

WYROK
z dnia 9 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2021 r. przez **Asseco Data Systems S.A., ul. Podolska 21, 81-321 Gdynia** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet w Białymstoku, ul. Świerkowa 20 B, 15-328 Białystok**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz ponowienie czynności badania i oceny oferty odwołującego, poprzez weryfikację – w oparciu o prezentację – zadeklarowanych przez odwołującego w ofercie funkcjonalności, które nie zostały zweryfikowane przez zamawiającego w ramach prezentacji w dniu 26 stycznia 2021 r.,
2. kosztami postępowania obciąża Uniwersytet w Białymstoku, ul. Świerkowa 20 B, 15-328 Białystok i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Asseco Data Systems S.A., ul. Podolska 21, 81-321 Gdynia tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Uniwersytetu w Białymstoku, ul. Świerkowa 20 B, 15-328 Białystok na rzecz Asseco Data Systems S.A., ul. Podolska 21, 81-321 Gdynia kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 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.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę i wdrożenie platformy edukacyjnej dla Uniwersytetu w Białymstoku na potrzeby projektu *Nowoczesny Uniwersytet szansą na rozwój przyszłych kadr regionu*” przez Uniwersytet w Białymstoku, ul. Świerkowa 20B, 15-328 Białystok (dalej „zamawiający”) wykonawca Asseco Data Systems S.A., ul. Podolska 21, 81-321 Gdynia (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”], poprzez bezzasadne odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego z uwagi na to, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), mimo że oferowany system odpowiada wymaganiom SIWZ, w szczególności poprzez zarzucenie, że prezentacja nie została przeprowadzona w wyznaczonym czasie trzech (3) godzin, tym samym nie dając odwołującemu możliwości ukończenia prezentacji, naruszając w ten sposób zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. nakazania dokonania ponownej oceny ofert, w tym powtórzenia czynności polegającej na przeprowadzeniu ponownej prezentacji od wymagania o numerze 16 (funkcjonalność nr 8.22) wymienionego w protokole z prezentacji z dnia 26 stycznia 2021 r. i wyznaczenie terminu prezentacji z wyprzedzeniem co najmniej 3 dni,
3. wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że oferty w postępowaniu złożyły: Eduline Sp. z o.o., PCG Academia Sp. z o.o., 4system Polska Sp. z o.o. i Asseco Data Systems S.A.

Uzupełnił, że oferty pozostałych wykonawców także zostały odrzucone przez zamawiającego jako niezgodne z SIWZ.

Wskazał, że zgodnie z SIWZ zamawiający wymagał od wykonawcy, którego oferta została wstępnie najwyżej oceniona zgodnie z art. 24aa ustawy Pzp, udziału w prezentacji, w trakcie której zamawiający weryfikował zgodność oferowanego systemu pod kątem zgodności z wybranymi przez zamawiającego trzydziestoma (30) funkcjonalnościami; prezentacja polegała na pokazaniu przed komisją przetargową działania systemu „na żywo”, z każdej prezentacji zamawiający sporządzał protokół, w którym było zaznaczone, czy

ofertowany przez danego wykonawcę system spełniał dane wymaganie określone jako obligatoryjne w SIWZ.

Oświadczył, że zamawiający wyznaczył mu termin prezentacji na 26 stycznia 2021 r.

Podał, że z uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty odwołującego wynika głównie, że prezentacja systemu oferowanego przez odwołującego miała się zakończyć w ciągu 3 godzin.

Odwołujący powołał się na pkt 10 lit. m) Załącznika nr 1B do SIWZ, zgodnie z którym celem prezentacji było sprawdzenie działania 30 wybranych przez zamawiającego wymaganych funkcjonalności, których istnienie w oferowanym systemie zadeklarował odwołujący.

Przywołał także 10 lit. g) Załącznika nr 1B do SIWZ, zgodnie z którym *„Zamawiający przewiduje, że prezentacja zostanie przeprowadzona w ciągu 3 godzin”*.

Stwierdził, że zwrot *„przewiduje”* wcale nie oznacza, iż prezentacja miała się skończyć w ciągu 3 godzin.

Podniósł, że zgodnie ze słownikiem języka polskiego zwrot *„przewidywać”* nie ma znaczenia nakazu, a jego znaczenie to *„przeczuć, domyślić się co będzie, co może nastąpić”,* lub *„przypuszczać”* wobec czego pomiędzy zwrotem *„przewidywać”,* a np. *„zastrzegać”,* który to ma już znaczenie nakazu określonego zachowania, nie można postawić znaku równości.

Zaznaczył, że z adnotacji (uwag) na końcu protokołu wynika, że system odwołującego spełnił 15 funkcjonalności wymaganych przez SIWZ.

Podniósł, że postanowienia w SIWZ nie wykluczają czynności polegającej na kontynuacji przerwanej prezentacji systemu, tym bardziej, że prezentacja była nagrywana i w posiadaniu zamawiającego jest film, z którego jednoznacznie wynika na jakiej funkcjonalności (ocenie) prezentacja została bezpodstawnie zakończona.

Podkreślił, że każdy z błędów odwołujący usunął w wymaganym czasie 30 minut i w żadnym przypadku tego czasu nie przekroczył.

Uznał, że zamawiający nie był uprawniony do zakończenia prezentacji, jeżeli przekroczyła czas 3 godzin, albowiem nie był do tego uprawniony na podstawie postanowień SIWZ, ani przepisów ustawy Pzp, a tym samym nie miał podstaw formalnych do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Stwierdził, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wszelkie niejasne lub niespójne postanowienia SIWZ w toku oceny ofert muszą być rozpatrywane na korzyść wykonawców.

Oświadczył, że 4 marca 2021 r. zamawiający doręczył mu pismo stanowiące odpowiedź na pismo odwołującego z 25 lutego 2021 r., w którym zamawiający dalej twierdzi,

że z postanowień SIWZ, a konkretnie Załącznika nr 1B do SIWZ, jednoznacznie wynikał nakaz zakończenia prezentacji w ciągu 3 godzin.

Stanął na stanowisku, że z pkt 10 lit. h) Załącznika nr 1B do SIWZ o treści: *„W przypadku wystąpienia błędu oprogramowania podczas prezentacji dopuszcza się wykonanie na miejscu odpowiednich modyfikacji celem usunięcia błędu. Czas przerw przeznaczonych na usunięcie błędów nie wydłuża czasu przewidzianego na prezentację. (...) Czas usunięcia błędu nie może przekroczyć 0,5h.”* nie wynika wniosek, że cała prezentacja musiała być przeprowadzona w 3 godziny, ponieważ równie dobrze z ww. punktu SIWZ można wyprowadzić wniosek o tym, że celem tego postanowienia było zastrzeżenie, że czas przeznaczony na usuwanie błędów jest ograniczony w czasie.

Zwrócił uwagę, że z treści Załącznika nr 1B do SIWZ wcale nie wynika wniosek, że prezentacja musiała być zakończona w czasie 3 godzin, bowiem zamawiający zastrzegł w Załączniku nr 1B do SIWZ inne formalne możliwości wcześniejszego zakończenia prezentacji, a mianowicie:

1. zgodnie z pkt 10 lit. j) Załącznika nr 1B do SIWZ jeżeli podczas prezentacji wystąpią błędy w liczbie większej niż 5, nawet gdy zostaną one naprawione, to będzie to oznaczało, że treść oferty jest niezgodna z SIWZ, a tym samym będzie to stanowić podstawę do odrzucenia oferty,
2. zgodnie z pkt 10 lit. k) Załącznika nr 1B do SIWZ, jeżeli podczas prezentacji wystąpi błąd, który nie będzie możliwy do naprawienia, prezentacja zostanie zakończona i uznana za niezgodną z SIWZ, co będzie podstawą do odrzucenia oferty przez zamawiającego.

Zwrócił uwagę, że dużo czasu podczas prezentacji w dniu 26 stycznia 2021 r. zostało poświęcone na dodatkową weryfikację przez zamawiającego – niezgodną z SIWZ pod względem wymagań funkcjonalnych – wymagań dotyczących funkcjonalności o numerze 3.1. (system musi być zgodny z wymaganiami WCAG 2.1 na poziomie minimum AA) – w toku prezentacji zamawiający wymagał od przedstawiciela odwołującego pokazania szeregu nieznanymi SIWZ wymagań dotyczących działania systemu w zakresie tworzenia odstępów między akapitami zgodnie z kryterium sukcesu WCAG 2.1. – 1.4.12 – odstępy w tekście.

Stwierdził, że wymóg ten nie znalazł podstawy ani w SIWZ, ani w powszechnie obowiązujących przepisach prawa, tym samym wymóg ten był nadmiarowy, przy czym na ostatniej stronie protokołu z prezentacji zamawiający zapisał, że ten „błąd” został naprawiony, ale nie zaznaczył „Tak” w kolumnie „Czy system spełnia wymaganie? Tak/Nie?” przy funkcjonalności oznaczonej jako nr 4 (wymaganie z nr 3.1 z Załącznika nr 1A do SIWZ).

W ocenie odwołującego pytania, a zarazem wymagania, kierowane do przedstawiciela odwołującego, w kontekście wymagania znaczonego jako 3.1. Załącznika

nr 1A do SIWZ były nadmiarowe i nie mające podstaw w SIWZ.

Stwierdził, że w toku procedury postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający nie tylko musi działać zgodnie z przepisami ustawy Pzp, ale również z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa – art. 5 ust. 3 ustawy z 4 kwietnia 2019 r. o dostępności cyfrowej stron internetowych i aplikacji mobilnych podmiotów publicznych (Dz.U. 2019 poz. 848) odsyła do wymagań określonych w pkt 9, 10 i 11 normy EN 301 549 v2.1.1., które nie określają w żadnym punkcie wymagań dotyczących odstępów w tekście między wierszami.

Zwrócił uwagę, że o ile czas na usuwanie błędów był ograniczony zgodnie z pkt. 10 lit. h) Załącznika nr 1B do SIWZ do max. 30 min., w trakcie którego odwołujący ma w 100% kontrolę nad naprawą, o tyle podczas prezentacji należy wziąć pod uwagę m.in. interakcję zamawiającego z odwołującym – wszelkie dodatkowe pytania, wyjaśnienia wydłużają czas samej prezentacji, a „przewidywany czas” prezentacji pozwalał na przedłużenie prezentacji o czas konieczny do zaprezentowania wszystkich funkcjonalności, zgodnie z przyjętym celem prezentacji.

Uznał, że gdyby zamawiający określił czas prezentacji jako max. 3h, a nie przewidywany czas na prezentację 3h, to odwołujący z całą pewnością na etapie postępowania tuż przed złożeniem oferty, podniósłby tę kwestię i wniósł o wydłużenie tego terminu z uwagi na konieczność interakcji z zamawiającym.

Podsumował, że po weryfikacji nagrania z prezentacji odwołującego, czas merytorycznej prezentacji wynikający z dodatkowych zapytań od zamawiającego, a nie wynikających z SIWZ i kierowanych do przedstawiciela odwołującego, wydłużył się o ok. 34 minuty, co wpłynęło na ogólny czas prowadzonej prezentacji; przełożyło się to na dodatkowe ok. 30 minut poświęconych na wyjaśnienia; pojawiające się dodatkowe zapytania wykraczające poza zakres wymagań określonych w SIWZ (Załącznik 1A do SIWZ), badanych w trakcie prezentowanej funkcjonalności, powodowało rozkojarzenie przedstawiciela odwołującego i powrót do wątku sprzed zadania pytania zajmował zwykle kilka dodatkowych minut, co wynika wprost z nagrania z prezentacji.

Dodatkowo wskazał, w odniesieniu do stwierdzenia zamawiającego z pisma z 4 marca 2021 r., że każdy z pozostałych wykonawców prezentujących swoje systemy miał taki sam czas na prezentacją, że nie jest to prawdą, bowiem prezentacje pozostałych wykonawców ogólnie zakończyły się w czasie krótszym niż 3 godziny z wielu innych przyczyn, w szczególności z uwagi na niespełnienie wymagań funkcjonalnych wymaganych w SIWZ, na dowód czego odwołujący przedłożył protokoły z prezentacji ww. wykonawców.

Zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez bezzasadne odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego z uwagi na to, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ pomimo, że oferowany system odpowiada wymaganiom SIWZ, w szczególności poprzez zarzucenie, że prezentacja nie została przeprowadzona w wyznaczonym czasie trzech (3) godzin, tym samym nie dając odwołującemu możliwości ukończenia prezentacji, naruszając w ten sposób zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji nie potwierdził się.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyty CD) przy piśmie z dnia 18 marca 2021 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 2 kwietnia 2021 r., *Pisma procesowego odwołującego* – pismo z dnia 6 kwietnia 2021 r., a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz 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 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosował przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „nPzp”, ponieważ zostało ono wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 8 marca 2021 r., czyli po dniu 31 grudnia 2020 r.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 nPzp, czego zamawiający nie kwestionował.

Skład orzekający Izby ustalił także, że do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej nadal „ustawa Pzp”].

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest, zgodnie z pkt. 3 SIWZ, dostawa i wdrożenie platformy edukacyjnej dla Uniwersytetu w Białymstoku, obejmująca:

I etap – dostawę licencji na oprogramowanie, instalację i konfigurację platformy,

II etap – wdrożenie platformy. Przeprowadzenie szkoleń dla użytkowników. Przeniesienie danych z aktualnego oprogramowania posiadanego przez zamawiającego (platforma edukacyjna firmy Blackboard) wraz z integracją z systemami zamawiającego,

III etap – świadczenie usług obsługi serwisowej i naprawy usterek platformy edukacyjnej oraz świadczenie usług utrzymania systemu i dostarczenia aktualizacji systemu (maintenance).

Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia został określony w Załączniku nr 1 oraz 1A do SIWZ.

W załączniku nr 1B do SIWZ – *Proces weryfikacji funkcjonalności platformy edukacyjnej* zamawiający podał następujące istotne dla rozpoznania zarzutu postanowienia dotyczące sposobu sprawdzenia oferowanego przedmiotu zamówienia:

- 1) *Weryfikacja funkcjonalności platformy edukacyjnej zostanie przeprowadzona w ofercie Wykonawcy, którego oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza, zgodnie z procedurą odwróconą, przewidzianą w art. 24aa ustawy Pzp.*
- 2) *Wykonawca w Tabeli w kolumnie: „Czy system spełnia wymaganie? Tak / Nie” wskazuje, które funkcjonalności oferowanego systemu spełniają wymagania Zamawiającego na dzień składania oferty. Funkcjonalności objęte przygotowaniem scenariusza (tj. oznaczone w Tabeli symbolem „S”) muszą spełniać wymagania Zamawiającego na dzień składania ofert.*
- 3) *Wykonawca dostarczy na wezwanie Zamawiającego próbkę oferowanego systemu składającą się z wszystkich funkcjonalności zadeklarowanych jako gotowe na dzień składania oferty w niniejszym załączniku, oznaczonych symbolem „S” w kolumnie „Wymaganie objęte przygotowaniem scenariusza”.*
- 4) *Wykonawca dostarczy na wezwanie Zamawiającego scenariusze instruktażowe (w wersji elektronicznej w formacie PDF) do wszystkich wymagań Zamawiającego oznaczonych jako „S” w kolumnie „Wymaganie objęte przygotowaniem scenariusza”. Scenariusze powinny zostać przygotowane w taki sposób, aby Zamawiający mógł nie posiadając znajomości oferowanego systemu, przeprowadzić samodzielnie weryfikację próbki.*
- 5) *Zamawiający dokona weryfikacji wszystkich funkcjonalności oznaczonych jako „S” w kolumnie „Wymaganie objęte przygotowaniem scenariusza” na podstawie próbki*

i scenariuszy instruktażowych.

6) (...)

7) (...)

8) *Dla pozostałych funkcjonalności zadeklarowanych jako gotowe na dzień składania ofert Zamawiający przewiduje weryfikację w oparciu o prezentację przeprowadzoną przez Wykonawcę w siedzibie Zamawiającego.*

9) (...)

10) *Wykonawca zostanie zawiadomiony o terminie prezentacji z 3 dniowym wyprzedzeniem:*

a Oferta Wykonawcy, który nie stawi się na prezentację lub prezentowany system nie będzie spełniał zadeklarowanych wymagań, będzie podlegała odrzuceniu;

b (...)

c (...)

d W czasie prezentacji jednocześnie w sali mogą przebywać maksymalnie trzy osoby reprezentujące Wykonawcę;

e Ze strony Zamawiającego podczas prezentacji będą członkowie komisji powołanej przez Zamawiającego;

f Przedstawiciele Wykonawcy muszą być gotowi do udzielania odpowiedzi z zakresu opisanego w Opisie Przedmiotu Zamówienia;

g Zamawiający przewiduje, że prezentacja zostanie przeprowadzona w ciągu 3 godzin.

h W przypadku wystąpienia błędu oprogramowania podczas prezentacji dopuszcza się wykonanie na miejscu odpowiednich modyfikacji celem usunięcia błędu. Czas przerw przeznaczonych na usunięcie błędów nie wydłuża czasu przeznaczonego na prezentację (przez błąd Zamawiający rozumie nieprawidłowe funkcjonowanie oprogramowania, przejawiające się w niemożności wykonania określonej operacji lub istotnym utrudnieniem w jej wykonaniu, spowodowanym niestabilnością oferowanego rozwiązania); Czas usunięcia błędu nie może przekroczyć 0,5 h.

i Ewentualne awarie sprzętowe nie będą traktowane jako błąd lub awaria prezentowanego systemu. Celem zminimalizowania ryzyka awarii sprzętowej, Wykonawca powinien posiadać środowisko zapasowe dla przeprowadzenia prezentacji;

j Podczas prezentacji dopuszcza się wystąpienie błędów w liczbie nie większej niż 5 (pięć). Jeżeli podczas prezentacji wystąpi większa niż 5 (pięć) liczba błędów, nawet w przypadku gdy zostaną one naprawione, będzie to oznaczało, że treść oferty jest niezgodna ze specyfikacją, co stanowić będzie podstawę do odrzucenia oferty;

k Jeżeli podczas prezentacji wystąpi błąd, który nie będzie możliwy do naprawienia, prezentacja zostanie zakończona i uznana za niezgodną z wymaganiami specyfikacji,

- co będzie podstawą do odrzucenia oferty przez Zamawiającego;*
- l Zamawiający zastrzega sobie prawo sprawdzenia podczas prezentacji, czy wymagane wg Załącznika 1A funkcjonalności są zgodne ze stanem faktycznym, tzn. czy znajdują się w oferowanym systemie;*
 - m Zamawiający podczas prezentacji sprawdzi działanie 30 wybranych funkcjonalności wymaganych, których istnienie w oferowanym systemie zadeklarował Wykonawca;*
 - n Zamawiający ma prawo zażądać zmiany danych (parametrów) wprowadzonych do systemu na inne, podane przez Zamawiającego, w celu wykluczenia symulacji danej funkcjonalności;*
 - o Jeżeli podczas prezentacji okaże się, że oferowany system nie posiada funkcjonalności wymaganych, których istnienie w oferowanym systemie zadeklarował Wykonawca, prezentacja zostanie zakończona, a oferta zostanie odrzucona.*
- 11) W przypadku stwierdzenia niezgodności oferowanych gotowych funkcjonalności z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w Załączniku nr IA do SIWZ, oferta Wykonawcy zostanie odrzucona.*
- 12) W przypadku niezgodności oferowanych gotowych funkcjonalności z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w Załączniku nr IA oferta Wykonawcy zostanie odrzucona.*
- 13) W sytuacji, gdy udostępniona próbka systemu nie będzie obejmowała wszystkich zadeklarowanych gotowych wymagań, oferta Wykonawcy będzie podlegała odrzuceniu.*
- 14) Z czynności przeprowadzenia przez Zamawiającego weryfikacji funkcjonalności systemu będzie sporządzony protokół.*

Pismem z dnia 2 lutego 2021 r. (doręczonym odwołującemu 24 lutego 2021 r.) zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Uzasadnił, że „W czasie przewidywanym na prezentację Wykonawca zdołał zaprezentować jedynie 14 funkcjonalności systemu. Spowodowane to było tym, że w trakcie jej trwania wystąpiły dwa błędy przy prezentowaniu funkcjonalności systemu, a ich poprawne zaprezentowanie zajęło w każdym przypadku ok. 30 minut. Zamawiający dopuścił wykonanie na miejscu odpowiednich modyfikacji celem usunięcia błędów, z zastrzeżeniem, że czas naprawienia każdego błędu nie mógł przekroczyć 0,5 h. Czas przerw przeznaczonych na usunięcie błędów nie mógł wydłużyć czasu przeznaczonego na prezentację.(...) po 3 godzinach prezentowania systemu Zamawiający zmuszony był zakończyć prezentację po sprawdzeniu 14 funkcjonalności z 30 wybranych. (...) Wykonawca nie potwierdził, że oferowany system posiada wymagane funkcjonalności, których istnienie w oferowanym systemie zadeklarował Wykonawca, tj. funkcjonalności z pkt 4, 16-30 Protokołu. Wykonawca

nie potwierdził więc, że treść jego oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta Wykonawcy podlega więc odrzuceniu jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”.

Skład orzekający Izby, dla porządku, zauważa, że w zawiadomieniu z 2 lutego 2021 r. o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wprost nie wskazał, z którym postanowieniem SIWZ treść oferty odwołującego pozostaje niezgodne, tj. nie wskazał, że jest to pkt 10 lit. g załącznika nr 1B do SIWZ.

Podkreślenia także wymaga, że tak w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych uznaje się, że podstawą odrzucenia oferty wykonawcy może być jedynie niezgodność pomiędzy SIWZ a ofertą natury merytorycznej (nie formalnej, technicznej).

Odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający nie zastrzegł w SIWZ maksymalnego czasu trwania prezentacji w wymiarze 3 godzin.

Skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że stanowisko odwołującego jest uzasadnione.

Po pierwsze, czas trwania prezentacji to wymóg o czysto formalnym charakterze, ponieważ zaprezentowanie poddanych weryfikacji funkcjonalności w określonym czasie (krótszym albo dłuższym) pozostaje bez związku z właściwościami oferowanej przez wykonawców platformy edukacyjnej, tj. z tym, czy zadeklarowane funkcjonalności platforma posiada.

Oznacza to, że patrząc jedynie przez pryzmat czasu trwania prezentacji nie można stwierdzić, że treść oferty wykonawcy – oferowana platforma edukacyjna, w warstwie merytorycznej – co do posiadanych funkcjonalności, pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ.

Po drugie, w załączniku nr 1B do SIWZ zamawiający – odmiennie niż w odniesieniu do innych wymagań [niestawiennictwo na prezentację, brak spełnienia zadeklarowanych wymagań (pkt 10 lit. a), większa liczba błędów niż 5 (pkt 10 lit. j), wystąpienie błędu, który nie będzie możliwy do poprawienia (pkt 10 lit. k)] – nie zastrzegł rygoru odrzucenia oferty wykonawcy.

W pkt. 10 lit. a załącznika 1B zamawiający wskazał jedynie, że oferta będzie

podlegała odrzuceniu, gdy prezentowany system nie będzie spełniał zadeklarowanych wymagań, nie wskazał jednak, że zamawiający uzna, że prezentowany system nie spełnia zadeklarowanych wymagań, jeżeli prezentacja przekroczy 3 godziny. Także w pkt. 10 lit. o zamawiający wskazał *„Jeżeli podczas prezentacji okaże się, że oferowany system nie posiada funkcjonalności wymaganych, których istnienie w oferowanym systemie zadeklarował Wykonawca, prezentacja zostanie zakończona, a oferta zostanie odrzucona.”*

Po trzecie, brzmienie pkt. 10 lit. g) zgodnie z którym *„Zamawiający przewiduje, że prezentacja zostanie przeprowadzona w ciągu 3 godzin”* nie przesądza, że prezentacja nie może trwać dłużej niż 3 godziny.

Sięgając do sposobu rozumienia wyrazu „przewidzieć” w języku polskim, stwierdzić należy, że oznacza on: *„przeczuć, odgadnąć, domyślić się co będzie, co może nastąpić, wziąć coś w rachubę, licząc się ze spodziewanym rozwojem wypadków”, „określić, oznaczyć coś z góry, zaplanować, założyć”*.

Uwzględniając wskazany sposób rozumienia wyrazu „przewidzieć”, stwierdzić należy, że może on oznaczać zarówno, że coś (np. czas trwania prezentacji) zostaje oznaczone z góry, jak i to, że jest to jedynie pewne założenie, przeczucie.

Nie można zatem jednoznacznie stwierdzić, czy zamawiający oznaczył czas prezentacji na maksymalnie 3 godziny, czy jedynie założył, przyjął, że w czasie tym prezentacja zostanie przeprowadzona – skończy się w tym czasie.

Tożsama wątpliwość rodzi się na tle brzmienia pkt. 8 załącznika nr 1B do SIWZ, w którym także zamawiający posłużył się niejednoznacznym wyrazem „przewiduje”. Fakt, że odwołujący, w świetle treści tego punktu, nie kwestionował prawa zamawiającego do weryfikacji zadeklarowanych funkcjonalności (innych niż oznaczonych jako „S”) w oparciu o prezentację nie zmienia brzmienia niejednoznacznych postanowień załącznika nr 1B do SIWZ (pkt 8 i 10 lit. g).

Odnosząc się do treści zdania z pkt. 10 lit. h załącznika nr 1B do SIWZ, zgodnie z którym *„Czas przerw przeznaczonych na usunięcie błędów nie wydłuża czasu przeznaczonego na prezentację (...)”*, skład orzekający Izby wskazuje, że literalnie mowa w nim o *„czasie przeznaczonym na prezentację”*, nie zaś o czasie, w którym zostanie przeprowadzona prezentacja jak w pkt. 10 lit. g załącznika nr 1B do SIWZ). I choć zestawienie treści postanowień z lit. g i h załącznika nr 1B do SIWZ skłania do wniosku, że zamawiający rozumiał oba sformułowania tak samo – to istniejąca niejasność (wynikająca z innego brzmienia, a nadto rozumienia wyrazu „przewidzieć”) nie pozwala sformułowań tych utożsamić, tym bardziej biorąc pod uwagę konsekwencję tegoż utożsamienia w postaci odrzucenia oferty wykonawcy, którego czas prezentacji przekroczył 3 godziny.

Zasadnym jest w tym miejscu przypomnienie, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, niejasności opracowanej przez zamawiającego

SIWZ nie mogą obciążać wykonawcy (negatywnie wpływać na jego sytuację w postępowaniu).

Uzupełniając podnieść należy, że ograniczenie czasu trwania prezentacji należy ocenić jako nieuzasadnione ze względu na brak informacji co do liczebności komisji powołanej przez zamawiającego, której członkowie mieli uczestniczyć w prezentacji (pkt 10 lit. e), z których każdy mógł wszak zadawać pytania i to w szerokim zakresie, tj. co do całego Opisu Przedmiotu Zamówienia (pkt 10 lit. f), a nie jedynie co do zadeklarowanych funkcjonalności innych niż oznaczonych jako „S”, wpływając tym samym na czas trwania prezentacji.

Nadto ze względu na zastrzeżenie dopuszczalnej liczby błędów (5) i czasu ich poprawy (0,5 h), co oznacza, że na prezentację pozostałych 25 funkcjonalności (z liczby 30 wskazanej w pkt. 10 lit. m), wykonawca miałby jedynie pół godziny (gdyby wykonawca potrzebował na poprawę każdego z 5 błędów dopuszczonego przez zamawiającego czasu 30 minut).

Podsumowując, stwierdzić należy, że zamawiający nie zastrzegł w SIWZ, że weryfikacja zadeklarowanych przez wykonawców funkcjonalności nie może przekroczyć 3 godzin i to pod rygorem uznania niezgodności treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ; ramy czasowe prezentacji wyznacza więc liczba weryfikowanych funkcjonalności z wyjątkiem przypadku, który wprost wyartykułował zamawiający, tj. prezentacja zostanie zakończona pod rygorem odrzucenia oferty wykonawcy, gdy wystąpi błąd, który nie będzie możliwy do naprawienia (pkt 10 lit. k załącznika nr 1B do SIWZ).

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że w pkt. 10 lit. j załącznika nr 1B do SIWZ brak jest wskazania, że wystąpienie szóstego błędu oznacza zakończenia prezentacji, a „jedynie”, że oznacza to, że treść oferty jest niezgodna z SIWZ – innymi słowy, abstrahując od celowości kontynuacji prezentacji, w przypadku wystąpienia szóstego błędu zamawiający nie wskazał, że prezentacja zostanie zakończona).

Na podstawie poczynionych ustaleń i rozważań skład orzekający Izby uznał, że zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 ustawy nPzp, a także w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: