

Sygn. akt: KIO 2091/21

WYROK
z dnia 09 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 04 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lipca 2021 r. przez Odwołującego **Sages Sp. z o.o. (ul. Nowogrodzka 62c, 02-002 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Uniwersytet Warszawski (ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa)**

przy udziale Wykonawcy **"PCG ACADEMIA" Sp. z o.o. (Jasionka 954F, 36-002 Jasionka)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1) oddala odwołanie
- 2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Sages Sp. z o.o. (ul. Nowogrodzka 62c, 02-002 Warszawa)** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Sages Sp. z o.o. (ul. Nowogrodzka 62c, 02-002 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego **Uniwersytet Warszawski (ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego **Sages Sp. z o.o. (ul. Nowogrodzka 62c, 02-002 Warszawa)** na rzecz Zamawiającego **Uniwersytet Warszawski (ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa)** kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego **Uniwersytet Warszawski (ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa)** tytułem 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 (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Uniwersytet Warszawski prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wyłonienie wykonawcy w zakresie dostawy systemu analityki i ewidencji dorobku naukowego na potrzeby procesu ewaluacji działalności naukowej i raportowania”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 1 czerwca 2021 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00070600/01.

Odwołujący Sages sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt. 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie nieprawidłowej czynności badania i oceny oferty Sages sp. z o.o., w tym dokonanie nieprawidłowej oceny udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień z dnia 22 czerwca 2021 roku w zakresie sposobu obliczenia ceny ofertowej, co doprowadziło do odrzucenia jego oferty, pomimo tego, iż oferta ta jest zgodna z SWZ oraz nie jest ofertą rażąco niską,

2) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PCG Academia sp. z o.o. pomimo, iż oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegającego na naruszeniu zasad autoryzacji oferowanego systemu poprzez ORCID.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i w ramach tej ponownej oceny ofert, dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w oparciu o obowiązujące kryteria oceny ofert, a także odrzucenie oferty wykonawcy PCG Academia sp. z o.o. jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców: Index Copernicus sp. z o.o. z ceną brutto 1 009 799,20 złotych, PCG Academia sp. z o.o. z ceną brutto 789 519,78 złotych oraz Odwołujący - Sages sp. z o.o. z ceną brutto 411 988,50 złotych.

16 czerwca 2021 roku Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem do wyjaśnienia ceny ofertowej w kontekście ewentualnego zaoferowania rażąco niskiej ceny. 22 czerwca 2021 roku, w odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący przedstawił bardzo obszerne wyjaśnienia, opisujące aspekty kalkulacji ceny ofertowej oraz przedstawił dowody.

7 lipca 2021 roku Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego zarzucając niezgodność z SWZ, a także rażąco niską cenę.

W ocenie Odwołującego, przeprowadzona przez Zamawiającego ocena jego oferty, a także czynność odrzucenia oferty, są wadliwe.

Odwołujący podkreślił, że złożył kompleksowe wyjaśnienia ceny ofertowej w kontekście ewentualnej rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia te objęły wszelkie kwestie istotne z punktu widzenia wyceny przedmiotu zamówienia, a także zostały poparte dowodami i szczegółowymi informacjami. W konsekwencji Odwołujący skutecznie obalił domniemanie rażąco niskiej ceny swojej oferty wywołane skierowanym do niego wezwaniem w tym zakresie.

Podkreślił także, że cena oferty jest realna i możliwa do osiągnięcia m.in. dlatego, iż przedmiotowe oprogramowanie jest już wdrażane na UW, ale przede wszystkim dlatego, iż Odwołujący dzięki współpracy z Politechniką Warszawską oraz unikalnemu know-how w zakresie wdrożeń w Polsce, dysponuje szczególną możliwością realizacji zamówienia relatywnie niskim kosztem, co zostało pokazane w wyjaśnieniach ceny ofertowej w pierwszym rozdziale i uszczegóławiane w kolejnych. Tę szczególną możliwość widać również w historii wdrożeń, co zostało również pokazane w uzasadnieniu ceny ofertowej.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Z akt sprawy wynika, że 16 czerwca 2021 roku Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących zaoferowanej ceny (na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Z treści wezwania wynika, że wątpliwości Zamawiającego związane były głównie z wyceną jednej z części zamówienia - pełnieniem usługi za utrzymanie i aktualizację systemu. Zamawiający w treści wezwania skierował do Odwołującego prośbę o informację (w postaci kilku szczegółowych pytań), np. ile osób będzie zatrudnionych miesięcznie do realizacji tej części zamówienia, ile godzin zostało przewidziane na realizację umowy w zakresie usługi utrzymania i aktualizacji Systemu, jaka będzie forma zatrudnienia osób wykonujących usługę, jaka zostanie wypłacona stawka godzinowa brutto.

Odwołujący w odpowiedzi złożył kilkadziesiąt stron opracowania wraz z załącznikami. Po lekturze Zamawiający doszedł do przekonania, że produkt oferowany przez Odwołującego nie jest zgodny z opisanym w dokumentacji postępowania. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego stwierdzając, że nie odpowiada ona dokumentacji postępowania, jak również zawiera rażąco niską cenę.

W ocenie Izby, czynność Zamawiającego była prawidłowa.

Zgodnie z artykułem 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący złożył wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego. W treści wyjaśnień nie udzielił jednak odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego jednoznaczne pytania.

Wręcz przeciwnie, w treści odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący stwierdził, że nie ma obowiązku tłumaczenia modelu cenowego Podwykonawcy.

W opinii Izby, powyższe oświadczenie oznacza odmowę Odwołującego udzielenia wyjaśnień. Skoro Zamawiający zwrócił się o dokładne przedstawienie informacji dotyczących kosztów, osób zatrudnionych, roboczogodzin przewidzianych na realizację jednego z zakresów zamówienia, to w tym zakresie powinny zostać złożone szczegółowe wyjaśnienia. Odwołujący nie powinien zasłaniać się sposobem obliczenia ceny stosowanym przez podwykonawcę, bez uzasadnienia szczegółowego, co wchodzi w skład opłaty i jakie podstawy do wyceny zostały przyjęte przy jej skalkulowaniu. W takiej sytuacji Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować, czy wszystkie niezbędne wymagania zostały wzięte pod uwagę przy kształtowaniu ceny ofertowej. Bez względu na to, czy wykonawca realizuje zamówienie samodzielnie, czy przy udziale podwykonawców, ma obowiązek wytłumaczyć na wezwanie Zamawiającego, w jaki sposób została dokonana kalkulacja poszczególnych elementów składowych ceny wraz z przedstawieniem dowodów.

Odmawiając złożenia wyjaśnień, Odwołujący nie tylko uniemożliwił Zamawiającemu weryfikację prawidłowości kalkulacji ceny, ale również nie obalił domniemania, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę.

W trakcie rozprawy z udziałem stron Odwołujący wskazał, że udzielił odpowiedzi na pytania Zamawiającego, przedstawiając statystykę i wyliczenia w dokumencie stanowiącym załączniki do złożonych wyjaśnień – zrzuty z ekranów systemu koordynacji projektów i wsparcia, dokumentujące czas realizacji zadań oraz zrzuty z ekranów systemu koordynacji projektów i wsparcia, dokumentujące ilość incydentów w okresie wsparcia i czas na nie poświęcony.

Należy zauważyć, że dokumenty te nie zawierają odpowiedzi na pytania zadane przez Zamawiającego w wezwaniu, nie odnoszą się do niniejszego postępowania. Zawierają różne wykresy dotyczące działań Odwołującego dla innych jednostek, ale nie przedstawiają jednoznacznych odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytania, dotyczące przede wszystkim sposobu obliczenia ceny (wartości roboczogodziny, czy ilości osób zatrudnionych) za realizację usługi wsparcia w niniejszym postępowaniu.

Co więcej, udzielona treść wyjaśnień nie tylko nie wyjaśniła istniejących wątpliwości, ale je pogłębiła i pozwoliła uznać, że oferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada dokumentacji.

W treści udzielonych wyjaśnień oraz odwołania Odwołujący jednoznacznie stwierdził, że oferowane oprogramowanie jest już wdrażane na UW, zasadniczy zakres prac stanowiących przedmiot zamówienia został już wykonany przez Podwykonawcę. W treści odwołania jednoznacznie stwierdził, że postępowanie prowadzone w ramach Wydziału Nauk Politycznych i Studiów Międzynarodowych Uniwersytetu Warszawskiego oraz niniejsze Postępowanie dotyczą tego samego oprogramowania, nadto pewne czynności wdrożeniowe, czy dostawa oprogramowania, są już zrealizowane. Ponadto Odwołujący w treści wyjaśnień podkreślał, że nie zamierza pobierać dwa razy wynagrodzenia za tę samą pracę, co jednoznacznie potwierdza, że Odwołujący oferuje w niniejszym postępowaniu ten sam produkt, co na Wydziale Nauk Politycznych i Stosunków Międzynarodowych UW.

W złożonym przez Odwołującego dowodzie w postaci oświadczenia Politechniki Warszawskiej z 29 lipca 2021 roku, Politechnika Warszawska (podwykonawca Odwołującego) na potrzeby niniejszego postępowania jednoznacznie oświadczyła, że oprogramowanie oferowane w niniejszym postępowaniu jest tym samym oprogramowaniem, co oprogramowanie wdrażane na Wydziale Nauk Politycznych i Stosunków Międzynarodowych Uniwersytetu Warszawskiego.

Powyższe stanowi potwierdzenie okoliczności, że przedmiot zamówienia oferowany przez Odwołującego nie odpowiada temu, czego oczekiwał Zamawiający.

Jak wskazywał Zamawiający, oprogramowanie zaoferowane przez Odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez Wydział Nauk Politycznych i Stosunków Międzynarodowych powstało jako odpowiedź na inny opis przedmiotu zamówienia, jak również przy innych kryteriach oceny ofert. Już sam ten fakt potwierdza, że nie jest ono adekwatne dla niniejszego postępowania.

Zamawiający jako dowód przedstawił zestawienie tabelaryczne zawierające porównanie wymagań Zamawiającego opisanych w dokumentacji postępowania oraz załączonej przez Odwołującego do odwołania umowy z Wydziałem Nauk Politycznych i Stosunków Międzynarodowych Uniwersytetu Warszawskiego, z której wynikał zakres zaoferowanego w tamtym postępowaniu przedmiotu umowy.

Przedmiot świadczenia opisany w tej umowie, jak również wymagania Zamawiającego w niniejszym postępowaniu są odmienne, co potwierdza, że przedmiot zamówienia oferowany przez Odwołującego nie odpowiada wymaganiom SWZ.

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest udzielenie Zamawiającemu niewyłącznej i nieograniczonej terytorialnie licencji na użytkowanie, dostawę, wdrożenie i utrzymanie systemu analityki ewidencji dorobku naukowego na potrzeby procesu ewaluacji działalności naukowej i raportowania wraz z jego integracją z zewnętrznymi oraz uczelnianymi systemami i rejestrami elektronicznymi oraz szkolenie pracowników i zapewnienie instrukcji - podręczników (co wynika z § 1 ust. 1 wzoru umowy). Natomiast

postanowienie umowy zawartej z Wydziałem Nauk Politycznych i Stosunków Międzynarodowych Uniwersytetu Warszawskiego UW stanowi, że Dostawca zobowiązuje się do zawarcia na rzecz Odbiorcy Umowy Subskrypcji i Aktualizacji oraz dostawy licencji, wdrożonego na Politechnice Warszawskiej, oprogramowania OMEGA PSIR.

Już porównanie tych postanowień wskazuje, że przedmiot świadczenia odbiega od wymaganego przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Co więcej, odmienność taką potwierdza treść wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. Z treści wyjaśnień wynika, że: *„Wysokość opłaty w ramach umowy subskrypcyjnej została uzgodniona z członkami Grupy Użytkowników OMEGA-PSIR w taki sposób, aby z jednej strony koszt ten był akceptowalny dla polskich uczelni, z drugiej zaś, aby możliwa była realizacja prac rozwojowych, w pierwszej kolejności zorientowanych na dostosowanie do zmian w ustawodawstwie szkolnictwa wyższego, a w przypadku pojawienia się rezerw finansowych - prac obejmujących rozwój funkcjonalności systemu. Na początku istnienia Grupy opłata w ramach umowy subskrypcji aktualizacji systemu ustalona była na poziomie 15.000 PLN rocznie od każdej instytucji, z zastrzeżeniem, że w przypadku zwiększenia kosztów może ona ulec zwiększeniu. UWAGA: Dzięki niskim kosztom utrzymania oprogramowania (technologia oprogramowania) oraz niskiemu poziomowi błędów w oprogramowaniu, a także systematycznemu powiększaniu się Grupy opłata roczna w ramach umowy subskrypcji obecnie także pozostaje na niezmiennym poziomie 15.000 PLN”.*

Odwołujący w treści wyjaśnień wprost wskazywał zatem na model współpracy oparty o opłatę subskrypcyjną, który polega m.in. na tym, iż członkowie grupy uzyskują prawo do wszystkich aktualizacji oprogramowania zrealizowanych w roku subskrypcji oraz zgłaszania potrzeb do planu na kolejny rok, co oznacza, że o tym, jakie funkcjonalności będą wdrażane w ramach wdrażania, aktualizacji lub rozwoju systemu, będą decydować członkowie grupy, nie zaś Zamawiający samodzielnie. Jak wynika ze strony 18 wyjaśnień: *„Zaznaczamy również, że przyjęty okres licencji daje Zamawiającemu prawo do aktualizacji w tym okresie i uczestnictwa oraz prawa głosu w Grupie Użytkowników Omega-PSIR. W tej opłacie jednak Wykonawca udziela Zamawiającemu bezterminowej licencji na użytkowanie systemu”* oraz w pkt. 4 wraz z przypisem na s. 16 wyjaśnień z 22.06.2021 r.: *„Prawo zgłaszania potrzeb do planu na kolejny rok” - „Plan na kolejny rok jest diskutowany podczas corocznego seminarium Grupy Użytkowników. W dyskusji ustalane są priorytety oraz możliwości realizacyjne zespołu”.*

Jak słusznie wyjaśnił Zamawiający, Zamawiający nie chce być członkiem takiej Grupy Użytkowników. Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie ma dotyczyć wyłącznie Uniwersytetu Warszawskiego i realizować cele i zadania tej jednostki, a nie trzydziestu

innych wyższych uczelni w Polsce, w większości o całkowicie odmiennym profilu działania (10 uczelni medycznych, uczelnie rolnicze, pedagogiczne).

Powyższe oznacza, że model jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, w tym z projektowanymi postanowieniami umowy. Co więcej, trafnie podkreślał Zamawiający, że taki model nie jest prawidłowy z uwagi na brak możliwości dokładnego określenia, za jaką część, za co dokładnie, dokonuje opłaty Zamawiający, co może budzić zastrzeżenia jednostki finansującej z uwagi na brak przejrzystości w wydatkowaniu środków.

Za nieprawdziwe należy uznać twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym pojęcie „subskrypcja” jest wewnętrznym pojęciem stosowanym przez Odwołującego. Odwołujący załączył do wyjaśnień umowę, która posługuje się tym pojęciem i oferuje model subskrypcji, zupełnie inny niż model oczekiwany przez Zamawiającego.

Nie jest też wiarygodne twierdzenie Odwołującego, że umowa została złożona przykładowo, a każdy z zamawiających indywidualnie podpisuje umowę. Jak wskazano powyżej, podwykonawca Politechnika Warszawska w oświadczeniu jednoznacznie wskazała, że przedmiot oferowany w niniejszym postępowaniu jest tym samym przedmiotem, który został zaoferowany na Wydziale Nauk Politycznych i Stosunków Międzynarodowych Uniwersytetu Warszawskiego. Oznacza to, że umowa nie zastała złożona jedynie pogładowo, ale przede wszystkim zawiera unormowania, które są właściwe dla zaoferowanego przedmiotu zamówienia.

Umowa ta nakłada na Zamawiającego dodatkowe wymagania, które nie są zgodne z wymaganiami SWZ. Z umowy subskrypcyjnej wynika m.in. sporządzanie aktualizacji 4 razy do roku, podczas gdy Zamawiający oczekuje przeprowadzenia takich aktualizacji w ciągu 6 tygodni od chwili zmiany prawa; Odwołujący ustalił nowe funkcjonalności; został przewidziany ogólny sposób rozwiązania umowy, w wyniku którego odbiorca utraci dostęp do kolejnych aktualizacji bez możliwości zwrotu opłaty z tytułu niepełnego wykorzystania, co nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Należy wskazać, że umowa zawiera również rozwiązania niezgodne z wymaganiami SWZ, które zostały wykazane przez samego Odwołującego. Odwołujący w trakcie rozprawy złożył jako dowód oświadczenie Prodziekana Wydziału Nauk Politycznych i Stosunków Międzynarodowych z 03 sierpnia 2021 roku, z którego wynika, że zostanie zawarty aneks do umowy z uwagi na fakt, że dostrzeżono w umowie postanowienia, które mogą budzić wątpliwości w zakresie wyrażonej intencji, celem usunięcia wątpliwości interpretacyjnych. Powyższe postanowienia dotyczyły gwarancji. WNPiSM UW potwierdził zatem, że mogą występować różnice w zakresie udzielonej Zamawiającemu gwarancji w stosunku do

wymaganych i wskazanych we wzorze umowy. Dowód ten potwierdził niezgodność wymagań dotyczących gwarancji.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający jednoznacznie wykazał w treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego powody, dla których gwarancja proponowana przez Odwołującego, udzielona Zamawiającemu WNPIŚM UW (a jak wskazano powyżej, także w niniejszym postępowaniu) jest nie do zaakceptowania przez Zamawiającego - nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

Zamawiający zwrócił także uwagę na zaoferowany system wsparcia poprzez forum użytkowników. W tym zakresie Zamawiający wyjaśnił, że prześledził fora internetowe użytkowników, co doprowadziło do stwierdzenia przez Zamawiającego, iż w niektórych kategoriach w ogóle brak jest jakiegokolwiek aktywności. Natomiast na forum „kategorie błędów” Zamawiający odnalazł informację, iż podmioty zgłaszają błędy, natomiast „Politechnika Warszawska nic z tym nie robi”. W tym zakresie Zamawiający złożył jako dowód wydruk internetowy z forum, na które wskazano w umowie subskrypcyjnej. Z dowodu tego wynika, że wsparcie poprzez forum nie jest realizowane, a z pewnością nie jest realizowane w sposób, jakiego oczekiwał Zamawiający. Już sam ten fakt wskazuje na nieprawidłowy sposób realizacji umowy, w którym Zamawiający nie uzyskuje wymaganego, realnego wsparcia. Ponadto Zamawiający oczekiwał świadczenia usług utrzymania w ramach umowy zawartej z wykonawcą, nie zaś poprzez inne warunki określone przez Odwołującego – takie jak forum.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego bardzo dokładnie wskazał wszelkie niezgodności z treścią SWZ.

Zamawiający oczekiwał świadczenia usługi help desk, tymczasem Odwołujący w treści wyjaśnień odnosił się do usługi call center. Zamawiający w trakcie rozprawy przedstawił dowód w postaci wyciągu z internetu, w którym został wyjaśniony zakres ww. pojęć. Zakres zadań w ramach poszczególnych pojęć jest różny, co również potwierdza, że Odwołujący zaoferował inny przedmiot zamówienia niż wynikający z dokumentacji postępowania. Trafnie zauważył Zamawiający, że nie jest możliwe zamienne używanie tych pojęć, bowiem różny jest zakres zadań w ramach każdej z wymienionych usług. Przyjęcie przez Zamawiającego możliwości świadczenia przez Wykonawcę usługi call center spowoduje, że usługa nie będzie odpowiadała wymaganiom SWZ. Wykonawca nie będzie świadczył usługi zgodnie z wymogami określonymi w dokumentacji przetargowej, co również może prowadzić do sporów z wykonawców, w tym sporów sądowych. Ich wynik mógłby być niekorzystny dla Zamawiającego, jeśli Zamawiający wybrałby ofertę niezgodną SWZ (oferująca usługi call center zamiast usług help desk).

Bez znaczenia pozostaje podkreślana przez Odwołującego kwestia, że oprogramowanie oferowane przez Odwołującego podlega amortyzacji, gdyż upłynął odpowiedni okres czasu od chwili jego wdrożenia. Okoliczności, jakie miały stanowić podstawę składanych wyjaśnień dotyczyły usługi niematerialnej, związanej z utrzymaniem systemu. Zatem podnoszona przez Odwołującego okoliczność zmniejszenia kosztów przedmiotu zamówienia z uwagi na amortyzację zupełnie nie odnosi się do usługi utrzymania i jako taka w żaden sposób nie mogła być podstawą do usunięcia wątpliwości Zamawiającego.

W konsekwencji należało stwierdzić, że oferta Odwołującego nie odpowiadała warunkom opisanym przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wobec powyższego czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie powyższego artykułu była prawidłowa, a zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia przez Zamawiającego tego artykułu okazał się bezpodstawny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieuprawnione zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo, iż oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegającego na naruszeniu zasad autoryzacji oferowanego systemu poprzez ORCID.

Odwołujący wskazał na oświadczenie Przystępującego PCG Academia sp. z o.o. zawarte w ofercie w przedmiocie spełnienia na dzień składania ofert wymagania w zakresie kompatybilności systemu z systemem ORCID (funkcjonalności nr 4, 28, 29, 31, 32). Jak wskazał Odwołujący, oferowany przez niego system OMEGA - PSIR uzyskał autoryzację ORCID, natomiast wedle jego wiedzy Przystępujący nie poddał się takiej autoryzacji przed przystąpieniem do postępowania i tym samym, zdaniem Odwołującego, naruszył obowiązujące polityki autoryzacji ORCID. W zadeklarowaniu funkcjonalności spełnionych na dzień składania ofert, które nie zostały poddane autoryzacji ORCID, Odwołujący upatruje złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Powyższy zarzut jest bezzasadny.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący nie określił, jakiego czynu nieuczciwej konkurencji spośród zawartego w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji katalogu tych czynów, dopuścił się Przystępujący.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji wymaga wskazania czynu nieuczciwej konkurencji, który wykonawcy jest przypisywany. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu. Skoro Odwołujący nie sprecyzował czynu nieuczciwej konkurencji, to zarzut taki jest bezprzedmiotowy.

Ponadto Zamawiający w dokumentach zamówienia w odniesieniu do dostawców lub wymaganego systemu nie wymagał figurowania na liście ORCID. Skoro takiego wymagania nie było, to nie jest uprawniony zarzut względem Przystępującego, iż nie widnieje na tej liście.

Zamawiający wyjaśnił, że takiego wymagania nie mógł w postępowaniu przewidzieć, ponieważ wykazanie się certyfikacją ORCID w sposób nieuzasadniony prowadziłoby do ograniczenia kręgu wykonawców. Jak wskazywał Zamawiający, jedyny system, który posiada certyfikację ORCID, to właśnie system oferowany przez Odwołującego. Wprowadzając takie wymagania, Zamawiający w znaczący sposób zawęziłby konkurencję. Jak wykazywali Zamawiający i Przystępujący, a czemu nie zaprzeczył Odwołujący, system ORCID ma charakter otwarty i niekomercyjny. Członkostwo w ORCID ma charakter dobrowolny, a pobieranie danych z zasobów ORCID nie wymaga posiadania certyfikacji. Oznacza to, że brak posiadania certyfikacji przez Przystępującego nie generuje ryzyka ograniczenia możliwości pobierania danych z zasobów ORCID.

Jak wykazano w trakcie rozprawy, przedmiotowe funkcjonalności możliwe są do zrealizowania bez posiadania wspomnianego certyfikowania ORCID. Wymagania, na które wskazuje Odwołujący tj. 4, 28, 29, 31, 32, to wymagania, w ramach których Zamawiający przewiduje wyłącznie integrację, która jest dostępna dla każdego z Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Jak wskazał Przystępujący, dla realizacji ww. wymagań wystarczającym jest skorzystanie z publicznego i bezpłatnego interfejsu pobierania danych - Public API, który pozwala wypełnić sformułowane przez Zamawiającego w punktach 4, 28, 29, 31, 32 funkcjonalności w oczekiwany sposób.

Powyższe oznacza, że zarzut Odwołującego jest bezpodstawny.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr uiszczoną tytułem wpisu od odwołania. Zaliczyła także w poczet kosztów kwotę 3600 zł 00 gr tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, który wnosił o zwrot kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3.600 zł, przedstawiając fakturę.

Zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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), do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nie przekraczające łącznie kwoty 3600 złotych. Stosownie do zacytowanego przepisu rozporządzenia, pełnomocnikowi przysługiwał zwrot kosztów postępowania w kwocie nieprzekraczającej 3600 złotych.

Przewodniczący: