

WYROK

z dnia 1 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2023 r. przez wykonawcę **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie, Al. Ujazdowska 11, 00-567 Warszawa**

orzeka:

1. Uwzględnia zarzut dotyczący certyfikatów z rodziny (metodyki) Agile – wprowadzonych do warunku udziału oraz do kryteriów oceny ofert, tj. zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a, 1b pkt 3, art. 22 ust. 1 i art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 2 pkt 5, art. 91 ust. 2c oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) – poprzez wprowadzenie do opisu warunku wymaganego doświadczenia Kierownika Projektu, jak i do jednego z kryteriów oceny ofert punktowanego wymogu legitymowania się przez osobę dedykowaną do roli Kierownika Projektu certyfikatami z rodziny (metodyki) Agile – pomimo że metodyka objęta tym certyfikatem jest nieodpowiednia dla przedmiotu zamówienia, nie znajduje do niego zastosowania, a tym samym określenie warunku udziału w postępowaniu, jak i kryterium oceny ofert w tym zakresie prowadzi do ukształtowania warunków w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, niezapewniający równego traktowania wykonawców, nieproporcjonalny oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, jak i do określenia kryterium oceny ofert w sposób nieodnoszący się do przedmiotu zamówienia oraz który nie będzie realizowany w ramach tego zamówienia (zarzut 1 odwołania).
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** w części 1/2 i zamawiającego **Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie, Al. Ujazdowska 11, 00-567 Warszawa** w części 1/2 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.

3.2. zasądza od zamawiającego **Ministerstwa Sprawiedliwości w Warszawie, Al. Ujazdowska 11, 00-567 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 1/2 wpisu od odwołania i 1/2 wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „dawną ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na świadczenie „Usługi wsparcia i modyfikacji Systemu Losowego Przydziału Spraw (SLPS)”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 grudnia 2020 r., pod numerem 2020/S 253-638745.

W dniu 6 lutego 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec czynności modyfikacji przez Zamawiającego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, oraz ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a, 1b pkt 3, art. 22d ust. 1 i art. 7 ust. 1 dawnej ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 2 pkt 5, art. 91 ust. 2c oraz art. 7 ust. 1 dawnej ustawy Pzp – poprzez wprowadzenie do opisu warunku wymaganego doświadczenia Kierownika Projektu, jak i do jednego z kryteriów oceny ofert punkowanego wymogu legitymowania się przez osobę dedykowaną do roli Kierownika Projektu certyfikatami z rodziny (metodyki) Agile – pomimo że metodyka objęta tym certyfikatem jest nieodpowiednia dla przedmiotu zamówienia, nie znajduje do niego zastosowania, a tym samym określenie warunku udziału w postępowaniu, jak i kryterium oceny ofert w tym zakresie prowadzi do ukształtowania warunków w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, niezapewniający równego traktowania wykonawców, nieproporcjonalny oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, jak i do określenia kryterium oceny ofert w sposób nieodnoszący się do przedmiotu zamówienia oraz który nie będzie realizowany w ramach tego zamówienia (zarzut dotyczący certyfikatów z rodziny (metodyki) Agile – wprowadzonych do warunku udziału oraz do kryteriów oceny ofert),
2. art. 91 ust. 2 pkt 5, art. 91 ust. 2c oraz art. 7 ust. 1 dawnej ustawy Pzp poprzez określenie kryterium oceny ofert w zakresie kryterium dla usług rozwojowych w pkt. 18.1.3 SIWZ w sposób nieodnoszący się do przedmiotu zamówienia oraz w sposób dotyczący kwalifikacji zawodowych osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (dodatkowe punkty za dodatkowe certyfikaty Kierownika Projektu) - mimo iż sposób ten nie ma znaczącego wpływu na jakość wykonania zamówienia, a stanowi ograniczenie konkurencji oraz narusza zasadę równego traktowania wykonawców

(Zarzut dotyczący wymiennosci/równoważności „rodzin certyfikatów” oraz modyfikacji kryteriów oceny ofert – nowe kryterium oceny ofert).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ:

1. W przypadku uwzględnienia zarzutu 1) powyżej – poprzez nakazanie usunięcia ze Specyfikacji odnoszących się do Kierownika Projektu certyfikatów z rodziny/metodyki Agile wymaganych i punktowanych odpowiednio w warunku określonym w pkt. 7.7.2. oraz w kryterium oceny ofert w pkt 18.1.3. SIWZ – jako nieproporcjonalnych i nie mających zastosowania do przedmiotu zamówienia.
2. W przypadku uwzględnienia zarzutu 2) powyżej – poprzez nakazanie:
 - a) usunięcia z pkt 7.7.2. SIWZ dodanego dopisku o treści: „Certyfikat z rodziny PRINCE2 nie jest równoważny zarówno z certyfikatem z rodziny AgilePM jak i z certyfikatem z rodziny PMP Project Management, bez względu na poziom ww. certyfikatów. Certyfikat z rodziny AgilePM nie jest równoważny zarówno z certyfikatem z rodziny PRINCE2 jak i z certyfikatem z rodziny PMP Project Management, bez względu na poziom ww. certyfikatów. Certyfikat z rodziny PMP Project Management nie jest równoważny zarówno z certyfikatem z rodziny PRINCE2 jak i z certyfikatem z rodziny AgilePM, bez względu na poziom ww. certyfikatów.”;
 - b) usunięcia w całości kryterium oceny ofert, o którym mowa w pkt. 18.1.3 SIWZ.
3. Zwrot kosztów postępowania, w tym zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zastępującego Odwołującego w postępowaniu odwoławczym.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Odnośnie zarzutu pierwszego Odwołujący podniósł m.in., że Zamawiający wprowadził do SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu, jak i kryteriów oceny ofert odnoszących się do funkcji Kierownika Projektu certyfikaty z rodziny/metodyki Agile – w ten sposób, iż certyfikaty te są alternatywą dla innych wymaganych/punktowanych certyfikatów, tj. do certyfikatów z rodziny/metodyk Prince2 i PMP. Z treści warunku 7.7.2, jak i z opisu kryterium z pkt 18.1.13 wynika, że certyfikaty Agile są certyfikatami będącymi równorzędną alternatywą do certyfikatów z dwóch pozostałych metodyk, tj. Prince2 i PMP. Wynika to wprost z równorzędnego traktowania wymienionych certyfikatów z różnych rodzin za pomocą alternatywy nierozłącznej - „lub”. Skutkuje to tym, że wykonawca dysponujący osobą do funkcji Kierownika Projektu, która na potwierdzenie warunku udziału posiada – spośród alternatywnych certyfikatów wskazanych w warunku - jedynie certyfikat z rodziny Agile (najwyższy wymagany poziom: certyfikat AgilePM na poziomie co najmniej Practitioner), lecz nie posiada żadnego z pozostałych dwóch certyfikatów wymaganych w warunku, również wymaganych na najwyższym poziomie (Certyfikat PRINCE2 na poziomie co najmniej Practitioner lub Certyfikat PMP Project Management Professional) - będzie w

stanie uzyskać zamówienie, gdyż spełni warunek. Ponadto osoba dedykowana dla funkcji Kierownika Projektu, jeżeli będzie legitymowała się na potwierdzenie warunku innym certyfikatem, niż z rodziny Agile – mając dodatkowe, inne certyfikaty z tej rodziny - będzie w stanie uzyskać dodatkową liczbę punktów, co może doprowadzić do uzyskania przez danego wykonawcę zamówienia. Tymczasem ujęcie takie jest całkowicie nieprawidłowe – z uwagi na właściwości metodyki Agile i będących potwierdzeniem jej znajomości certyfikatów, które czynią ją zbędną i nieprzydatną dla realizacji przedmiotu zamówienia. AgilePM (Agile Project Management) jest metodyką zwinnego zarządzania projektami, która szczególnie znajduje zastosowanie w projektach, których zakres może ulegać częstym zmianom. Skoro w niniejszym postępowaniu Zamawiający opisał dokładnie oczekiwany przez siebie rezultat, harmonogram, wynagrodzenie, trudno sobie wyobrazić prowadzenie przedmiotowego projektu w metodyce Agile. Zamawiający w dokumentacji postępowania nie zezwala na stosowanie zasad z metodyk zwinnych (Agile) – wręcz przeciwnie, sformułowane przez niego zasady realizacji projektu wskazują na konieczność stosowania metodyki tradycyjnej. Określone w SIWZ szczegółowe zasady realizacji modyfikacji Systemu oraz przygotowania dokumentów analitycznych i innych dokumentów oraz projektów zmian w Systemie – stanowią Załącznik nr 6 do IPU. Zasady te wykluczają możliwość realizacji i rozliczania wykonanych prac w oparciu o metodyki zwinne, w szczególności AgilePM, gdyż są one w oczywisty sposób sprzeczne z elementarnymi zasadami metodyki AgilePM. Określone przez Zamawiającego szczegółowe zasady odpowiadają podejściu zarządczemu zgodnemu z metodykami klasycznymi, jakimi są metodyki PRINCE2 oraz PMP. W załączniku nr 6 do IPU Zamawiający szczegółowo określił sposób realizacji prac rozwojowych. Zgodnie z fundamentalnymi cechami metodyki AgilePM, jak również innych metodyk zwinnych, dokonywanie ciągłych zmian w zakresie projektu na wielu etapach zarządzania projektem jest rzeczą powszechną i naturalną. Na tym właśnie polega owa „zwinność” w prowadzeniu projektu – na elastycznym podejściu do oczekiwanego rezultatu. Dotrzymanie uzgodnionych terminów i dostarczenie z góry ustalonego zakresu prac nie jest najważniejsze – najważniejsze jest dostarczenie działającego oprogramowania, które spełnia aktualne potrzeby zamawiającego. Aby zapewnić osiągnięcie tego celu, potrzebna jest bliska, codzienna współpraca pomiędzy biznesem a programistami, regularne sprawdzanie, czy powstające oprogramowanie spełnia wymagania biznesu, i wdrażanie ewentualnych zmian w wymaganiach, koncentracja na dostarczeniu działającego oprogramowania. Tego typu podejście pozwala uniknąć sytuacji, w której określone elementy systemu niezbędne do jego sprawnego działania nie zostały uwzględnione w dokumentacji, bądź sposób ich wykonania nie spełnia potrzeb biznesu. Pozwala to również na szybką adaptację do zachodzących zmian, które mogą powodować, że wymagania trzeba zmieniać w trakcie trwania prac nad

systemem itp. Po zestawieniu fundamentalnych cech metodyki AgilePM z procedurą realizacji projektu, opisaną w SIWZ przez Zamawiającego, oczywistym jest, że:

- w przedmiotowym postępowaniu nie jest możliwe dokonywanie zmian w ustalonym zakresie prac przed rozpoczęciem realizacji Zlecenia,
- w przedmiotowym postępowaniu nie jest możliwe dokonywanie zmian w terminie realizacji Zlecenia,
- w przedmiotowym postępowaniu nie jest możliwe zwiększenie/zmniejszenie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmian zakresu,
- w przedmiotowym postępowaniu nie są możliwe codzienne spotkania z Zamawiającym, mające na celu weryfikację działającego oprogramowania oraz na tej podstawie określanie zmian w zakresie czy priorytetach realizacji poszczególnych zadań w ramach Zlecenia

Zamawiający określił zatem szczegółowe i sztywne ramy realizacji prac, które są w oczywisty sposób sprzeczne z fundamentalnymi założeniami metodyki AgilePM. Trudno zatem zrozumieć, jaki cel ma takie wymaganie i przyznawanie dodatkowych punktów za wiedzę w zakresie metodyki, która nie powinna być wykorzystywana w niniejszym projekcie. W tym konkretnym projekcie Zamawiający opisał zasady wskazujące na konieczność wykorzystania konkretnych zasad metodyki tradycyjnej (nie – Agile). W rezultacie certyfikat Certyfikat AgilePM na poziomie co najmniej Practitioner wymagany – jako jedna z alternatyw - dla Kierownika projektu w ramach warunku udziału w postępowaniu z pkt. 7.7.2. stanowi o warunku nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiającym ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia z uwzględnieniem zasady równego traktowania wykonawców. Zamówienie uzyska bowiem wykonawca, który dysponuje Kierownikiem projektu o certyfikacie całkowicie nieprzydanym do realizacji zamówienia. Naruszona też jest zasada kreowania warunków jako „minimalnych poziomów zdolności” – bowiem brak związku metodyki Agile z przedmiotem zamówienia i jego całkowita nieproporcjonalność w tym zakresie czyni z tego warunku wymaganie nadmiarowe, zbędne, a nie minimalnie niezbędne dla osiągnięcia właściwego poziomu ofertowania. Jednocześnie certyfikaty z rodziny Agile (w wymaganych, różnych konfiguracjach), jako niemające zastosowania do realizacji przedmiotu zamówienia nie mogą być uznane za element kryterium oceny ofert, który prowadzi do przyznania wykonawcy dodatkowej liczby punktów (maksymalnie aż 10). Powoduje to, że tak ukształtowane kryterium oceny ofert nie jest związane z przedmiotem zamówienia. Zaskarżona modyfikacja nr 27 dowodzi tego, że ten sam Zamawiający niejako uporczywie, ponownie w swoich Specyfikacjach w analogicznym przedmiocie zamówienia zamieszcza te same certyfikaty tj. z rodziny Agile, pomimo tego, że Izba wytknęła mu już taką praktykę za nieprawidłową i niezgodną z dawną ustawą Pzp. - nakazując usunięcie certyfikatów z rodziny Agile ze specyfikacji (wyrok z dnia

16.05.2022r., sygn. KIO 952/22). W/w wyrok zapadł w stanie faktycznym dotyczącym zamówienia, którego przedmiotem były Usługi wsparcia i modyfikacji Systemu RZ. Zamówienie, którego dotyczył wyrok jest analogiczne do przedmiotowego postępowania, dotyczy jedynie innego systemu informatycznego Zamawiającego. W przypadku obu postępowań: zakres świadczonych usług jest analogiczny, tj.: wsparcie eksploatacji, świadczenie serwisu i wsparcie techniczne dla Systemu oraz Modyfikacja Systemu; analogiczne są warunki świadczenia usługi i występuje ten sam okres świadczenia usług. W szczególności dla obu postępowań zdefiniowano analogiczne warunki świadczenia usług modyfikacji Systemu, których to dotyczą wymagane kwalifikacje w ramach Kryterium dla usług rozwojowych.

Reasumując Odwołujący wskazał, że charakterystyka metodyki Agile dowodzi tego, że jest ona nieprzydatna dla realizacji zamówienia, co czyni warunek z udziałem certyfikatów z tej metodyki, jak i kryterium oceny ofert, które odnoszą się do certyfikatów z tej rodziny nieproporcjonalnymi i niezwiązanymi z przedmiotem zamówienia.

Odnośnie zarzutu 2 Odwołujący podniósł m.in., że w pkt 7.2.2. SIWZ Zamawiający zamieścił warunek udziału w postępowaniu dla Kierownika projektu, w opisie którego potraktował certyfikaty z rodzin Agile, Prince 2 i PMP (wymagane tam na najwyższych poziomach) jako certyfikaty wymienne/równoważne. Oznacza to, że przy porównaniu ofert przykładowo 3 wykonawców, którzy wykażą się dysponowaniem Kierownikiem Projektu w ten sposób, iż każdy z nich będzie posiadał inny certyfikat spośród 3 alternatywnych, wymagany w warunku – to w świetle tego warunku SIWZ – każdy z tych wykonawców spełni ten warunek udziału w postępowaniu. Jest to logiczna i prosta konsekwencja zapisu SIWZ z użyciem alternatyw rozłącznej „lub”. Tym samym uzasadnione jest twierdzenie, że w świetle treści przedmiotowego warunku wszystkie 3 wymieniane w nim równorzędne certyfikaty z różnych rodzin są względem siebie równoważne: żaden z nich nie jest dla Zamawiającego gorszy, niż pozostałe. Odwołujący – jak podkreślił - ze zdumieniem przyjął wprowadzony zaskarżoną Modyfikacją nr 27 dopisek zamieszczony w pkt. 7.2.2. pod Tabelą z opisem nowych warunków (str. 8 Modyfikacji nr 27), o treści: „Certyfikat z rodziny PRINCE2 nie jest równoważny zarówno z certyfikatem z rodziny AgilePM jak i z certyfikatem z rodziny PMP Project Management, bez względu na poziom ww. certyfikatów. Certyfikat z rodziny AgilePM nie jest równoważny zarówno z certyfikatem z rodziny PRINCE2 jak i z certyfikatem z rodziny PMP Project Management, bez względu na poziom ww. certyfikatów. Certyfikat z rodziny PMP Project Management nie jest równoważny zarówno z certyfikatem z rodziny PRINCE2 jak i z certyfikatem z rodziny AgilePM, bez względu na poziom ww. certyfikatów.”.

Świadczy to o sprzeczności wewnątrz SIWZ: z jednej strony warunek udziału w postępowaniu traktuje certyfikaty w nim wymienione jako równoważnie, wymienne („lub”), z drugiej strony Zamawiający arbitralnie określa w SIWZ zasadę, iż certyfikaty z tych trzech

rodzin nie są wobec siebie równoważne. Zamawiający posługuje się tu swym uprawnieniem do kształtowania treści SIWZ, jednocześnie wkraczając w równoważność tych rodzin certyfikatów. Brak tej równoważności, jej wykluczenie – wynika z samej treści SIWZ, niezależnie od właściwości i cech tych metodyk, które co do zasady mają różnice, jak i podobieństwa, jednak nie zmienia to faktu, iż sam Zamawiający w treści warunku 7.7.2. traktuje je właśnie równoważnie/wymiennie. Owo wyłączenie równoważności, skutkujące w/w sprzecznością jest zabiegiem Zamawiającego, ukierunkowanym na wyeliminowanie motywu, jakim kierowała się Izba w w/w sprawie o sygnaturze KIO 952/22, w oparciu o który nakazała modyfikację kryteriów oceny oferty w zakresie multiplikacji dodatkowych, punktowanych certyfikatów dla jednej i tej samej osoby – uznając je za zbędne i nadmiarowe właśnie ze względu na równoważny charakter certyfikatów, finalnie nakazując usunięcie tego kryterium. Prawdopodobnie po ponad 7 miesiącach od wydania w/w wyroku ktoś po stronie Zamawiającego, modyfikując SIWZ w niniejszym postępowaniu, przypomniał sobie orzeczenie Izby dotyczące tej kwestii, decydując się na wprowadzenie zasady niemalże ręcznie eliminującej główny motyw w/w orzeczenia, dotyczący zbędności multiplikowania certyfikatów z tej samej dziedziny/równoważnych/z podobnych metod - po to, by prawdopodobnie drugi raz podobny wyrok zapadł i by utrzymać w specyfikacjach u zamawiającego określony sposób punktacji ofert wykonawców (multiplikacja certyfikatów z różnych rodzin o wymiennym charakterze).

Izba rozpoznając bowiem jakiegokolwiek odwołanie w niniejszym postępowaniu na Modyfikację nr 27, wprowadzającą kryterium oceny ofert opisane tak samo jak w sprawie objętej odwołaniem KIO 952/22 – mogłaby mieć trudność powołać się na te same (i przecież i słuszne argumenty o równoważności tych rodzin certyfikatów), gdyż literalnie sam Zamawiającym wykluczył to przecież w treści SIWZ: stwierdził w dodanym dopisku, że „równoważne nie są”. Innymi słowy – skoro w analogicznej sprawie (dotyczącej tylko innego systemu) ten sam Zamawiający uległ i został zobowiązany do zmiany SIWZ wyrokiem nakazującym usunięcie kryterium punktującego multiplikację certyfikatów u tej samej osoby (kierownika projektu) jako certyfikatów równoważnych/wymiennych - to wprowadzono do SIWZ zasadę, że certyfikaty te równoważne nie są. Ów zabieg, obliczony na uniemożliwienie zaskarżenia sposobu konstruowania kryteriów oceny ofert poprzez punktowanie multiplikowanych certyfikatów co do zasady będących wobec siebie w stosunku równoważności, i które sam Zamawiający – czego dowodzi treść warunku – za takowe uznaje (wymienne – „lub”) – prowadzi do dwóch wniosków: po pierwsze – specyfikacja stała się wewnętrznie sprzeczna (co wykazano powyżej) i po drugie Zamawiający zainteresowany jest za wszelką cenę utrzymaniem sposobu konstytuowania kryterium oceny ofert, premiującej wykonawców, posiadających akurat takiego kierownika projektu (jedną i tę samą

osobę), który dysponuje wielością, by nie rzecz – nadmiarowością akurat takich a nie innych certyfikatów.

Dodatkowe punktowanie posiadania przez Kierownika Projektu certyfikatów zarówno z linii PRINCE2, jak i PMI/PMP jest pozbawione uzasadnienia. Zazwyczaj osoby pełniące funkcję kierowników projektu specjalizują się w danej metodyce, zdobywając doświadczenie i wyższe stopnie certyfikacji. Rzadko jednak zdarza się, aby dana osoba certyfikowała się jednocześnie w dwóch podobnych metodach zarządzania projektami. Branża IT jest branżą o dużej dynamice rozwoju. W tego typu dynamicznie rozwijających się branżach kluczowa jest profesjonalizacja zespołu, która polega na tym, że poszczególne osoby specjalizują się coraz bardziej w konkretnej dziedzinie. Nie można zgodzić się z przedstawionym przez Zamawiającego podejściem, wg którego najlepszym kandydatem na kierownika projektu jest osoba, która ma najszerszą wiedzę z zakresu różnych metodyk zarządzania. Równie dobrze można byłoby uznać, że najlepszy kandydat na kierownika projektu powinien też mieć wiedzę z zakresu programowania, bo to też poszerza jego horyzonty. Podobnie błędnym byłoby twierdzenie, że najlepszym prawnikiem jest ten, który ukończył aplikację sądową, radcowską i notarialną jednocześnie. Nie jest to przecież prawda - prawnik nie pracuje jednocześnie jako sędzia, radca i notariusz. Najlepszy prawnik to ten, który najlepiej specjalizuje się dziedzinie, w której działa. Nawet w obrębie jednego zawodu prawniczego dąży się do specjalizacji, czego przykładem jest choćby Krajowa Izba Odwoławcza czy sąd zamówień publicznych. Podobnie jest z informatykami - nie istnieje "najlepszy informatyk". Można być najlepszym jedynie w swojej dziedzinie, a najbardziej przydatna wiedza do realizacji projektu to ta, która może być w projekcie wykorzystana. W praktyce inni zamawiający również traktują certyfikat PRINCE2 i PMP jako certyfikaty równoważne – jak przykłady można wskazać następujące postępowania:

2019/S 167-408255 (wymagane posiadanie certyfikatu PRINCE2 Practitioner albo innego certyfikatu równoważnego (np. PMP)) i 2018/S 076-168917 (wymagany certyfikat z zakresu zarządzania projektami PRINCE2 Practitioner lub równoważny, np.: IPMA CPM, PMI PMP).

Odwołujący nadto dodał, że Zamawiający zamierza przyznawać dodatkowe punkty za kompetencje, które nie będą wykorzystane w niniejszym projekcie. Przedmiotowy projekt ma być prowadzony w metodyce tradycyjnej (a więc nie Agile), zgodnej z wyborem wykonawcy. Przy czym metodyka PMP i PRINCE2 są na tyle podobne, że nie ma większego znaczenia, w której z nich projekt będzie prowadzony. Punktowanie posiadania przez kierownika projektu certyfikatów z metodyk, których nie będzie wykorzystywał w projekcie, narusza zatem przepis art. 91 ust. 2 pkt. 5 PZP, ponieważ oceniane kwalifikacje zawodowe kierownika projektu nie mogą mieć znaczącego wpływu na jakość wykonania zamówienia. Co istotne, ukształtowane przez Zamawiającego kryteria oceny ofert prowadzą do sytuacji, w której mało istotne z punktu widzenia jakości wykonania zamówienia elementy tak istotnie

przeważają w ocenie ofert, że prowadzą do sytuacji wręcz absurdalnej. Po podstawieniu do zawartych w SIWZ wzorów oceny ofert przykładowych kwot okazuje się, że uzyskanie przez wykonawcę maksymalnej ilości punktów w kryterium Kierownika Projektu (za certyfikaty z metodyk, których nie będzie wykorzystywał w niniejszym zamówieniu) pozwala mu wygrać z ceną o 2 000 000 zł. droższą od innych ofert o identycznych pozostałych parametrach (symulacja stanowi Załącznik nr 6). Znalezienie osoby o kompetencjach opisanych przez Zamawiającego pozwoli zatem na dość znaczne zwiększenie zysku na projekcie (i spowoduje adekwatny uszczerbek w finansach Zamawiającego, nieznajdujący pokrycia w korzyściach).

Zamawiający informację o wniesieniu odwołania przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu w dniu 7 lutego 2023 r. poprzez zamieszczenie na stronie internetowej Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 27 lutego 2023 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

1. oddalenie w całości odwołania,
2. przeprowadzenie dowodów wnioskowanych w treści odpowiedzi na okoliczności w nich wskazane
3. obciążenie Odwołującego kosztami postępowania, w tym kosztami poniesionymi na wynagrodzenie oraz wydatki pełnomocnika.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SIWZ, dokonane modyfikacje, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 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 dokumentacją 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 oraz oświadczenia Stron wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania dowody, tj.:

1. Ogłoszenia o zamówieniu: 2019/S 167-408255 i 2018/S 076-168917.
2. Symulacja oceny ofert (kryterium dodatkowych certyfikatów Kierownika Projektu).

oraz złożone na rozprawie dowody, tj.:

1. Opinia biegłego z zakresu informatyki z dnia 24 lutego 2023 r.
2. Wyciąg z opracowań naukowych dotyczących cech metodyki zarządzania projektami AgilePM oraz metodyk klasycznych PRINCE2 oraz PMP.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Zamawiającego i załączone do odpowiedzi na odwołanie dowody, tj.:

1. Zmiana treści SIWZ nr 29.
2. Artykuł pt. PRINCE2 vs. PMP: What's the Difference?, link do publikacji: <https://www.indeed.com/career-advice/career-development/prince2-vs-pmp> – wydruk widoku strony w trybie automatycznego tłumaczenia na język polski w przeglądarce Google Chrome z dn. 2023-02-27.
3. Artykuł pt. Premier powołał K. O. na stanowisko Pełnomocnika Rządu do spraw Cyberbezpieczeństwa, link do publikacji: <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/artykuly/1382629,premier-powolal-karola-okonskiego-nastanowisko-pelnomocnika-rzadu-do-spraw-cyberbezpieczenstwa.html.komentarze-najnowsze,1> – wydruk widoku strony z dn. 2023-02-27.
4. Artykuł pt. Agile czy Waterfall?, link do publikacji: <https://progressproject.pl/zarzadzanie-projektami-agile-czy-waterfall> – wydruk widoku strony z dn. 2023-02-27.
5. Artykuł pt. PRINCE2 Agile – metodyka łącząca klasykę ze zwinnością, link do publikacji: <https://productvision.pl/2017/prince2-agile-metodyka-klasyka-zwinnosc/> – wydruk widoku strony z dn. 2023-02-27.
6. Zmiana treści SIWZ nr 27.

7. Kopia odpisu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 czerwca 2021 r., sygn. XXIII Zs 35/21

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie.

Zarzut dotyczący certyfikatów z rodziny (metodyki) Agile – wprowadzonych do warunku udziału oraz do kryteriów oceny ofert, tj. zarzut art. 22 ust. 1a, 1b pkt 3, art. 22d ust. 1 i art. 7 ust. 1 dawnej ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 2 pkt 5, art. 91 ust. 2c oraz art. 7 ust. 1 dawnej ustawy Pzp – poprzez wprowadzenie do opisu warunku wymaganego doświadczenia Kierownika Projektu, jak i do jednego z kryteriów oceny ofert punktowanego wymogu legitymowania się przez osobę dedykowaną do roli Kierownika Projektu certyfikatami z rodziny (metodyki) Agile – pomimo że metodyka objęta tym certyfikatem jest nieodpowiednia dla przedmiotu zamówienia, nie znajduje do niego zastosowania, a tym samym określenie warunku udziału w postępowaniu, jak i kryterium oceny ofert w tym zakresie prowadzi do ukształtowania warunków w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, niezapewniający równego traktowania wykonawców, nieproporcjonalny oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, jak i do określenia kryterium oceny ofert w sposób nieodnoszący się do przedmiotu zamówienia oraz który nie będzie realizowany w ramach tego zamówienia (zarzut 1 odwołania) potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w dniu 27 stycznia 2023 r. dokonał modyfikacji SIWZ, w wyniku której otrzymała brzmienie:

W zakresie warunku udziału w postępowaniu:

Pkt. 7.7.2. wiersz drugi, kolumna trzecia Tabeli:

„Wykonawca przedstawi kandydatów na poniższe stanowiska, którzy spełniają następujące wymagania - Osoba pełniąca funkcję Kierownika projektu - Wymagane kwalifikacje zawodowe oraz wykształcenie:

- 1) Certyfikat ITIL Foundation lub certyfikat równoważny,
- 2) 1 z certyfikatów:
 - Certyfikat PRINCE2 na poziomie co najmniej Practitioner lub certyfikat równoważny, lub
 - Certyfikat AgilePM na poziomie co najmniej Practitioner lub certyfikat równoważny, lub
 - Certyfikat PMP Project Management Professional lub certyfikat równoważny;
- 3) Wykształcenie wyższe informatyczne bądź studia podyplomowe informatyczne

W zakresie kryterium oceny ofert:

Pkt 18.1.3. SIWZ – wiersz pierwszy, kolumna druga Tabeli:

„Kryterium dla usług rozwojowych będzie rozpatrywane na podstawie informacji podanych przez Wykonawcę w „Wykazie osób” (część 1 lit. B) zgodnie z poniższym: Osoba pełniąca funkcję Kierownika projektu (1 osoba)/Dodatkowe kwalifikacje zawodowe, dodatkowe wykształcenie, dodatkowe doświadczenie:

Zamawiający przyzna punkty, jeżeli Wykonawca wykaże, że skieruje do realizacji zamówienia publicznego osobę przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika projektu spełniającą odpowiedni warunek udziału w postępowaniu określony dla osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika projektu w zakresie zgodnym z pkt. 7.2.2. SIWZ oraz wykaże, że osoba ta posiada kwalifikacje zawodowe (poza kwalifikacjami zawodowymi wskazanymi w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu), na następujących warunkach:

2 punkty zostaną przyznane w przypadku wskazania posiadania jednego dodatkowego certyfikatu: Certyfikat PRINCE2 Foundation lub Certyfikat AgilePM Foundation lub Certyfikat PMI Project Management Ready – z rodziny innej niż wskazany w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu certyfikat zaawansowany (Practitioner lub Professional)

4 punkty zostaną przyznane za wskazanie posiadania dwóch dodatkowych certyfikatów: Certyfikat PRINCE2 Foundation lub Certyfikat AgilePM Foundation lub Certyfikat PMI Project Management Ready z rodziny innej niż wskazany w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu certyfikat zaawansowany (Practitioner lub Professional)

6 punktów zostanie przyznanych za wskazanie jednego dodatkowego certyfikatu: Certyfikat PRINCE2 Practitioner lub Certyfikat AgilePM Practitioner lub Certyfikat PMP Project Management Professional – innego niż wskazany w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu certyfikat zaawansowany.

8 punktów zostanie przyznanych za wskazanie: a) jednego dodatkowego certyfikatu: Certyfikat PRINCE2 Foundation lub Certyfikat AgilePM Foundation lub Certyfikat PMI Project Management Ready – z rodziny innej niż wskazany w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu certyfikat zaawansowany (Practitioner lub Professional) oraz b) jednego dodatkowego certyfikatu: Certyfikat PRINCE2 Practitioner lub Certyfikat AgilePM Practitioner lub Certyfikat PMP Project Management Professional – innego niż wskazany w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu certyfikat zaawansowany (Practitioner lub Professional) oraz z rodziny innej niż certyfikat podstawowy (Foundation lub Ready) wskazany w punkcie a)

10 punktów zostanie przyznanych za wskazanie dwóch dodatkowych certyfikatów: Certyfikat PRINCE2 Practitioner lub Certyfikat AgilePM Practitioner lub Certyfikat PMP Project

Management Professional – innych niż wskazany w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu certyfikat zaawansowany.

Punkty będą przyznawane za wskazanie certyfikatów z innej rodziny niż certyfikaty wskazane w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Oznacza to, że wskazanie w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu na przykład certyfikatu ITIL Foundation oraz AgilePM Practitioner uniemożliwia uzyskanie punktów dodatkowych za certyfikat Agile PM Foundation.

Uwaga: Wykazanie w warunku udziału certyfikatu równoważnego dla certyfikatu wskazanego przez Wykonawcę w kryterium oceny ofert zostanie uznane przez Zamawiającego za wykazanie tego samego certyfikatu, a tym samym Zamawiający nie przydzieli punktów.

Odwołujący zakwestionował powyższą treść SIWZ, wnosząc tym zakresie odwołanie w dniu 6 lutego 2023 r.

Zamawiający w dniu 24 lutego 2023 r. dokonał modyfikacji treści SIWZ, wprowadzając w treści Załącznika nr 6 – Szczegółowe zasady realizacji modyfikacji Systemu oraz przygotowania dokumentów analitycznych i innych dokumentów oraz projektów zmian w Systemie następującą treść:

„5a. Zgłoszenia realizowane w oparciu o metodyki zwinne (ang. agile)

Zamawiający zastrzega sobie możliwość wykorzystania metodyk zwinnych (ang. agile), przy czym w zakresie nieuregulowanym w niniejszym punkcie, do tak realizowanych Zgłoszeń pozostałe postanowienia niniejszego Załącznika nr 6 stosuje się odpowiednio.

Na wniosek Zamawiającego zawarty w Zgłoszeniu, będzie ono realizowane w całości lub w części w oparciu o metodyki zwinne tj. w ten sposób, że przed rozpoczęciem lub w trakcie jego realizacji, możliwe jest dokonywanie zmian w ustalonym zakresie prac, tj. Zamawiający może doprecyzowywać Zgłoszenie poprzez iteracyjne uzupełnianie Zgłoszenia podzadaniami. W takim przypadku, Strony niezwłocznie ustalą harmonogram dodatkowych (dedykowanych danemu Zgłoszeniu) spotkań, mających na celu weryfikację działającego oprogramowania oraz na tej podstawie określanie zmian w zakresie czy priorytetach realizacji poszczególnych zadań w ramach Zgłoszenia. W razie zmiany zakresu tak realizowanego Zgłoszenia, skutkującej zwiększeniem / zmniejszeniem pracochłonności, Strony uzgodnią dla tego Zgłoszenia nową liczbę roboczogodzin oraz nowy termin realizacji Zgłoszenia.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza, wydając orzeczenie, bierze pod uwagę stan ustalony w toku postępowania odwoławczego, poruszając się w granicach wyznaczonych postawionym zarzutem. Jest to więc stan sprawy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy i wynikający z przebiegu rozprawy, nawet jeśli zmienił się on w stosunku do stanu z dnia wniesienia

odwołania. I taka też sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie. Stan faktyczny zmienił się w stosunku do stanu jaki istniał na dzień wniesienia odwołania. Zamawiający o treści SIWZ, tj. do treści Załącznika nr 6 do SIWZ „Szczegółowe zasady realizacji modyfikacji Systemu oraz przygotowania dokumentów analitycznych i innych dokumentów oraz projektów zmian w Systemie” wprowadził bowiem dział 5a dotyczący „zgłoszeń realizowanych w oparciu o metodyki zwinne (ang. agile)”, dokonując w tym zakresie modyfikacji treści SIWZ.

Tymczasem Odwołujący kwestionowaną treść warunku udziału w postępowaniu, jak również kwestionowaną treść kryterium oceny ofert w zakresie dotyczącym doświadczenia Kierownika Projektu, odnosił do braku w treści SIWZ, w tym także w OPZ zapisów dotyczących realizacji zamówienia z zastosowaniem tej właśnie metodyki - metodyki Agile, kwestionując przy tym potrzebę jej zastosowania dla potrzeb tego konkretnego postępowania.

Niemniej jednak to Zamawiający w sposób niebudzący żadnych wątpliwości wykazał zasadność zastosowania w prowadzonym postępowaniu metodyki Agile. Zamawiający – jak podniósł na rozprawie - korzysta już w swoich realizacjach z tej metodologii (metodologii Agile). Przykładowo wskazał na system KRK, podkreślając jednocześnie, że także system, którego dotyczy przedmiotowe postępowanie powstał przy użyciu tej właśnie metodyki (metodyki Agile). Naturalnym jest więc jej zastosowanie przy realizacji zamówienia będącego przedmiotem i tego postępowania.

Metodologia Agile, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie jest metodyką, która nie znajduje zastosowania do postępowań prowadzonych w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie jest zarezerwowana wyłącznie dla realizacji zamówień w ramach sektora prywatnego. Z tej metodologii, metodologii służącej do zarządzania budową systemów informatycznych korzysta wielu zamawiających publicznych, np. KPRM, ARIMR, Ministerstwo Finansów, Lasy Państwowe itp. Istotnie nie jest to metodologia, która wcześniej powszechnie była stosowana przez zamawiających publicznych. To jednak się zmieniło. Może być bowiem zastosowana przy wielu typach projektów. Metodologia Agile to przecież system zarządzania projektami, który kładzie nacisk na elastyczny rozwój, ciągłe zmiany i szybkie dostarczanie efektów tych zmian. W tym przypadku wychodzi więc naprzeciw uzasadnionym potrzebom Zamawiającego, które determinowane są częstymi zmianami prawa. Zmiany te powodują bowiem konieczność szybkiego ich uwzględniania w istniejących systemach informatycznych pozostających w gestii Zamawiającego. Ważna jest więc komunikacja pomiędzy zespołem projektowym a Zamawiającym, a „w podejściu zwinnym do zarządzania projektami kluczową rolę odgrywa intensywna komunikacja w postaci regularnych sprzężeń zwrotnych pomiędzy zespołem projektowym a klientem i użytkownikiem projektu”, co wprost wynika ze złożonego przez Odwołującego „Wyciągu z opracowań naukowych dotyczących cech metodyki zarządzania projektami AgilePM oraz

metodyk klasycznych PRINCE2 oraz PM". Na zalety tej metodyki opisane w przedłożonych materiałach wskazywał Zamawiający, odnosząc się do jej atrybutów świadczących o zwinności i ich zastosowaniu do projektów i innych obszarów ładu. Dlatego tak ważne dla Zamawiającego jest połączenie metod klasycznych i zwinnych poprzez dodanie do metod (np. PRINCE 2 czy PMP) technik zwinnych (Agile). Istotnie z opinii biegłego z zakresu informatyki wynika, że „metodyka Agile PM nie ma zastosowania do przedmiotu zamówienia”. Niemniej jednak zalety tej metody, które przedstawił Zamawiający, uzasadniają potrzebę jej zastosowania w tym postępowaniu, a którą niewątpliwie wykazał. Chciał z niej więc skorzystać. Niestety w treści SIWZ, w tym OPZ nie zawarto żadnych zapisów odnoszących się do tej metodyki. Zamawiający poza odwołaniem się do § 2 ust. 1 pkt 2 projektu umowy nie potrafił wskazać zapisów, z których zastosowanie tej metody (metodyki Agile) by wynikało. Tymczasem wskazany paragraf odwołuje się do modyfikacji Systemu, a modyfikacje mają być zlecane i realizowane zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 6 do Umowy, a więc tego Załącznika, który został zmodyfikowany w dniu 24 lutego 2023 r., z którego metodyka Agile nie wynikała (odnoszą się więc wprost do Załącznika, który dopiero w wyniku wniesionego odwołania został zmodyfikowany i zawiera punkt do niej się odnoszący). Zamawiający jedynie wskazał, że z treści dotychczasowego SIWZ można było wywieść, że Agile stosowana ma być wówczas, gdy wykonawca wprowadza modyfikację. Zlecenie modyfikacji jest elementem sztywnym. Dopiero w jej ramach pojawi się element zwinności, który w ramach tej modyfikacji jest wykorzystywany. Daje on bowiem możliwość zmiany realizowanego zakresu (jego wyceny, harmonogramu i terminu). W ramach dokonywanej modyfikacji dochodzi więc do połączenia dwóch metodyk, tj. Agile i Prince (elastycznej z klasyczną). Sama metoda klasyczna nie spełniłaby jego oczekiwań i nie odpowiadała jego uzasadnionym potrzebom. Dlatego w tym postępowaniu metodyka Agile miała być zastosowana. Oczekiwanie to nie znalazło jednak odzwierciedlenia w treści SIWZ.

Zamawiający przyznał zasadność tego zarzutu. Jak podkreślił bowiem na rozprawie, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego, ale i – w ocenie Izby - własnym wcześniej nigdzie wprost nie wyartykułowanym oczekiwaniom, modyfikując treść SIWZ - Załącznika nr 6 do umowy – Szczegółowe zasady realizacji modyfikacji systemu oraz przygotowania dokumentów analitycznych i innych dokumentów oraz projektów zmian w systemie) i dopisując pkt 5a „Zgłoszenia realizowane w oparciu o metodyki zwinne (ang. agile)”.

W kontekście powyższego Izba uznała, że zarzut Odwołującego potwierdził się. Zamawiający, dokonując modyfikacji SIWZ (załącznika nr 6 do umowy) przyznał jego zasadność.

Dokonana w dniu 24 lutego 2023 r. modyfikacja nie mogła być przedmiotem rozpoznania przez Izbę w tym postępowaniu. Czynność ta może być bowiem przedmiotem zaskarżenia w odrębnym odwołaniu.

Dlatego też Izba uwzględniając odwołanie, wobec wprowadzenia w treści SIWZ zapisów dotyczących metodyki Agile, tj. podania, że w postępowaniu ta metodyka zostanie wykorzystana, nie nakazała dokonania jakichkolwiek czynności, w tym wykreślenia zapisów dotyczących warunku udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert w zakresie podniesionym w odwołaniu. Stan faktyczny zmienił się bowiem w stosunku do istniejącego w dniu wniesienia odwołania.

Zarzut dotyczący wymienności/równoważności „rodzin certyfikatów” oraz modyfikacji kryteriów oceny ofert – nowe kryterium oceny ofert, tj. zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 pkt 5, art. 91 ust. 2c oraz art. 7 ust. 1 dPzp. poprzez określenie kryterium oceny ofert w zakresie kryterium dla usług rozwojowych w pkt. 18.1.3 SIWZ w sposób nieodnoszący się do przedmiotu zamówienia oraz w sposób dotyczący kwalifikacji zawodowych osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (dodatkowe punkty za dodatkowe certyfikaty Kierownika Projektu) - mimo iż sposób ten nie ma znaczącego wpływu na jakość wykonania zamówienia, a stanowi ograniczenie konkurencji oraz narusza zasadę równego traktowania wykonawców (zarzut 2 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w dniu 27 stycznia 2023 r. dokonał modyfikacji SIWZ, w wyniku której otrzymała brzmienie:

W zakresie warunku udziału w postępowaniu:

Pkt. 7.7.2. wiersz drugi, kolumna trzecia Tabeli:

„Wykonawca przedstawi kandydatów na poniższe stanowiska, którzy spełniają następujące wymagania - Osoba pełniąca funkcję Kierownika projektu - Wymagane kwalifikacje zawodowe oraz wykształcenie:

- 4) Certyfikat ITIL Foundation lub certyfikat równoważny,
- 5) 1 z certyfikatów:
 - Certyfikat PRINCE2 na poziomie co najmniej Practitioner lub certyfikat równoważny, lub
 - Certyfikat AgilePM na poziomie co najmniej Practitioner lub certyfikat równoważny, lub
 - Certyfikat PMP Project Management Professional lub certyfikat równoważny;
- 6) Wykształcenie wyższe informatyczne bądź studia podyplomowe informatyczne

W zakresie kryterium oceny ofert:

Pkt 18.1.3. SIWZ – wiersz pierwszy, kolumna druga Tabeli:

„Kryterium dla usług rozwojowych będzie rozpatrywane na podstawie informacji podanych przez Wykonawcę w „Wykazie osób” (część 1 lit. B) zgodnie z poniższym: Osoba pełniąca

funkcję Kierownika projektu (1 osoba)/Dodatkowe kwalifikacje zawodowe, dodatkowe wykształcenie, dodatkowe doświadczenie:

Zamawiający przyzna punkty, jeżeli Wykonawca wykaże, że skieruje do realizacji zamówienia publicznego osobę przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika projektu spełniającą odpowiedni warunek udziału w postępowaniu określony dla osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika projektu w zakresie zgodnym z pkt. 7.2.2. SIWZ oraz wykaże, że osoba ta posiada kwalifikacje zawodowe (poza kwalifikacjami zawodowymi wskazanymi w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu), na następujących warunkach:

2 punkty zostaną przyznane w przypadku wskazania posiadania jednego dodatkowego certyfikatu: Certyfikat PRINCE2 Foundation lub Certyfikat AgilePM Foundation lub Certyfikat PMI Project Management Ready – z rodziny innej niż wskazany w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu certyfikat zaawansowany (Practitioner lub Professional)

4 punkty zostaną przyznane za wskazanie posiadania dwóch dodatkowych certyfikatów: Certyfikat PRINCE2 Foundation lub Certyfikat AgilePM Foundation lub Certyfikat PMI Project Management Ready z rodziny innej niż wskazany w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu certyfikat zaawansowany (Practitioner lub Professional)

6 punktów zostanie przyznanych za wskazanie jednego dodatkowego certyfikatu: Certyfikat PRINCE2 Practitioner lub Certyfikat AgilePM Practitioner lub Certyfikat PMP Project Management Professional – innego niż wskazany w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu certyfikat zaawansowany.

8 punktów zostanie przyznanych za wskazanie: a) jednego dodatkowego certyfikatu: Certyfikat PRINCE2 Foundation lub Certyfikat AgilePM Foundation lub Certyfikat PMI Project Management Ready – z rodziny innej niż wskazany w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu certyfikat zaawansowany (Practitioner lub Professional) oraz b) jednego dodatkowego certyfikatu: Certyfikat PRINCE2 Practitioner lub Certyfikat AgilePM Practitioner lub Certyfikat PMP Project Management Professional – innego niż wskazany w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu certyfikat zaawansowany (Practitioner lub Professional) oraz z rodziny innej niż certyfikat podstawowy (Foundation lub Ready) wskazany w punkcie a)

10 punktów zostanie przyznanych za wskazanie dwóch dodatkowych certyfikatów: Certyfikat PRINCE2 Practitioner lub Certyfikat AgilePM Practitioner lub Certyfikat PMP Project Management Professional – innych niż wskazany w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu certyfikat zaawansowany.

Punkty będą przyznawane za wskazanie certyfikatów z innej rodziny niż certyfikaty wskazane w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Oznacza to, że wskazanie w

celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu na przykład certyfikatu ITIL Foundation oraz AgilePM Practitioner uniemożliwia uzyskanie punktów dodatkowych za certyfikat Agile PM Foundation.

Uwaga: Wykazanie w warunku udziału certyfikatu równoważnego dla certyfikatu wskazanego przez Wykonawcę w kryterium oceny ofert zostanie uznane przez Zamawiającego za wykazanie tego samego certyfikatu, a tym samym Zamawiający nie przydzieli punktów.

Odwołujący zakwestionował powyższą treść SIWZ, wnosząc tym zakresie odwołanie w dniu 6 lutego 2023 r.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający, co jest niewątpliwe, jest uprawniony do określenia pozacenowych kryteriów oceny ofert i ustalenia ich wagi. Art. 91 ust. 2 pkt 5 dawnej ustawy Pzp dawał Zamawiającemu możliwość zastosowania kryterium oceny ofert o charakterze jakościowym odnoszącego się jednak do właściwości podmiotowych wykonawcy w postaci organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Zamawiający ma więc prawo oczekiwać realizacji projektu przez osobę posiadającą nie tylko określone doświadczenie, ale i kwalifikacje. Certyfikacja zarządzania projektami stanowi potwierdzenie wiedzy w zakresie zarządzania projektami i umiejętnościami osoby nimi się legitymującej.

Certyfikacja, która w tym kryterium jest oceniana, stanowić ma więc potwierdzenie wiedzy i umiejętności Kierownika Projektu. Zamawiający, konstruując to kryterium - jak wyjaśnił - brał pod uwagę certyfikaty i ich poziomy, przyznając punkty w zależności od rodzaju certyfikatu i jego poziomu. Zamawiający, konstruując kwestionowane kryterium, nie traktował podanych tam certyfikatów jako równoważnych. Wszystkie z wymaganych certyfikatów dotyczą zarządzania projektami, a między nimi występują istotne różnice w zakresie merytorycznym, a także wymagań stawianych osobom ubiegającym się o certyfikację. Certyfikaty te – wbrew twierdzeniom Odwołującego - nie są więc równoważne. Oczywistym jest, że pewne elementy (zakresy nimi objęte) tych certyfikatów będą podobne. Istnieją jednak między i nimi także różnice. Jedynie w opinii prywatnej złożonej przez Odwołującego wręcz kategorycznie stwierdzono, że certyfikaty te są „wymienne, wręcz równoważne”. Takiego stwierdzenia nie zawiera natomiast żadna z publikacji złożonych przez Zamawiającego, ani też nie wynika to z informacji zawartych w publicznie dostępnych publikatorach. Co więcej wskazana już wyżej opinia stwierdza, że różnice „są pomijalne” a więc „nie wymagają uwzględnienia” w tym przypadku – jak należy przypuszczać jedynie dla potrzeb opinii sporządzonej przez jej autora. Opinia ta nie oznacza więc, że różnic tych nie ma. Różnice te w zależności od autora opracowania są bardziej lub mniej uwypuklane. Takimi standardowymi różnicami pomiędzy tymi metodologiami (PRINCE2 i PMP), na które

się wskazuje są np. „PRINCE2 jest metodyką, PMI to zbiór praktyk”, „PRINCE2 zawiera jedynie 2 techniki, PMBok to w zasadzie same techniki”. PRINCE2 wykorzystuje bowiem metodologię opartą na procesach – własnych zasadach i najlepszych praktykach, natomiast PMP stosuje metodologię opartą na wiedzy, koncentrując się na technikach i umiejętnościach potrzebnych do skutecznego zarządzania projektami i ich realizacją.

Potwierdzeniem zasadności zastosowania tego kryterium jest także wyciąg z materiałów przedłożony przez Odwołującego, w którym wprost wskazano, że „tradycyjne metodyki zarządzania projektami gdzie dla przykładu wskazano Prince 2 nie nadają się samodzielnie do realizowania projektów z branży IT mogą jednak stanowić uzupełnienie wiedzy z zarządzania projektami przy wykorzystaniu metodyki zwinnej”. Zasadnym jest więc oczekiwanie posiadania przez osoby wskazane do realizacji systemu będącego przedmiotem zamówienia nie tylko wiedzy ale posiadania wysokich kwalifikacji. Sam Zamawiający wykazał bowiem, okazując Izbie plik oczekiwanych certyfikatów, iż dysponuje co najmniej dwiema osobami, które posiadają rzekomo tak rzadko zestawiane certyfikaty. Dlatego też nie ma powodu aby Zamawiający, chcąc uzyskać specjalistę bardzo wysokiej klasy do realizacji przedmiotu tego zamówienia, nie mógł tego uczynić chociażby z uwagi na to, że jest Zamawiającym publicznym i realizuje projekt publiczny. Takie a nie inne kryterium oceny, wykluczające wymienne posługiwanie się certyfikatami wynika – jak dalej podniósł Zamawiający - z prezentowanego przez Zamawiającego podejścia do metodyk i zastosowania z uwagi na specyfikę niektórych z projektów technik zwinnych. Dlatego też premiować będzie wykonawców, którzy będą potrafili wykazać się personelem posiadającym dodatkowe certyfikaty (z innej rodziny niż wykazane w warunku).

Okoliczność, że wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia takimi specjalistami nie dysponuje w sektorze zamówień publicznych prowadzonej działalności i być może musiałby ich przesunąć z innych projektów - projektów realizowanych w sektorze prywatnym nie stanowi uzasadnienia dla dokonania zmian oczekiwanych przez Odwołującego się wykonawcę. Sektor publiczny ma prawo oczekiwać specjalistów jak najwyższej klasy, zwłaszcza przy realizacji tak złożonych systemów jak będący przedmiotem tego postępowania.

A ponadto wprowadzenie kryterium pozacenowego jest wynikiem wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 czerwca 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 35/21Z, który wskazał na konieczność wprowadzenia tego rodzaju kryterium.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) i ust. 3 w związku z § 5 pkt 1) i 2) lit b) 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: