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 5) nakazanie przyznania Britenet co najwyżej 10 pkt w kryterium doświadczenie,
- 6) nakazanie przyznania Transition co najwyżej 10 pkt w kryterium doświadczenie,
- 7) nakazanie wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów (określonych w art. 26 ust. 1 ustawy i 8.4 siwz), bo to oferta odwołującego jest najkorzystniejsza i powinna być najwyższej oceniona,
- 8) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący podał, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów Ustawy, SIWZ, ogłoszenia uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia i zawarcie umowy, przez co poniesie szkodę. Gdyby zamawiający ocenił ofertę odwołującego zgodnie z kryteriami z SIWZ, to przyznałby mu 40 pkt w kryterium doświadczenie, a Britenet 10 pkt, Transition 10 pkt w kryterium doświadczenie i wybrałby ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą (spełnione warunki art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy).

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Konsorcjum. Naruszenie art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 pzp w zw. z 11.2.5) ogłoszenia w zw. z XII 12.1 SIWZ (strona 25-27 SIWZ) w części nr 1 zamówienia, w zw. z Załącznik nr 3a do SIWZ - Modyfikacja

Odwołujący wygrywa z powodów

Zamawiający ma obowiązek przyznać odwołującemu łącznie 40 pkt w kryterium jakości, bo

Odwołujący przedstawił po jednym zespole (2 różne zespoły), które wykonały po 4 projekty i po 4 aplikacje (2 różne zespoły), co jest zgodne z SIWZ. Zamawiający ma obowiązek przestrzegać postanowień własnego SIWZ i nie może odstępować od jego treści i zaniżać punktów Odwołującemu, które przyznaje odwołującemu SIWZ. Tylko zgodnie z treścią SIWZ może być rozliczany Odwołujący. Zamawiający faktycznie podejmuje decyzję samowolną, nie opartą o treść SIWZ, co prowadzi do kuriozalnego rezultatu, (1) ponieważ zamawiający w kryterium doświadczenie przyznaje więcej punktów wykonawcom, którzy przedstawili zespoły o mniejszym doświadczeniu, (2) a przyznaje mniej punktów odwołującemu, który przedstawił zespoły o największym doświadczeniu.

Aplikacje i projekty

Zamawiający postawił 2 grupy wymagań w tej części zamówienia: (1) Kryterium II dotyczące liczby aplikacji dla instytucji finansowej (DA) - 20 pkt do zdobycia, (2) kryterium III dotyczące liczby projektów - 20 pkt do zdobycia. SIWZ wymagał odnośnie kryterium II (aplikacje), za który można było zdobyć 20 pkt:

„W ramach niniejszego kryterium ocenione zostanie doświadczenie zespołu osób dedykowanego do realizacji zamówienia; który w ostatnich 3-latach, z należytą starannością i bez zastrzeżeń odbiorcy, wykonał usługę polegającą na wytworzeniu, rozwoju lub modyfikacji aplikacji dla instytucji finansowej w wymiarze min. 500MD (osobodni), oddzielnie dla każdej aplikacji. Zamawiający nie narzuca liczby osób wchodzących w skład zespołu i w tym zakresie pozostawia swobodę Wykonawcy.”

Zamawiający nie dopuszcza wykazania przez Wykonawcę tej samej osoby więcej niż dwukrotnie w różnych zespołach osób w tej samej ofercie.

W ramach niniejszego kryterium Zamawiający przyzna punkty za doświadczenie zespołu osób na podstawie liczby aplikacji. Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w kryterium DA wynosi 20 pkt, przy czym:

- 4 (cztery) aplikacje - 20 pkt*
- 3 (trzy) aplikacje -15 pkt*
- 2 (dwie) aplikacje -10 pkt*
- 1 (jedna) aplikacja - 5 pkt*
- 0 (zero) aplikacji - 0 pkt*

Podobne regulacje są odnośnie kryterium III projekty - przy czym tam główna różnica jest w stosunku do Odwołującego, że zamiast "aplikacji" trzeba było wykazać realizację "projektów"

Jeden zespół - 4 projekty, jeden zespół 4 aplikacje.

Wg SIWZ Wykonawca miał obowiązek przedstawić jeden zespół a nie wiele zespołów, które zrealizowały aplikacje / projekty według wymagań SIWZ.

Jeżeli jeden zespół wykonał 4 aplikacje, to należy mu się 20 pkt.

Jeżeli jeden zespół wykonał 4 projekty, to należy się Wykonawcy 20 pkt.

Razem 40 pkt.

40 punktów

W rezultacie, 40 pkt (maksymalną ilość punktów) mógł zdobyć tylko jeden zespół który zrealizował po 4 projekty/aplikacje. To jedyna droga do otrzymania 40 pkt. Jest to zgodne ze standardami rynkowymi i potocznym rozumieniem doświadczenia, bo jasne i oczywiste dla każdego, że zespół, który zrealizował 4 projekty/aplikacje jest bardziej doświadczony i korzystniejszy dla Zamawiającego, niż zespół który wykonał po 1 czy po 2 projekty, aplikacje.

Podobnie: osoba, która ma 4 lata doświadczenia w zawodzie ma więcej doświadczenia niż 4 osoby, które pracowały każda po 1 rok w tym samym zakresie, bo ta 1 osoba z 4 letnim doświadczeniem realizowała dłuższe projekty, projektowała je, wdrażała je, widziała je po okresie gwarancji, itd. Podobnie, osoba, która żyje 30 lat, ma więcej doświadczenia życiowego niż 30 osób, z których każda żyła po 1 rok.

Brak możliwości odejmowania punktów zespołowi o większym doświadczeniu

W treści SIWZ w ani jednym miejscu nie ma zakazu, informacji o tym że Zamawiający zamierza gorzej (przyznawać mniej punktów) traktować jeden zespół, który z natury rzeczy ma większe doświadczenie (bo zrealizował 4 projekty) niż wiele zespołów. Faktycznie, Zamawiający podjął decyzję, która dyskryminuje zespół z większym doświadczeniem (co zrealizował 4 projekty), a promuje w kryterium doświadczenia zespoły z mniejszym doświadczeniem (które zrealizowały jeden - dwa projekty), co jest sprzeczne z intuicją i treścią SIWZ. Zamawiający nie może opierać swojej decyzji o niewyrażone w SIWZ zamiary.

Treść SIWZ a bezpodstawną decyzją zamawiającego

Zamawiający, gdyby chciał napisać w SIWZ, czego nie zrobił wcześniej, że zamierza przyznać 40 pkt wyłącznie temu wykonawcy, który zaoferował różne zespoły w kryterium II i III, to powinien wcześniej inaczej napisać treść SIWZ:

w tym miejscu w odwołaniu tabela

Odwołujący podał, że dopiero gdyby treść SIWZ byłaby taka jak zaznaczona wyżej w tabeli po prawej stronie, to wtedy jasne byłoby, że daną osobę wykonawca może wykorzystać maksymalnie 2 razy więc trzeba przedstawić minimum (1) 2 różne zespoły, który realizowały

po 2 aplikacje / projekty, (2) albo 4 zespoły, które realizowały po 1 aplikacji / projekcie.

Użyte wyrazy w SIWZ (liczba pojedyncza) mają znaczenie prawne, zasada pewności prawa. Czym innym jest zespół (jedna grupa osób; „zespół” liczba pojedyncza), a czym innym są zespoły (różne grupy osób; „zespoły” - liczba mnoga). Zamawiający nie wymagał w kryterium doświadczenia „zespołów” (liczba mnoga), a tylko „zespołu” (czyli jednego zespołu, jednej grupy osób).

Wynika to literalnie z SIWZ:

„2) Kryterium II - Doświadczenie zespołu osób w tworzeniu aplikacji dla instytucji finansowej (DA) - waga 20% = 20 pkt

Kryterium UI - Doświadczenie zespołu osób przy realizacji projektów aplikacji metodykami zwinnymi (DP) - waga 20% - 20 pkt”

Żeby zdobyć 40 pkt można było wyłącznie zaoferować jeden zespół

SIWZ nie pozostawiał żadnego wyboru wykonawcy. Zamawiający przygotował załącznik 3a do SIWZ, FORMULARZ ELEMENTÓW POZACENOWYCH, który też wymagał wskazania w tabeli w wyłącznie jednego zespołu, w miejscu: „Skład zespołu osób dedykowanego do realizacji zamówienia (Imiona i nazwiska Specjalistów wchodzących w skład zespołu)”. W SIWZ użyto liczby pojedynczej („zespołu”), a ponieważ mamy do czynienia z tekstem Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (tekst prawny, oświadczenia woli), to użyte wyrazy mają znaczenie prawne i nie można im nadawać innego znaczenia interpretacją niż to, co z nich wynika.

SIWZ nie zezwala na zaoferowanie różnych zespołów w SIWZ i w dokumencie FORMULARZ ELEMENTÓW POZACENOWYCH dla części nr 1 w celu wykazania realizacji aplikacji/projektów.

Przykłady dalszej sprzeczności decyzji zamawiającego z treścią SIWZ

Zamawiający przytacza jako powód odjęcia punktów w decyzji treści, których nie ma w SIWZ albo które nie mogą być rozliczane jako wada oferty. Wystarczy spojrzeć na treść decyzji i porównać ją z treścią SIWZ, żeby stwierdzić, że decyzja nie ma podstaw prawnych

w tym miejscu w odwołaniu tabela

Wykonawca zachował się zgodnie z SIWZ, doświadczenie zespołu.

Wykonawca postąpił zgodnie z SIWZ i zaoferował:

- Jeden zespół złożony z 13 osób - przeznaczony dla aplikacji dla instytucji finansowej (DA). Ten zespół zrealizował 4 aplikacje, więc musi dostać 20 pkt w kryterium II.

- Jeden zespół złożony z 21 osób - przeznaczony dla projektów aplikacji metodykami zwinnymi (DP). Ten zespół zrealizował 5 projektów, więc musi dostać 20 pkt w kryterium III.

Zespół dla aplikacji (DA) - kryterium II - jest złożony z innych osób niż zespół dla projektów (DP) - kryterium III - są inne imiona i nazwiska, nikt się nie powtarza.

Punktowane są wyłącznie aplikacje / projekty (liczby) a nie liczby zespołów

Kryterium przyznania 40 pkt w zakresie aplikacji/projektów jest oparte wyłącznie o liczbę aplikacji/projektów (a nie zespołu) i tylko liczba aplikacji/projektów może rozstrzygać o przyznaniu liczby punktów:

Wynika to literalnie z treści SIWZ:

„2) Kryterium H - Doświadczenie zespołu osób w tworzeniu aplikacji dla instytucji finansowej (DA) - waga 20% = 20 pkt

(...) W ramach niniejszego kryterium Zamawiający przyzna punkty za doświadczenie zespołu osób na podstawie liczby aplikacji. Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w kryterium DA wynosi 20 pkt, przy czym:

- 4 (cztery) aplikacje - 20 pkt
- (...) 2 (dwie) aplikacje - 10 pkt

Kryterium III - Doświadczenie zespołu osób przy realizacji projektów aplikacji metodykami zwinnymi (DP) - waga 20% = 20 pkt

W ramach niniejszego kryterium Zamawiający przyzna punkty za doświadczenie zespołu osób na podstawie liczby projektów. Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w kryterium DP wynosi 20 pkt, przy czym:

- 4 (cztery) projekty IT - 20 pkt
- (...) 2 (dwa) projekty IT - 10 pkt"

Wykonawca przedstawił w dokumencie FORMULARZ ELEMENTÓW POZACENOWYCH dla części nr 1* zamówienia

- 1) 4 aplikacje w kryterium II (aplikacje)- więc powinien otrzymać 20 pkt, a zamawiający przyznał jedynie 10; 4 projekty = 20 pkt,
- 2) 5 projektów w kryterium III (projekty), więc powinien otrzymać 20 pkt, a zamawiający przyznał jedynie 10; 5 projekty (1 zapasowy) = 20 pkt.

Zamawiający pominął ponad połowę doświadczenia Wykonawcy.

Zamawiający zaniechał uwzględnienia połowy doświadczenia zespołu bez podstawy prawnej. Nie ma żadnej podstawy prawnej do odmowy liczenia 2 aplikacji i 3 projektów z

doświadczenia zespołu, czyli odjęcia przyznania dodatkowych 20 pkt. Wykonawca zrealizował o wiele więcej projektów niż wykazał w tym zamówieniu, a Zamawiający bezprawnie zaniża punktację.

Brak ograniczeń w SIWZ co do składu zespołu

Wg SIWZ - wykonawca miał swobodę określenia składu zespołu: „Zamawiający nie narzuca liczby osób wchodzących w skład zespołu i w tym zakresie pozostawia swobodę Wykonawcy” - s. 25-27 SIWZ.

Jedynie ograniczenia w SIWZ co do liczby zespołów dotyczą sytuacji, w której wykonawca składałby ofertę na kilka części (1-3), ale odwołujący składał ofertę wyłącznie na część nr 1, więc odwołującego nie dotyczą ograniczenia z SIWZ co do zespołu (w innych częściach oferty).

W SIWZ jest postanowienie: *Zamawiający nie dopuszcza wykazania przez Wykonawcę tej samej osoby więcej niż dwukrotnie w różnych zespołach osób w te i samej ofercie.*” (s. 25-27 SIWZ). Wykonawca nie naruszył tego postanowienia.

To postanowienie SIWZ wiąże się z faktem, że zamówienie zostało podzielone na 3 (trzy) części i wykonawca mógł złożyć ofertę na trzy części. Nie trzy oferty, a jedną ofertę na trzy części:

„III. OFERTY CZĘŚCIOWE, WARIANTOWE

3.1 Zamawiający dokonał podziału przedmiotu zamówienia na 3 (trzy) części.

3.2 Każdy wykonawca może złożyć ofertę na 3 (trzy) części zamówienia.”

Trzy części zamówienia (w ramach jednej oferty) to:

- 1) Część nr 1 zamówienia - specjaliści IT o profilu dewelopersko-analitycznym
Odwołujący złożył ofertę na tę część zamówienia i jej dotyczy odwołanie.
- 2) Część nr 2 zamówienia - specjaliści IT o profilu DevOps
- 3) Część nr 3 zamówienia - specjaliści IT o profilu wsparcia IT

Wg formularza ofertowego z SIWZ wykonawca składał jedną ofertę na 1 -3 części:

OFERTA

Nawiązując do ogłoszenia o przetargu nieograniczonym sygn. postępowania DZZK/138/DI/2020 pn.:

SKŁADAMY OFERTĘ na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) na Część nr zamówienia (wpisać odpowiednią Część/ci Zamówienia, której dotyczy niniejsza oferta. Wykonawca może złożyć ofertę na wszystkie Części zamówienia)

Postanowienie „Zamawiający nie dopuszcza wykazania przez Wykonawcę tej samej osoby więcej niż dwukrotnie w różnych zespołach osób w tej samej ofercie.” oznacza jedynie tyle, że:

- 1) przy tych zapisach SIWZ, odwołujący mógł wskazać tę samą osobę w części nr 1 zamówienia w kryterium II i III - i wtedy też byłaby ona użyta maksymalnie 2 razy, zgodnie z SIWZ. Czyli wykonawca mógł złożyć tę samą osobę w jednej ofercie częściowej na kryterium II i III.
- 2) Gdyby Odwołujący składał jedną ofertę wszystkie 3 części zamówienia, to mógłby użyć tej samej osoby w maksymalnie dwóch ofertach częściowych.
- 3) Czyli wykonawca mógł teoretycznie zaoferować tę samą osobę przy części nr 1 zamówienia dla kryterium II lub III i tę samą osobę w części nr 2 zamówienia, ale już nie mógł jej zaoferować w części nr 3 zamówienia.
- 4) Czyli wykonawca nie mógł zaoferować tej samej osoby w części nr 1 i 2 i 3, czyli ta sama osoba nie mogła się powtarzać więcej niż 2 razy w różnych częściach zamówienia.
- 5) Ten problem (potencjalny zakaz) w ogóle nie dotyczy odwołującego, bo:
 - a) wykonawca złożył wyłącznie ofertę na część nr 1 zamówienia
 - b) u wykonawcy nie powtarzają się żadne osoby w zespole osób dla kryterium II (aplikacje) i III (projekty)
- 6) Powyższe wynika z definicji ustawy: art. 2 ustawy 6) ofercie częściowej - *należy przez to rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonanie części zamówienia publicznego*. Wykonawca składał jedną ofertę na wybrane przez siebie części zamówienia.

Art. 82. 1 ustawy *Wykonawca może złożyć jedną ofertę.*

Brak ograniczeń w części nr 1 zamówienia w stosunku do osób, jedyne ograniczenia były co do liczby aplikacji.

W SIWZ jest postanowienie (s. 25-27 SIWZ), *Zamawiający nie dopuszcza wykazania przez Wykonawcę tej samej aplikacji kilkakrotnie w ramach kryterium II i III w tej samej ofercie składanej w ramach części nr 1 zamówienia*”. Wykonawca nie wykazał żadnej aplikacji kilkakrotnie w kryterium II (wskazane 4 różne aplikacje) i kryterium III (wskazane 5 różnych projektów). Projekty, aplikacje spełniają wszystkie wymogi SIWZ (co do zakresu, liczby osobodni, rodzaju klientów, itd.). Zamawiający nie zarzucił żadnych ich braków.

Interpretacje zamawiającego są nie oparte o treść SIWZ i sprzeczne z literalną treścią SIWZ Interpretacja zamawiającego jest słabsza niż odwołującego, bo sprzeczna z literalną treścią SIWZ, która jest podstawowa. Nie można dokonywać interpretacji sprzecznej z literalną.

Z ostrożności, gdyby przyjąć taką interpretację jaką prezentuje Zamawiający w zaskarżonej decyzji (nie opartą o SIWZ), że zapis mówiący o tym że jedna osoba może być tylko w 2 zespołach w stosunku do aplikacji/projektów wskazuje na konieczność przedstawienia kilku zespołów w ramach kryterium II i III, to dopuszczalne warianty wg zamawiającego (niezgodnie z siwz) wyglądałyby następująco :

- 1) 4 zespoły po jednym projekcie (przy czym jedna osoba może być tylko w 2 zespołach)
- 2) 2 zespoły po 2 projekty
- 3) 1 zespół - 4 projekty

I każdy wariant powinien skutkować wtedy co najmniej przyznaniem maksymalnej ilości punktów (40).

Wtedy w kryterium oceny ofert obowiązywałyby jednocześnie dwa algorytmy oceny (ten z odwołania odwołującego i ten wg którego zamawiający ocenił Britenet). Odwołujący podnosił tę okoliczność z ostrożności, jako zarzut i żądanie ewentualne (to znaczy, że SIWZ dopuszcza hipotetycznie każdy rodzaj: jeden zespół, 2 zespoły, 4 zespoły), bo jeżeli Odwołujący dostanie maksymalną ilość punktów za doświadczenie (40), a Britenet dostałby nawet (choć mu nie przysługuje) 40 pkt, a Transition dostałby (choć mu nie przysługuje) 30 pkt, to Odwołujący wyprzedzi w kwalifikacji Britenet i Transition. Odwołujący jednak uważa, że wiąże jeden SIWZ, a nie kilka alternatywnych siwz-ów i i tylko Odwołujący może dostać 40 pkt, a pozostali wykonawcy maksymalnie po 10 pkt.

Orzecznictwo KIO potwierdza zasadność odwołania: wykonawca może być rozliczany wyłącznie wg zgodności z treścią SIWZ i zamawiający nie może poza SIWZ wykraczać: Zamawiający faktycznie po złożeniu ofert dąży do zmiany zasad SIWZ dotyczących punktacji przez przyznawanie/odmowę przyznawanie punktów według algorytmu, którego nie ma w SIWZ. Tym samym takie działanie stanowi obejście przez Zamawiającego przepisów prawa i SIWZ. KIO wielokrotnie wskazywała, że takie działania zamawiającego są niedozwolone (przykładowo wyrok z dnia 2 listopada 2020 roku sygn. akt: KIO 2494/20, wyrok sygn. akt KIO 2790/20; wyrok sygn. akt KIO 2299/20; wyrok sygn. akt KIO 2472/20; wyrok sygn. akt KIO 1884/20.

Transition i Britenet - Naruszenie art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 pzp w zw. z 11.2.5) ogłoszenia w zw. z XII 12.1 SIWZ (strona 25-27 SIWZ) w części nr 1 zamówienia, w zw. z Załącznik nr 3a do SIWZ – Modyfikacja

SIWZ dopuszczał złożenie wyłącznie po jednym zespole dla kryterium aplikacji i projekty (razem 2 zespoły odrębnie na każde kryterium). Transition i Britenet przedstawił wbrew SIWZ wiele zespołów zamiast po jednym zespole w stosunku do kryterium II i III (aplikacje i

projekty), związku z powyższym brak jest możliwości oceny i przyznania im większej liczby punktów niż 10 w ramach kryterium II i III.

Naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy w zw. z 8.4 siwz - przez zaniechanie wezwania odwołującego do dokumentów, chociaż to oferta odwołującego jest najkorzystniejsza i powinna być najwyższej oceniona.

Oferta odwołującego jest wygrywająca, więc zamawiający ma obowiązek wezwać odwołującego do złożenia dokumentów.

Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy

Brak przyznania 40 punktów odwołującemu i zawyżenie przyznania punktów Britenet i Transtion stanowi nierówne traktowanie wykonawców. Jednocześnie z pewnością Zamawiający nie podejmuje tego typu czynności w stosunku do konkurencyjnych Britenet i Transition z powodu przedstawienia wielu zespołów niezgodnie z SIWZ: nie zaniża im punktów, a jedynie zawyża. Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób nie-zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i nierówno traktując wykonawców, dokonuje czynności nie-proporcjonalnie i nie wybrał oferty zgodnie z treścią SIWZ. Wykonawca zachował się zgodnie z literalnym brzmieniem SIWZ, bo tylko językowe literalne brzmienie SIWZ jest pewne - dlatego oferta Odwołującego powinna być wybrana w części nr 1.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020, dalej: ustawy wprowadzającej), do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 - czyli ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej: „ustawa z 2019 r.”).

Oznacza to, że dla rozpoznania w procedurze odwoławczej przedmiotowego odwołania

właściwe są przepisy ustawy dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.), natomiast w zakresie procedury o udzielenie zamówienia publicznego właściwe są przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej „ustawy”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem żadne z odwołań. Odwołania, dotyczące Części I postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 1 marca 2021 roku oraz 4 marca 2021 roku, a kopie zostały przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że w odniesieniu do każdego z odwołań zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Sygn. akt KIO 653/21

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu również uzupełnione w trakcie rozprawy dokumenty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesłane w postaci elektronicznej tj. email z dnia 23 kwietnia 2021 roku godzina 12:57 – korespondencję miłową z dnia 1 lutego 2021 roku.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba uwzględniła również stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w pismach procesowych z dnia 22 kwietnia 2021 roku „Odpowiedź na odwołanie”, które zostało złożone do sprawy sygn. akt KIO 653/21; Zamawiający wniósł o oddalenie każdego z odwołań.

Izba uwzględniła stanowisko Odwołującego wykonawcy Transition Technologies-Software spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, do sprawy sygn. akt KIO 653/21, zawarte w pismach z dnia 21 kwietnia 2021 roku (I cofnięcie części zarzutów odwołania), oraz w piśmie z dnia 22 kwietnia 2021 roku (II cofnięcie części zarzutów odwołania), oraz w piśmie z dnia 22 kwietnia 2021 roku „Odpowiedź na stanowisko przystępującego Britenet sp. z o.o.”.

Izba uwzględniła stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego Britenet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 653/21 po stronie Zamawiającego, zawarte w piśmie z dnia 21 kwietnia 2021 roku.

Izba w trakcie rozprawy dopuściła dowód zawnioskowany Britenet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do sprawy sygn. akt KIO 653/21 tj.:

- wydruk wiadomości email z dnia 1 lutego 2021 roku skierowanego od Zamawiającego (Pani A. S. – P.) do Odwołującego (M. C.).

Izba działając zgodnie z art. 534 ust. 2 ustawy z 2019 roku – *Izba może z urzędu dopuścić dowód niewskazany przez stronę* – dopuściła w poczet materiału dowodowego wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2021 roku sygn. akt KIO 381/2.

Uwzględniając stanowisko Odwołującego zawarte w pismach z dnia 21 i 22 kwietnia 2021 roku oraz oświadczenie złożone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego do protokołu posiedzenia i rozprawy:

Izba, z uwagi na wycofanie przez Odwołującego części zarzutów odwołania umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 653/21 w zakresie części zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2014 r. w zw. z § 4 ust. 1 i 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego i w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 a contrario i w zw. z art. 7 ust. 1 oraz w zw. z ust. 17 pkt. 15 i 16 SIWZ:

- co do zaniechania ujawnienia oświadczenia o rocznym obrocie wykonawcy Britenet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, oraz
- co do zaniechania ujawnienia części informacji zawartych w Wykazie osób złożonym przez Wykonawcę Britenet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tj.: imion i nazwisk specjalistów, oraz
- co do zaniechania ujawnienia złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie IT Solution Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) Nexio Management spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, New Solutions Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie dokumentów: uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa i dwóch formularzy elementów pozacenowych

Izba z uwagi na wycofanie części zarzutu przez Odwołującego umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 653/21 w zakresie części zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy dokonania ponownej oceny ofert w sposób niezgodny z pozacenowymi kryteriami oceny ofert w zakresie podniesionej przez Odwołującego nieprawidłowej oceny w kryterium II – Doświadczenie zespołu osób w wytworzeniu aplikacji dla instytucji finansowej (DA).

W zakresie zarzutów odwołania poddanych rozpoznaniu na rozprawie:

W zakresie zarzutu (1) naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie ponownej oceny ofert w sposób niezgodny z pozacenowymi kryteriami oceny ofert, tj. kryterium III ustalonymi w SIWZ, przez dokonanie tej oceny w odniesieniu do oferty Odwołującego w oparciu także o dodatkowe kryteria, które nie zostały wskazane w SIWZ oraz z zastosowaniem niedopuszczalnej wykładni zawężającej SIWZ.

Izba ustaliła:

Odwołanie dotyczy Części nr 1 zamówienia – specjaliści IT o profilu dewelopersko-analitycznym.

Ustalono, na podstawie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), w Rozdziale XII Zamawiający podał kryteria oceny ofert oraz ich znaczenie, dla Części nr 1 zamówienia – specjaliści IT o profilu dewelopersko-analitycznym wskazał:

Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w kryteriach, obliczona zostanie wg poniższego wzoru:

$$\text{Ocena (w pkt)} = C + DA + DP$$

Oznaczenia:

C - liczba punktów jakie otrzyma badana oferta w kryterium Cena, przy czym w kryterium tym można uzyskać maksymalnie 60 pkt,

DA - liczba punktów uzyskana w kryterium Doświadczenie w tworzeniu aplikacji dla instytucji finansowej, przy czym w kryterium tym można uzyskać 20 lub 10 lub 5 lub 0 pkt,

DP - liczba punktów uzyskana w kryterium Doświadczenie przy realizacji projektów metodykami zwinnymi, przy czym w kryterium tym można uzyskać 20 lub 10 lub 5 lub 0 pkt.

(...)

3) Kryterium III – Doświadczenie zespołu osób przy realizacji projektów aplikacji metodykami zwinnymi (*DP*) – waga 20% = 20 pkt

W celu otrzymania punktów w kryterium III, Wykonawca wypełni formularz elementów poza cenowych, którego wzór stanowi załącznik nr 3a do SIWZ (Załącznik nr 3 do Oferty Wykonawcy).

W ramach niniejszego kryterium ocenione zostanie doświadczenie zespołu osób dedykowanego do realizacji zamówienia, który w ostatnich 3-latach, z należytą starannością i bez zastrzeżeń odbiorcy, wykonał usługę polegającą na wsparciu w realizacji projektów IT zrealizowanych metodykami zwinnymi w wymiarze min. 300MD (osobodni), oddzielnie dla każdego projektu IT. Zamawiający nie narzuca liczby osób wchodzących w skład zespołu i w tym zakresie pozostawia swobodę Wykonawcy.

Jako metodyki zwinne należy rozumieć takie metodyki: Agile, SCRUM, Lean, Kanban.

Jako projekt należy rozumieć zamówienie, polegające na zaprojektowaniu lub wdrożeniu rozwiązania, z zastrzeżeniem, że rozwiązanie zostało wdrożone produkcyjnie. Przez rozwiązanie Zamawiający rozumie odrębne rozwiązanie realizowane dla klienta z zastrzeżeniem, że realizacja ta nie polega na rozwoju lub modyfikacji rozwiązania głównego. Rozwiązanie należy więc interpretować, jako odrębny projekt realizowany od podstaw.

Zamawiający nie dopuszcza wykazania przez Wykonawcę tej samej osoby więcej niż dwukrotnie w różnych zespołach osób w tej samej ofercie.

W ramach niniejszego kryterium Zamawiający przyzna punkty za doświadczenie zespołu osób na podstawie liczby projektów. Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w kryterium *DP* wynosi 20 pkt, przy czym:

- 4 (cztery) projekty IT – 20 pkt
- 3 (trzy) projekty IT – 15 pkt
- 2 (dwa) projekty IT – 10 pkt

- 1 (jeden) projekt IT – 5 pkt
- 0 (zero) projektów IT – 0 pkt

Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w ramach Kryterium nr III wynosi 20.

UWAGA:

Zamawiający nie dopuszcza wykazania przez Wykonawcę tej samej aplikacji kilkakrotnie w ramach kryterium II i III w tej samej ofercie składanej w ramach części nr 1 zamówienia.

Izba ustaliła, że w Rozdziale XII SIWZ Zamawiający podał kryteria oceny ofert i ich znaczenie odrębnie dla każdej z trzech części zamówienia, oraz sporządził załączniki do SIWZ, mające stanowić odpowiednie załączniki do oferty dla każdej części zamówienia.

W wyjaśnienia z dnia 17 grudnia 2020 roku, w odpowiedzi na pytanie nr 1 Zamawiający podał:

Odpowiedź na pytanie nr 1

Zamawiający wyjaśnia, iż każdy Wykonawca może złożyć ofertę na jedną lub więcej części zamówienia. Zamawiający nie ogranicza ilości części, na które Wykonawca może złożyć ofertę. Każdy Wykonawca może złożyć w niniejszym postępowaniu tylko jedną ofertę w odniesieniu do danej części zamówienia

Odpowiedź na pytanie nr 32

Zamawiający wyjaśnia, iż w ramach „Kryterium III – Doświadczenie zespołu osób przy realizacji projektów aplikacji metodykami zwinnymi (DP)” dla części 1 niniejszego zamówienia, brak jest wymogu realizacji określonych projektów dla instytucji finansowej. Zamawiający modyfikuje SIWZ oraz odpowiednio Załącznik nr 3 do Oferty Wykonawcy stanowiący Załącznik nr 3a do SIWZ, poprzez usunięcie zapisów dot. instytucji finansowej.

W SIWZ, w rozdziale I i XVII Zamawiający podał:

I. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (OPZ)

1.1 Przedmiotem zamówienia jest:

Świadczenie przez Wykonawcę kompleksowych usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich z branży IT na rzecz Zamawiającego poprzez zapewnienie Zamawiającemu dostępności specjalistów IT spełniających wymagania oraz posiadających kompetencje i doświadczenie wyszczególnione w Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ oraz na warunkach określonych w Istotnych postanowieniach umowy, stanowiących załącznik nr 2 do SIWZ.

Zamówienie zostało podzielone na 3 (trzy) części. (...)

XVII. OFERTA

17.1 Ofertę należy sporządzić, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzyć kwalifikowanym podpisem elektronicznym oraz złożyć za pośrednictwem Platformy Zakupowej.

17.2 Oferta oraz dokumenty składane wraz z ofertą, sporządzone w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym:

1) Formularz „OFERTA” sporządzony zgodnie z wzorem zawartym w załączniku nr 3 do SIWZ;

2) Formularz cenowy, który stanowi załącznik nr 1 do Oferty – sporządzony zgodnie ze wzorami zawartymi w załącznikach nr 3a, 3b, 3c do SIWZ (w zależności na którą część zamówienia Wykonawca składa ofertę) oraz formularze elementów poza cenowych, stanowiące odpowiednio załączniki nr 2 oraz 3 (dla części nr 1 zamówienia) do Oferty Wykonawcy (jeżeli Wykonawca chce uzyskać punkty w kryteriach poza cenowych); (...)

W załączniku nr 3 do SIWZ – Oferta, Zamawiający podał:

SKŁADAMY OFERTĘ na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) na Część nr _ zamówienia (wpisać odpowiednią Część/ci Zamówienia, której dotyczy niniejsza oferta. Wykonawca może złożyć ofertę na wszystkie Części zamówienia)

Zamawiający załączył do SIWZ również następujące załączniki dla części nr 1:

- Załącznik nr 3a do SIWZ Załącznik nr 1 do Oferty Wykonawcy
FORMULARZ CENOWY dla części nr 1* zamówienia (...)

**) wypełnić dla części zamówienia, na którą Wykonawca składa niniejszą ofertę*

- Załącznik nr 3a do SIWZ – Modyfikacja 1 Załącznik nr 3 do Oferty Wykonawcy
FORMULARZ ELEMENTÓW POZACENOWYCH dla części nr 1* zamówienia
Doświadczenie zespołu osób przy realizacji projektów metodykami zwinnymi (DP)

Ubiegając się o zamówienie publiczne pn. „Świadczenie usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich w obszarze IT (3 części)”, w celu otrzymanie punktów w Kryterium III pkt 3) oceny ofert opisanego w rozdziale XII SIWZ przedstawiamy, poniższy wykaz:

**) wypełnić dla części zamówienia, na którą Wykonawca składa niniejszą ofertę*

Izba ustaliła, że dla części nr 2 i 3 Zamawiający podał załączniki

Załącznik nr 3b do SIWZ Załącznik nr 2 do Oferty Wykonawcy

FORMULARZ ELEMENTÓW POZACENOWYCH dla części nr 2* zamówienia

Doświadczenie zespołu osób przy realizacji projektów obejmujących migracje RedHat (DRH)

– dla części nr 2 zamówienia

Ubiegając się o zamówienie publiczne pn. „Świadczenie usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich w obszarze IT (3 części)”, w celu otrzymanie punktów w Kryterium II pkt 2) oceny ofert opisanego w rozdziale XII SIWZ przedstawiamy, poniższy wykaz:

Załącznik nr 3c do SIWZ Załącznik nr 2 do Oferty Wykonawcy

FORMULARZ ELEMENTÓW POZA CENOWYCH dla części nr 3* zamówienia

Doświadczenie zespołu osób przy realizacji projektów obejmujących migracje HPSM (DHP)

Ubiegając się o zamówienie publiczne pn. „Świadczenie usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich w obszarze IT (3 części)”, w celu otrzymanie punktów w Kryterium II pkt 2) oceny ofert opisanego w rozdziale XII SIWZ przedstawiamy, poniższy wykaz:

Odwołujący złożył ofertę dla Części nr 1 zamówienia, gdzie tajemnicą przedsiębiorstwa objął Załącznik nr Załącznik nr 3a do SIWZ Załącznik nr 3 do Oferty Wykonawcy FORMULARZ ELEMENTÓW POZACENOWYCH dla części nr 1* zamówienia Doświadczenie zespołu osób przy realizacji projektów metodykami zwinnymi (DP). W załączniku tym podał zespoły osób dedykowane do realizacji zamówienia, podając imiona i nazwiska specjalistów wchodzących w skład zespołów.

W piśmie z dnia 23 lutego 2021 roku Zamawiający Informacja o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej w Części I postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podał następujące uzasadnienie oceny oferty Odwołującego w Kryterium III:

Kryterium III – Doświadczenie zespołu osób przy realizacji projektów aplikacji metodykami zwinnymi (DP) – waga 20% = 20 pkt

Na potrzeby spełnienia Kryterium III Wykonawca w pozycjach nr 3 i 4 Formularza elementów poza cenowych nie przedstawił doświadczenia określonego przez Zamawiającego w SIWZ.

Zamawiający nie może przedstawić opisu posiadanego doświadczenia zespołów Wykonawcy ponieważ Wykonawca zastrzegł, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa ww. Wykonawcy w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie mogą być one udostępniane przez Zamawiającego.

Zamawiający jednakże informuje, że wskazane przez Wykonawcę doświadczenie zespołu nie polegało na realizacji odrębnego projektu od podstaw, zgodnie z wymogiem określonym przez Zamawiającego w SIWZ.

Wymóg doświadczenia określonego w kryterium:

„W ramach niniejszego kryterium ocenione zostanie doświadczenie zespołu osób dedykowanego do realizacji zamówienia, który w ostatnich 3-latach, z należytą starannością i bez zastrzeżeń odbiorcy, wykonał usługę polegającą na wsparciu w realizacji projektów IT zrealizowanych metodykami zwinnymi w wymiarze min. 300MD (osobodni), oddzielnie dla

każdego projektu IT. Zamawiający nie narzuca liczby osób wchodzących w skład zespołu i w tym zakresie pozostawia swobodę Wykonawcy.

Jako metodyki zwinne należy rozumieć takie metodyki: Agile, SCRUM, Lean, Kanban.

Jako projekt należy rozumieć zamówienie, polegające na zaprojektowaniu lub wdrożeniu rozwiązania, z zastrzeżeniem, że rozwiązanie zostało wdrożone produkcyjnie. Przez rozwiązanie Zamawiający rozumie odrębne rozwiązanie realizowane dla klienta z zastrzeżeniem, że realizacja ta nie polega na rozwoju lub modyfikacji rozwiązania głównego. Rozwiązanie należy więc interpretować, jako odrębny projekt realizowany od podstaw.”

W związku z powyższym, Zamawiający przyznał Wykonawcy punkty tylko za doświadczenie wykazane w pozycjach nr 1 i 2 Formularza elementów poza cenowych. Wykonawca w ramach niniejszego kryterium otrzymał 10 pkt.

W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń Izba uznała:

Izba mając na uwadze przedstawione w odwołaniu uzasadnienie w odniesieniu do oceny punktowej w zakresie Kryterium III uznała stanowisko Odwołującego za niezasadne. W ramach przedmiotowego kryterium Zamawiający określił jednoznacznie, w ocenie Izby, że oceniane będzie doświadczenie zespołu osób, który wykonał usługę polegającą na wsparciu w realizacji projektów IT zrealizowanych metodykami zwinnymi w wymiarze min. 300MD (osobodni), oddzielnie dla każdego projektu IT. Jednocześnie Zamawiający określił i zdefiniował użyte przez siebie pojęcia przez wskazanie co uznaje za metodyki zwinne oraz co należy rozumieć jako projekt – w ocenie Izby stanowi to precyzyjne określenie wymagania Zamawiającego co do tego w jaki sposób i w jakim projekcie usługa wsparcia miała być świadczona, aby potwierdzała doświadczenie wskazanego zespołu. Barak definicji legalnych, do których odwoływał się w trakcie rozprawy Odwołujący nie niweczy w żaden sposób wprowadzonych w SIWZ definicji przez Zamawiającego. Wręcz za prawidłowe należy uznać działanie Zamawiającego definiujące określenia których używa, a które mogłyby być rozumiane w różny sposób przez wykonawców z uwagi na możliwą ich różnorodną wykładnię.

W ocenie Izby nie znajduje żadnego wytłumaczenia przyjęta przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania argumentacja, że „pojęcie „projekt” nie może być tożsame z „usługą polegającą na wsparciu w realizacji projektów IT”. W ocenie Izby Odwołujący w niezrozumiały sposób stara się odwrócić znaczenie zastosowaniach przez Zamawiającego pojęć i przyjąć jakiś niewynikający z postanowień SIWZ sposób interpretacji. Odwołujący argumentował, że do wymagania opisanego w SIWZ tj. doświadczenia polegającego na „wsparciu projektu” nie było sformułowanych żadnych dodatkowych wymogów. Izba

nie zgadza się z tą argumentacją, bowiem Zamawiający jednoznacznie wskazał, że doświadczenie jakim miał się wykazać wykonawca, to było wsparcie przy realizacji projektów, a projekt miał być realizowany od podstaw, bowiem tak nakazał w kryterium rozumieć projekt Zamawiający. Odwołujący widąc dostrzega tę prawidłowość, jednakże stara się interpretować inaczej niż zostało to określone w SIWZ przez Zamawiającego, bowiem podaje w uzasadnieniu zarzut odwołania, że „wsparcie realizowane przez zespół osób miało jedynie odnosić się do realizacji projektu, czy zostać udzielone w ramach projektu, co do którego, nie zaś samego wsparcia, Zamawiający próbował określić dodatkowe wymogi w SIWZ.” To stanowisko Odwołującego należy uznać za nieprawidłowe i wręcz sprzeczne z postanowieniami SIWZ. Zamawiający na etapie oceny nie nadał innego, nieznanego w oparciu o treść SIWZ znaczenia, nie określił dodatkowych wymagań w zakresie projektu.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał w żaden sposób jakiegokolwiek sprzeczności w ocenie w Kryterium III dla pozycji 3 i 4 Formularza przedstawionych informacji z wymaganiami określonymi w SIWZ. Odwołujący podał, że w tych pozycjach podał w formularzu projekty „w których zostało zrealizowane wsparcie wskazanych przez Odwołującego zespołów osób spełniały wszystkie enumeratywnie wymienione w SIWZ wymogi – co do tych projektów”. W ocenie Izby Odwołujący jednoznacznie tym stwierdzeniem podkreślił, że zrozumiałe jest dla niego, że brak doświadczenia dający poddać się punktacji wynikał z niespełnienia wymagań doświadczenia wsparcia projektu z uwagi na sam projekt.

Izba nie może uznać za prawidłowe i zgodne z wymaganiami SWIZ projekty z pozycji 3 i 4 Formularza. Zamawiający podał w uzasadnieniu dokonanej oceny punktowej w piśmie z dnia 23 lutego 2021 roku, że wykazane w pozycjach 3 i 4 doświadczenie nie dotyczyło projektów realizowanych od podstaw – co jak wskazała Izba powyżej było jednoznacznie określone w wymaganiach kryterium. Istotne z punktu widzenia oceny zarzutu jest to, że Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do tego co w istocie stanowiło podstawę oceny doświadczenia w pozycjach 3 i 4 Formularza. Odwołujący nie wyjaśniał, nie odnosił się do tego czy projekty tam wskazane, w ramach których realizowane było wsparcie były realizowane od podstaw czy też nie były realizowane od podstaw. Argumentacja z rozprawy odnosząca się braku definicji legalnych i wskazanie, że w pozycjach 3 i 4 Formularza *projekty, które zostały wskazane w ofercie mieszczą się w tych pojęciach, które na gruncie języka informatycznego są dosyć płynne* wydaje się potwierdzać, że Odwołujący pominął w ogóle znacznie definicji przyjętych przez Zamawiającego. Odwołujący w zasadzie nie odnosi się do istoty podstawy nieprzyznania punktów w Kryterium III. Izba podkreśla, że dla możliwości rozpoznania zarzutów odwołania niezbędnym jest aby odwołanie w zakresie

zarzutu wyrażało zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. Brak wskazania uzasadnienia faktycznego uniemożliwia uznanie, że we wskazanym zakresie przez Odwołującego postawiony został zarzut odwołania – brak uzasadnienia faktycznego i argumentacji wyklucza możliwość rozpoznania.

Izba może poddać pod rozpoznanie odwołanie jedynie w zakresie zarzutów określonych w odwołaniu, zarzutem natomiast jest w szczególności podniesione uzasadnienie faktyczne i oczywiście przypisana podstawa prawna, lecz taka może nie być wskazana. Brak uzasadnienia faktycznego w odwołaniu uniemożliwia uznanie argumentacji z rozprawy za podnoszoną w ramach zarzutów odwołania. Izba z uwagi na brak podniesienia argumentacji w odwołaniu nie uwzględniła stanowiska prezentowanego na rozprawie przez Odwołującego - *Zamawiający wywodzi, że to nie są te projekty, o które mu chodziło i Zamawiający nie wykazał w tym aspekcie żadnych dowodów, a SIWZ wymagał jedynie wskazania tego typu projektów przez wykonawcę*. Brak odniesienia w uzasadnieniu odwołania do tego co było istotą nieprzyznania punktów za doświadczenie wskazane w pozycjach 3 i 4 Formularza tj. brak realizacji projektu od podstaw powoduje, że Odwołujący w zasadzie nie odniósł się do tego co było faktyczną podstawą wskazaną przez Zamawiającego. Co do dowodzenia, to na etapie postępowania odwoławczego to wykonawca obowiązany jest dowieść swoich racji i przedstawiać w tym zakresie argumentację i dowody.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał w zakresie Kryterium nr III naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie ponownej oceny ofert w sposób niezgodny z pozacenowymi kryteriami oceny ofert, tj. kryterium III ustalonymi w SIWZ, przez dokonanie tej oceny w odniesieniu do oferty Odwołującego w oparciu także o dodatkowe kryteria, które nie zostały wskazane w SIWZ oraz z zastosowaniem niedopuszczalnej wykładni zawężającej SIWZ.

W zakresie zarzutu (2) naruszenia art. 26 ust. 1 w zw. z art. 24aa ustawy przez pominięcie wezwania Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1

Izba ustaliła:

Ustalono na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że:

- postępowanie to prowadzone jest z zastosowaniem reguł wynikających z art. 24aa ustawy,
- oferta wykonawcy Britenet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Britenet) została oceniona najwyżej i w dniu 12 stycznia 2021 roku Zamawiający wezwał ww. wykonawcę w trybie art. 26 ust. 1 do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy,
- w dniu 22 stycznia 2021 roku Britenet złożył wymagane dokumenty,
- pismem z dnia 26 stycznia 2021 roku Zamawiający przekazał wykonawcom *Informację o wyborze oferty w Części nr 1 postępowania o udzielenie zamówienia*
- Zamawiający pismem z dnia 16 lutego 2021 roku – *Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzeniu czynności badania i oceny ofert – w części nr1 postępowania o udzielenie zamówienia* podał:

Działając na podstawie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843) zwanej dalej „ustawą Pzp”, Zamawiający unieważnia przeprowadzoną czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 1 postępowania o udzielenie zamówienia, dokonaną w dniu 26 stycznia 2021 r. oraz zawiadamia o powtórzeniu czynności oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej:

Zgodnie z zapisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp (art. 7 ust. 3).

Celem wszczęcia i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy z wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami ustawy. W związku z powyższym Zamawiający powtórzy czynność badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, o której poinformuje w oddzielnej informacji.

- pismem z dnia 23 lutego 2021 roku Zamawiający przedstawił *Informacja o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej w Części nr 1 postępowania o udzielenie zamówienia*, Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Britenet.

W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń Izba uznała:

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest przez Zamawiającego z uwzględnieniem procedury wynikającej z art. 24 aa ustawy, co oznacza, że Zamawiający najpierw dokonuje oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (art. 24 aa ust. 1 ustawy).

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający, co wynika z ustalonego stanu faktycznego sprawy, unieważnił w dniu 16 lutego 2021 roku czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 26 stycznia 2021 roku, oraz zawiadomił, że powtórzy czynność badania i oceny ofert oraz dokona wyboru oferty najkorzystniejszej, o której poinformuje w oddzielnej informacji. Z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, że Zamawiający unieważnił wszystkie dokonane czynności polegające na badaniu i ocenie ofert w zakresie części nr 1 postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby unieważniona została również czynność następcza po czynności badania i oceny ofert, tj. wynikająca z art. 24 aa następcza czynność badania czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nie sposób uznać, że unieważnienie pierwotnej czynności badania i oceny ofert prowadzone w tzw. „procedurze odwróconej” (procedura z art. 24 aa ustawy) nie niweczy kolejnych podejmowanych w postępowaniu przez Zamawiającego czynności. Unieważnienie przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert w postępowaniu prowadzonym w procedurze odwróconej musi niweczyć kolejną czynność czyli czynność wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy, bowiem taka czynność powiązana jest w tym przypadku bezpośrednio z dokonaną oceną oferty, która została oceniona jako najkorzystniejsza. Nie może ostać się czynność Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, która jest następstwem innej czynności, którą sam Zamawiający unieważnił.

W rozpoznawanej sprawie odwoławczej mamy do czynienia z sytuacją, w której ponownie oceniona w kolejnym badaniu i oceny ofert została oferta tego samego wykonawcy Britenrt, lecz w ocenie Izby nie zmienia to fakty, że procedura postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie traktuje w inny sposób takiego stanu rzeczy. Czynność wezwani do złożenia dokumentów z dnia 12 stycznia 2021 roku została unieważniona przez Zamawiającego w dniu 16 lutego 2021 roku, gdy Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu *czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzeniu czynności badania i oceny ofert – w części nr1 postępowania o udzielenie zamówienia*. Fakt, że w aktach postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego znajdują się określone złożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty potwierdza w tym momencie jedynie fakt dokonywania poszczególnych czynności przez Zamawiającego w danej jednostce czasowej, w ramach podejmowanych czynności. Zamawiający decydując się na unieważnienie własnych czynności nie może decydować o wybiórczym i uznaniowym ich traktowaniu oraz w efekcie uznaniu za „ważne” czynności, i to tylko w części jaka pasuje Zamawiającemu, które zostały przez niego unieważnione. Zamawiający unieważniając daną czynność powraca do określonego poziomu procedury o udzielenie zamówienia publicznego i dla zachowania przejrzystości i transparentności tego postępowania obowiązany jest podejmować działania zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Wymaga podkreślenia, że formalizm postępowania do którego odnosili się pełnomocnicy w trakcie rozprawy faktycznie nie może być celem samym w sobie, lecz nie można zrównywać odstępiania od konieczności podjęcia w postępowaniu konkretnych czynności nakazanych prawem utożsamiać z nadmiernym formalizmem. Procedura odwrócona polega na tym, że w pierwszej kolejności dokonuje on oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty oraz kryteriów oceny ofert opisanych w specyfikacji, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uzyskała najwyższą ilość punktów w rankingu), dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne, a następnie żąda złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych (tak też wyrok sygn. akt KIO 1013/20).

Skoro Zamawiający unieważnił czynność badania i oceny ofert, to unieważnił również czynność z art. 26 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby, mając na uwadze powyższe nie można uznać za poprawą argumentacji opartej na treści art. 26 ust. 6 ustawy prezentowanej przez Zamawiającego oraz w podnoszonym motywie 85 dyrektywy 2014/24 UE. Nie znajduje również uzasadnienia argumentacja Britenet skupiająca uwagę na art. 26 ust. 2f ustawy.

Izba podkreśla, że zarówno Zamawiający jak i Britenet pomijają w swojej argumentacji, że Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zapowiedział powtórzenie czynności badania i oceny ofert, co oznacza, że cofnął swoje czynności do określonego momentu w procedurze przetargowej.

Wymaga odnotowania w ocenie Izby w tym miejscu, że należy odróżnić badanie i ocenę ofert (wszystkich ofert) w postępowaniu – którą zapowiedział w piśmie Zamawiający od wyboru oferty najkorzystniejszej. Ten ostatni – wybór oferty najkorzystniejszej - jest wynikiem szerszego procesu stanowiącego wybieranie oferty, na który składa się czynność badania i oceny ofert, a następnie w procedurze odwróconej badanie podmiotowe wykonawcy, którego oferta została uznana jako najkorzystniejsza. Zamawiający

unieważniając wybór oferty najkorzystniejszej unieważnił pewien całłościowy proces czynności i zapowiedział powrót do określonego miejsca procedury zamówieniowej.

Przepis art. 26 ust. 6 ustawy podający, że wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2019 r. poz. 700, 730, 848 i 1590) nie jest przepisem, który zwalnia Zamawiającego z wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów. Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a. ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek, który aktualizuje się na określonym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie zostały przewidziane odstępstwa od tego obowiązku.

Natomiast na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy, prawodawca przewidział procedurę, która umożliwia Zamawiającemu weryfikację, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, na każdym etapie postępowania przez wezwanie wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów. W rozpoznawanej sprawie, Zamawiający unieważniając czynność badania i oceny ofert unieważnił również czynność następczą wezwania do złożenia dokumentów i ich złożenia w postępowaniu przez wykonawcę. W ocenie Izby nie uwzględniając, że czynność badania i oceny ofert została powtórzona przez Zamawiającego przebieg i prawidłowość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy badać właśnie od tej czynności. w efekcie brak jest wezwania do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy oraz brak dokonania oceny tych dokumentów przez Zamawiającego. Nie można uznać za prawidłowe zastąpienie ciążącego na Zamawiającym obowiązku wezwania wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza inną procedurą, która stanowi uprawnienie Zamawiającego

a jej celem zapewnienie odpowiedniego przebiegu procedury i wybór oferty wykonawcy, który potwierdzi na wniosek Zamawiającego określone okoliczności.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 26 ust. 1 w zw. z art. 24aa ustawy przez pominięcie wezwania Wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazała wezwanie wykonawcy Britenet w trybie art. 26 ust. 1 ustawy do złożenia określonych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów.

W zakresie zarzutu (3) naruszenia art. 96 ust. 3 ustawy w zw. z § 4 ust. 1 i 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 *a contrario* i w zw. z art. 7 ust. 1 oraz w zw. z ust. 17 pkt. 15 i 16 SIWZ przez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia Odwołującemu w całości:

- uzasadnień zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez Britenet
- formularzy elementów pozacenowych Britenet,
- informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych Britenet Sp. z o.o.,
- wykazu zamówień wykonanych wraz z dowodami określającymi, czy te zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie złożonych przez Britenet
- wykazu osób złożonego przez Britenet.

Izba w zakresie powyższego zarzutu ustaliła, że w Wyroku z dnia 10 marca 2021 roku sygn. akt KIO 381/21 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała:

Wobec oświadczenia odwołującego o cofnięciu zarzutów wskazanych w pkt 1, 2, 3, 4 i 6 petitum odwołania, a także zarzutu wskazanego w pkt 5 w odniesieniu do dokumentów: dwóch formularzy elementów pozacenowych i oświadczenia wykonawcy o rocznym obrocie, złożonych przez wykonawcę Britenet Sp. z o.o., Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w części, tj. w zakresie zarzutów opisanych powyżej, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji niniejszego wyroku.

(...)

Izba zauważa, że odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 26 stycznia 2021 roku, która następnie została przez zamawiającego unieważniona w dniu 16 lutego 2021 roku. Zamawiający unieważnił

czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie przeprowadził czynność ponownego badania i oceny ofert, także w zakresie w jakim czynność ta była kwestionowana przez odwołującego, a zarzut podtrzymany został na rozprawie. Jak bowiem wynika z treści przytoczonego powyżej (w ustaleniach faktycznych) uzasadnienia ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w Części nr 1 z dnia 23 lutego 2021 roku, zamawiający dokonał ponownej weryfikacji zastrzeżenia skuteczności tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w dokumentach, złożonych przez wykonawców. Co też dodatkowo potwierdził w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 10 marca 2021 roku, wyjaśniając na pytanie członka składu orzekającego, iż przeprowadził także ponowne badanie i ocenę co do skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w dokumentach złożonych przez wykonawcę Britenet Sp. z o.o., w tym w odniesieniu do: informacji bankowej, wykazu wykonanych zamówień i referencji oraz wykazu osób.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że czynność unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, zniweczyła czynność z dnia 26 stycznia 2021 roku, wobec której odwołujący wnosił odwołanie. Innymi słowy, Izba uznała, że na moment wyrokowania nie ma już substratu zaskarżenia (podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 lutego 2019 roku, wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 226/19, na gruncie dotychczas obowiązujących przepisów ustawy Pzp).

Izba na mocy powyżej powołanego przepisu jest zobowiązana do tego, aby wydając wyrok, wziąć pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Przy czym uwzględnić odwołanie może tylko wówczas, gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W niniejszej sprawie, taka sytuacja nie wystąpiła, bowiem czynność będąca przedmiotem zaskarżenia, została wyeliminowana z obrotu, decyzją zamawiającego o jej unieważnieniu.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że niezasadny były składane w postępowaniu wnioski o pozostawienie zarzut (3) odwołania bez rozpoznania lub odrzucenie odwołania w tej części z uwagi na dokonanie i zakończenie przez Zamawiającego czynności badania zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów złożonych przez Bitnet w dniu 1 lutego 2021 roku. Czynność Zamawiającego z dnia 1 lutego 2021 roku została przez niego zniesiona, co wynika w sposób jednoznaczny z ww. wyroku Izby. W związku z tym, że z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz złożonych na rozprawie oświadczeń nie wynika, że Zamawiający przekazał Odwołującemu jakiegokolwiek informacje o dokonanej czynności badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Britenet po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 16 lutego 2021 roku, a których to dokonał w ramach ponownej czynności badania i oceny oferty, Izba stwierdziła, że Odwołujący dochował terminu na wniesienie odwołania.

Termin ten w okolicznościach rozpoznawanej sprawy należało liczyć od ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej tj. 23 lutego 2021 roku. Fakt, że Zamawiający złożył oświadczenie o ponownym badaniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów Britenet oraz braku odrębnego poinformowania wykonawców otworzyła Odwołującemu drogę do skutecznego co do terminu złożenia odwołania w tym zakresie liczonego od dnia 23 lutego 2021 roku tj. kolejnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Izba za bezprzedmiotowy uznała dowód wydruk wiadomości email z dnia 1 lutego 2021 roku skierowanego od Zamawiającego (Pani A. S. – P.) do Odwołującego (M. C.) złożony przez Britenet na rozprawie

Izba dostrzegła podstawową rzecz a mianowicie, że cała argumentacja Odwołującego opiera się o dokumenty jakie zostały przekazane przez Zamawiającego przed unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 26 stycznia 2021 roku, tj. przed dniem 16 lutego 2021 roku. Zamawiający, co wynika z wyroku sygn. akt KIO 381/21 prowadził ponowną ocenę dokumentów w zakresie badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o czym Odwołujący musiał mieć świadomość bowiem również był Odwołującym w sprawie sygn. akt KIO 831/21. Z żadnych dokumentów oraz oświadczeń nie wynika, aby Odwołujący weryfikował czynność Zamawiającego oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonaną pomiędzy 16 a 23 lutego 2021 roku. Co istotne nawet nie zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentów po dokonanej ponownej weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ze stanowisk prezentowanych w trakcie rozprawy wynika, że w odniesieniu do oferty Britenet zakres objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych dokumentów nie uległ zmianie w stosunku do tego sprzed 23 lutego 2021 roku.

W zakresie podniesionego zarzutu wymaga w ocenie Izby odnotowania w tym miejscu, że art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010) – *przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności* – nie precyzuje jakie konkretnie działania musiał podjąć dany podmiot w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, aby można było te informacje uznać jako poufne. Dlatego tak ważne na etapie budowania argumentacji odwołania jest wykazanie, że dane działanie wykonawcy nie może być pozytywnie ocenione bowiem dla

jego prawidłowości wymagane jest zaistnienie w takich okolicznościach określonej argumentacji itp.

Podnoszona przez Odwołującego argumentacja skupiając się na orzecznictwie Izby czy też stanowiskach doktryny nie stanowi uzasadnienia dla ponoszonego naruszenia przepisów, bowiem w każdym przypadku okoliczności danej sprawy należy ocenić w pryzmacie przedstawianych informacji. Każdy wykonawca przedstawiając informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, indywidualnie do okoliczności w jakich się znajduje winien przedstawić uzasadnienie takiej czynności. Takie okoliczności, właściwe dla danej sprawy podlegają ocenie w ramach podnoszonych zarzutów.

Britenet złożył dokumenty za pismem z dnia 21 stycznia 2021 roku, w którym to dokumencie określił jakie załączniki do tego pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 12.01.2021 r. wzywające Wykonawcę do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiotowym postępowaniu, Britenet Sp. z o.o. przedstawia w załączeniu:

- 1. Informacja bankowa - Załącznik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa*
- 2. Oświadczenie o rocznym obrocie*
- 3. Wykazy zamówień wykonanych cz.1 i cz.3 - Załącznik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa*
- 4. Referencja 1 cz.1 - Załącznik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa*
- 5. Referencja 2 cz.1 - Załącznik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa*
- 6. Referencja 1 cz.3 - Załącznik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa*
- 7. Referencja 2 cz.3 - Załącznik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa*
- 8. Załącznik nr 8 - wykazy potencjału kadrowego cz. 1 i cz.3 - Załącznik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa*
- 9. Informacja z Krajowego Rejestru Karnego*
- 10. Zaświadczenie US*
- 11. Zaświadczenie ZUS*
- 12. Odpis KRS*
- 13. Uzasadnienie tajemnicy - Załącznik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa*

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 stycznia 2021 roku, w dniu 29 stycznia 2021 roku Britenet poinformowała, że w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 27.01.2021 r. wzywające Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty – część nr 1 zamówienia, Wykonawca przychyliła się do prośby Zamawiającego w zakresie

wyodrębnienia z treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, treści, które nie podlegają zastrzeżeniu celem udostępnienia ich innym uczestnikom postępowania.

Britenet Sp. z o.o. przedstawia w załączeniu:

1. Wyodrębniona treść uzasadnienia zastrzeżenia

Z powyższego wynika, jak również z analizy złożonych pism, że wykonawca Britenet wbrew twierdzeniu Odwołującego nie złożył ponownie dokumentu lecz przedstawił Zamawiającemu wyodrębnioną treść dokumentu, który został złożony uprzednio Zamawiającemu.

Izba nie stwierdziła żadnego naruszenia przepisów w odniesieniu do podnoszonego wzywania przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy wykonawców do wyodrębnienia z treści dokumentów przedstawionych Zamawiającemu, a zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, treści które nie podlegają wyodrębnieniu. Zamawiający ma prawo korzystać z procedury wyjaśnienia i nie sposób czynić mu z tego jakkolwiek zarzut o ile nie zmierza to wyjaśnienie do zmiany treści złożonego uprzednio oświadczenia przez wykonawcę. Nie sposób również uznać, że z uwagi na powyższe wezwanie Zamawiający nie dopełnił obowiązku weryfikacji dokumentów i nie dokonał oceny prawidłowości zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych dokumentów. Z treści wezwania z dnia 27 stycznia 2021 roku: *Zdaniem Zamawiającego, nie cała treść złożonych uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i część treści uzasadnień może zostać upubliczniona. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający prosi Wykonawcę o wyodrębnienie z treści uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, treści które nie podlegają zastrzeżeniu, tak żeby Zamawiający mógł je udostępnić innym uczestnikom postępowania* - nie sposób wywieść, co czyni Odwołujący, że Zamawiający nie jest w stanie samodzielnie ustalić, które z informacji zawartych w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podlegają ujawnieniu. Tym samym brak jest podstawy do uznania, że jakoby to implikowało wnioski, że informacje nie zostały zastrzeżone prawidłowo, a dokumenty podlegały ujawnieniu. Odwołujący w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że Zamawiający tej oceny nie dokonywał, więcej Odwołujący pominął w ogóle, że Zamawiający po dniu 16 lutego 2021 roku prowadził ponownie ocenę zasadności zastrzeżenia dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa.

W zakresie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstw Britenet Odwołujący podniósł jedynie, że o ile zawiera pismo z dnia 29 stycznia 2021 roku pełną argumentację zawartą w złożonym pierwotnie dokumencie to nie jest ona skuteczna. Odwołujący wydaje się celowo nie dostrzega, że przekazania mu informacja stanowi wyodrębnienie informacji z dokumentu

złożonego za pismem z dnia 21 stycznia 2021 roku Zamawiającemu na wezwanie i nie stanowi żadnego nowego dokumentu jak również nie stanowi treści pełnej pierwotnie przedstawionego dokumentu. Tym samym argumentację w tym zakresie Izba uznała za niezasadną.

W odniesieniu do informacji banku, Wykazu zamówień wykonanych i referencji oraz Wykazu potencjału kadrowego w ocenie Izby przedstawione uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (w pełnym jego zakresie) potwierdza prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego czynności nieujawniania tych dokumentów. Potwierdza owe okoliczności również pisemne stanowisko Britenet, które zostało załączone do akt sprawy odwoławczej (pismo z dnia 21 kwietnia 2021 roku). Wykonawca Britenet wykazała wszystkie niezbędne elementy dotyczące skutecznego zastrzeżenia dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa. Odniósł się szeroko w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa do wartości gospodarczych tych informacji, sposobu ich ochrony i utrzymania poufności przedstawionych w złożonych Zamawiającemu dokumentach informacji. Przedstawił wyjaśnienia w jaki sposób i przy pomocy jakich procedur chroni informacje podając jednoznacznie określone dokumenty i procedury, co do których Odwołujący w ogóle się nie odnosi. Odwołujący pominął również przedstawione informacje w odtajnionej części uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanej przez Zamawiającego co do obowiązujących klauzul poufności. Izba zaznacza w tym miejscu, że Odwołujący oparł swoją argumentację – na co jednoznacznie wskazał w uzasadnieniu odwołania – na ujawnionej części uzasadnia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazanej przez Britenet za pismem z dnia 29 stycznia 2021 roku, przy czym wydaje się pomijać przedstawiony mu dokument przez Zamawiającego tj. plik „01_Britenet_wyodrębnie na czeya uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.docx”. Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, że nie można uznać tego dokumentu za przedstawione zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa – należy mieć na uwadze, że przedstawienie przez Zamawiającego wyciągu z dokumentu jaki został mu złożony musiało nastąpić w jakiś sposób. Brak podpisu (elektronicznego) wykonawcy w tym wypadku jest oczywisty ponieważ ten dokument stanowi jedynie wyciąg informacji jakie zostały złożone Zamawiającemu. Odwołujący kwestionuje okoliczności tam wskazane ale nie precyzuje ich np. nie odnosi się do okoliczności danych określonych jako „współpracownicy” odnosząc się do tego ogólnie. Pomija również kwestię zobowiązań i klauzul poufności. Wymienione w piśmie załączniki i klauzule zostały przedstawione Zamawiającemu.

Izba zarzut w tym zakresie poddała rozpoznaniu, bowiem w okolicznościach rozpoznawanej sprawy był on podniesiony w odniesieniu do czynności Zamawiającego. Niemniej Izba podkreśla, że uwzględnienie zarzutu numer 2 powoduje, że wykonawca Britenet zostanie

wezwany do złożenia dokumentów wymaganych przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do załącznika nr 3 Wykazu elementów pozacenowych w ocenie Izby Briteret przedstawił szerokie i poparte dokumentami uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa tych informacji. Odwołujący natomiast poprzestaje na jednym zdaniu uzasadnienia i w żaden sposób nie odnosi się do przedstawionych przez Briteret argumentów, a które to zostały zawarte częściowo w udostępnionych Odwołującemu pismach oraz omówione w pełnym dokumencie. Lakoniczne, nie przedstawiające żadnej argumentacji faktycznej stanowisko Odwołującego w zakresie ww. załącznika nr 3 nie potwierdza naruszenia podnoszonych przez Odwołującego przepisów. Izba nie może sobie sama poszukiwać argumentacji i zastępować Odwołującego w precyzyjnym podnoszeniu zarzutów odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 ustawy w zw. z § 4 ust. 1 i 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 a contrario i w zw. z art. 7 ust. 1 oraz w zw. z ust. 17 pkt. 15 i 16 SIWZ przez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia Odwołującemu w całości: uzasadnień zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez Briteret, formularzy elementów pozacenowych Briteret, informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych Briteret, wykazu zamówień wykonanych wraz z dowodami określającymi, czy te zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie złożonych przez Briteret, wykazu osób złożonego przez Briteret jest zarzutem niezasadnym.

Sygn. akt KIO 690/21

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja

postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba uwzględniła również stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowych z dnia 22 kwietnia 2021 roku, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba uwzględniła stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego Britenet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 690/21 po stronie Zamawiającego, zawarte w piśmie z dnia 21 kwietnia 2021 roku.

W zakresie zarzutów odwołania

W zakresie zarzutu (1) naruszenie art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy w zw. z 11.2.5) ogłoszenia w zw. z XII 12.1 SIWZ w części nr 1 zamówienia, w zw. z Załącznik nr 3a do SIWZ - Modyfikacja, przez zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty - odwołującego, bezpodstawny wybór oferty Britenet co nastąpiło przez bezpodstawne:

- a) pominięcie przy ocenie oferty odwołującego aż 2 aplikacji i 3 projektów
- b) zaniżenie oceny oferty odwołującego o 20 pkt i zaniechanie przyznania jej 40 pkt w kryterium jakości (doświadczenia),
- c) przyznanie 40 pkt w kryterium doświadczenia Britenet, chociaż powinna otrzymać 10 pkt i przyznanie Transition 10 pkt w kryterium doświadczenie, ale z niewłaściwego tytułu.

Izba ustaliła:

Odwołanie dotyczy Części nr 1 zamówienia – specjaliści IT o profilu dewelopersko-analitycznym.

Ustalono, na podstawie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), w Rozdziale XII Zamawiający podał kryteria oceny ofert oraz ich znaczenie, dla Części nr 1 zamówienia – specjaliści IT o profilu dewelopersko-analitycznym wskazał:

Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w kryteriach, obliczona zostanie wg poniższego wzoru:

$Ocena (w\ pkt) = C + DA + DP$

Oznaczenia:

C - liczba punktów jakie otrzyma badana oferta w kryterium Cena, przy czym w kryterium tym można uzyskać maksymalnie 60 pkt,

DA - liczba punktów uzyskana w kryterium Doświadczenie w tworzeniu aplikacji dla instytucji finansowej, przy czym w kryterium tym można uzyskać 20 lub 10 lub 5 lub 0 pkt,

DP - liczba punktów uzyskana w kryterium Doświadczenie przy realizacji projektów metodykami zwinnymi, przy czym w kryterium tym można uzyskać 20 lub 10 lub 5 lub 0 pkt.

(....)

2) Kryterium II – Doświadczenie zespołu osób w tworzeniu aplikacji dla instytucji finansowej (DA) – waga 20% = 20 pkt

W celu otrzymania punktów w kryterium II, Wykonawca wypełni formularz elementów pozacenowych, którego wzór stanowi załącznik nr 3a do SIWZ (Załącznik nr 2 do Oferty Wykonawcy).

W ramach niniejszego kryterium ocenione zostanie doświadczenie zespołu osób dedykowanego do realizacji zamówienia, który w ostatnich 3-latach, z należytą starannością i bez zastrzeżeń odbiorcy, wykonał usługę polegającą na wytworzeniu, rozwoju lub modyfikacji aplikacji dla instytucji finansowej w wymiarze min. 500MD (osobodni), oddzielnie dla każdej aplikacji. Zamawiający nie narzuca liczby osób wchodzących w skład zespołu i w tym zakresie pozostawia swobodę Wykonawcy.

Jako instytucję finansową należy rozumieć: bank, związek kredytowy np. SKOK-i, funduszu inwestycyjnego lub powierniczego, towarzystwa funduszu inwestycyjnego lub powierniczego, zakładu ubezpieczeń, zakładu reasekuracji, towarzystwa emerytalnego, funduszu emerytalnego, domu maklerskiego). Sygnatura postępowania: DZZK/138/DI/2020

Strona 26 z 107

Zamawiający nie dopuszcza wykazania przez Wykonawcę tej samej osoby więcej niż dwukrotnie w różnych zespołach osób w tej samej ofercie.

W ramach niniejszego kryterium Zamawiający przyzna punkty za doświadczenie zespołu osób na podstawie liczby aplikacji. Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w kryterium DA wynosi 20 pkt, przy czym:

- 4 (cztery) aplikacje – 20 pkt*
- 3 (trzy) aplikacje – 15 pkt*
- 2 (dwie) aplikacje – 10 pkt*
- 1 (jedna) aplikacja – 5 pkt*
- 0 (zero) aplikacji – 0 pkt*

Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w ramach Kryterium nr II wynosi 20.

UWAGA:

Zamawiający nie dopuszcza wykazania przez Wykonawcę tej samej aplikacji kilkakrotnie w ramach kryterium II i III w tej samej ofercie składanej w ramach części nr 1 zamówienia.

3) Kryterium III – Doświadczenie zespołu osób przy realizacji projektów aplikacji metodykami zwinnymi (DP) – waga 20% = 20 pkt

W celu otrzymania punktów w kryterium III, Wykonawca wypełni formularz elementów poza cenowych, którego wzór stanowi załącznik nr 3a do SIWZ (Załącznik nr 3 do Oferty Wykonawcy).

W ramach niniejszego kryterium ocenione zostanie doświadczenie zespołu osób dedykowanego do realizacji zamówienia, który w ostatnich 3-latach, z należytą starannością i bez zastrzeżeń odbiorcy, wykonał usługę polegającą na wsparciu w realizacji projektów IT zrealizowanych metodykami zwinnymi w wymiarze min. 300MD (osobodni), oddzielnie dla każdego projektu IT. Zamawiający nie narzuca liczby osób wchodzących w skład zespołu i w tym zakresie pozostawia swobodę Wykonawcy.

Jako metodyki zwinne należy rozumieć takie metodyki: Agile, SCRUM, Lean, Kanban.

Jako projekt należy rozumieć zamówienie, polegające na zaprojektowaniu lub wdrożeniu rozwiązania, z zastrzeżeniem, że rozwiązanie zostało wdrożone produkcyjnie. Przez rozwiązanie Zamawiający rozumie odrębne rozwiązanie realizowane dla klienta z zastrzeżeniem, że realizacja ta nie polega na rozwoju lub modyfikacji rozwiązania głównego. Rozwiązanie należy więc interpretować, jako odrębny projekt realizowany od podstaw.

Zamawiający nie dopuszcza wykazania przez Wykonawcę tej samej osoby więcej niż dwukrotnie w różnych zespołach osób w tej samej ofercie.

W ramach niniejszego kryterium Zamawiający przyzna punkty za doświadczenie zespołu osób na podstawie liczby projektów. Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w kryterium DP wynosi 20 pkt, przy czym:

- 4 (cztery) projekty IT – 20 pkt
- 3 (trzy) projekty IT – 15 pkt
- 2 (dwa) projekty IT – 10 pkt
- 1 (jeden) projekt IT – 5 pkt
- 0 (zero) projektów IT – 0 pkt

Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w ramach Kryterium nr III wynosi 20.

UWAGA:

Zamawiający nie dopuszcza wykazania przez Wykonawcę tej samej aplikacji kilkakrotnie w ramach kryterium II i III w tej samej ofercie składanej w ramach części nr 1 zamówienia.

(...)

12.2 Liczba punktów przyznana poszczególnym ofertom dla danej części zamówienia zostanie obliczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku albo z dokładnością wystarczającą do wykazania zróżnicowania ofert niepodlegających odrzuceniu.

12.3 Za ofertę najkorzystniejszą uznana zostanie oferta, która uzyska łącznie najwyższą liczbę punktów dla danej części zamówienia (maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania – 100 pkt).

Izba ustaliła, że w Rozdziale XII SIWZ Zamawiający podał kryteria oceny ofert i ich znaczenie odrębnie dla każdej z trzech części zamówienia, oraz sporządził załączniki do SIWZ, mające stanowić odpowiednie załączniki do oferty dla każdej części zamówienia.

W wyjaśnienia z dnia 17 grudnia 2020 roku, w odpowiedzi na pytanie nr 1 Zamawiający podał:

Odpowiedź na pytanie nr 1

Zamawiający wyjaśnia, iż każdy Wykonawca może złożyć ofertę na jedną lub więcej części zamówienia. Zamawiający nie ogranicza ilości części, na które Wykonawca może złożyć ofertę. Każdy Wykonawca może złożyć w niniejszym postępowaniu tylko jedną ofertę w odniesieniu do danej części zamówienia

Odpowiedź na pytanie nr 32

Zamawiający wyjaśnia, iż w ramach „Kryterium III – Doświadczenie zespołu osób przy realizacji projektów aplikacji metodykami zwinnymi (DP)” dla części 1 niniejszego zamówienia, brak jest wymogu realizacji określonych projektów dla instytucji finansowej. Zamawiający modyfikuje SIWZ oraz odpowiednio Załącznik nr 3 do Oferty Wykonawcy stanowiący Załącznik nr 3a do SIWZ, poprzez usunięcie zapisów dot. instytucji finansowej.

W SIWZ, w rozdziale I i XVII Zamawiający podał:

I. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (OPZ)

1.1 Przedmiotem zamówienia jest:

Świadczenie przez Wykonawcę kompleksowych usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich z branży IT na rzecz Zamawiającego poprzez zapewnienie Zamawiającemu dostępności specjalistów IT spełniających wymagania oraz posiadających kompetencje i doświadczenie wyszczególnione w Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ oraz na warunkach określonych w Istotnych postanowieniach umowy, stanowiących załącznik nr 2 do SIWZ.

Zamówienie zostało podzielone na 3 (trzy) części. (...)

XVII. OFERTA

17.1 Ofertę należy sporządzić, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzyć kwalifikowanym podpisem elektronicznym oraz złożyć za pośrednictwem Platformy Zakupowej.

17.2 Oferta oraz dokumenty składane wraz z ofertą, sporządzone w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym:

1) Formularz „OFERTA” sporządzony zgodnie z wzorem zawartym w załączniku nr 3 do SIWZ;

2) Formularz cenowy, który stanowi załącznik nr 1 do Oferty – sporządzony zgodnie ze wzorami zawartymi w załącznikach nr 3a, 3b, 3c do SIWZ (w zależności na którą część zamówienia Wykonawca składa ofertę) oraz formularze elementów poza cenowych, stanowiące odpowiednio załączniki nr 2 oraz 3 (dla części nr 1 zamówienia) do Oferty Wykonawcy (jeżeli Wykonawca chce uzyskać punkty w kryteriach poza cenowych); (...)

W załączniku nr 3 do SIWZ – Oferta, Zamawiający podał:

SKŁADAMY OFERTĘ na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) na Część nr _ zamówienia (wpisać odpowiednią Część/ci Zamówienia, której dotyczy niniejsza oferta. Wykonawca może złożyć ofertę na wszystkie Części zamówienia)

Zamawiający załączył do SIWZ również następujące załączniki dla części nr 1:

- Załącznik nr 3a do SIWZ Załącznik nr 1 do Oferty Wykonawcy
FORMULARZ CENOWY dla części nr 1* zamówienia (...)

**) wypełnić dla części zamówienia, na którą Wykonawca składa niniejszą ofertę*

- Załącznik nr 3a do SIWZ Załącznik nr 2 do Oferty Wykonawcy
FORMULARZ ELEMENTÓW POZACENOWYCH dla części nr 1* zamówienia
Doświadczenie zespołu osób w tworzeniu aplikacji dla instytucji finansowej (DA)

Ubiegając się o zamówienie publiczne pn. „Świadczenie usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich w obszarze IT (3 części)”, w celu otrzymanie punktów w Kryterium II pkt 2) oceny ofert opisanego w rozdziale XII SIWZ przedstawiamy, poniższy wykaz: (...)

**) wypełnić dla części zamówienia, na którą Wykonawca składa niniejszą ofertę*

- Załącznik nr 3a do SIWZ – Modyfikacja 1 Załącznik nr 3 do Oferty Wykonawcy
FORMULARZ ELEMENTÓW POZACENOWYCH dla części nr 1* zamówienia
Doświadczenie zespołu osób przy realizacji projektów metodykami zwinnymi (DP)

Ubiegając się o zamówienie publiczne pn. „Świadczenie usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich w obszarze IT (3 części)”, w celu otrzymanie punktów w Kryterium III pkt 3) oceny ofert opisanego w rozdziale XII SIWZ przedstawiamy, poniższy wykaz: (...)

**) wypełnić dla części zamówienia, na którą Wykonawca składa niniejszą ofertę*

Izba ustaliła, że dla części nr 2 i 3 Zamawiający podał załączniki

Załącznik nr 3b do SIWZ Załącznik nr 2 do Oferty Wykonawcy

FORMULARZ ELEMENTÓW POZACENOWYCH dla części nr 2 zamówienia*

Doświadczenie zespołu osób przy realizacji projektów obejmujących migracje RedHat (DRH)

– dla części nr 2 zamówienia

Ubiegając się o zamówienie publiczne pn. „Świadczenie usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich w obszarze IT (3 części)”, w celu otrzymanie punktów w Kryterium II pkt 2)

oceny ofert opisanego w rozdziale XII SIWZ przedstawiamy, poniższy wykaz:

Załącznik nr 3c do SIWZ Załącznik nr 2 do Oferty Wykonawcy

FORMULARZ ELEMENTÓW POZA CENOWYCH dla części nr 3 zamówienia*

Doświadczenie zespołu osób przy realizacji projektów obejmujących migracje HPSM (DHP)

Ubiegając się o zamówienie publiczne pn. „Świadczenie usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich w obszarze IT (3 części)”, w celu otrzymanie punktów w Kryterium II pkt 2)

oceny ofert opisanego w rozdziale XII SIWZ przedstawiamy, poniższy wykaz:

Odwołujący złożył ofertę dla Części nr 1 zamówienia, gdzie tajemnicą przedsiębiorstwa objął

- Załącznik nr 3a do SIWZ Załącznik nr 3 do Oferty Wykonawcy FORMULARZ ELEMENTÓW POZACENOWYCH dla części nr 1* zamówienia Doświadczenie zespołu osób w tworzeniu aplikacji dla instytucji finansowej (DA),*
- Załącznik nr 3a do SIWZ Załącznik nr 3 do Oferty Wykonawcy FORMULARZ ELEMENTÓW POZACENOWYCH dla części nr 1* zamówienia Doświadczenie zespołu osób przy realizacji projektów metodykami zwinnymi (DP).*

W załączniku tym podał zespoły osób dedykowane do realizacji zamówienia, podając imiona i nazwiska specjalistów wchodzących w skład zespołów.

W piśmie z dnia 23 lutego 2021 roku Zamawiający Informacja o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej w Części I postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podał następujące uzasadnienie oceny oferty Odwołującego w Kryterium III:

Kryterium II – Doświadczenie zespołu osób w tworzeniu aplikacji dla instytucji finansowej (DA) – waga 20% = 20 pkt

Wykonawca na potrzeby spełnienia Kryterium II przedstawił dla wszystkich wykazanych aplikacji zespół składający się z tych samych osób. Wykonawca, dla każdej zrealizowanej usługi, winien przedstawić doświadczenie różnych zespołów osób, z zastrzeżeniem

zawartym w SIWZ, iż „Zamawiający nie dopuszcza wykazania przez Wykonawcę tej samej osoby więcej niż dwukrotnie w różnych zespołach osób w tej samej ofercie.” Oznacza to, że Wykonawca mógł jedynie dwukrotnie wskazać tę samą osobę w przedstawionych zespołach. W związku z powyższym brak jest możliwości oceny i przyznania większej liczby punktów w ramach niniejszego kryterium, niż 10.

Kryterium III – Doświadczenie zespołu osób przy realizacji projektów aplikacji metodykami zwinnymi (DP) – waga 20% = 20 pkt

Na potrzeby spełnienia Kryterium III Wykonawca przedstawił dla wszystkich wykazanych projektów IT zespół składający się z tych samych osób. Dla każdej zrealizowanej usługi Wykonawca winien przedstawić doświadczenie różnych zespołów osób, z zastrzeżeniem zawartym w SIWZ, iż „Zamawiający nie dopuszcza wykazania przez Wykonawcę tej samej osoby więcej niż dwukrotnie w różnych zespołach osób w tej samej ofercie.” Oznacza to, że Wykonawca mógł jedynie dwukrotnie wskazać tę samą osobę w przedstawionych zespołach. W związku z powyższym brak jest możliwości oceny i przyznania większej liczby punktów w ramach niniejszego kryterium, niż 10.

Maksymalna liczba punktów, którą uzyskał Wykonawca konsorcjum firm: IT Solution Factor Sp. z o.o., Nexio Management Sp. z o.o., New Solutions Factor Sp. z o.o. w ww. kryteriach wynosi 74,01 pkt.

Zgodnie z treścią art. 36 aa ustawy Pzp, Zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części. Wskazany przepis odnosi się do podziału zamówienia na części w jednym postępowaniu.

Przepisy ustawy Pzp wskazują, że w przypadku zamówienia podzielonego na części, wyboru danego wykonawcy zamawiający dokonuje odrębnie w zakresie każdej części zamówienia. Zamawiający przeprowadza odrębną procedurę badania i oceny ofert złożonych na realizację danej części zamówienia, również w ramach konkretnej części zamówienia dokonuje czynności eliminacyjnych - wyklucza wykonawców z udziału w postępowaniu czy też odrzuca złożone przez nich oferty. Analogicznie, umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierane są odrębnie na daną część zamówienia z wykonawcą wybranym do realizacji zamówienia.

Fakt wszczęcia postępowania w zakresie zamówienia podzielonego na części jednym ogłoszeniem o zamówieniu w żaden sposób nie determinuje jednolitego przebiegu całej procedury udzielania zamówienia podzielonego na części.

W przypadku podziału zamówienia na części, mimo pewnych elementów wspólnych w postępowaniu (jedno ogłoszenie o zamówieniu, zawierające informację o podziale zamówienia na części, jeden opis przedmiotu zamówienia, z wyodrębnionym opisem danych części zamówienia), należy przyjąć, że w istocie składa się ono z części niezależnych od siebie.

Albowiem, zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest umieścić opis części zamówienia, jeżeli dopuszcza składanie ofert częściowych. Zatem części zamówienia należy traktować tak, jakby stanowiły oddzielne zamówienia. Skoro zamawiający opisuje części zamówienia, może również określić oddzielnie dla każdej z części formularze cenowe, terminy wykonania zamówienia, opis warunków udziału w postępowaniu, wymagania dotyczące wadium. W tych okolicznościach, oferty złożone na różne części zamówienia należy oceniać odrębnie, a wybór najkorzystniejszej oferty nastąpi również w ramach każdej z części zamówienia.

Poszczególne części zamówienia są w istocie odrębnie kontraktowanymi i finansowanymi zamówieniami, które łączy jedynie ten sam przedmiot i tożsame wszczęcie procedury przetargowej oraz pewne jej elementy. Wartość łączną części zamówienia szacuje się wyłącznie w celu ustalenia progów stosowania odpowiednich przepisów. Na każdą część zamówienia składane są odrębne oferty, dokonywany jest oddzielny wybór najkorzystniejszej oferty i zawierane są odrębne umowy.

Ponadto, Zamawiający wyjaśnia, że w przedmiotowym postępowaniu określił kryteria oceny ofert w odniesieniu do przedmiotu zamówienia dla każdej części zamówienia odrębnie. W innym wypadku określenie zapisów w SIWZ stanowiłoby naruszenie art. 91 ust. 2c w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, potencjalnie dyskryminując część wykonawców, którzy mogliby złożyć oferty na dwie lub więcej części w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Stosownie do treści art. 91 ustawy Pzp:

2c. Kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz w odniesieniu do poszczególnych etapów ich cyklu życia, w tym procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia

Z kolei art. 7 ustawy Pzp stanowi, iż:

1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zamówienie nie ma na celu wyłonienia wykonawcy, który zapewni wykonanie zamówienia w ogóle, ale takiego, który zapewni należyte wykonanie zamówienia.

Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza, uczciwa konkurencja powinna być definiowana jako dążenie do uzyskania jak najlepszych ofert, a nie dostosowywanie (minimalizowanie) wymagań do odpowiadających danemu wykonawcy.

Dodatkowo, myśl art. 93 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający jest uprawniony dokonać czynności unieważnienia poszczególnych części zamówienia. Ponadto, odrębnie dla każdej części

ocenia się więc również spełnienie przesłanek unieważnienia postępowania w sprawie zamówienia, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający powinien podać kwotę, jaką planuje przeznaczyć nie tylko na całość zamówienia, ale również na jego poszczególne części.

Podsumowując, Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dopuścił możliwość złożenia przez Wykonawcę oferty na jedną lub więcej części zamówienia. Brzmienie tego przepisu wskazuje, że w takiej sytuacji mamy do czynienia nie z jedną ofertą, ale z wieloma ofertami, które składa się odrębnie na każdą z części. Decyzją Wykonawcy jest, na które części zamówienia złoży oferty.

Jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, to nie może potem, po otwarciu ofert potraktować ofert częściowych jako całości, czyli tak jakby ofert częściowych na poszczególne zadania nie było. Informacje o ofertach częściowych oraz o zasadach ich składania zostały opisane zarówno w SIWZ jak i ogłoszeniu o zamówieniu. Dokumenty te nie mogą być zmieniane po otwarciu ofert.

W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń Izba uznała:

Spór pomiędzy stronami jaki powstał zasadza się na rozumieniu postanowień SIWZ w ramach Kryterium II i Kryterium III oceny ofert w części nr 1 zamówienia.

W ocenie Izby należy mieć na uwadze, że w przypadku każdej z trzech części zamówienia Zamawiający określił odrębne i właściwe jedynie dla jej części kryteria oceny ofert. Skoro Zamawiający określił różne kryteria oceny ofert dla każdej z części zamówienia to nie sposób przenosić wymagania i ograniczenia pomiędzy tymi częściami zamówienia. Każda z regulacji odnosząca się do kryteriów oceny ofert oraz ich znaczenia jest autonomiczna. Więcej, w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający dla każdej części zamówienia, dla każdego kryterium w poszczególnych częściach zamówienia przygotował odrębne załączniki. To potwierdza ponownie rozdzielnie poszczególnych części zamówienia oraz poszczególnych kryteriów oceny oferty w tych częściach.

W odniesieniu do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych to oznacza, że Zamawiający dopuścił możliwość złożenia oferty na każdą część zamówienia. Wykonawca mógł złożyć zatem ofertę na jedną część, mógł złożyć ofertę na wszystkie części lub tylko na dwie. W każdym przypadku dochodzi do złożenia oferty w postępowaniu a zakres tej oferty określa oświadczenie wykonawcy jakie składa Zamawiającemu.

Błędne jest stanowisko Odwołującego, które wskazuje, że za ofertę należy rozumieć ofertę złożoną dla wszystkich trzech części zamówienia, co wynikać miało z postanowienia zawartego w opisie Kryterium II i III dla części nr 1 zamówienia (*Zamawiający nie dopuszcza wykazania przez Wykonawcę tej samej osoby więcej niż dwukrotnie w różnych zespołach osób w tej samej ofercie.*) Izba wskazuje, że to stanowisko Odwołującego jest wewnętrznie sprzeczne bowiem skoro za ofertę uznaje on ofertę złożoną dla wszystkich trzech części zamówienia, to czymże ma być złożone przez niego oświadczenie w zakresie części 1. W ocenie Izby Odwołujący złożył ofertę, złożył ofertę w części nr 1 – bowiem tak dopuszczała dokumentacja postępowania. Odwołujący złożył oświadczenie woli kreujące dany porządek i skutkujące zobowiązaniem zawarcia umowy w przypadku jego wyboru w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby nie można uznać za poprawną argumentacji Odwołującego, że wymaganie odnośnie części nr 1 zawarte w opisie kryteriów oceny oferty (*Zamawiający nie dopuszcza wykazania przez Wykonawcę tej samej osoby więcej niż dwukrotnie w różnych zespołach osób w tej samej ofercie.*) odnosi się do wszystkich trzech części zamówienia. Taki sposób rozumienia jaki stara się narzucić Odwołujący prowadziłby do rażącego nierównego traktowania wykonawców, bowiem składając ofertę na więcej niż 1 część wykonawca musiałby dla każdej z części zamówienia składać ofertę zawierającą takie zespoły osób, aby w odniesieniu do poszczególnych oferowanych części osoby te się nie powtarzały więcej niż dwukrotnie. Prowadziłoby to w efekcie do różnego traktowania wykonawców w danej części zamówienia w ocenie w kryteriach oceny oferty w zależności od tego w ilu częściach wykonawca złożyłby ofertę. Jednocześnie prowadziłoby to do tego, że Zamawiający oceniając ofertę w danej części w ramach kryteriów musiałby odwoływać się do innych części zamówienia i innych kryteriów oceny oferty. Zamawiający dokonał jednoznacznego opisu oceny w poszczególnych kryteriach w części 1 zamówienia. Potwierdzają to również postanowienia SIWZ zawarte w punkcie 12.2 oraz 12.3, gdzie Zamawiający wprost mówi o liczbie punktów przyznanych poszczególnym ofertom dla danej części zamówienia oraz że za ofertę najkorzystniejszą uznana zostanie oferta, która uzyska łącznie najwyższą liczbę punktów dla danej części zamówienia. Potwierdzenie powyższego stanowiska znajduje się również we wprowadzonym przez Zamawiającego ograniczeniu, że nie dopuszcza wykazania przez Wykonawcę tej samej aplikacji kilkakrotnie w ramach kryterium II i III w tej samej ofercie składanej w ramach części nr 1 zamówienia.

W podsumowaniu tej części stanowiska Izby, Izba wskazuje, że wykonawca składając ofertę, składał ofertę za każdą część zamówienia i niezależnie od tego czy złożył tylko na jedną czy na wszystkie trzy składał ofertę do każdej części odrębnie. Nie można bowiem utożsamiać samej czynności technicznej czyli np. złożenia formularzy ze złożeniem oferty, złożenie

oferty w postępowaniu stanowi złożenie oświadczenia Zamawiającemu, tym samym Zamawiający dopuszczając złożenie ofert częściowych wykreował już na wstępie, że w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostaną mu złożone oferty w poszczególnych częściach określonych w dokumentacji.

W odniesieniu do treści zawartych w SIWZ w zakresie opisu kryteriów oceny ofert zarówno w przypadku Kryterium II jak i Kryterium III, Zamawiający jednoznacznie podał, że ocenie poddane zostanie doświadczenie zespołu osób dedykowanego do realizacji zamówienia który wykonał usługę – oznacza to, że dany zespół miał wykonać daną usługę, a nie usługi. Ponownie, w tym miejscu Izba wskazuje, że Odwołujący nie jest spójny w swojej argumentacji ponieważ wielokrotnie odnosił się w trakcie rozprawy do określenia przez Zamawiającego „zespół osób” w liczbie pojedynczej lecz pominął, że doświadczenie „usługa” też została podana przez Zamawiającego w liczbie pojedynczej. Jednocześnie wydaje się, że dostrzega to rozróżnienie bowiem w tabeli na stronie 4 odwołania, zarzucając Zamawiającemu działanie w oparciu o postanowienia SIWZ odwołuje się do liczby mnogiej wykonanych usług przez zespół osób – zupełnie odmiennie niż czyni to w dokumentacji Zamawiający. W ocenie Izby kreacja postanowień SIWZ jakiej dokonuje Odwołujący w uzasadnieniu odwołania oraz na rozprawie ma jedynie uzasadniać podjęcie przez niego określonych decyzji, które znajdują swoje odzwierciedlenie w złożonych załącznikach dla kryterium II i III. W ocenie Izby nie jest ona jednakże spójna wewnętrznie i nie znajduje uzasadnienia w postanowieniach SIWZ.

Izba podkreśla, że w ramach przedmiotowego postępowania w opisie kryteriów oceny ofert Zamawiający jednoznacznie wskazał w przypadku Kryterium II jak i Kryterium III, że nie narzuca wykonawcy ilość osób wchodzących do danego zespołu i pozostawia wykonawcy w tym zakresie swobodę. Jednocześnie Zamawiający określił wymaganie, że nie dopuszcza wykazania przez Wykonawcę tej samej osoby więcej niż dwukrotnie w różnych zespołach osób w tej samej ofercie.

Na podstawie powyższych regulacji widać w sposób jednoznaczny, że ocenie w kryteriach zarówno w przypadku Kryterium II jak i Kryterium III zostawało poddane doświadczenie zespołu w realizacji usługi (jeden zespół – jedna usługa), z tym zastrzeżeniem, że określona osoba mogła zostać wskazana jedynie dwukrotnie w poszczególnych zespołach. Regulacje zamieszczone przez Zamawiającego przy opisie każdego z kryterium w przypadku Kryterium II jak i Kryterium III, są ze sposób spójne i stanowią logiczną całość dającą poddać ocenie przedstawione przez wykonawców w poszczególnych załącznikach informacje.

Mając na uwadze powyższą argumentację Izba uznała, że czynność Zamawiającego oceny oferty Odwołującego w ramach Kryterium II i Kryterium III została dokonana prawidłowo, bowiem w ramach każdego z tych kryteriów Odwołujący wskazał tylko jeden zespół osób i dla tego zespołu podał doświadczenie w realizacji odpowiednio aplikacji (Kryterium II) i projektów (Kryterium III). Fakt przedstawienia przez Odwołującego maksymalnej liczby aplikacji / projektów, które były punktowane nie zmienia kwalifikacji punktowej dokonanej przez Zamawiającego, bowiem dana osoba w zespole w ramach oferty w części nr 1 mogła zostać wskazana tylko dwukrotnie zgodnie z opisem kryterium przedstawionym przez Zamawiającego. Przyznanie Odwołującemu po 10 punktów w ramach każdego z kryteriów tj. w Kryterium II – 10 pkt i Kryterium III – 10 pkt, stanowiło zgodnie z postanowieniami SIWZ maksymalną ilość punktów jaką mógł uzyskać Odwołujący składając ofertę w części nr 1 przy przedstawieniu tylko jednego zespołu.

Tym samym zarzut naruszenie art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy w zw. z 11.2.5) ogłoszenia w zw. z XII 12.1 SIWZ w części nr 1 zamówienia, w zw. z Załącznik nr 3a do SIWZ - Modyfikacja, przez pominięcie przy ocenie oferty odwołującego aż 2 aplikacji i 3 projektów oraz zaniżenie oceny oferty odwołującego o 20 pkt i zaniechanie przyznania jej 40 pkt w kryterium jakości (doświadczenia) Izba uznała za niezasadny.

W zakresie podniesionego w uzasadnieniu dowołania zarzutu i żądania ewentualnego (str. 9 uzasadnienia odwołania) Izba, uwzględniając w tym miejscu całą podniesioną powyżej argumentację wskazuje, że w ramach oceny ofert obowiązuje tylko jeden sposób oceny w kryteriach oceny ofert, który zgodny jest z SIWZ i został wyjaśniony powyżej. Nie ma możliwości stosowania w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dwóch „algorytmów oceny” złożonych ofert. Oferty złożone w postępowaniu muszą być oceniane zgodnie z treścią SIWZ, która w ocenie Izby była jednoznaczna, i nie mogą być innym niewyartykułowanym w treści dokumentacji zasadom oceny. Tym samym zarzut ten również nie może zostać przez Izbę uwzględniony.

W odniesieniu do zarzutu (1 i 2 z uzasadnienia odwołania) naruszenia art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy w zw. z 11.2.5) ogłoszenia w zw. z XII 12.1 SIWZ w części nr 1 zamówienia, w zw. z Załącznik nr 3a do SIWZ - Modyfikacja, przez przyznanie 40 pkt w kryterium doświadczenia Britenet, chociaż powinna otrzymać 10 pkt i przyznanie Transition 10 pkt w kryterium doświadczenie, ale z niewłaściwego tytułu.

Izba w tym miejscu wskazuje, że zarzut ten w petitum odwołania został zawarty w punkcie 1, natomiast w uzasadnieniu zarzutów odwołania uzasadnienie dla tego zarzutu zwarte zostało w punkcie II.

Odnosząc się do treści samego zarzutu (z petitum odwołania) Odwołujący nie wyjaśnił, nie zawarł żadnej argumentacji faktycznej odnoszącej się do przyznania Transition 10 pkt w kryterium doświadczenie, ale z niewłaściwego tytułu. Nie sposób tym samym poddać tego zarzutu ocenie, bowiem nie jest wiadomym co legło u jego podstaw. Brak uzasadnienia faktycznego, wskazania argumentacji uzasadniającej to twierdzenie nie pozwala na uznanie postawionego zarzutu za zasadny.

W odniesieniu do argumentacji z uzasadnienia odwołania (punkt II), w kontekście podniesionego zarzutu odwołania, Izba w tym miejscu w całości przyjmuje argumentację poczynioną powyżej przy rozpoznaniu zarzutu 1 i stwierdza, że SIWZ nie ograniczała w żadnym swym postanowieniu przedstawienia w ramach Kryterium II i w ramach Kryterium III tylko po jednym zespole. Tym samym przedstawienie przez pozostałych wykonawców więcej niż po jednym zespole w ramach Kryterium II i w ramach Kryterium III nie stanowiło naruszenia wymagań określonych przez Zamawiającego w kryteriach oceny oferty w części nr 1. W efekcie nie ma podstaw do nieprzyznania tym wykonawcom więcej niż 10 punktów w każdym z kryteriów z osobna.

Mając na uwadze powyższe Izba wskazał zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy w zw. z 11.2.5) ogłoszenia w zw. z XII 12.1 SIWZ w części nr 1 zamówienia, w zw. z Załącznik nr 3a do SIWZ - Modyfikacja, przez przyznanie 40 pkt w kryterium doświadczenia Britenet, chociaż powinna otrzymać 10 pkt i przyznanie Transition 10 pkt w kryterium doświadczenie, ale z niewłaściwego tytułu uznała w całości (co do zarzutu w petitum odwołania oraz uzasadnienia w punkcie II uzasadnienia odwołania) za niezasadny.

W zakresie zarzutu (3) naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy w zw. z 8.4 siwz - przez zaniechanie wezwania Odwołującego do dokumentów, chociaż to oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza i powinna być najwyżej oceniona.

Izba zarzut ten uznała za niezasadny. Odwołujący nie wykazała, o czym w zakresie zarzutu 1 i 2, że jego oferta powinna zostać oceniona jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

W zakresie zarzutu (4) naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez nieprzestrzeganie treści własnego SIWZ, nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania uczciwej konkurencji, nieproporcjonalną ocenę oferty odwołującego, pozostałych wykonawców, wybranie oferty Britenet niezgodnie z przepisami ustawy, brak wyboru oferty Odwołującego – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba nie stwierdziła żadnego naruszenia wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu przepisów ustawy, w efekcie nie stwierdziła naruszenia podnoszonych przez Odwołującego zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na wszystkie podmioty w tym i Zamawiającego sztywną regulację postępowania, gwarantując w zamian przejrzystość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWIZ, a w konsekwencji prowadzić do czynności, które mogłyby być nieprawidłowe w świetle postanowień ustawy.

Izba wskazuje w odsianiu do rozpoznawanych spraw odwoławczych, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy z 2019r., Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy z 2019 r., uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Izba umorzyła w części postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 653/21 i zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy z 2019 r. wydała w tenorze wyroku postanowienie o umorzeniu w części postępowania odwoławczego w tej sprawie – pkt 1 i 2 wyroku.

Izba uwzględniła w części pierwsze z odwołań sygn. akt KIO 653/21 oraz oddaliła odwołanie sygn. akt KIO 690/21. Wobec powyższego, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy z 2019r., orzeczono jak w pkt 3 wyroku.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019r., w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W sprawie sygn. akt KIO 653 /21 odwołanie okazało się zasadne w części, w proporcji liczy jednego zarzutu uwzględnionego do trzech zarzutów podniesionych w odwołaniu. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł ustalone na podstawie złożonej do akt sprawy faktury; Zamawiający nie wnosił o zasądzenie kosztów. Izba proporcjonalnie do rozpoznania zarzutów zasądziła od Zamawiającego Bank Gospodarstwa Krajowego na rzecz wykonawcy Transition Technologies-Software spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 653/21) kwotę 6 200 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

W sprawie KIO 690/21 odwołanie okazało się niezasadne. W przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi Odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie po 15 000,00 zł; Zamawiający nie wnosił o zasądzenie kosztów.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1, § 11 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), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: