

Sygn. akt: KIO 2782/22

WYROK
z dnia 10 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 i 9 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2022r. przez odwołującego: **Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa** (Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa),

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem 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 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 21 października 2022 r. przez wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Utrzymanie i rozwój Platformy Informacyjnej m.st. Warszawy wraz z dostawą i utrzymaniem infrastruktury niezbędnej do poprawnego jej działania”. Nr referencyjny: ZP/LK/271/III-19/22. Numer ogłoszenia w TED: 2022/S 057-149739.

Odwołujący wskazał, że Zamawiającemu zarzuca dokonanie w toku Postępowania następujących czynności niezgodnych z ustawą:

1. Dokonanie nieprawidłowej czynności odrzucenia oferty Odwołującego na skutek wezwania Zamawiającego z dn. 8.07.2022 r. do uzupełnienia przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do osób skierowanych przez Odwołującego do realizacji zamówienia, pomimo nieustalenia, czy projekty wskazane w opisie doświadczenia osób skierowanych przez Odwołującego do udziału w realizacji doświadczenia (zawartym w oświadczeniu JEDZ Odwołującego) zostały zakończone i odebrane przez zlecającego, co doprowadziło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy;

2. Zaniechanie wezwania wykonawcy Eversis do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie przez wykonawcę Eversis warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do:

1) doświadczenia tego wykonawcy polegającego na wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwóch polegających na budowie, rozwoju i utrzymaniu portalu internetowego, o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto każda – warunek z pkt 12.2.1.2. SWZ, pomimo, że złożone przez tego wykonawcę podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na to, że zamówienia zrealizowane na rzecz miasta stołecznego Warszawy na podstawie umów o numerach UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/6/21 z 5.01.2021 r. i UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/67/21 z 18.05.2021 r. w zakresie rozbudowy Miejskiego portalu informacyjnego Urzędy m.st. Warszawy, zwanego dalej PIUW, nie obejmowały budowy portalu internetowego, a jedynie usługi rozwoju i utrzymania portalu internetowego,

2) dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia – menedżer projektu, lider zespołu administratorów oprogramowania, lider zespołu programistów, UI/UX Designer, grafik, które w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert brały udział w realizacji co najmniej dwóch projektów (zakończonych i odebranych przez zlecającego)

spełniających kryteria wskazane w punkcie 12.2.1.2 SWZ – warunek z pkt 12.2.2.1 – 12.2.2.7. WZ, pomimo, że wykonawca Eversis w oświadczeniu JEDZ złożonym wraz z ofertą nie zawarł - co było wymagane zgodnie z pkt 15.2. SWZ - opisu funkcji poszczególnych osób w Zespole, opisu posiadanego przez daną osobę doświadczenia: przedmiot i zakres usługi, nazwę podmiotu na rzecz którego była realizowana usługa, przy realizacji której brała udział wykazywana osoba oraz termin realizowanej usługi, nie wskazał posiadanych certyfikatów (o ile wymagane dla danej osoby), nie podał podstawy dysponowania wskazaną osobą,

- co skutkowało naruszeniem art. 128 ust. 1 ustawy;

3. Zaniechanie wezwania wykonawcy Eversis do poprawienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie przez wykonawcę Eversis warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do doświadczenia tego wykonawcy polegającego na wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwóch polegających na budowie, rozwoju i utrzymaniu portalu internetowego, o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto każda – warunek z pkt 12.2.1.2. SWZ, pomimo, że w oświadczeniu JEDZ wykonawca wskazał błędne daty początkowe oraz końcowe wykonania usług, niezgodne z treścią umów na podstawie których usługi były świadczone,

- co skutkowało naruszeniem art. 128 ust. 1 ustawy;

4. Nieuprawnione przyznanie ofercie wykonawcy Eversis punktów w kryterium Doświadczenie i kwalifikacje osób wyznaczonych do realizacji zamówienia wbrew określonym w SWZ zasadom, podczas gdy wykonawca Eversis nie przedstawił w oświadczeniu JEDZ złożonym wraz z ofertą informacji, które uzasadniałyby przyznanie punktów w tym kryterium, a Zamawiający zastrzegł że będzie przyznawał punkty bazując na Wykazie osób zamieszczonym w formularzu JEDZ złożonym wraz z ofertą, a niezłożenie wykazu lub złożenie go w niewłaściwy sposób lub w niewłaściwej formie będzie skutkowało przyznaniem ocenianej ofercie 0 punktów w tym kryterium,

- co stanowi naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy w związku z pkt 26.2.3. i pkt 26.2.4. SWZ.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. wezwanie wykonawcy Eversis do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie przez wykonawcę Eversis warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy oraz dysponowania osobami dedykowanymi do realizacji zamówienia;

4. wezwanie wykonawcy Eversis do poprawienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie przez wykonawcę Eversis warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy,
5. unieważnienie czynności przyznania punktów ofercie wykonawcy Eversis w kryterium Doświadczenie i kwalifikacje osób wyznaczonych do realizacji zamówienia,
6. dokonanie ponownej oceny ofert.

Wskazał, że „Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w Postępowaniu posiada interes w uzyskaniu zamówienia, które jest przedmiotem Postępowania. Odwołujący może ponieść szkodę na skutek niezgodnej z ustawą czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy. Poprzez dokonanie czynności przez Zamawiającego w sposób naruszający przepisy ustawy Odwołujący może być pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta Odwołującego została niezasadnie odrzucona. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Eversis Sp. z o.o., podczas gdy wykonawca ten ani nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ani nie przedstawił wymaganej informacji, które uzasadniałyby przyznanie punktów w kryterium Doświadczenie i kwalifikacje osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. W przypadku zgodnego z przepisami Pzp działania Zamawiającego oferta Odwołującego nie zostałaby odrzucona, a w związku z tym iż Odwołujący zaoferował najniższą cenę oferta Odwołującego uznana zostałaby za najkorzystniejszą. Z kolei wykonawca Eversis powinien zostać wezwany w trybie art. 128 ust. 1 ustawy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji szkodę polegającą na nieosiągnięciu korzyści finansowych (zysku). Uwzględnienie odwołania umożliwi Odwołującemu uzyskanie zamówienia. Mając na względzie powyższe należy uznać Odwołującego za podmiot uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp.”

W uzasadnieniu stanowiska podał w szczególności:

I. Niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego

1. Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego wskazując, że cyt.: „Wykonawca Integrated Solutions Sp. z o.o. w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, tj. do dnia 20.07.2022 r., nie uzupełnił JEDZ-y poprzez wykazanie doświadczenia osób spełniających warunki udziału w postępowaniu w punkcie 12.2.2.1 SWZ, 12.2.2.4 SWZ, 12.2.2.5 SWZ, 12.2.2.6 SWZ oraz 12.2.2.7 SWZ. W odniesieniu do oferty Integrated Solutions Sp. z o.o. należy dodatkowo podnieść, że Krajowa Izba Odwoławcza w

uzasadnieniu wyroku z 12.08.2022 r. (sygn. akt KIO 1897/22) wskazała, iż nie nakazała Zamawiającemu unieważnienia czynności dot. wezwania Odwołującego do uzupełnienia doświadczenia osób, uznając tym samym zarzut Odwołującego w tym zakresie za bezzasadny." Powyższa czynność Zamawiającego jest nieprawidłowa i niezasadna.

2. Z wyżej zacytowanej wypowiedzi Zamawiającego wynika błąd, który skutkował dokonaniem przez Zamawiającego nieprawidłowej czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Otóż Zamawiający w sposób wybiórczy odczytał uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO lub Izba), w którym Izba nie nakazała unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia w oświadczeniu JEDZ doświadczenia osób wskazanych do udziału w realizacji zamówienia nie dlatego, że zarzuty Odwołującego nie były zasadne, ale dlatego że KIO doszła do przekonania że konieczne jest zbadanie przez Zamawiającego, czy projekty opisane w doświadczeniu osób wskazanych przez Odwołującego w oświadczeniu JEDZ zostały zakończone i odebrane przez zlecającego. Wskazać należy, że w uzasadnieniu wyroku KIO wskazała, cyt.: „Izba nie nakazywała Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia w oświadczeniu JEDZ doświadczenia osób wskazanych do udziału w realizacji zamówienia (...) Jeśli wskazane przez odwołującego osoby nie wzięły udziału w realizacji co najmniej dwóch projektów zakończonych i odebranych przez zlecającego, to Zamawiający był uprawniony do wezwania Odwołującego do przedstawienia innych usług." KIO uznała, że wezwanie Odwołującego do uzupełnienia w oświadczeniu JEDZ doświadczenia osób wskazanych do udziału w realizacji zamówienia poprzez wskazanie innej usługi byłoby zasadne, o ile Zamawiający dokona ustalenia, że wskazane przez Odwołującego osoby nie brały udziału w realizacji co najmniej dwóch projektów zakończonych i odebranych przez zlecającego. Przy tym KIO nie rozstrzygnęła w uzasadnieniu wyroku, czy osoby wzięły czy nie wzięły udziału w realizacji co najmniej dwóch projektów zakończonych i odebranych przez zlecającego. Innymi słowy, w pierwszym rzędzie Zamawiający powinien dokonać ustalenia merytorycznego – co nakazała mu Izba – czy osoby wskazane przez Odwołującego w oświadczeniu JEDZ, tj. menedżer projektu, lider zespołu administratorów oprogramowania, lider zespołu programistów, UI/UX Designer, grafik, brały udział w realizacji co najmniej dwóch projektów zakończonych i odebranych przez zlecającego, o charakterze usługi opisanej w punkcie 12.2.1.2 SWZ. Przeprowadzenie przez Zamawiającego merytorycznych ustaleń powinno skutkować zweryfikowaniem okoliczności i podstaw wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (które nastąpiło przed wydaniem wyroku przez KIO) i ustaleniem, czy czynność ta jest nadal aktualna, a w konsekwencji uznaniem, że:

- a) pierwotne wezwanie było niezasadne, lub
- b) pierwotne wezwanie było zasadne.

Dopiero po przeprowadzeniu koniecznej weryfikacji merytorycznej Zamawiający mógłby dojść do przekonania, że podtrzymuje pierwotną czynność wezwania bądź ją modyfikuje albo unieważnia.

Tymczasem Zamawiający ustalenia w zakresie zobowiązany przez Izbę nie przeprowadził. Zamawiający zaniechał ustalenia, czy projekty opisane w doświadczeniu osób wskazanych przez Odwołującego w oświadczeniu JEDZ zostały zakończone i odebrane przez zlecającego. Jedyne co zrobił Zamawiający, to poczekał na upływ terminu określonego w wezwaniu skierowanym do Odwołującego w dn. 8.07.2022 r. – przed wydaniem przez Izbę wyroku w sprawie sygn. KIO 1897/22. Na skutek tego Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na upływ terminu wskazanego w wezwaniu skierowanym do Odwołującego w dn. 8.07.2022 r.

3. Podkreślenia wymaga fakt, że w wezwaniu skierowanym do Odwołującego w dn. 8.07.2022 r. Zamawiający żądał uzupełnienia doświadczenia osób skierowanych przez Odwołującego do realizacji zamówienia poprzez wykazanie w JEDZ innej usługi spełniającej wymagania określone przez Zamawiającego w pkt 12.2.1.2. SWZ, ponieważ kwestionował spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 12.2.1.2. SWZ, podnosząc, że cyt.: *„W zakresie wymaganych usług utrzymania Zamawiający informuje, że we wskazanym przez Oferenta czasookresie dla wskazanego projektu nie mogły być świadczone usługi utrzymania w zakresie dotyczącym Portalu, gdyż usługi utrzymania zgodnie z Umową mogą być świadczone w Etapie V Projektu i mogły być zlecone do realizacji po podpisaniu protokołu końcowego odbioru Projektu. Należy znów podkreślić, że do chwili obecnej protokół odbioru końcowego nie został podpisany (stan na dzień 04.07.2022 r.). Tym samym nie jest możliwe, aby takie usługi były zlecane podwykonawcom.”*

Odwołujący we wniesionym w dn. 18.07.2022 r. odwołaniu zarzucił, że powyższe działanie Zamawiającemu dokonane zostało z naruszeniem przepisów ustawy, a Izba w wyroku sygn. KIO1897/22 podzieliła stanowisko Odwołującego i uwzględniając zarzut nakazała unieważnienie Zamawiającemu czynności wezwania Odwołującego do wykazania w formularzu JEDZ innej usługi spełniającej wymagania określone w pkt 12.2.1.2. SWZ oraz nakazała wezwaniu Odwołującego do poprawienia formularza JEDZ w zakresie dat realizacji wskazanej dotychczas usługi oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert (po dokonaniu poprawieniu przez Odwołującego). Izba podkreśliła, że przedwczesne jest wezwanie Odwołującego do przedstawienia innej usługi w sytuacji braku zbadania wszelkich okoliczności dotychczas wskazywanej usługi (str. 13 wyroku, ostatnie zdanie pierwszego akapitu). W uzasadnieniu wyroku KIO podkreśliła m.in. cyt.: *„W ocenie Izby, jak kilkakrotnie wskazano powyżej, wezwanie do przedstawienia nowej usługi jest przedwczesne. Zasadne jest przyjrzenie się przez Zamawiającego wskazanej usłudze (pod kątem spełnienia*

wszystkich wymagań z pkt 12.2.1.2 SWZ) w prawidłowo wskazanych przez Odwołującego datach (po poprawieniu dokumentu JEDZ) oraz dokonanie ponownej analizy całej dokumentacji postępowania. Z tym zastrzeżeniem, że braki w dokumentacji, czy jej niejasności, nie mogą negatywnie obciążać wykonawcy” (strony 14 – 15 wyroku).

4. Na skutek wydania przez Izbę wyroku w sprawie sygn. KIO 1897/22 zmianie uległy okoliczności stanowiące podstawę wezwania Odwołującego przez Zamawiającego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Skutecznie podważone zostało stanowisko Zamawiającego, iż nie było możliwe świadczenie usług utrzymania portalu internetowego, a w związku z tym nie było możliwości zlecenia tych usług podwykonawcom. Odwołujący wykazał, a Zamawiający przyznał, dokonał odbioru usług budowy i wdrożenia portalu w grudniu 2020 r., i od grudnia 2020 r. świadczone były usługi utrzymania. Oznacza to, że okoliczności wskazane w uzasadnieniu wezwania Odwołującego do uzupełnienia w oświadczeniu JEDZ innej usługi niż tak wskazana, stały się nieaktualne.

5. KIO nie nakazywała Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia w oświadczeniu JEDZ doświadczenia osób wskazanych do udziału w realizacji zamówienia (menedżer projektu, lider zespołu administratorów oprogramowania, lider zespołu programistów, UI/UX Designer, grafik) poprzez wskazanie innej usługi / innych usług o charakterze usługi opisanej w pkt 12.2.1.2. SWZ. Izba nie mogła nakazać unieważnienia czynności wezwania, bowiem o unieważnieniu w sposób wiążący można byłoby mówić dopiero po dokonaniu przez Zamawiającego ustaleń merytorycznych, czy osoby wskazane przez Odwołującego w oświadczeniu JEDZ brały udział w realizacji co najmniej dwóch projektów zakończonych i odebranych przez zlecającego, o charakterze usługi opisanej w punkcie 12.2.1.2 SWZ (o czym mowa w pkt 2 wyżej). Izba w postępowaniu odwoławczym dokonuje jedynie weryfikacji czynności Zamawiającego podjętych lub zaniechanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w oparciu o oświadczenia oraz podmiotowe środki dowodowe, jakimi dysponował Zamawiający dokonując badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba nie jest uprawniona do tego, aby zastępować Zamawiającego w dalszych działaniach i dokonywać za niego oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

6. Podkreślenia wymaga, że Izba nie mogła nakazać unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia w oświadczeniu JEDZ opisu doświadczenia osób skierowanych do wykonania zamówienia, ponieważ Izba nie jest uprawniona do tego, aby zastępować Zamawiającego w działaniach podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a zebrany przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia materiał dowodowy nie pozwalał na ustalenie, czy wezwanie było zasadne, czy też nie było zasadne. Aby stwierdzić, czy wezwanie było zasadne, czy nie – Zamawiający

musiałby dokonać dodatkowych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o których mowa powyżej (pkt 2 i pkt 7 niżej).

7. Gdyby Zamawiający dokonał merytorycznych ustaleń, czy osoby wskazane przez Odwołującego w oświadczeniu JEDZ brały udział w realizacji co najmniej dwóch projektów zakończonych i odebranych przez zlecającego, o charakterze usługi opisanej w punkcie 12.2.1.2 SWZ (co nakazała Izba w wyroku sygn. KIO 1897/22), mógłby wówczas ocenić, czy czynność wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (czynność z dn. 8.07.2022 r.) jest niezasadna czy zasadna, po czym mógłby dojść do przekonania, że podtrzymuje czynność, albo ją unieważnia. Mógłby również dojść do przekonania, że wezwanie wymaga doprecyzowania.

Zamawiający powinien był ustalić, np. na podstawie uprawnień wynikających z art. 128 ust. 4 Pzp wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych, lub na podstawie uprawnień przyznanych Zamawiającemu w art. 128 ust. 5 ustawy poprzez zwrócenie się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Zamawiający nie przeprowadził jednak ustaleń merytorycznych – co nakazała mu Izba.

II. Zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie przez wykonawcę Eversis warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej

Doświadczenie wykonawcy

8. Zgodnie z pkt 12.2.1.2. SWZ za spełniającego warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uzna Wykonawcę, który w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie minimum dwie usługi polegające na budowie, rozwoju i utrzymaniu portalu internetowego, o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto każda. Jeżeli usługa obejmowała szerszy zakres niż opisany w ww. warunkach, wskazaną w każdym warunku minimalną wartość usługi należy odnieść jedynie do zakresu usługi opisanej w tym warunku.

9. W celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa wyżej, wykonawca Eversis wskazał w oświadczeniu JEZD złożonym wraz z ofertą następujące usługi, cyt.:

1) *„Usługa spełniająca kryterium SWZ 12.2.1.2 Rozbudowa Miejskiego portalu informacyjnego Urzędu m.st Warszawy zwanego dalej PIUW, serwis (utrzymanie) PIUW, realizacja godzin rozwojowych, w tym realizacja usług rozwoju PIUW której przedmiotem było Budowa, rozwój i utrzymanie informacyjnego portalu internetowego (umowa PIUW II), o wartości nie mniejszej niż 500 tyś, w którym wymagane było stworzenie nowych*

komponentów lub modyfikacje kodu komponentów napisanych w języku Java, UMIA/BC/C/OM/X/P2/26/6/21 Kwota: 775579 PLN (Złoty), Data początkowa: 05-01-2021, Data końcowa: 27-05-2021, odbiorcy: Miasto stołeczne Warszawa Plac Bankowy 3/5 00-950 Warszawa”

2) „Usługa spełniająca kryterium SWZ 12.2.1.2 Rozbudowa Miejskiego portalu informacyjnego Urzędu m.st Warszawy zwanego dalej PIUW, serwis (utrzymanie) PIUW, realizacja godzin rozwojowych, w tym realizacja usług rozwoju PIUW której przedmiotem było Budowa, rozwój i utrzymanie informacyjnego portalu internetowego (PIUW III), o wartości nie mniejszej niż 500 tyś, w którym wymagane było stworzenie nowych komponentów lub modyfikacje kodu komponentów napisanych w języku Java, UMIA/BC/C/OM/X/P2/26/67/21; Kwota: 799955 PLN (Złoty), Data początkowa: 18-05-2022, Data końcowa: 27-10-2021, odbiorcy: Miasto stołeczne Warszawa Plac Bankowy 3/5 00-950 Warszawa”

Podkreślenia wymaga fakt, że w ramach obu usług wskazanych w oświadczeniu JEDZ wykonawca Eversis nie realizował usługi budowy portalu internetowego. Jest tak z następujących powodów:

10. Zgodnie z umową nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/26/6/21 z 5.01.2021 r. w zakresie rozbudowy Miejskiego portalu informacyjnego Urzędy m.st Warszawy zawartej pomiędzy m.st. Warszawa i wykonawcą Eversis (prawidłowy numer umowy: UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/6/21), świadczone przez wykonawcę usługi obejmowały rozbudowę PIUW, serwis (utrzymanie) PIUW i realizację godzin rozwojowych, w tym usług rozwoju PIUW. Analiza umowy i załączników (§ 2 ust. 2 umowy, załącznik nr 1 do umowy, załącznik nr 13 do umowy) wskazuje, że rozbudowa PIUW polegała w praktyce na migracji treści serwisów tematycznych Zamawiającego do PIUW, indeksowanie treści serwisów tematycznych Zamawiającego w PIUW, rozwój i tworzenie elementów funkcjonalnych i niefunkcjonalnych – modyfikacje i podprojekty. Żadna z tych usług, prac nie jest budową portalu informatycznego.

Dowód 2: umowa nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/6/21 z 5.01.2021 r. w zakresie rozbudowy Miejskiego portalu informacyjnego Urzędy m.st Warszawy zawartej pomiędzy m.st. Warszawa i wykonawcą Eversis (umowa PIUW II)

11. Umowa nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/26/67/21 z dn. 18.05.2021 r. w zakresie rozbudowy Miejskiego portalu informacyjnego Urzędy m.st Warszawy zawartej pomiędzy m.st. Warszawa i wykonawcą Eversis (prawidłowy numer umowy: UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/67/21), obejmuje taki sam zakres usług jak umowa z 5.01.2021 r., tj. rozbudowę PIUW, serwis (utrzymanie) PIUW i realizację godzin rozwojowych, w tym usług rozwoju PIUW. Analiza umowy i załączników (§ 2 ust. 2 umowy, załącznik nr 1 do umowy, załącznik nr 13 do umowy) wskazuje, że rozbudowa PIUW polegała w praktyce na migracji treści serwisów tematycznych Zamawiającego do PIUW, indeksowanie treści serwisów tematycznych

Zamawiającego w PIUW, rozwój i tworzenie elementów funkcjonalnych i нефункциональных – modyfikacje i podprojekty. Żadna z tych usług, prac nie jest budową portalu informatycznego. Dowód 3: umowa nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/67/21 z 18.05.2021 r. w zakresie rozbudowy Miejskiego portalu informacyjnego Urzędy m.st. Warszawa zawartej pomiędzy m.st. Warszawa i wykonawcą Eversis (umowa PIUW III)

12. Wykonawca Eversis nie wykonał usługi budowy portalu internetowego w ramach umów nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/6/21 z 5.01.2021 r. (PIUW II) i nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/67/21 z 18.05.2021 r. (PIUW III), ponieważ budowa Miejskiego portalu informacyjnego miasta stołecznego Warszawy została zakończona we wrześniu 2020 r. – zgodnie z umową nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/43/19-20 z 17.06.2019 r. zawartą pomiędzy m.st. Warszawa i wykonawcą Eversis, której przedmiotem była budowa Miejskiego Portalu Informacyjnego miasta stołecznego Warszawy (PIUW) wraz z jego serwisem (utrzymaniem) i jego rozwojem. W ramach budowy PIUW wykonawca wykonał usługi polegające na opracowaniu dokumentacji przedwdrożeniowej, uruchomieniu systemu w środowisku testowym (tzw. wersja beta), zakończeniu migracji oraz integracji, uruchomieniu systemu w środowisku produkcyjnym, odbiorze systemu. Dowód: umowa nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/43/19-20 z 17.06.2019 r. zawarta pomiędzy m.st. Warszawa i wykonawcą Eversis

13. Analiza umów, o których mowa wyżej, jednoznacznie wskazuje, że wykonawca Eversis wykonał usługę budowy i wdrożenia (uruchomienia) PIUW na podstawie umowy nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/43/19-20 zawartej w 2019 r., a na podstawie umów nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/6/21 i nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/67/21 zawartych w 2021 r. świadczył jedynie usługi rozwoju i utrzymania zbudowanego i uruchomionego wcześniej portalu informatycznego. Dowodem na ten fakt jest przede wszystkim opis przedmiotu umów, zawarty również w załącznikach nr 1 do umów, z którego wynika niezbicie, że usługi realizowane przez wykonawcę Eversis polegały na:

- migracji treści serwisów tematycznych Zamawiającego do PIUW – które polegają na przeniesieniu danych z jednego systemu informatycznego, baz danych, formatu danych, do innego systemu – nie są zatem budową portalu internetowego, a jedynie działaniem wykorzystującym i przenoszącym dane pomiędzy już istniejącymi portalami (systemami);
- indeksowaniu treści serwisów tematycznych Zamawiającego w PIUW – które polegają na systemowej analizie plików poprzez specjalnie zaprogramowane do tego narzędzia. Indeksowanie to zbieranie informacji o treści, frazach kluczowych, linkach i obrazach znajdujących się w systemie i zapisywanie ich w bazie danych – usługi te nie są zatem budową portalu internetowego, ale działaniem podejmowanym w już wybudowanym i uruchomionym portalu (systemie).
- rozwoju i tworzeniu elementów funkcjonalnych i нефункциональных – modyfikacje i podprojekty – które polegają na:

- Modyfikacje – zmiana sposobu działania oprogramowania względem wersji odbiorowej PIUW I; np. korekta lub uzupełnienie istniejącej funkcjonalności portalu,
- podprojekty – poświęcone są tworzeniu nowych lub złożonych funkcjonalności i komponentów portalu.

14. Zasadności powyższego stanowiska dowodzą również protokoły odbioru usług wykonanych w ramach umów nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/6/21 i nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/67/21 zawartych przez wykonawcę Eversis z miastem stołecznym Warszawa w 2021 r., złożone przez wykonawcę w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dokonane w trybie art. 126 ust. 1 ustawy. W treści protokołów odbioru Zamawiający nie potwierdził wykonania przez wykonawcę Eversis usług budowy portali internetowych, a jedynie wykonanie usług obejmujących poprawienie przekazanych dokumentów w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, wykonanie wymaganych szkoleń, przeprowadzenie warsztatów, przekazanie i poprawienie we wskazanym przez Zamawiającego zakresie mechanizmów dla wskaźników SLA, dokonał poprawek we wskazanych podprojektach i modyfikacjach zgodnie z zakresem uwag przekazanych przez Zamawiającego, wykonał zlecone zmiany polegające na rozszerzeniu funkcjonalności w ramach modyfikacji, osiągnął wymagany poziom kryterium sukcesu w ramach prowadzonych testów, zmodyfikował wskazane narzędzia, zmodyfikował plan projektu, przekazał zaktualizowany harmonogram, dostarczył indeksację serwisu stypendium.um.warszawa.pl, raport z Testów Wykonawcy, modyfikację struktur danych (baza danych, struktury treści) i modyfikację mechanizmu przekierowania. Dowody 4 – 8: protokoły odbioru częściowego etapów usług wykonanych w ramach umów nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/6/21 i nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/67/21 złożone przez wykonawcę Eversis w dn. 22.09.2022 r. – w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

15. Kluczowym dla zbadania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy w przypadku projektów zgłoszonych przez wykonawcę Eversis jest zbadanie zakresu wskazanych umów. Warunek sformułowany przez Zamawiającego jest precyzyjny - dopuszcza jedynie usługi polegające na budowie, rozwoju i utrzymaniu portalu internetowego. Fakt wyodrębnienia i rozróżnienia usług polegających na budowie oraz na rozwoju systemu jednoznacznie wskazuje na jedyny możliwy sposób interpretacji warunku. W żadnej ze wskazanych przez wykonawcę Eversis usług nie możemy mówić o budowie systemu (portal), a jedynie o jego rozwoju (rozbudowie) oraz utrzymaniu (serwisie). Z ostrożności należy podkreślić, że ewentualne uznanie rozbudowy portalu o nowy moduł lub nową funkcjonalność nie może być uznany za budowę systemu, gdyż jest to klasyczny przykład usług rozwojowych, które również miały być wykonane niezależnie od budowy portalu. Dodatkowo warto zauważyć, że wykonawca Eversis wskazał w oświadczeniu JEDZ jako osobne usługi dwie umowy dotyczące realizacji takich samych usług dla tego samego

systemu informatycznego PIUW. Potwierdza to treść umów, z których każda kolejna umowa dotyczyła rozwoju (według nomenklatury umowy – rozbudowy), a nie budowy portalu – a to budowa portalu była wymagana do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

16. Porównanie usług wykonanych przez wykonawcę Eversis w ramach umów nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/6/21 i nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/67/21 zawartych w 2021 r. z zakresem usług wykonanych w toku realizacji umowy nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/43/19-20 z 17.06.2019 r. na budowę Miejskiego Portalu Informacyjnego miasta stołecznego Warszawy (PIUW) wraz z jego serwisem (utrzymaniem) i jego rozwojem potwierdza zasadność podniesionego zarzutu. Wskazane w oświadczeniu JEDZ dwie usługi zrealizowane na rzecz miasta stołecznego Warszawy na podstawie umów o numerach UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/6/21 z 5.01.2021 r. i UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/67/21 z 18.05.2021 r. w zakresie rozbudowy Miejskiego portalu informacyjnego Urzędy m.st Warszawy, zwanego dalej PIUW, nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na to, że zamówienia nie obejmowały budowy portalu internetowego, a jedynie usługi rozwoju i utrzymania portalu internetowego.

17. Podsumowując, usługi wskazane przez wykonawcę Eversis w oświadczeniu JEDZ nie spełniają wymagań postawionych przez Zamawiającego z uwagi na brak pokrycia zakresem usług polegających na budowie portalu. Są to takie same usługi (o takim samym zakresie) i dotyczą jednego systemu informatycznego. Tymczasem w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu konieczne było wykazanie realizacji co najmniej dwóch usług obejmujących budowę, rozwój i utrzymanie portalu internetowego.

18. Z ostrożności wskazać należy na jeszcze jeden fakt, a mianowicie wymaganie zawarte w warunku udziału w postępowaniu opisanym w pkt 12.2.1.2. SWZ, aby każda usługa była o wartości co najmniej 500 000 zł brutto. Z treści umów nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/6/21 i nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/67/21 wynika, że wynagrodzenie należne wykonawcy z tytułu wykonania prac określonych w § 2 ust. 1 lit. a), tj. usług rozbudowy PIUW, obejmuje również przeniesienie na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do utworów powstałych w związku z wykonaniem umów. W świetle zastrzeżenia zawartego w uwagach do pkt 12.2.1 SWZ – pkt 2 w brzmieniu cyt.: „Jeżeli usługa obejmowała szerszy zakres niż opisany w ww. warunkach, wskazaną w każdym warunku minimalną wartość usługi należy odnieść jedynie do zakresu usługi opisanej w tym warunku.”, kwoty wskazane przez wykonawcę Eversis w oświadczeniu JEDZ w odniesieniu do każdej z tych usług nie zostały określone w prawidłowy sposób. Kwoty te bowiem dotyczą łącznego wynagrodzenia należnego wykonawcy za wykonanie umowy, które to wynagrodzenie obejmuje nie tylko wynagrodzenie za rozbudowę, serwis i godziny rozwojowe, ale także wynagrodzenie za przeniesienie na Zamawiającego autorskich praw

majątkowych. Z uwagi na powyższe Zamawiający nie może jednoznacznie ocenić, że wartość badanych usług przekracza minimalny próg warunku.

Osoby skierowane do udziału w realizacji zamówienia

19. Zgodnie z pkt 15.2. SWZ Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), który stanowi wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, a także zawiera istotne informacje wymagane przez Zamawiającego.

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, wypełniając formularz JEDZ w zakresie części IV (kryteria kwalifikacji) sekcja C – Zdolność techniczna i zawodowa – wykształcenie i kwalifikacje zawodowe, wykonawca miał szczegółowo opisać kwalifikacje każdego pracownika wskazanego do wykonania przedmiotowego zamówienia w odniesieniu do wszystkich wymagań Zamawiającego, opisanych w pkt 12.2.2. SWZ, wpisując m.in. dane wymagane przez Zamawiającego zamieszczone poniżej:

- imię i nazwisko danej osoby,
- funkcja w Zespole (np. Kierownik Projektu),
- opis posiadanego przez daną osobę doświadczenia: przedmiot i zakres usługi, nazwę podmiotu na rzecz którego była realizowana usługa, przy realizacji której brała udział wykazywana osoba oraz termin realizowanej usługi,
- posiadane certyfikaty (o ile wymagane dla danej osoby),
- podstawę dysponowania wskazaną osobą.

20. Wykonawca Eversis w oświadczeniu JEDZ złożonym wraz z ofertą w części IV sekcja C wykształcenie i kwalifikacje zawodowe wpisał jedynie imiona i nazwiska osób skierowanych do udziału w realizacji zamówienia, a zaniechał szczegółowego opisu kwalifikacji każdego pracownika wskazanego do wykonania przedmiotowego zamówienia w odniesieniu do wszystkich wymagań Zamawiającego. Na skutek tego zaniechania wykonawca Eversis nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 12.2.2. SWZ.

21. Wobec powyższego Zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę Eversis na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy do uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Zamawiający naruszył przepisy ustawy z uwagi na zaniechanie dokonania powyższych czynności.

22. Zamawiający poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Eversis do uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, z powodu niekompletności, tj. braku opisu doświadczenia i funkcji osób skierowanych do udziału w realizacji zamówienia w oświadczeniu JEDZ (zgodnie z wymaganiami pkt 15.2 SWZ), naruszył również zasady

równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający w sposób szczegółowy dokonywał badania i oceny podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń złożonych w postępowaniu przez Odwołującego, a wobec stwierdzenia że takie dokumenty i oświadczenia są niekompletne lub zawierają błędy, wzywał Odwołującego do ich uzupełniania i poprawienia. Jednakże w odniesieniu do wykonawcy Eversis Zamawiający zaniechał dokonania starannego badania i oceny podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń złożonych w postępowaniu, o czym świadczy zaniechanie wezwania wykonawcy Eversis do uzupełnienia oświadczeniu JEDZ. Obowiązek równego traktowania oznacza zakaz faworyzowania, jak i dyskryminacji, która nie ma żadnego uzasadnienia. Wynika z tej zasady konieczność identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna.

III. Zaniechanie wezwania do poprawienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie przez wykonawcę Eversis warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej

23. Odwołujący podnosi ponadto, że w złożonym wraz z ofertą oświadczeniu JEDZ wykonawca Eversis wskazał nieprawidłowe daty rozpoczęcia i zakończenia świadczenia usług, które to daty są niezgodne z treścią umów, na podstawie których usługi były świadczone. Jako datę zakończenia usług na podstawie umowy nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/6/21 wykonawca Eversis wskazał w oświadczeniu JEDZ 27.05.2021 r. – tymczasem zgodnie z umową usługa była świadczona do 30.04.2021 r. Jako datę zakończenia usług na podstawie umowy nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/67/21 wykonawca Eversis wskazał w oświadczeniu JEDZ 27.05.2021 r. – tymczasem zgodnie z umową usługa była świadczona od dnia zawarcia, tj. 18.05.2021 r. przez okres 24 tygodni, zatem zakończenie umowy nastąpiło z dniem 2.11.2021 r. Ponadto, jako datę rozpoczęcia usług na podstawie umowy nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/67/21 wykonawca Eversis wskazał w oświadczeniu JEDZ 18.05.2022 r. – tymczasem umowa została zawarta 18.05.2021 r. i z tą datą rozpoczęło się świadczenie usług.

24. Wobec powyższego Zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawcę Eversis na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do poprawienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, ponieważ zawierają błędy. Użycie w przepisie art. 128 ust. 1 ustawy kategorycznego sformułowania „wzywa” oznacza, że Zamawiający nie ma dowolności w stosowaniu tego przepisu. Jeśli w określonym stanie faktycznym zostanie spełniona jedna z przesłanek warunkująca stosowania tego przepisu, Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do odpowiednio złożenia, poprawienia lub uzupełnienia stosownych oświadczeń lub

dokumentów. Zamawiający naruszył przepisy ustawy z uwagi na zaniechanie dokonania powyższych czynności.

25. Podkreślenia wymaga również okoliczność, że Zamawiający poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Eversis do poprawienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, ponieważ zawierają błędy, naruszył również zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający w sposób szczegółowy dokonywał badania i oceny podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń złożonych w postępowaniu przez Odwołującego, a wobec stwierdzenia że takie dokumenty i oświadczenia są niekompletne lub zawierają błędy, wzywał Odwołującego do ich uzupełniania i poprawienia. Jednakże w odniesieniu do wykonawcy Eversis Zamawiający zaniechał dokonania starannego badania i oceny podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń złożonych w postępowaniu, o czym świadczy zaniechanie wezwania wykonawcy Eversis do poprawienia błędów w oświadczeniu JEDZ.

Obowiązek równego traktowania oznacza zakaz faworyzowania, jak i dyskryminacji, która nie ma żadnego uzasadnienia. Wynika z tej zasady konieczność identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna.

IV. Nieuprawnione przyznanie ofercie wykonawcy Eversis punktów w kryterium Doświadczenie i kwalifikacje osób wyznaczonych do realizacji zamówienia wbrew określonym w SWZ zasadom

26. Zgodnie z pkt 26.2.3.1 SWZ, w celu otrzymania punktów w ramach kryterium Doświadczenie i kwalifikacje osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, należało złożyć wraz z ofertą formularz JEDZ zawierający wykaz osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, które posiadają kwalifikacje i doświadczenie opisane poniżej. W formularzu JEDZ należało podać m.in. informacje wskazane w pkt 15.2. tiret czwarty SWZ.

27. Zgodnie z pkt 15.2. tiret czwarty SWZ Zamawiający wymagał, aby w oświadczeniu JEDZ w zakresie części IV (kryteria kwalifikacji) sekcja C – Zdolność techniczna i zawodowa – wykształcenie i kwalifikacje zawodowe, szczegółowo opisać kwalifikacje każdego pracownika wskazanego do wykonania przedmiotowego zamówienia w odniesieniu do wszystkich wymagań Zamawiającego, opisanych w pkt 12.2.2. SWZ, wpisując m.in. dane wymagane przez Zamawiającego zamieszczone poniżej:

- imię i nazwisko danej osoby,
- funkcja w Zespole (np. Kierownik Projektu),
- opis posiadanego przez daną osobę doświadczenia: przedmiot i zakres usługi, nazwę podmiotu na rzecz którego była realizowana usługa, przy realizacji której brała udział wykazywana osoba oraz termin realizowanej usługi,
- posiadane certyfikaty (o ile wymagane dla danej osoby),

- podstawę dysponowania wskazaną osobą.

28. Nadto, zgodnie z pkt 26.2.4. SWZ, wykaz osób, w zakresie wymaganym do oceny w kryterium Doświadczenie i kwalifikacje osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, nie podlega uzupełnieniu. Zamawiający będzie przyznawał punkty, bazując na Wykazie osób zamieszczonym w formularzu JEDZ złożonym wraz z ofertą. Niezłożenie wykazu lub złożenie go w niewłaściwy sposób lub w niewłaściwej formie będzie skutkowało przyznaniem ocenianej ofercie 0 punktów w tym kryterium.

29. Prawidłowe zastosowanie wymagań określonych przez Zamawiającego w SWZ dotyczących oceny ofert w zakresie kryterium Doświadczenie i kwalifikacje osób wyznaczonych do realizacji zamówienia oznacza, że oferta wykonawcy, który w oświadczeniu JEDZ złożonym wraz z ofertą nie opisał szczegółowo kwalifikacji każdego pracownika wskazanego do wykonania przedmiotowego zamówienia w odniesieniu do wszystkich wymagań Zamawiającego, opisanych w pkt 12.2.2. SWZ, wpisując m.in. dane wymagane przez Zamawiającego, winna otrzymać 0 pkt w przedmiotowym kryterium.

30. Tymczasem Zamawiający – oceniając ofertę wykonawcy Eversis – nie zastosował się do zasad określonych w SWZ. Pomimo faktu, że wykonawca Eversis w złożonym wraz z ofertą oświadczeniu JEDZ nie zamieścił wykazu osób ze szczegółowym opisem kwalifikacji każdego pracownika wskazanego do wykonania zamówienia w odniesieniu do wszystkich wymagań Zamawiającego, opisanych w pkt 12.2.2. SWZ, i nie wpisał danych wymaganych przez Zamawiającego w pkt 15.2. tiret czwarte SWZ (wpisał jedynie imiona i nazwiska osób), Zamawiający przyznał ofercie wykonawcy Eversis 30 punktów w kryterium Doświadczenie i kwalifikacje osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Działanie takie stanowi naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy w związku z pkt 26.2.3. i 26.2.4. SWZ.

31. Przyznanie przez Zamawiającego ofercie wykonawcy Eversis punktów w kryterium Doświadczenie i kwalifikacje osób wyznaczonych do realizacji zamówienia wbrew określonym w SWZ zasadom, tj. na podstawie opisu doświadczenia zawartego w formularzu wypełnianym przez wykonawców w systemie elektronicznym, w którym składana była oferta, jest czynnością nieprawidłową. Wykonawca Eversis nie przedstawił w oświadczeniu JEDZ złożonym wraz z ofertą informacji, które uzasadniałyby przyznanie punktów w tym kryterium, a Zamawiający zastrzegł w SWZ, że będzie przyznawał punkty bazując na wykazie osób zamieszczonym w formularzu JEDZ złożonym wraz z ofertą. Zamawiający zastrzegł również, że niezłożenie wykazu lub złożenie go w niewłaściwy sposób lub w niewłaściwej formie będzie skutkowało przyznaniem ocenianej ofercie 0 punktów w tym kryterium. Nie ma zatem znaczenia, że wykonawca Eversis opisał doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia w formularzu wypełnianym w systemie elektronicznym, bowiem takie działanie wykonawcy należy uznać za złożenie wykazu osób w niewłaściwy sposób i niewłaściwej formie. Ponieważ wykonawca Eversis w oświadczeniu JEDZ nie zamieścił wykazu osób ze

szczegółowym opisem kwalifikacji każdego pracownika wskazanego do wykonania zamówienia, bez znaczenia dla oceny oferty w omawianym kryterium pozostaje fakt czy i gdzie wykonawca opisał doświadczenie osób.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców. Termin na zgłoszenie takiego przystąpienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej – zgodnie z art. 525 ustawy Pzp - upływał w dniu 27/10/2022. Jak podał Zamawiający w piśmie z dnia 25.10.2022 w jego punkcie 4): *„w dniu 24 października 2022 r. Zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Forma przekazania kopii odwołania: za pośrednictwem poczty elektronicznej”*.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 2/11/22) wniósł:

(....)

1) w zakresie zarzutu opisanego w pkt 1 odwołania – odrzucenie zarzutu na podstawie art. 528 pkt 3 i 4) ustawy Pzp ewentualnie o oddalenie tego zarzutu, jako bezzasadnego;

2) w zakresie pozostałych zarzutów opisanych w pkt 2-4 odwołania – oddalenie odwołania, jako bezzasadnego.

W uzasadnieniu stanowiska w szczególności wskazał:

W zakresie zarzutu 1: (...)

Wskazał (...), że kwestia prawidłowości powyższego wezwania została już rozstrzygnięta wyrokiem KIO 1897/22 z 12 sierpnia 2022 r. Izba nakazała wówczas Zamawiającemu jedynie unieważnienie czynności wezwania Odwołującego do wykazania w formularzu JEDZ innej usługi spełniającej wymagania określone w pkt 12.2.1.2. SWZ i nakazała wezwanie Odwołującego do poprawienia formularza JEDZ w zakresie dat realizacji wskazanej dotychczas usługi oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny oferty (po dokonanych poprawieniach przez Odwołującego). Jednocześnie, w uzasadnieniu przywołanego wyżej wyroku KIO wyraźnie wskazała, że „Izba nie nakazywała Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia w oświadczeniu JEDZ doświadczenia osób wskazanych do udziału w realizacji zamówienia (...) poprzez wykazanie innej usługi/innych usług o charakterze usługi opisanej w punkcie 12.2.1.2. SWZ, w których dane osoby brały udział i pełniły opisane przez Zamawiającego czynności określone w warunkach udziału w postępowaniu odpowiednio w pkt 12.2.2.1. SWZ, 12.2.2.4. SWZ, 12.2.2.5. SWZ, 12.2.2.6. SWZ oraz 12.2.2.7. SWZ, oraz uzupełnienia oświadczenia JEDZ o inne osoby spełniające

wymagania określone przez Zamawiającego w SWZ”. Ponadto, jak uznała Izba: „Zgodnie z treścią tego warunku Zamawiający wymagał, aby zgłoszona osoba wykazała, że w określonym czasie brała udział w realizacji co najmniej dwóch projektów (zakończonych i odebranych przez zlecającego). To oznacza, że uzasadnione jest wielokrotnie podkreślane przez Zamawiającego wymaganie, aby projekty były zakończone. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie są zakończone projekty, które cały czas trwają, a ich odbiór dokonywany jest etapami. Jeśli wskazane przez Odwołującego osoby nie wzięły udziału w realizacji co najmniej dwóch projektów zakończonych i odebranych przez zlecającego, to Zamawiający był uprawniony do wezwania Odwołującego do przedstawienia innych usług”.

Zamawiający wskazuje, że wykonał powyższy wyrok KIO. Zamawiający, w piśmie z dnia 31 sierpnia 2022 r., poinformował Odwołującego o unieważnieniu czynności wezwania do wykazania w formularzu JEDZ innej usługi spełniającej wymagania określone w pkt. 12.2.1.2. SWZ i jednocześnie wezwał Odwołującego do poprawienia formularza JEDZ w zakresie realizacji projektu moja.warszawa19115.pl. Dowód: pismo Zamawiającego z 31 sierpnia 2022 r. Jeżeli Odwołujący nie zgadzał się z wyrokiem KIO 1897/22 z 12 sierpnia 2022 r., to miał możliwość zaskarżenia go w części dot. wezwania do uzupełniania w oświadczeniu JEDZ doświadczenia osób wskazanych do udziału w realizacji zamówienia. Możliwość zaskarżenia zarzutów oddalonych w uzasadnieniu, a nierozstrzygniętych w sentencji wyroku KIO została potwierdzona przez Sąd Najwyższy. Jako, że skarga Odwołującego na powyższy wyrok nie wpłynęła, należy stwierdzić, że wyrok KIO 1897/22 z 12 sierpnia 2022 r. uprawomocnił się w wyżej wymienionym zakresie. Mając to na uwadze, należy uznać, że Odwołujący powołuje się obecnie wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania (KIO 1897/22), dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego Odwołującego. To z kolei, w ocenie Zamawiającego, powinno skutkować odrzuceniem odwołania w zakresie zarzutu opisanego w pkt 1 odwołania, na podstawie art. 528 pkt 4) ustawy Pzp.

II. Jeśli Izba, nie podzieli argumentacji przemawiającej w ocenie Zamawiającego za odrzuceniem odwołania w zakresie zarzutu 1 na podstawie art. 528 pkt 4) ustawy Pzp, to Zamawiający wskazuje, że odwołanie powinno zostać również odrzucone na podstawie przepisu art. 528 pkt 3) ustawy Pzp, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Odwołujący próbuje obecnie wykazać, że Zamawiający nie wykonał wyroku KIO 1897/22 z 12 sierpnia 2022 r., co nie jest prawdą. Jak zostało wskazane powyżej, Zamawiający wystosował do Odwołującego pismo z 31 sierpnia 2022 r., w którym, powołując się na ww. wyrok, unieważnił czynność wezwania Odwołującego w zakresie wykazania w formularzu JEDZ innej usługi spełniającej wymagania określone w pkt 12.2.1.2. SWZ oraz wezwał Odwołującego do poprawienia formularza JEDZ w zakresie dat realizacji projektu moja.warszawa19115.pl. Jeżeli Odwołujący nie zgadzał się z treścią i zakresem wezwania z

dnia 31 sierpnia 2022 r., to również miał możliwość jego zaskarżenia, poprzez wniesienie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej w terminie zakreślonym w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Odwołujący nie skorzystał wówczas z przysługującego mu w tym zakresie uprawnienia. Jednocześnie Odwołujący próbuje zakwestionować tę czynność Zamawiającego w obecnym odwołaniu, co należy uznać za działanie spóźnione, a tym samym nieuprawnione i bezzasadne. To z kolei, w ocenie Zamawiającego, powinno skutkować odrzuceniem odwołania w zakresie zarzutu opisanego w pkt 1 odwołania, na podstawie art. 528 pkt 3) ustawy Pzp.

III. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie wezwania Wykonawcy Eversis do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a tym samym naruszenie przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazuje, że nie naruszył swoim działaniem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie zachodziły przesłanki obligujące go do wystosowania wezwania na podstawie tego przepisu. W pierwszej kolejności, należy zauważyć, że umowy o nr UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/6/21 z 5 stycznia 2021 r. oraz UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/67/21 z 18 maja 2021 r., które przedstawił Wykonawca Eversis, obejmowały swoim zakresem budowę portalu internetowego, a nie jedynie jego rozwój i utrzymanie, jak twierdzi Odwołujący. Oznacza to, że Zamawiający prawidłowo uznał je za spełniające warunek określony w pkt 12.2.1.2. SWZ. Zamawiający wskazuje, że powyższe umowy dotyczyły zamówień powtarzanych, pozostających w ścisłej relacji z umową podstawową, która dotyczyła budowy Miejskiego Portalu Informacyjnego Urzędu m.st. Warszawy (projekt PIUW). Ponadto, przedmiotem powyższych umów była m.in. „rozbudowa” portalu internetowego, co w praktyce, zdaniem Zamawiającego oznacza to samo, co „budowa”, gdyż w efekcie powstał nowy system o zupełnie nowej funkcjonalności (poszerzonej o nowe moduły). Każda z trzech umów, które dotyczą projektu PIUW, wprowadzała zupełnie nowe moduły. W tym miejscu należy podkreślić, iż portal, który został wytworzony w ramach realizacji umowy podstawowej nie został uruchomiony produkcyjnie, zatem nie można uznać, iż był on już zamkniętą całością. Umowy powtórzeniowe, poprzez budowę nowych funkcjonalności, de facto doprowadziły dopiero do budowy portalu jako całości, a nie jedynie, jak błędnie ocenia Odwołujący, jego rozwoju. Jako, że w SWZ nie została określona definicja „budowy” portalu internetowego, ani też nie zostało wskazane, że umowa, wykazywana na spełnianie warunku z pkt 12.2.1.2. SWZ nie może pozostawać w relacji z inną umową, to Zamawiający postanowił rozstrzygnąć wszelkie wątpliwości na korzyść Wykonawcy. Stanowisko takie jest zgodne z linią orzecniczą nie tylko Krajowej Izby Odwoławczej, ale też sądów okręgowych i Sądu Najwyższego, a także wielokrotnie podkreślane w opiniach i komunikatach Urzędu Zamówień Publicznych. Jednocześnie, należy zauważyć, że w zakresie każdej z przedstawionych przez Wykonawcę Eversis umów, wymienione zostały elementy, które nie

stanowiły ani utrzymania ani rozwoju tylko tzw. twardy zakres. Zakres ten został szczegółowo opisany w OPZ i nie był realizowany z godzin przeznaczonych na realizację rozwoju, wobec czego Zamawiający traktował te elementy, jako „budowę”, a nie rozwój portalu. Potwierdza to również przyjęty w umowach sposób rozliczania - w zakresie dotyczącym budowy/rozbudowy strony uzgodniły zryczałtowaną stawkę, z kolei rozwój był rozliczany godzinowo, w zależności od faktycznych potrzeb Zamawiającego. Powyższe, potwierdza również sposób wewnętrznego finansowania i rozliczeń księgowych Urzędu m.st. Warszawy w zakresie projektów informatycznych. Umowy dotyczące nowych projektów są finansowane ze środków inwestycyjnych, w przeciwieństwie do umów na rozwój i utrzymanie dotychczasowych narzędzi/projektów, które są finansowane w zupełnie inny sposób.

IV. W przedmiocie zaniechania wezwania Wykonawcy Eversis do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie przez Wykonawcę Eversis warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, pomimo, że Wykonawca ten nie zawarł w oświadczeniu JEDZ opisu funkcji, doświadczenia oraz innych informacji dotyczących przedstawionych osób, Zamawiający wyjaśnia, że w jego ocenie również w tym przypadku nie ziszcili się przesłanki do zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie był zobligowany do wystosowania do Wykonawcy Eversis wezwania na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem posiadał wszystkie informacje, potrzebne do zweryfikowania oferty tego Wykonawcy. Wykonawca Eversis złożył ofertę, z której treści wynikało bezsprzecznie, że dysponuje zespołem osób, spełniających wymagania postawione przez Zamawiającego w pkt 12.2.2. SWZ. Jednocześnie, Wykonawca Eversis, przedstawił dokładnie tę samą listę osób w formularzu JEDZ jednakże nie zawarł przy tym dodatkowych informacji na temat tych osób. Jako, że wszelkie przedstawione w ofercie oraz formularzu JEDZ informacje należy odczytywać łącznie, jako jedno, spójne oświadczenie wykonawcy, gdyż dokument JEDZ jest załącznikiem do oferty, dlatego też Zamawiający, uznał, że posiada pełną wiedzę na temat poszczególnych osób wchodzących w skład Zespołu, przedstawionego przez Wykonawcę Eversis. Nie zachodziły zatem przesłanki do wystosowania do Wykonawcy Eversis wezwania do uzupełnienia formularza JEDZ na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. W podobnym duchu wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 21.10.2021r., (KIO 2934/21) gdzie wyraźnie wskazano, że skoro „treść brakującego oświadczenia JEDZ-a jest tożsama z treścią oświadczenia złożonego przez Odwołującego w treści oferty, w tej sytuacji brak ten ma charakter wyłącznie formalny, nie skutkujący jakąkolwiek wadliwością materialną tego dokumentu.”

V. Konsekwentnie, Zamawiający nie był również zobligowany do wezwania Wykonawcy Eversis na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do poprawienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie przez Wykonawcę Eversis warunków

udziału w postępowaniu w zakresie poprawienia w oświadczeniu JEDZ daty początkowej i końcowej wykonania usług, przedstawionych na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w pkt 12.2.1.1. i 12.2.1.2. SWZ. Zamawiający jest odbiorcą przedstawionych usług, a co za tym idzie Stroną umów zawartych z Wykonawcą Eversis. Będąc w posiadaniu stosownej dokumentacji, Zamawiający ma pełną wiedzę na temat dat początkowych i końcowych wykonywania poszczególnych usług, a także ich zakresu. Wobec tego nie zachodziła potrzeba, aby zwracać się w tym zakresie do Wykonawcy Eversis o jakiegokolwiek wyjaśnienie. Podane przez Wykonawcę daty, Zamawiający uznał za oczywiste omyłki pisarskie. Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach podkreśla, że oczywistą omyłką pisarską jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Wobec faktu, że Wykonawca przedstawił umowy, który stroną jest Zamawiający, to należy uznać, że Zamawiający z łatwością mógł sprawdzić w swojej dokumentacji daty początkowe oraz końcowe tych umów. Żadne dodatkowe ustalenia nie były w tym zakresie konieczne, gdyż Zamawiający dysponował już kompletem informacji. Jak zostało powyżej wskazane, wszelkie przedstawione w ofercie oraz formularzu JEDZ informacje należy odczytywać łącznie, jako jedno, spójne oświadczenie wykonawcy, wobec czego Zamawiający, uznał, że nie zachodzi potrzeba wzywania Wykonawcy Eversis do skorygowania formularza JEDZ w tym zakresie.

VI. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu nieuprawnione przyznanie ofercie Wykonawcy Eversis punktów w kryterium Doświadczenie i kwalifikacje osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, wskazując przy tym, że wykonawca ten nie przedstawił informacji, które uzasadniałyby przyznanie punktów w tym kryterium. Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego i wskazuje, że posiadał pełną wiedzę, na temat osób wymienionych w Wykazie przedstawionym przez Wykonawcę Eversis, a w szczególności posiadał informacje o, których stanowi pkt 15.2 SWZ. tiret czwarty SWZ. Wobec tego Zamawiający był uprawniony do przyznania Wykonawcy Eversis punktów w kryterium Doświadczenia i kwalifikacji osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (pkt. 26.2.3. SWZ). Wykonawca przedstawił pełen wykaz osób w formularzu JEDZ, natomiast rozwinięcie opisu poszczególnych osób zostało zawarte w treści oferty. Zamawiający po raz kolejny podkreśla, że przedstawione w ofercie oraz formularzu JEDZ informacje należy odczytywać łącznie, jako jedno, spójne oświadczenie wykonawcy. Wobec czego Zamawiający nie widział podstaw do wzywania Wykonawcy Eversis do skorygowania formularza JEDZ w tym zakresie, gdyż formularz ten został wypełniony poprawnie (osoby wskazane do realizacji projektu zostały przedstawione), a pozostałe informacje, uszczegóławiające zawarte były w treści oferty. Zamawiający opracowując wzory dokumentów w postępowaniu o zamówienie publiczne zdaje sobie jednocześnie sprawę, iż Wykonawcy mogą złożyć stosowne oświadczenia także w inny graficznie sposób lub w innej formie. Powyższe nie oznacza

braku takich oświadczeń, a jednie złożenie ich w inny sposób, niż na wzorze określonym przez Zamawiającego. W podobnym duchu wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 21.10.2021r., (KIO 2934/21) gdzie wyraźnie wskazano, że skoro „treść brakującego oświadczenia JEDZ-a jest tożsama z treścią oświadczenia złożonego przez Odwołującego w treści oferty, w tej sytuacji brak ten ma charakter wyłącznie formalny, nie skutkujący jakąkolwiek wadliwością materialną tego dokumentu.”

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie zarzutu z punktu 1 odwołania (lit. a) na podstawie art. 528 pkt 4) ewentualnie pkt 3) albowiem ten zarzut [*„Dokonanie nieprawidłowej czynności odrzucenia oferty Odwołującego na skutek wezwania Zamawiającego z dn. 8.07.2022 r. do uzupełnienia przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do osób skierowanych przez Odwołującego do realizacji zamówienia, pomimo nieustalenia, czy projekty wskazane w opisie doświadczenia osób skierowanych przez Odwołującego do udziału w realizacji doświadczenia (zawartym w oświadczeniu JEDZ Odwołującego) zostały zakończone i odebrane przez zlecającego(...)*]

- dotyczył *de facto* czynności odrzucenia oferty Odwołującego, o której to czynności wykonawca został poinformowany w piśmie z dnia 11.10.2022 r. Fakt, że czynność ta oparta była na ustaleniach, które miały swoje źródło w wezwaniu z dnia 8 lipca 2022 r. do którego to wezwania odnosi się wyrok z dnia 12 sierpnia 2022 r. sygn. akt: KIO 1897/22 nie może stanowić podstawy do oceny czynności dokonanej 11.10.2022 r., której to czynności dotyczy wskazany zarzut.

Zarzuty podnoszone w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

W odwołaniu podniesiono zarzuty dotyczące:

- 1) Oferty Odwołującego - czynności odrzucenia oferty wykonawcy Integrated z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp;
- 2) Oferty wykonawcy Eversis uznanej za najkorzystniejszą:
 - a) zaniechania wezwania wykonawcy:
 - a. do uzupełnienia w zakresie zdolności technicznej i zawodowej: (1) doświadczenia tego wykonawcy, (2) dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia;

- b. do poprawienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do doświadczenia tego wykonawcy;
- b) nieuprawnionego przyznania ofercie wykonawcy punktów w kryterium „Doświadczenie i kwalifikacje osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”.

Odwołujący w zakresie podstaw odrzucenia jego oferty podniósł, że (...) *Zamawiający dokonał nieprawidłowej czynności odrzucenia jego oferty, na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 8 lipca 2022 r. do uzupełnienia przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do osób skierowanych przez Odwołującego do realizacji zamówienia, pomimo nieustalenia, czy projekty wskazane w opisie doświadczenia osób skierowanych przez Odwołującego do udziału w realizacji zamówienia (zawartym w oświadczeniu JEDZ Odwołującego) zostały zakończone i odebrane przez zlecającego*. W tym przypadku powołał się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 12 sierpnia 2022 r. (sygn. akt: KIO 1897/22).

Skład orzekający Izby w przedmiotowej sprawie stwierdził, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 sierpnia 2022 r. (sygn. akt: KIO 1897/22) w pkt 1 sentencji orzekła (cyt.): „1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania Odwołującego do wykazania w formularzu JEDZ innej usługi spełniającej wymagania określone w pkt 12.2.1.2 SWZ i nakazuje wezwanie Odwołującego do poprawienia formularza JEDZ w zakresie dat realizacji wskazanej dotychczas usługi oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny złożonej oferty (po dokonaniu poprawienia przez Odwołującego, ”(koniec sentencji).

Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu cyt. Wyroku (str 3 i 4) w zakresie spornym podała, że:

(...) *Integrated Solution sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec następujących czynności Zamawiającego:*

1. niezasadnego dokonania czynności wezwania Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do:

a) uzupełnienia oferty poprzez wykazanie w oświadczeniu JEDZ innej usługi spełniającej wymagania określone przez Zamawiającego w pkt 12.2.1.2 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ),

b) uzupełnienie w oświadczeniu JEDZ doświadczenia osób wskazanych do udziału w realizacji zamówienia: menedżer projektu, lider zespołu administratorów oprogramowania, lider zespołu programistów, osoba pełniąca funkcję UI/UX Designer, grafik, poprzez

wykazanie innej usługi / innych usług o charakterze usługi opisanej w punkcie 12.2.1.2. SWZ, w których dane osoby brały udział i pełniły opisane przez Zamawiającego czynności określone w warunkach udziału w postępowaniu odpowiednio w pkt 12.2.2.1 SWZ, 12.2.2.4 SWZ, 12.2.2.5 SZ, 12.2.2.6 SW oraz 12.2.2.7 SWZ,

c) uzupełnienie oświadczenia JEDZ o inne osoby spełniające wymagania określone przez Zamawiającego w SWZ, uzasadnionego przez Zamawiającego rzekomym niezakończeniem i niezrealizowaniem przez Odwołującego w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert usługi budowy, rozwoju i utrzymania portalu moja.warszawa19115.pl w związku z brakiem podpisania protokołu odbioru końcowego, co jest sprzeczne z treścią warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 12.2.1.2 SWZ, podczas gdy wskazana w oświadczeniu JEDZ usługa dotycząca wykonania projektu moja.warszawa19115.pl potwierdza, że: Odwołujący realizując projekt moja.warszawa19115.pl - wykonał należycie usługę polegającą na budowie, rozwoju i utrzymaniu portalu internetowego, o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto, a tym samym Odwołujący potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt 12.2.1.2 SWZ, osoby dedykowane przez odwołującego do realizacji zamówienia, które brały udział w projekcie moja.warszawa19115.pl, posiadają doświadczenie i kompetencje opisane w pkt 12.2.2 SWZ, a tym samym Odwołujący potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt 12.2.2 SWZ, co stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp i art. 112 ust. 1 Pzp;

Z ostrożności procesowej Odwołujący postawił zarzut zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oświadczenia JEDZ w części dotyczącej okresów wykonania usług wskazanych w części C oświadczenia, z uwagi na możliwość zaistnienia omyłki pisarskiej, pomimo faktu iż Zamawiający posiada wiedzę o terminach wykonania tych usług jako ich odbiorca, co stanowi naruszenie art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wezwania Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oferty poprzez:

a) wykazanie w oświadczeniu JEDZ innej usługi spełniającej wymagania określone przez Zamawiającego w pkt 12.2.1.2. SWZ,

b) uzupełnienie w oświadczeniu JEDZ doświadczenia osób wskazanych do udziału w realizacji zamówienia: menedżer projektu, lider zespołu administratorów oprogramowania, lider zespołu programistów, osoba pełniąca funkcję UI/UX Designer, grafik, poprzez wykazanie innej usługi / innych usług o charakterze usługi opisanej w punkcie 12.2.1.2. SWZ, w których dane osoby brały udział i pełniły opisane przez Zamawiającego czynności określone w warunkach udziału w postępowaniu odpowiednio w pkt 12.2.2.1 SWZ, 12.2.2.4 SWZ, 12.2.2.5 SZ, 12.2.2.6 SW oraz 12.2.2.7 SWZ,

c) uzupełnienie oświadczenia JEDZ o inne osoby spełniające wymagania określone przez Zamawiającego w SWZ.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wniósł o wezwanie Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia JEDZ w części dotyczącej okresów wykonania usług wskazanych w części C oświadczenia, z uwagi na możliwość zaistnienia omyłki pisarskiej, dokonanie badania i oceny złożonego przez Odwołującego oświadczenia JEDZ zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu opisanymi w dokumentach zamówienia”.

Z kolei na stronie 15 tego uzasadnienia Izba stwierdziła: „Izba nie nakazywała Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia w oświadczeniu JEDZ doświadczenia osób wskazanych do udziału w realizacji zamówienia: menedżer projektu, lider zespołu administratorów oprogramowania, lider zespołu programistów, osoba pełniąca funkcję UI/UX Designer, grafik, poprzez wykazanie innej usługi / innych usług o charakterze usługi opisanej w punkcie 12.2.1.2. SWZ, w których dane osoby brały udział i pełniły opisane przez Zamawiającego czynności określone w warunkach udziału w postępowaniu odpowiednio w pkt. 12.2.2.1 SWZ, 12.2.2.4 SWZ, 12.2.2.5 SWZ, 12.2.2.6 SW oraz 12.2.2.7 SWZ, oraz uzupełnienia oświadczenia JEDZ o inne osoby spełniające wymagania określone przez Zamawiającego w SWZ. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący w odwołaniu nie przedstawił w tym zakresie żadnej argumentacji. Jedyne argumentacja Odwołującego pojawiła się w trakcie rozprawy z udziałem stron i dotyczyła rozumienia treści warunku. Zgodnie z pkt. 12.2.2 SWZ, Wykonawca był zobowiązany wykazać, że dysponuje zespołem składającym się z co najmniej 4 osób spełniających poniższe wymagania: - przykładowo w punkcie 12.2.2.5 wskazano wymaganie dotyczące osoby pełniącej funkcję Lidera zespołu programistów, która w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert brała udział w realizacji co najmniej dwóch projektów (zakończonych i odebranych przez zlecającego) spełniających kryteria wskazane w punkcie 12.2.1.2 SWZ jako programista dostępnych cyfrowo rozwiązań korzystających z komponentów open-source. Zgodnie z treścią tego warunku Zamawiający wymagał, aby zgłoszona osoba wykazała, że w określonym czasie brała udział w realizacji co najmniej dwóch projektów (zakończonych i odebranych przez zlecającego). To oznacza, że uzasadnione jest wielokrotnie podkreślane przez Zamawiającego wymaganie, aby projekty były zakończone. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie są zakończone projekty, które cały czas trwają, a ich odbiór dokonywany jest etapami. Jeśli wskazane przez Odwołującego osoby nie wzięły udziału w realizacji co najmniej dwóch projektów zakończonych i odebranych przez zlecającego, to Zamawiający był uprawniony do wezwania Odwołującego do przedstawienia innych usług”.

Zamawiający w piśmie z dnia 11/10/2022, informując wykonawcę Integrated o odrzuceniu jego oferty (także wykonawcę Operator Chmury Krajowej) podał:

„Wykonawcy: Integrated Solutions Sp. z o.o. oraz Operator Chmury Krajowej w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego tj. do dnia 20.07.2022r. nie uzupełnili JEDZ-y poprzez wykazanie doświadczenia osób spełniających warunki udziału w postępowaniu w pkt 12.2.2.1.SWZ, 12.2.2.4.SWZ, 12.2.2.5.SWZ, 12.2.2.6 SWZ oraz 12.2.2.7. SWZ.

W związku z powyższym Zamawiający odrzucił oferty ww. Wykonawców, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy.

W odniesieniu do oferty Integrated Solutions Sp. z o.o. należy dodatkowo podnieść, że Krajowa Izba Odwoławcza, w uzasadnieniu wyroku z 12.08.2022 r. (sygn. akt KIO 1897/22) wskazała, iż nie nakazała Zamawiającemu unieważnienia czynności dot. wezwania Odwołującego do uzupełnienia doświadczenia osób, uznając tym samym zarzut Odwołującego w tym zakresie za bezzasadny”.

Z kolei w piśmie z dnia 31 sierpnia 2022 r. skierowanym także do Odwołującego poinformował: (...) działając w oparciu o wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2022r. (sygn. KIO 1897/22) unieważnia czynność wezwania Integrated Solutions Sp. z o.o. do wykazania w formularzu JEDZ innej usługi spełniającej wymagania określone w pkt 12.2.1.2. SWZ. Jednocześnie Zamawiający wzywa Wykonawcę, na podstawie art. 128 ust. 1, do poprawienia formularza JEDZ w zakresie dat realizacji projektu moja.warszawa19115.pl”

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba nie zgodziła się z twierdzeniami Odwołującego, że Zamawiający (...) dokonał nieprawidłowej czynności odrzucenia jego oferty, na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 8 lipca 2022 r. do uzupełnienia przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do osób skierowanych przez Odwołującego do realizacji zamówienia, pomimo nieustalenia, czy projekty wskazane w opisie doświadczenia osób skierowanych przez Odwołującego do udziału w realizacji zamówienia (zawartym w oświadczeniu JEDZ Odwołującego) zostały zakończone i odebrane przez zlecającego”.

Tak jak podnosił Zamawiający kwestia prawidłowości wezwania z dnia 8 lipca 2022 r. (także w zakresie spornym w tej sprawie) została rozstrzygnięta wyrokiem KIO 1897/22 z dnia 12 sierpnia 2022 r. Zgodnie z sentencją wyroku i jego uzasadnieniem cytowanymi powyżej Izba nakazała Zamawiającemu tylko we wskazanym zakresie: „unieważnienie czynności wezwania Odwołującego do wykazania w formularzu JEDZ innej usługi spełniającej wymagania określone w pkt 12.2.1.2. SWZ” i dalej „nakazała wezwanie Odwołującego do poprawienia formularza JEDZ w zakresie dat realizacji wskazanej

dotychczas usługi oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny oferty (po dokonanym poprawieniu przez Odwołującego)”. Tak jak podał Zamawiający, wykonał powyższy wyrok, w ten sposób, że w piśmie z dnia 31 sierpnia 2022 r., poinformował Odwołującego o unieważnieniu czynności wezwania do wykazania w formularzu JEDZ innej usługi spełniającej wymagania określone w pkt. 12.2.1.2. SWZ i jednocześnie wezwał Odwołującego do poprawienia formularza JEDZ w zakresie realizacji projektu moja.warszawa19115.pl. Po dokonaniu tych czynności i otrzymaniu poprawionego JEDZ – w zakresie do jakiego był zobowiązany – uwzględniał okoliczności ustalone w dniu 8 lipca 2022 r. nie kwestionowane w wyroku, czego skutkiem było odrzucenie oferty wykonawcy. Izba zwraca jednocześnie uwagę, że poprawienie JEDZ przez wykonawcę w zakresie szerszym, aniżeli było to wymagane wezwaniem nie było sygnalizowane Zamawiającemu. W piśmie z dnia 2 września 2022 r. wykonawca podaje: „W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 31.08.2022r. w imieniu Integrated Solutions Sp. z o.o. w załączeniu przesyłam JEDZ-e IS (jawny i niejawnym- stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa) oraz JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby, który również stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z informacjami podanymi na etapie złożenia oferty”.

Odnośnie zarzutów skierowanych wobec oferty Eversis sp. z o.o. Izba miała na uwadze następujący stan faktyczny:

W części II SWZ w punkcie 6.1. i 6.2. podano:

(...)

6.1. Przedmiotem zamówienia jest utrzymanie i rozwój Platformy Informacyjnej m.st. Warszawy wraz z dostawą i utrzymaniem infrastruktury niezbędnej do poprawnego jej działania.

6.2. Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia określony został we wzorze umowy wraz z załącznikami, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ”.

Na potwierdzenie warunku określonego w pkt 12.2.1.2. SWZ wykonawca Eversis wskazał na dwie umowy o nr: UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/6/21 z dnia 5 stycznia 2021 r. oraz UMIA/BC/C/OM/X/P2/46/67/21 z 18 maja 2021 r. Tak jak wskazywał Zamawiający przedmiotem tych umów była m.in. „rozbudowa” portalu internetowego, co w praktyce, oznacza także „budowę”, a zatem nie tylko jego rozwój i utrzymanie, jak twierdzi Odwołujący. W efekcie powstał nowy system o zupełnie nowej funkcjonalności (poszerzonej o nowe moduły). Każda z trzech umów, które dotyczą projektu PIUW, wprowadzała nowe moduły, a umowy powtórzeniowe, poprzez budowę nowych funkcjonalności, *de facto*

doprowadziły do budowy portalu jako całości, a nie jedynie, jak ocenia Odwołujący, jego rozwoju.

W SWZ nie została określona definicja „budowy” portalu internetowego, ani też nie zostało wskazane, że umowa wykazywana na spełnianie warunku z pkt 12.2.1.2. SWZ nie może pozostawać w relacji z inną umową, tym samym Zamawiający miał podstawy rozstrzygnąć ewentualne wątpliwości na korzyść wykonawcy. Izba zwraca uwagę, chociażby na definicję ustawową budowy według Prawa budowlanego według której (art. 3 pkt 6) przez budowę ustawodawca rozumie także rozbudowę jako pewien rodzaj budowy. To pojęcie – adekwatnie do przedmiotu zamówienia – znalazło zastosowanie także we wzorze umowy, do której odsyła SWZ w zakresie przedmiotu zamówienia, przykładowo chociażby w § 2 czy § 3. Tak jak podał Zamawiający (*nota bene* odbiorca usługi) (...) w zakresie każdej z przedstawionych przez Wykonawcę Eversis umów, wymienione zostały elementy, które nie stanowiły ani utrzymania ani rozwoju tylko tzw. twardy zakres. Zakres ten został szczegółowo opisany w OPZ i nie był realizowany z godzin przeznaczonych na realizację rozwoju, wobec czego Zamawiający traktował te elementy, jako „budowę”, a nie rozwój portalu. Potwierdza to również przyjęty w umowach sposób rozliczania - w zakresie dotyczącym budowy/rozbudowy strony uzgodniły zryczałtowaną stawkę, z kolei rozwój był rozliczany godzinowo, w zależności od faktycznych potrzeb Zamawiającego”.

Odnosnie pozostałych zarzutów dotyczących dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, Izba przede wszystkim stwierdza, że podnosząc te zarzuty Odwołujący pomija informacje, nie kwestionując ich treści, które zostały podane w formularzu oferty w części „Kryteria”. W istocie w JEDZ w części IV Sekcja C wskazał tylko osoby z imienia i nazwiska, jednakże w Formularzu ofertowym oprócz nazwisk przedstawił dla każdej z osób wymagane SWZ informacje. Tym samym wobec tej oferty nie ziściły się przesłanki do zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, obligujące wystosowanie do wykonawcy Eversis wezwania celem przedstawienia informacji potrzebnych do zweryfikowania oferty tego wykonawcy w zakresie wskazywanego warunku. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że przedstawione w ofercie oraz formularzu JEDZ informacje należy odczytywać łącznie, jako jedno, spójne oświadczenie wykonawcy. Także należało podzielić pogląd, że treść brakującego oświadczenia w JEDZ jest tożsama z treścią oświadczenia złożonego przez wykonawcę Eversis w treści oferty. W tej sytuacji – w kontekście postanowień SWZ - brak ten ma charakter wyłącznie formalny, nie skutkujący wadliwością materialną tego dokumentu, dyskwalifikującą ten dokument.

Zamawiający – w stanie faktycznym tej sprawy - nie był również zobligowany do wezwania wykonawcy Eversis na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do poprawienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie przez wykonawcę Eversis warunków udziału w postępowaniu w zakresie podanych w oświadczeniu JEDZ dat: początkowej i końcowej wykonania usług, przedstawionych na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w pkt 12.2.1.1. i 12.2.1.2. SWZ. Zamawiający – jak podał (...) *jest odbiorcą przedstawionych usług, a co za tym idzie Stroną umów zawartych z Wykonawcą Eversis. Będąc w posiadaniu stosownej dokumentacji, Zamawiający ma pełną wiedzę na temat dat początkowych i końcowych wykonywania poszczególnych usług, a także ich zakresu. Wobec tego nie zachodziła potrzeba, aby zwracać się w tym zakresie do Wykonawcy Eversis o jakiegokolwiek wyjaśnienie. Podane przez Wykonawcę daty, Zamawiający uznał za oczywiste omyłki pisarskie*". Wykonawca przedstawił umowy, których stroną jest Zamawiający, a zatem Zamawiający mógł samodzielnie zweryfikować w dokumentacji będącej w jego posiadaniu daty początkowe oraz końcowe tych umów. Żadne dodatkowe ustalenia nie były w tym zakresie konieczne, gdyż Zamawiający dysponował kompletem informacji. Jak wskazano, przedstawione w ofercie oraz formularzu JEDZ informacje należy odczytywać łącznie, jako jedno, spójne oświadczenie wykonawcy i nie zawsze zachodzi potrzeba wzywania wykonawcy – jak w tym przypadku Eversis - do korygowania formularza JEDZ.

Izba nie uwzględniając zarzutu, co do przyznanych ofercie wykonawcy Eversis punktów w kryterium „*Doświadczenie i kwalifikacje osób wyznaczonych do realizacji zamówienia*” ponownie wskazuje, że Zamawiający posiadał pełną wiedzę, na temat osób wymienionych w części IV Sekcja C przez wykonawcę Eversis, a w szczególności posiadał informacje o, których stanowi pkt 15.2 SWZ. tiret czwarty SWZ. Wynikały one z kluczowego dokumentu jakim jest Formularz oferty. Tym samym był uprawniony do przyznania wykonawcy Eversis punktów w tym kryterium (pkt. 26.2.3. SWZ). Tak jak podał Zamawiający, a co wymaga podkreślenia - wykonawca Eversis wymienił w formularzu JEDZ w zakresie wymaganym SWZ osoby, natomiast rozwinięcie opisu w zakresie wymaganym w SWZ dla poszczególnych osób zostało zawarte w treści oferty. Tak jak już wskazywała Izba, przedstawione w ofercie oraz formularzu JEDZ (załącznik do formularza oferty) informacje należy odczytywać łącznie, jako jedno, spójne oświadczenie wykonawcy. Treść oświadczenia JEDZ jest tożsama z treścią oświadczenia złożonego przez wykonawcę Eversis w treści oferty z wymaganymi w SWZ opisami i także w tym przypadku wskazywany w odwołaniu brak opisu w formularzu JEDZ ma charakter wyłącznie formalny, nie skutkujący wadliwością materialną tego dokumentu, dyskwalifikującą ten dokument.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podnoszone co do podstaw odrzucenia oferty Odwołującego jak i skierowane do oferty wykonawcy Eversis nie zasługują na uwzględnienie.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....