

Sygn. akt: KIO 1011/22

WYROK
z dnia 25 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę **CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie** 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 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Wdrożenie Platformy Kanałów Elektronicznych (PKE)*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 kwietnia 2022 r. pod nr 2022/S 065-170601.

W dniu 11 kwietnia 2022 r. wykonawca CA Consulting S.A. wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 112 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, wskutek ustanowienia zbyt długiego okresu referencyjnego w odniesieniu do warunku zdolności technicznej lub zawodowej – warunku dotyczącego doświadczenia;
- 2) art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 242 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie kryteriów oceny ofert w sposób w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieproporcjonalny, prowadzący do udzielenia zamówienia w sposób niezapewniający najlepszej jakości usług poprzez ustanowienie zbyt wysokiej wagi na kryterium ceny oraz brak zapewnienia kryterium jakościowego oceny ofert związanego z efektywnością oferowanego Systemu.

Zarzut nr 1

Odwołujący wskazał, że w rozdz. V ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ (odpowiednio sekcja III.1.3) ogłoszenia) w odniesieniu do warunku dotyczącego doświadczenia Zamawiający przewidział następujące wymaganie:

Zamawiający uzna, że Wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jeżeli wykażą się: posiadaniem wiedzy i doświadczenia, tj. wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywaniem, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, następujących zamówień:

Warunek 1 – co najmniej jednej usługi/projektu informatycznego/zamówienia, zrealizowanej dla instytucji finansowej, obejmującej dostarczenie, zainstalowanie, rozbudowę, uruchomienie, parametryzację, integrację oprogramowania, w tym analizę, wytworzenie, testy oraz uruchomienie produkcyjne systemu bankowości elektronicznej.*

Warunek 2 – co najmniej jednej usługi/projektu informatycznego/zamówienia, zrealizowanej dla instytucji finansowej, obejmującej dostarczenie, zainstalowanie, rozbudowę, uruchomienie, parametryzację, integrację oprogramowania, w tym analizę, wytworzenie, testy oraz uruchomienie produkcyjne systemu host 2 host. (...)*

Warunek 3 – Świadczenie minimum jednej usługi dla wdrożonego systemu bankowości elektronicznej lub systemu host 2 host obejmującej: 1) usługi serwisowe w wymiarze minimum 3 lat; 2) wsparcie rozwoju oprogramowania przez okres minimum 3 lat (...).

Odwołujący podniósł, że wyznaczony termin na wykonanie referencyjnych usług, a tym samym warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, jest nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców, a także uniemożliwia ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Odwołujący stwierdził, że co prawda zamawiający ma pewną swobodę w kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu, w sposób uwzględniający jego potrzeby i oczekiwania, które powinny być wyrażone poprzez minimalne poziomy zdolności, podkreślił jednak, że warunki udziału w postępowaniu winny być ukształtowane w sposób proporcjonalny, tj. uzasadniony wartością zamówienia, jego charakterystyką, złożonością, warunkami i zakresem. Każdorazowo określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający powinien mieć na względzie osiągnięcie celu, jakim dane warunki służą, to jest wybór wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia i dającego rękojmię jego należytego wykonania.

Odwołujący zaznaczył, że w przypadku zamówienia na dostawy i usługi podstawowy okres referencyjny wynosi co do zasady 3 lata, zgodnie z treścią § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Odwołujący przyznał, że Zamawiający na podstawie § 9 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu, może dopuścić, aby żądany wykaz wykonanych usług obejmował okres dłuższy niż ostatnie 3 lata, jednak stosując ten przepis Zamawiający powinien mieć na względzie inne zasady Pzp. W ocenie Odwołującego nie zachodzą żadne szczególne przesłanki do zastosowania tak długiego terminu referencyjnego. Termin 10-letni okresu

referencyjnego należy uznać za stanowczo zbyt długi, w szczególności mając na względzie przedmiot i charakterystykę przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący podniósł, że branża informatyczna jest branżą, która permanentnie, znacząco i szybko się rozwija. Każdy rok to krok milowy w branży informatycznej w zakresie stosowanych rozwiązań, technologii czy wydajności. Stały rozwój branży informatycznej powoduje dezaktualizację rozwiązań technologicznych, uważanych za akceptowalne w okresie 2 lat wstecz. Znakomita większość technologii, które są obecnie stosowane, została wprowadzona niedawno. Wynika to z szybkości z jaką zmieniają się możliwości systemów klienckich, np. urządzeń mobilnych. Głównymi czynnikami powodującymi zmiany w technologiach są: liczba nowych urządzeń na rynku (co przekłada się np. na liczbę możliwych odwołań do systemów, w tym również systemów Banku), możliwości sprzętowe nowych urządzeń, powodujące pojawianie się nowych możliwości technologicznych. Ponadto zmiany technologiczne podyktowane są wymaganiami odbiorców takich systemów (Banków), do których trzeba zaliczyć: niezawodność systemów oraz dostępność usług, stale rosnącą liczbę użytkowników, która powiela się z każdym rokiem, powodując zwiększenie zapotrzebowania na dostęp do usług systemów informatycznych, a co za tym idzie, wymuszając inne rozwiązania technologiczno-architektoniczne systemów, dostosowywanie procesów biznesowych bez angażowania znacznych środków, optymalizację wykorzystania zasobów sprzętowych w zależności od faktycznego obciążenia systemu, tanią możliwość rozwoju systemów, zmniejszenie podatności na awarie – w ogólności: niezawodność systemów oraz dostępność usług, potrzebę dostosowywania systemu do nowych technologii sprzętowych, na których są osadzone systemy klienckie. W tym ujęciu, powoływanie się na doświadczenie nabyte nawet 10 lat przed terminem składania ofert należy uznać za niezasadne i nieproporcjonalne, ponieważ rozwój technologiczny powoduje również konieczność dostosowywania rozwiązań architektonicznych takich systemów. Zmiany w technologiach w ostatnich latach diametralnie zmieniają sposoby realizacji systemów bankowych, co odpowiada nowym możliwością jakie niosą nowe technologie. Nie można uznać, że rozwiązania funkcjonujące 10 lat temu oraz nabyte wówczas doświadczenie będzie pozwalało na właściwe przygotowanie systemu informatycznego, uwzględniające uwarunkowania technologiczne obowiązujące obecnie. Ponadto starsze technologie często zostały wygaszone i nie są obecnie wykorzystywane do budowy nowych systemów, co dodatkowo umniejsza rolę nabytego wtedy doświadczenia. Odwołujący zaznaczył, że rozwiązania wskazane przez Zamawiającego jako preferowane nie były stosowane w okresie dalszym niż 5-7 lat temu.

Zdaniem Odwołującego, w SWZ Zamawiający przedstawił szereg wymagań, wynikających między innymi ze zmieniających się przepisów prawa, we wdrożeniu których

podmiot legitymujący się doświadczeniem sprzed ok. 10 lat, może nie być w stanie rzetelnie wykonać. Ponadto Zamawiający w OPZ wskazał konkretne wymagania wydajnościowe, które wraz z pozostałymi wymaganiami Zamawiającego wpisuje się w obecnie stosowane kierunki rozwoju aplikacji, dla których jest wymagana duża wydajność i niezawodność. Tego typu rozwiązania nie były stosowane 10 lat wcześniej. Tym samym ustanowienie warunku doświadczenia zdobytego w okresie 10 lat przed terminem składania ofert należy uznać za ustanowienie warunku nieproporcjonalnego, bez dbałości o jakość i rzetelność wykonania zamówienia, nie umożliwiającego ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a także naruszającego uczciwą konkurencję, w związku z dopuszczeniem do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy legitymując się starszym doświadczeniem nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia, co może osłabić pozycję konkurencyjną wykonawców, legitymujących się doświadczeniem nowszym, którzy taką rękojmię dają.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający posiada już System Bankowości Internetowej (bgk24), wdrożony i ostatecznie odebrany w dniu 26 lipca 2019 r. System ten zrealizowany został na podstawie umowy zawartej w dniu 18 grudnia 2014 r., według projektu technicznego z 2015 r. Z treści Załącznika nr 1 do SWZ rozdział 2 pkt 4 wynika, że Zamawiający oczekuje od wykonawcy zastąpienia obecnie używanego systemu, co pozwolić ma na eliminację m.in. niewspieranych technologii. Co za tym idzie, Zamawiający sam uznaje technologie starsze niż 3-4 lata za przestarzałe i nie spełniające wymagań SWZ, a zarazem żąda od wykonawców doświadczenia 10-letniego, które umożliwiłoby dostarczenie rozwiązania o nowszych technologiach, niż te użyte w aktualnie posiadanym przez Zamawiającego rozwiązaniu.

Odwołujący zaznaczył, że w poprzednio prowadzonym (unieważnionym) postępowaniu, w rozdziale V ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ Zamawiający ustanowił tożsame warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia, tyle że wykonawcy mieli się wykazać wykonaniem referencyjnych zamówień w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert. Wydłużenie okresu referencyjnego w obecnym postępowaniu dziwi tym bardziej, że w poprzednim postępowaniu zostały złożone trzy oferty, tym samym należy uznać, że poprzednie warunki udziału umożliwiały zachowanie konkurencyjności. Już ustanowiony w poprzednim postępowaniu 7-letni okres referencyjny należy uznać za dłuższy niż wynikający z treści Rozporządzenia i dłuższy niż standardowe.

Odwołujący wskazał, że w poprzednim postępowaniu na wybór najkorzystniejszej oferty Softax odwołanie wniosło dwóch wykonawców – Odwołujący i Ailleron. Ailleron zarzucił Zamawiającemu m.in. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 128 ust. 1 w zw. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przyjęcie bez zastrzeżeń dokumentów i wyjaśnień przedłożonych przez Softax na dowód spełnienia warunków udziału w postępowaniu

w zakresie doświadczenia. KIO w wyroku z dnia 23 lutego 2022r. sygn. akt KIO 290/22, 291/22, uwzględniła odwołanie Ailleron toczące się pod sygnaturą KIO 291/22, częściowo uznając zasadność postawionego przez Ailleron zarzutu. W takich okolicznościach nieoczekiwane wydłużenie okresu referencyjnego z 7 do 10 lat wydaje się być działaniem na korzyść tylko jednego wykonawcy, a nie próbą faktycznego podniesienia konkurencyjności postępowania.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji zaskarżonego warunku udziału w postępowaniu poprzez skrócenie okresu referencyjnego do 7 lat przed upływem terminu składania ofert.

Zarzut nr 2

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozdz. XX ust. 1 SWZ (odpowiednio sekcja II.2.5 ogłoszenia) wprowadził następujące kryteria oceny ofert: cena (C) – 75%, dodatkowe parametry oferty, tj. zaproponowane stawki wynagrodzenia za roboczogodzinę dla stanowisk/ról (R): 5%, posiadanie w ramach oferowanego rozwiązania standardowego gotowych funkcjonalności (F) – 20%.

Odwołujący podniósł, że jedynym kryterium jakościowym przewidzianym przez Zamawiającego jest kryterium „F”, przy czym w ocenie Odwołującego jest to kryterium „iluzoryczne”, a jego faktyczna waga jest niższa niż wskazana w SWZ. Zgodnie z rozdziałem XX ust. 3 pkt 3 SWZ, w kryterium „F” Zamawiający będzie oceniał, czy oferowane rozwiązanie posiada w standardzie określone funkcjonalności wymienione przez Zamawiającego w załączniku nr 3b do SWZ (formularzu FOT). Ocena ma przebiegać w sposób następujący:

W ramach niniejszego kryterium ocenione zostanie posiadanie w standardzie przez oferowane rozwiązanie funkcjonalności, które mają rozszerzać funkcjonalność w stosunku do posiadanego przez Zamawiającego systemu bgk24 opisanych w OPZ i wymienionych taksatywnie w załączniku nr 3b do SWZ, jako funkcjonalności dodatkowo oceniane. Zamawiający wymaga ostatecznego wdrożenia wszystkich funkcjonalności opisanych w OPZ i Załączniku nr 3b do SWZ. (...)

Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w kryterium F wynosi 20 pkt, przy czym punkty przyznawane będą zgodnie z poniższymi zasadami:

Ocena oferty w kryterium nr F zostanie dokonana na podstawie złożonej wraz z ofertą i prawidłowo wypełnionej przez Wykonawcę tabeli w Formularzu Oferty Technicznej (FOT) – Załącznik nr 3b do SWZ.

Oferta zostanie oceniona pod kątem spełnienia wymagań wymienionych, jako parametry i funkcjonalności standardowe wymienione w tabeli FOT.

Wykonawca, poprzez odpowiednie wpisy dokonane w tabeli FOT w kolumnie „Potwierdzenie funkcjonalności standardowych”, wskaże obecność albo brak w oferowanym rozwiązaniu standardowym funkcjonalności podlegających punktacji, poprzez wpisanie „TAK” albo „NIE”.

W sytuacji, gdy Wykonawca dokona w tabeli FOT w kolumnie „Potwierdzenie zaoferowania funkcjonalności standardowych” wpisze słowo „NIE” lub pozostawi kolumnę nie wypełnioną, Zamawiający uzna, że Wykonawca nie posiada danej funkcjonalności w standardzie i zostanie ona dopiero wdrożona w ramach Wdrożenia, a tym samym za tę pozycję Wykonawca otrzyma jeden (1) punkt techniczny (przyznawany na potrzeby dalszych obliczeń dla oceny tego kryterium). Brak zaprezentowania funkcji i funkcjonalności, zadeklarowanej w ofercie, zgodnie z wymaganiami opisanymi w SWZ, będzie skutkowało przyznaniem 1 (jednego) punktu dla danej funkcjonalności.

W sytuacji, gdy Wykonawca dokona w tabeli FOT w kolumnie „Potwierdzenie funkcjonalności standardowych” wpisze słowo „TAK” za tę pozycję Wykonawca otrzyma trzy (3) punkty techniczne.

Następnie wszystkie otrzymane dla poszczególnych ocenianych funkcjonalności punkty techniczne zostaną zsumowane (SPF)

Punkty zostaną przyznane według poniższego wzoru, gdy Wykonawca dokona w tabeli nr 2 FOT, w kolumnie „Potwierdzenie dodatkowych standardowych” dla danej funkcjonalności wpisu słowa „TAK”:

$F = (SPF / F-max) \times 20 \text{ pkt}$, gdzie:

SPF – łączna liczba punktów technicznych za funkcjonalności dodatkowo oceniane

F-max – maksymalna liczba punktów technicznych możliwych do otrzymania za funkcjonalności, które zostały wymienione w tabeli Formularza Oferty Technicznej (FOT), tj. 150 pkt technicznych.

Odwołujący podniósł, że zarówno w sytuacji, w której wykonawca w tabeli FOT wskaże, że nie potwierdza zaoferowania funkcjonalności standardowych, jak również w sytuacji gdy wykonawca potwierdzi zaoferowanie funkcjonalności standardowych, ale w toku prezentacji okaże się, że tych funkcjonalności nie posiada, uzyska on 1 punkt dla danej funkcjonalności. Biorąc pod uwagę, że funkcjonalności wymaganych w standardzie w formularzu FOT jest 50, Wykonawca z „automatu” (nawet w przypadku braku posiadania tych funkcjonalności) otrzymuje punkty – po jednym dla każdej funkcjonalności. Podstawiając powyższe punkty do wzoru Zamawiającego okazuje się, że każdy z wykonawców w ramach

kryterium „F” na starcie otrzymuje 6,67 pkt na 20 pkt możliwych. Przy dwóch ofertach złożonych na tym samym poziomie cenowym, przy czym jedna dotyczy rozwiązania z kompletem gotowych funkcjonalności ocenianych w ramach kryterium F, a druga rozwiązania nie posiadającego tych funkcjonalności w standardzie, jako najkorzystniejsza zostanie wybrana ta pierwsza, jednak różnica punktowa pomiędzy nimi, będzie mniejsza niż wskazywałaby na to przyjęta w SWZ waga.

Nazwa oferenta	Cena	Kryterium "C"	Kryterium "R"	Kryterium "F"	Suma punktów
Oferta A	30 000 000,00 zł	75,00	5,00	6,67	86,67
Oferta B	30 000 000,00 zł	75,00	5,00	20,00	100,00

Odwołujący stwierdził, że biorąc pod uwagę ranking ofert w poprzednim postępowaniu (wykonawcy w ramach tego kryterium otrzymali: Softax 13,60 pkt, Ailleron 12,80 pkt, Odwołujący 6,67 pkt) okazuje się, że wpływ na wynik postępowania oceny ofert, w ramach kryterium F jest pomijalny. Różnica punktowa w ramach kryterium „F” nie była duża i nie decydowała o najkorzystniejszej pozycji w rankingu. Kryterium „F” jako kryterium jakościowe pozostaje zatem bez większego znaczenia. Dominującym kryterium w ramach kryterium oceny ofert jest kryterium „C” – ceny oferty.

W ocenie Odwołującego tak wysoka waga kryterium ceny, z pominięciem kryteriów jakościowych, w szczególności związanych z efektywnością oferowanego rozwiązania, nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także skutkuje prowadzeniem postępowania w sposób nieproporcjonalny. Tak ukształtowane kryteria oceny ofert doprowadzają bowiem do gorszego traktowania wykonawców, których rozwiązania nie wymagają zakupu dużej infrastruktury sprzętowej, a których cena rozwiązania jest wyższa, a preferują wykonawców, których co prawda cena rozwiązania jest niższa, ale rozwiązania te wymagają dużych nakładów sprzętowych.

Odwołujący zaznaczył, że przedmiotem zamówienia jest wdrożenie Platformy Kanałów Elektronicznych (PKE), z tym że co do zasady zapewnienie środowiska infrastrukturalnego (zakup sprzętu, licencji), na którym ma być posadowiona Platforma, leży po stronie Zamawiającego. Zgodnie z treścią Załącznika nr 1 do SWZ – OPZ, str. 3, Zamawiający zapewnia Infrastrukturę IT, rozumianą bardzo szeroko – jako całość rozwiązań sprzętowo-programowych i organizacyjnych. Jedynym wyjątkiem, w ramach którego to wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia Infrastruktury IT, jest sytuacja określona w rozdz. 15 pkt 10 str. 57 OPZ: Wymagania w zakresie wydajności i skalowalności (WWS):

W przypadku stwierdzenia, iż wymagania odnośnie wydajności lub pojemności nie są spełnione, wówczas będzie to traktowane, jako Błąd i Wykonawca zmodyfikuje System lub rozbuduje Infrastrukturę na swój koszt, aż do wymaganej wydajności i pojemności, przy czym modyfikacja/rozbudowa:

- a. nie może pogarszać już działających funkcjonalności i parametrów Systemu;*
- b. będzie objęta Usługami Zapewnienia Jakości na takich samych warunkach jak część bazowa Systemu;*
- c. wykonana zostanie w ramach zaoferowanej ceny na dostawę i wdrożenie Systemu (tzn. wynagrodzenie Wykonawcy nie ulegnie zwiększeniu).*

Zdaniem Odwołującego, zaproponowana przez danego wykonawcę architektura oferowanego rozwiązania, może wymagać celem spełnienia parametrów wydajnościowych określonych w rozdziale 15 OPZ, różnej wielkości infrastruktury IT – w efekcie jej koszt dla Zamawiającego również może być różny. Tymczasem Zamawiający całkowicie pomija tę okoliczność w kryteriach oceny ofert. Sytuacja taka może prowadzić do nadużyć, w postaci próby przerzucania przez oferentów kosztów na Zamawiającego, poprzez oferowanie tańszego, jednak bardziej „zasobożernego” rozwiązania, zamiast efektywniejszego. Dziwi to tym bardziej, że Zamawiający sam wskazuje w przesłankach uruchomienia postępowania, że jego podstawowym oczekiwaniem (zgodnie z załącznikiem nr do SWZ str. 5 rozdz. 2 pkt.1) jest obniżenie całkowitego kosztu wdrożenia i utrzymania rozwiązania informatycznego. Na całkowity koszt wdrożenia i utrzymania rozwiązania składają się takie składniki jak zakup Systemu PKE, ale również wyspecyfikowanego w ofercie sprzętu oraz oprogramowania narzędziowego firm trzecich (Infrastruktury IT). Obecne kryteria oceny ofert uwzględniają aktualnie jedynie punktową ocenę zakupu samego Systemu PKE, którego tak uruchomienie, jak również utrzymanie wymaga dodatkowych nakładów. Aby uzyskać jakikolwiek pożytek z Systemu PKE konieczne jest poniesienie przez Zamawiającego dodatkowych kosztów, które mogą być porównywalne z ceną zakupu Systemu PKE, a nawet wyższe.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z wymaganiami SWZ, opis oferowanego rozwiązania jest elementem obowiązkowym oferty, w szczególności zawierać ma on specyfikację zasobów sprzętowych, listę oprogramowania dodatkowego, baz danych, konfiguracji sieciowej spełniającej wymagania wydajnościowe specyfikacji technicznej, ale które de facto zakupi Zamawiający (postanowienia SWZ rozdział XIV ust. 4 pkt 4 lit. f).

Aktualnie ocena dołączonego opisu architektury polega jedynie na stwierdzeniu, czy taki opis został dołączony do oferty w żądanym układzie. Opis ten ma charakter jedynie informacyjny i zaproponowanie nawet najbardziej nowoczesnej architektury pozostaje bez wpływu na ostateczny wybór najkorzystniejszej oferty. W kontekście tak wysokiego obecnie

kryterium cenowego (łącznie 80% oceny oferty ma charakter oceny cen), iluzorycznego charakteru kryterium „F” i wobec zupełnego braku oceny całości wymaganych przez System nakładów finansowych, takie postępowanie Zamawiającego jest nie tylko niezrozumiałe, ale także nieproporcjonalne, jak również prowadzi do preferowania wykonawców, którzy potrafią zaoferować tanie rozwiązania, niezależnie od wysokości nakładów infrastrukturalnych po stronie Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, kryterium ceny nie powinno mieć aż tak dużej wagi, a zmniejszenie jego wagi powinno skutkować wprowadzeniem dodatkowego jakościowego kryterium oceny ofert, związanego z efektywnością (jakością) rozwiązania, w konsekwencji ocenie oferowanej architektury rozwiązania, której przygotowanie i dołączenie do oferty i tak jest wymagane przez Zamawiającego. Postanowienia związane z kryterium oceny ofert w obecnym brzmieniu promują bowiem nie tylko rozwiązania, które wymagają większej infrastruktury sprzętowej, ale również rozwiązania, które są mniej efektywne.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający wybierając oprogramowanie o niższym zapotrzebowaniu na infrastrukturę uzyskuje co najmniej wielokrotne oszczędności na każdym z poniższych elementów, które przenoszą się na łączny koszt wydatków projektowych, ale w postępowaniu nie podlegają ocenie. Są to m.in.: proporcjonalnie (wielokrotnie) różniące się koszty zakupu sprzętu, proporcjonalnie (wielokrotnie) różniące się koszty energii elektrycznej związanej z zasilaniem potrzebnego sprzętu, proporcjonalnie (wielokrotnie) różniące się koszty zapewnienia pomieszczeń serwerowych dla potrzebnego sprzętu, proporcjonalnie (wielokrotnie) różniące się koszty klimatyzacji i chłodzenia potrzebnego sprzętu, istotnie różniące się koszty administracji różnej liczebności sprzętu, istotnie różniące się koszty zakupu licencji oprogramowania firm trzecich dla różnych liczebności sprzętu.

Odwołujący przedstawił następujący przykład rozkładu punktacji przy obecnych postanowieniach SWZ, z uwzględnieniem ceny ukrytej, rozumianej jako cenę infrastruktury IT i związane z jej utrzymaniem koszty, którą ma zapewnić Zamawiający.

Nazwa oferenta	Cena	Cena „ukryta”	C	R	F	Suma punktów
Oferent A	20 mln zł	20 mln zł	75,00	5	20,00	100,00
Oferent B	35 mln zł	4 mln zł	42,86	5	20,00	67,86

Na powyższym przykładzie Odwołujący wskazał, że faktyczny koszt wdrożenia rozwiązania zaoferowanego przez Oferenta B jest niższy (39 000 000 PLN brutto) – jego rozwiązanie jest bardziej efektywne, zbudowane w oparciu o nowsze technologie, przez co wymaga 5-krotnie mniejszej infrastruktury IT, a mimo to jego rozwiązanie otrzymuje ponad

30% mniej punktów i nie zostaje wybrane jako najkorzystniejsze, tylko dlatego, że przy aktualnej konstrukcji kryterium wybory, premiowane są rozwiązaniem tanie, a nie dobrej jakości. Dlatego, w ocenie Odwołującego, niezbędnym jest wprowadzenie kryterium jakościowego związanego z efektywnością systemu, możliwą do zbadania np. poprzez liczbę wymaganych przez system wirtualnych procesorów (vCPU). Takie kryterium doprowadzi do prowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny, z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również prowadzący do udzielenia zamówienia w sposób zapewniający usługi najlepszej jakości.

Odwołujący dodał, że w związku z tym, że specyfikacje wymaganych zasobów sprzętowych i oprogramowania dodatkowego nie podlegają ocenie, Zamawiający stworzył sytuację, w której poprzez jedynie częściową ocenę całości potrzebnych na projekt kosztów premiuje niższej jakości produkty i niedopracowane architektonicznie oprogramowanie, które swoją niską efektywność i wydajność kompensować będzie wysokim zapotrzebowaniem na zasoby sprzętowe i oprogramowanie dodatkowe, gdyż tylko w takiej sytuacji oprogramowanie to będzie mogło dorównać wydajności i efektywności wysokiej jakości oprogramowania biznesowego. Ryzyko pojawienia się oferentów, którzy mogą zaoferować mało wydajne rozwiązania zdaniem Odwołującego wydaje się być tym razem jeszcze większe, z racji wydłużenia okresu referencji do 10 lat. Należy zatem spodziewać się, że pojawią się oferty na rozwiązania słabe i przestarzałe, wymagające dodatkowych mocy obliczeniowych i związanych z tym wydatków na sprzęt, oprogramowanie pomocnicze oraz ich utrzymanie i eksploatację.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji kryterium oceny ofert określonych w Rozdziale XX ust. 1 SWZ (odpowiednio sekcja II.2.5 ogłoszenia) poprzez:

- 1) obniżenie wagi kryterium „C” – cena oferty do 60%;
- 2) wprowadzenie dodatkowego kryterium „E” – Efektywność Systemu i nadanie mu wagi 15%, które będzie liczone w następujący sposób:

W ramach tego kryterium oceny ofert Wykonawca może otrzymać maksymalnie 20 pkt. Punkty w niniejszym kryterium zostaną wyliczone według poniższego wzoru: $E = (E_{min} / E_{of}) * 15$ pkt, gdzie:

E – punktacja w kryterium E , E_{min} – najniższa liczba vCPU dla Środowiska Produkcyjnego Systemu PKE ze wszystkich badanych ofert, E_{of} – liczba vCPU dla Środowiska Produkcyjnego Systemu PKE wymagana przez Wykonawcę badanej ofert

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W rozdz. V ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ (sekcja III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu) Zamawiający określił następujące warunki w zakresie wymaganego doświadczenia wykonawcy:

Zamawiający uzna, że Wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jeżeli wykażą się: posiadaniem wiedzy i doświadczenia, tj. wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywaniem, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, następujących zamówień:

Warunek 1.

- co najmniej jednej usługi/projektu informatycznego/zamówienia, zrealizowanej dla instytucji finansowej, obejmującej dostarczenie, zainstalowanie, rozbudowę, uruchomienie, parametryzację, integrację oprogramowania, w tym analizę, wytworzenie, testy oraz uruchomienie produkcyjne systemu bankowości elektronicznej.*

Warunek 2.

- co najmniej jednej usługi/projektu informatycznego/zamówienia, zrealizowanej dla instytucji finansowej, obejmującej dostarczenie, zainstalowanie, rozbudowę, uruchomienie, parametryzację, integrację oprogramowania, w tym analizę, wytworzenie, testy oraz uruchomienie produkcyjne systemu host 2 host. (...)*

Warunek 3.

Świadczenie minimum jednej usługi dla wdrożonego systemu bankowości elektronicznej lub systemu host 2 host obejmującej:

1) usługi serwisowe w wymiarze minimum 3 lat;

2) wsparcie rozwoju oprogramowania przez okres minimum 3 lat.

W zakresie Warunku nr 3 Zamawiający dopuszcza wskazanie co najmniej jednej usługi obejmującej wymogi z pkt. 1) i 2). (...)

W rozdz. XX ust. 1 SWZ (sekcja II.2.5 ogłoszenia o zamówieniu) Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: cena (C) – 75%, dodatkowe parametry oferty, tj. zaproponowane stawki wynagrodzenia za roboczogodzinę dla stanowisk/ról (R): 5%, posiadanie w ramach oferowanego rozwiązania standardowego gotowych funkcjonalności (F) – 20%.

Odwołujący podniósł, że jedynym kryterium jakościowym przewidzianym przez Zamawiającego jest kryterium „F”, przy czym w ocenie Odwołującego jest to kryterium „iluzoryczne”, a jego faktyczna waga jest niższa niż wskazana w SWZ. Zgodnie z rozdziałem XX ust. 3 pkt 3 SWZ, w kryterium „F” Zamawiający będzie oceniał, czy oferowane rozwiązanie posiada w standardzie określone funkcjonalności wymienione przez Zamawiającego w załączniku nr 3b do SWZ (formularzu FOT). Ocena ma przebiegać w sposób następujący:

W ramach niniejszego kryterium ocenione zostanie posiadanie w standardzie przez oferowane rozwiązanie funkcjonalności, które mają rozszerzać funkcjonalność w stosunku do posiadanego przez Zamawiającego systemu bgk24 opisanych w OPZ i wymienionych taksatywnie w załączniku nr 3b do SWZ, jako funkcjonalności dodatkowo oceniane. Zamawiający wymaga ostatecznego wdrożenia wszystkich funkcjonalności opisanych w OPZ i Załączniku nr 3b do SWZ. (...)

Wykonawca, poprzez odpowiednie wpisy dokonane w tabeli FOT w kolumnie „Potwierdzenie funkcjonalności standardowych”, wskaże obecność albo brak w oferowanym rozwiązaniu standardowym funkcjonalności podlegających punktacji, poprzez wpisanie „TAK” albo „NIE”.

W sytuacji, gdy Wykonawca dokona w tabeli FOT w kolumnie „Potwierdzenie zaoferowania funkcjonalności standardowych” wpisze słowo „NIE” lub pozostawi kolumnę nie wypełnioną, Zamawiający uzna, że Wykonawca nie posiada danej funkcjonalności w standardzie i zostanie ona dopiero wdrożona w ramach Wdrożenia, a tym samym za tę pozycję Wykonawca otrzyma jeden (1) punkt techniczny (przyznawany na potrzeby dalszych obliczeń dla oceny tego kryterium). Brak zaprezentowania funkcji i funkcjonalności, zadeklarowanej w ofercie, zgodnie z wymaganiami opisanymi w SWZ, będzie skutkował przyznaniem 1 (jednego) punktu dla danej funkcjonalności.

W sytuacji, gdy Wykonawca dokona w tabeli FOT w kolumnie „Potwierdzenie funkcjonalności standardowych” wpisze słowo „TAK” za tę pozycję Wykonawca otrzyma trzy (3) punkty techniczne. (...)

W załączniku nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający zdefiniował infrastrukturę IT jako *całokształt rozwiązań sprzętowo-programowych i organizacyjnych udostępnionych przez Zamawiającego na potrzeby uruchomienia, funkcjonowania, eksploatacji i utrzymania Systemu. Główne elementy Infrastruktury IT to: Serwer, System operacyjny, Baza danych, Sieć.* OPZ obejmuje opis wymagań technicznych, w tym warunków brzegowych dla infrastruktury IT. W punkcie 15 OPZ wskazano:

W przypadku stwierdzenia, iż wymagania odnośnie wydajności lub pojemności nie są spełnione, wówczas będzie to traktowane, jako Błąd i Wykonawca zmodyfikuje System lub rozbuduje Infrastrukturę na swój koszt, aż do wymaganej wydajności i pojemności, przy czym modyfikacja/rozbudowa:

a. nie może pogarszać już działających funkcjonalności i parametrów Systemu;

b. będzie objęta Usługami Zapewnienia Jakości na takich samych warunkach jak część bazowa Systemu;

c. wykonana zostanie w ramach zaoferowanej ceny na dostawę i wdrożenie Systemu (tzn. wynagrodzenie Wykonawcy nie ulegnie zwiększeniu).

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie podkreślić należy, że odwołania dotyczące postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi niezgodność tych postanowień z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy (art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści SWZ, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów.

W ocenie Izby zarzuty podniesione w rozpoznawanej sprawie nie zmierzają do wyeliminowania działań Zamawiającego naruszających przepisy prawa, ale jedynie do nadania postanowieniom SWZ treści korzystniejszej dla wykonawcy.

Kwestionując brzmienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia wykonawcy, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, które stanowią:

- art. 112 ust. 1: *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*
- art. 112 ust. 2: *Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:*
 - 1) *zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;*
 - 2) *uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;*
 - 3) *sytuacji ekonomicznej lub finansowej;*
 - 4) *zdolności technicznej lub zawodowej.*
- art. 16 ust. 1: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*
 - 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
(...)
 - 3) *proporcjonalny.*

Izba stwierdziła, że Zamawiający, określając zaskarżony warunek udziału w postępowaniu, nie naruszył ww. przepisów ustawy Pzp.

Zauważenia wymaga, że zarzut odwołania dotyczy ustanowienia warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy na poziomie zbyt mało restrykcyjnym (długi okres referencyjny), a Odwołujący zmierza do spowodowania zaostrzenia tego warunku poprzez skrócenie okresu, z którego ma pochodzić wymagane doświadczenie. Nie ma wątpliwości, że warunek w obecnym brzmieniu jest „łagodniejszy” niż warunek w brzmieniu wnioskowanym przez Odwołującego, łatwiej jest bowiem wykazać dysponowanie doświadczeniem zdobytym w dłuższym okresie poprzedzającym termin składania ofert.

Odnosząc się do powyższego zarzutu należy podkreślić, że w świetle przepisów ustawy zamawiający ma prawo, a nie obowiązek, sformułowania warunków udziału w postępowaniu. Wynika to wprost z przepisu art. 57 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Z powyższego wynika, że ustawa pozostawia zamawiającemu decyzję, czy w danym postępowaniu określić warunki udziału w postępowaniu, stanowiąc jednocześnie, że jeśli takie warunki zamawiający zdecyduje się określić, muszą być one – zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp – proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy

do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający nie ma więc obowiązku ustanowienia warunków udziału w postępowaniu na określonym minimalnym poziomie. Powyższy przepis wyznacza granicę swobody zamawiającego w kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu, uniemożliwiając ich opisywanie w sposób nadmierny i niezwiązany z celem, jakim jest weryfikacja zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia. W żadnej mierze jednak nie wprowadza on obowiązku ustanowienia warunków udziału w postępowaniu ani nie zobowiązuje do opisywania ich na określonym, minimalnym poziomie. Obowiązku takiego nie sposób też wywodzić z przepisów ogólnych, określających zasady udzielania zamówień publicznych, w tym z zasady proporcjonalności. Nie można bowiem z ogólnych zasad nakazujących prowadzenie postępowania w sposób proporcjonalny i zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, wywodzić obowiązku opisanie określonych warunków udziału w postępowaniu i uzasadnić tego stopniem skomplikowania zamówienia czy specyfiką zamówienia w sytuacji, gdy inny przepis ustawy, odnoszący się wprost do warunków udziału w postępowaniu (art. 57 pkt 2 ustawy Pzp) wyraźnie stanowi, że Zamawiający może, ale nie musi warunków udziału w postępowaniu określać.

Skoro określenie warunków udziału w postępowaniu jest prawem, a nie obowiązkiem zamawiającego, to nie można w drodze środków ochrony prawnej skutecznie domagać się ani formułowania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w określonym zakresie, ani „zaostrzenia” warunków, które zamawiający określił. Zarówno bowiem nieokreślenie warunków, jak i określenie ich na poziomie niższym niż jest to dopuszczalne z uwagi na przedmiot zamówienia, nie stanowi naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy i w konsekwencji nie może prowadzić do uwzględnienia odwołania. Wymóg proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu należy natomiast rozumieć, jako zakaz określenia warunków zbyt wygórowanych w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś – jak to robi Odwołujący – jako zakaz określania warunków na zbyt niskim poziomie.

Izba podziela tym samym pogląd przedstawiony w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych z 2021 r. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, gdzie wskazano: *Swoboda określenia przez zamawiających warunków zamówienia obejmuje nie tylko swobodę kształtowania treści warunków, ale również swobodę decydowania, czy warunki zostaną w ogóle określone. Zgodnie bowiem z art. 57 pkt 2 Pzp o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Zamawiający zatem może, ale nie musi, określać warunki udziału w postępowaniu.*

W związku z powyższym bez znaczenia dla oceny zasadności niniejszych zarzutów pozostają wszelkie twierdzenia Odwołującego oraz dowody (wydruki ze stron producentów)

mające wykazywać, że ze względu na charakter przedmiotu zamówienia i określone w OPZ wymagania, 10-letni okres referencyjny jest zbyt długi. Twierdzenia te mogą być postrzegane najwyżej jako argumenty za tym, że ze względów celowościowych bardziej zasadne byłoby określenie krótszego okresu referencyjnego. Nie można jednak pominąć, że wydłużenie tego okresu bez wątplenia służy rozszerzeniu konkurencji w postępowaniu i zwiększa szanse na uzyskanie większej liczby ofert, co z kolei przemawia za celowością przyjęcia takiego dłuższego okresu. Kwestia celowości nie może być jednak utożsamiana z legalnością, a – jak wskazano powyżej – tylko opisanie warunku w sposób naruszający ustawę, może prowadzić do stwierdzenia zasadności zarzutu odwołania.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut dotyczący przyjętych kryteriów oceny ofert. W tym zakresie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 16 pkt 1 i 3: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*
 - 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
(...)
 - 3) *proporcjonalny.*
- art. 17 ust. 1 pkt 1: *Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację.*
- art. 239: *1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.*
- art. 242 ust. 1: *Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie: 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu; 2) ceny lub kosztu.*

Istotą przedmiotowego zarzutu jest twierdzenie o zbyt dużej wadze kryterium ceny, która to waga powinna być – zdaniem Odwołującego – zmniejszona na rzecz dodatkowego kryterium wnioskowanego jakościowego wnioskowanego w odwołaniu.

Odnosząc się do tego zarzutu, Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że z uwagi na jego status, nie jest on objęty dyspozycją art. 246 ust. 1 ustawy Pzp, który zakazuje stosowania ceny jako jedyne kryterium albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%

(co jest zresztą niesporne między stronami). Zgodnie z ww. przepisem zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%. Bank Gospodarstwa Krajowego nie jest zamawiającym, o którym mowa w art. 4 pkt 1 lub 2 ustawy. Skoro tak, to Zamawiający jest uprawniony do oceny ofert nawet wyłącznie w oparciu o kryterium ceny i również wówczas nie naruszyłby przepisów ustawy. Tym bardziej nie sposób twierdzić, że do takiego naruszenia doszło przez ustalenie zbyt dużej wagi kryterium ceny w stosunku do kryteriów jakościowych.

Niezasadne jest też wywodzenie takiego naruszenia z ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych, określonych w art. 16 i 17 ustawy Pzp, należy bowiem mieć na uwadze, że sam ustawodawca zdecydował, iż określone kategorie zamawiających mogą stosować wyłącznie kryterium ceny i nie uzależnił tego do żadnych dodatkowych okoliczności. W związku z tym, że przepisy odnoszące się wprost do kryteriów oceny ofert dopuszczają taką możliwość, to niezasadne jest wyprowadzanie odmiennych wniosków z zasad ogólnych, zasady te są bowiem realizowane przepisami szczególnymi ustawy, określającymi konkretne obowiązki zamawiającego. Skoro więc kryteria przyjęte przez Zamawiającego i przypisana im waga były dopuszczalne w świetle przepisów ustawy, to odwołanie nie mogło podlegać uwzględnieniu.

W tej sytuacji dodatkowo jedynie należy również zauważyć, że to Zamawiający, znając własne uwarunkowania, w tym finansowe, decyduje, jakie aspekty oferty będzie premiował. Wykonawca nie może skutecznie narzucać Zamawiającemu innych kryteriów, twierdząc, że będą one dla Zamawiającego korzystniejsze, o ile kryteria określone w SWZ mieszczą się w ramach określonych przepisami ustawy Pzp, w tym przede wszystkim art. 241 i art. 246. Przyjęcie stanowiska przeciwnego wiązałoby się z tym, że niemal w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawca mógłby twierdzić, że kryteria można określić bardziej lepiej czy bardziej racjonalnie, niż to zrobił Zamawiający, zawsze można bowiem dopatrzeć się określonych aspektów oferty, co do których możliwe jest przedstawienie argumentów przemawiających za zasadnością ich punktowania.

Dodatkowo zauważenia wymaga, że nie jest tak – jak to próbował przedstawiać Odwołujący – że Zamawiający przyjął na siebie niczym nieograniczone zobowiązanie do zapewnienia infrastruktury, wiążące się z trudnymi do przewidzenia kosztami. Jak bowiem słusznie wskazał Zamawiający, OPZ określa warunki brzegowe w tym zakresie, Zamawiający wie zatem, jakich obowiązków w tym zakresie może się spodziewać. Nie jest więc uprawniony wniosek, że konieczność zapewnienia infrastruktury przez Zamawiającego jest równoznaczna z poniesieniem kosztów większych niż przy wyborze oferty niewymagającej takiej infrastruktury. Ponadto Odwołujący zdaje się nie brać pod uwagę, że

znaczną częścią takiej infrastruktury Zamawiający może już dysponować i może przeznaczyć ją na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że nawet gdyby z punktu widzenia celowości możliwe było bardziej racjonalne określenie wag poszczególnych kryteriów oceny ofert, nie mogłoby to być utożsamiane z naruszeniem przepisów ustawy prowadzącym do uwzględnienia odwołania.

Wobec powyższego, oceny przedmiotowego zarzutu nie mogą zmieniać twierdzenia Odwołującego i przedłożone przez niego dowody dotyczące wcześniej prowadzonych postępowań (opis architektury systemu oferowanego przez innego wykonawcę, informacje z otwarcia ofert), a także przedstawione symulacje oceny ofert. Zamawiający nie naruszył bowiem przepisów dotyczących sposobu ustalania kryteriów oceny ofert, a dodatkowo brak jest podstaw do twierdzenia, że z punktu widzenia Zamawiającego, biorąc pod uwagę uwarunkowania dotyczące jego działalności, posiadane zasoby infrastruktury IT czy ewentualne warunki jej zakupu, ustalone kryteria oceny ofert doprowadzą do wyboru oferty, która będzie dla Zamawiającego mniej korzystna.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: