

Sygn. akt: KIO 457/20

WYROK
z dnia 25 maja 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2020 r. przez wykonawcę **SIMPLE S.A. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego – Centrala z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Dr IT Warszawa sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SIMPLE S.A. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SIMPLE S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego – Centrala z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „budowa (zakup) systemu kadrowo-płacowego wraz z usługami utrzymania i rozwoju”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14 października 2019 r. nr 2019/S 198-480699.

20 lutego 2020 r. zamawiający przesłał wykonawcy SIMPLE S.A. w Warszawie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Dr IT Warszawa sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
- 2) czynności oceny oferty złożonej przez przystępującego,
- 3) ewentualnie zaniechania czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu,

odwołujący wniósł 2 marca 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 2) z ostrożności procesowej - art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia wykazu usług
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przyznanie przystępującemu maksymalnej liczby punktów w kryterium „Parametry utrzymaniowe SLA usługi utrzymania systemu (Ku)” w sytuacji, gdy wykonawca ten winien otrzymać zero punktów.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu i unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert i wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
- 3) ewentualnie – nakazanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu,

4) zaniechania przyznania przystępującemu punktów w ramach kryterium „Parametry utrzymaniowe SLA usługi utrzymania systemu (Ku)”.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ zamieścił następujący warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania zdolności technicznej lub zawodowej przez wykonawcę:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

I. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych i ciągłych wykonuje, co najmniej jedną usługę referencyjną obejmującą wdrożenie i/lub utrzymanie i serwis systemu informatycznego obsługującego kadry i płace w jednostkach administracji publicznej lub samorządowej, przy czym wartość usługi wynosi minimum 500 tys. zł brutto oraz spełnia poniższe warunki:

- i. obejmuje wdrożenie i/lub utrzymanie i serwis systemu informatycznego z możliwością równoległej pracy minimum 30 użytkowników przebywających w co najmniej 3 rozproszonych geograficznie i połączonych siecią rozległą WAN lokalizacjach organizacji, firmy bądź instytucji, dla której dedykowany jest system (z wyłączeniem systemów informatycznych dedykowanych do świadczenia usług w sieci publicznej, w tym portali informacyjnych i sklepów internetowych),*
- ii. obejmuje wdrożenie i/lub utrzymanie i serwis scentralizowanego systemu informatycznego w architekturze klient-serwer,*
- iii. obejmuje co najmniej asystę techniczną systemu wytworzonego w językach programowania obiektowego oraz wykorzystującego bazę danych Oracle Database lub Microsoft SQL w wersji wspieranej przez producenta,*
- iv. obejmuje wdrożenie i/lub utrzymanie i serwis systemu informatycznego współpracującego z automatycznymi mechanizmami zintegrowanego systemu zarządzania tożsamością i uprawnieniami;”.*

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie może się domyślać czy przypuszczać, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu. Fakt ten musi wynikać bezspornie z dokumentów złożonych przez wykonawcę, bowiem to na ich podstawie następuje wykazanie że wykonawca spełnienia wymagane warunki udziału lub nie podlega wykluczeniu. Odwołujący podniósł, że przystępujący takiemu obowiązkowi nie uczynił zadość, w związku z czym winien zostać wykluczony z postępowania.

Odwołujący wywiódł, że postawione warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny korespondują z przedmiotem niniejszego zamówienia. Wskazywał, że

przedmiotem zamówienia jest budowa (zakup) systemu kadrowo-płacowego wraz z usługami wdrożenia, utrzymania i rozwoju, zapewniającymi jego nieprzerwane i bezawaryjne działanie.

Odwołujący wywiódł, że realizacja zamówienia ma przebiegać w następujący sposób:

- Wdrożenie i uruchomienie produkcyjnego Systemu HR-KP;
- Po zrealizowaniu wdrożenia i uruchomienia produkcyjnego Systemu HR-KP, Wykonawca będzie zobowiązany do świadczenia usług utrzymania, wsparcia technicznego i rozwoju Systemu HR-KP.

Szczegółowy opis poszczególnych elementów znajduje się w załączniku nr 1 do SIWZ - OPZ.

Zdaniem odwołującego do tych elementów należy odnosić warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, *„Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności”*.

Odwołujący argumentował, że przystępujący w wykazie usług wskazał usługę mającą polegać na „wdrożeniu i utrzymaniu systemu enova365”. Usługa ta miała wartość 872.885,49 zł. Odwołujący wskazał, że system ten został wdrożony w następujących obszarach (w oparciu o referencje złożone przez przystępującego):

- 1) Finanse i księgowość;
- 2) Kadry i płace;
- 3) Majątek trwały;
- 4) Planowanie i sprawozdawczość;
- 5) Zamówienia publiczne;
- 6) Portal Pracownika.

Zdaniem odwołującego oznacza to, że obszar „kadry i płace” był tylko częścią, o niewiadomej wartości, większego zamówienia. Nie można zatem jednoznacznie stwierdzić, że przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący uważał, że referencyjny system obejmować miał wdrożenie i/lub utrzymanie i serwis systemu informatycznego obsługującego kadry i płace w jednostkach administracji publicznej lub samorządowej, przy czym wartość usługi wynosi minimum 500 tys. zł brutto. Według odwołującego powyższą wartość należało odnosić do części dotyczącej kadr i płac, a nie do całego systemu informatycznego, który wykazywał przystępujący.

Odwołujący wskazał, że przystępujący złożył wykaz usług i referencje, z których nie wynika wartość części systemu dot. kadr i płac, a powołał się przy tym na całą wartość zrealizowanego zamówienia. Dlatego też, przystępujący nie wykazał spełnienia warunków

udziału w postępowaniu, co winno skutkować wykluczeniem go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a co najmniej wezwaniem do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący wskazał, że zamawiający winien się trzymać postawionego przez siebie warunku udziału w postępowaniu i powziąć wątpliwości co do spełniania warunków udziału w postępowaniu przez przystępującego, a nie zbyt pochopnie akceptować złożone przez wykonawcę dokumenty.

Na marginesie odwołujący wskazał, że o ile oferowany system enova365 może dawać możliwość „równoległej pracy minimum 30 użytkowników przebywających w co najmniej 3 rozproszonych geograficznie i połączonych siecią rozległą WAN lokalizacjach organizacji, firmy bądź instytucji” (co było częścią warunku udziału w postępowaniu), to przystępujący ani w wykazie usług ani w referencjach nie udowodnił, że wdrożony w UTK system enova365 daje użytkownikom UTK możliwość pracy przez sieć rozległą WAN.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ zawarł następujące kryterium oceny ofert:

12.3.4. Kryterium Parametrów utrzymaniowych SLA usługi utrzymania systemu (Ku)

Rodzaj awarii/błędów	Czas reakcji w godz. roboczych	Czas usunięcia w godz. roboczych	Liczba punktów do przyznania
Awaria lub Błąd krytyczny	0,5	4	20
Błąd istotny	1	8	
Błąd inny	3	16	
Awaria lub Błąd krytyczny	1	6	10
Błąd istotny	2	12	
Błąd inny	6	24	
Awaria lub Błąd krytyczny	2	8	0
Błąd istotny	3	16	
Błąd inny	9	32	

Odwołujący wskazał, że jednocześnie, w formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, zamawiający zawarł następującą treść:

Oferujemy Parametry utrzymaniowe SLA usługi utrzymania Systemu w wymiarze:

Rodzaj awarii/błędów	Czas reakcji w godz. roboczych	Czas usunięcia w godz. roboczych	Do wypełnienia przez Wykonawcę – wpisać tak/nie*
Awaria lub Błąd krytyczny	0,5	4	

<i>Błąd istotny</i>	1	8	
<i>Błąd inny</i>	3	16	
<i>Awaria lub Błąd krytyczny</i>	1	6	
<i>Błąd istotny</i>	2	12	
<i>Błąd inny</i>	6	24	
<i>Awaria lub Błąd krytyczny</i>	2	8	
<i>Błąd istotny</i>	3	16	
<i>Błąd inny</i>	9	32	

***tak* należy wpisać tylko w jednym wierszu. W przypadku wpisania „tak” w kilku lub wszystkich wierszach lub wpisania „nie” w kilku lub we wszystkich wierszach oferta Wykonawcy otrzyma 0 pkt w tym kryterium oceny ofert.

Odwołujący podniósł, że przystępujący w złożonym przez siebie formularzu oferty, zawarł następujące informacje:

Oferujemy Parametry utrzymaniowe SLA usługi utrzymania Systemu w wymiarze:

<i>Rodzaj awarii/błędów</i>	<i>Czas reakcji w godz. roboczych</i>	<i>Czas usunięcia w godz. roboczych</i>	<i>Do wypełnienia przez Wykonawcę – wpisać tak/nie*</i>
<i>Awaria lub Błąd krytyczny</i>	0,5	4	TAK
<i>Błąd istotny</i>	1	8	
<i>Błąd inny</i>	3	16	
<i>Awaria lub Błąd krytyczny</i>	1	6	NIE
<i>Błąd istotny</i>	2	12	
<i>Błąd inny</i>	6	24	
<i>Awaria lub Błąd krytyczny</i>	2	8	NIE
<i>Błąd istotny</i>	3	16	
<i>Błąd inny</i>	9	32	

Odwołujący wywiódł, że przystępujący wypełnił zarówno opcję „tak” jak i „nie” w kilku miejscach, co, zgodnie z warunkami przyznawania punktów określonymi przez zamawiającego, winno skutkować przyznaniem mu zero pkt. Jednakże, w ramach oceny ofert, wykonawca ten otrzymał maksymalną liczbę punktów w ramach tego kryterium.

Odwołujący podniósł, że dokonanie wyboru oferty czy też ocena ofert w ramach kryteriów oceny ofert musi być dokonywana zgodnie z tym co zamawiający ustalił w Specyfikacji SIWZ. Niedopuszczalne są żadne odstępstwa i domniemania, jak również niedopuszczalne są na etapie oceny ofert żadnego rodzaju interpretacje i wykładnie. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowanym postępowaniem, a formalizm

postępowania o udzielenie zamówienia jest gwarantem należytego dokonywania czynności przez zamawiającego jak równie prawidłowej oceny w kryteriach oceny ofert i co za tym idzie klasyfikacji ofert w postępowaniu stanowiących podstawę do wyłonienia oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w formularzu ofertowym, jasno wyraził swoje stanowisko dotyczące zasady braku przyznawania punktów w sytuacji, gdy zostanie opisana więcej niż jedna rubryka. Przystępujący uczynił to, a i tak otrzymał punkty. Zdaniem odwołującego takie działanie zamawiającego jest niezgodne z przyjętymi przez niego zasadami przyznawania punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Według odwołującego zamawiający nierówno potraktował wszystkich wykonawców składających ofertę, gdyż ci którzy zastosowali się do jasno wyrażonych przez niego dyrektyw otrzymali tyle samo punktów co ci, którzy się do nich nie zastosowali. Wobec powyższego odwołujący wniósł o nieprzyznanie przystępującemu punktów w ramach kryterium oceny ofert „Parametry utrzymaniowe SLA usługi utrzymania systemu (Ku)”.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Dr IT Warszawa sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „przystępującym”. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje SIWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, dokumenty złożone przez przystępującego w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego, zawiadomienie o wyniku postępowania z 20 lutego 2020 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Dr IT Warszawa sp. z o.o. w Warszawie uznając, że zostały spełnione przesłanki formalne wynikające z art. 185 ustawy Pzp i wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia postępowania na korzyść zamawiającego.

W dalszej kolejności stwierdzono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu trzecim, za ofertą wybraną pochodzącą od przystępującego i za ofertą wykonawcy Comarch. Oferta wykonawcy Comarch nie została jeszcze zbadana pod względem podmiotowym, gdyż zamawiający nie żądał jeszcze od tego wykonawcy złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 ani art. 26 ust. 2f ustawy Pzp. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą względnie obniżenia punktacji przyznanej tej ofercie. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał wykluczenia z postępowania ww. wykonawcy, względnie przyznał jego ofercie zbyt dużą liczbę punktów skutkować będzie koniecznością nakazania wykonania (weryfikacji) tych czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, że wykonawca Comarch, sklasyfikowany obecnie na miejscu drugim, po przeprowadzeniu weryfikacji podmiotowej zostanie wykluczony z udziału w postępowaniu, co otworzyłoby odwołującemu drogę do uzyskania zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest *budowa (Zakup), Wdrożenie, Utrzymanie, Wsparcie Technicznego i Rozwoju Systemu Kadrowo-Płacowego, zgodnie z wymaganiami oraz w określonych terminach.*

Po zrealizowaniu wdrożenia i uruchomienia produkcyjnego Systemu HR-KP Wykonawca będzie zobowiązany do świadczenia usług utrzymania, wsparcia technicznego i rozwoju Systemu HRKP.

(por. załącznik nr 1 do umowy, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia).

Ustalono także, że zamawiający w pkt 4.1.2. A.I SIWZ sformułował następujący warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania zdolności technicznej lub zawodowej przez wykonawcę:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

I. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych i ciągłych wykonuje, co najmniej jedną usługę referencyjną obejmującą wdrożenie i/lub utrzymanie i serwis systemu informatycznego obsługującego kadry i płace w jednostkach administracji publicznej lub samorządowej, przy czym wartość usługi wynosi minimum 500 tys. zł brutto oraz spełnia poniższe warunki:

i. obejmuje wdrożenie i/lub utrzymanie i serwis systemu informatycznego z możliwością równoległej pracy minimum 30 użytkowników przebywających w co najmniej 3 rozproszonych geograficznie i połączonych siecią rozległą WAN lokalizacjach organizacji, firmy bądź instytucji, dla której dedykowany jest system (z wyłączeniem systemów informatycznych dedykowanych do świadczenia usług w sieci publicznej, w tym portali informacyjnych i sklepów internetowych),

ii. obejmuje wdrożenie i/lub utrzymanie i serwis scentralizowanego systemu informatycznego w architekturze klient-serwer,

iii. obejmuje co najmniej asystę techniczną systemu wytworzonego w językach programowania obiektowego oraz wykorzystującego bazę danych Oracle Database lub Microsoft SQL w wersji wspieranej przez producenta,

iv. obejmuje wdrożenie i/lub utrzymanie i serwis systemu informatycznego współpracującego z automatycznymi mechanizmami zintegrowanego systemu zarządzania tożsamością i uprawnieniami;”.

Ustalono również, że w pkt 5.4. SIWZ zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 24aa ust. 1 ustawy, najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W tym celu, zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy, Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt 5.5, 5.6., 5.10., 5.11. oraz w pkt 4.6.

Ustalono także, że w pkt 5.10 SIWZ zamawiający wskazał, że na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający będzie żądał następujących dokumentów od Wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona:

5.10.1.1. Wykazu wykonanych usług, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi

zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych i ciągłych są wykonywane, jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Wykaz powinien zawierać usługi na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu (wzór wykazu stanowi Załącznik nr 4 do SIWZ);

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swą ofertę złożył m.in. przystępujący.

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 21 stycznia 2020 r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia m.in. dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w pkt 5.10 SIWZ. Zamawiający poinformował jednocześnie, że złożone przez przystępującego dokumenty dot. pkt 5.10 SIWZ nie mogą zostać uznane za prawidłowe, gdyż zawierają błędy formalne dot. formy złożenia i/lub podpisania oraz merytoryczne – nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył wykaz usług. W wykazie tym wymienił usługę o nazwie „wdrożenie i utrzymanie systemu enova365”, o wartości 872.885,49 zł brutto, wykonaną przez przystępującego na rzecz Urzędu Transportu Kolejowego w Warszawie, w okresie od 04.08.2017 r. do 22.12.2017 r., obejmującą:

- i) wdrożenie i utrzymanie z możliwością równoległej pracy minimum 30 użytkowników przebywających w co najmniej 3 rozproszonych geograficznie i połączonych siecią rozległą WAN lokalizacjach organizacji;
- ii) wdrożenie i utrzymanie scentralizowanego systemu informatycznego w architekturze klient-serwer,
- iii) asystę techniczną systemu wytworzonego w językach programowania obiektowego oraz wykorzystującego system zarządzania relacyjnymi bazami danych, w wersji wspieranej przez producenta,
- iv) wdrożenie i utrzymanie systemu informatycznego współpracującego z automatycznymi mechanizmami zintegrowanego systemu zarządzania tożsamością i uprawnieniami.

Ustalono także, że przystępujący do wykazu usług załączył referencje z 18 maja 2018 r. wystawione przez Urząd Transportu Kolejowego w Warszawie. W referencjach tych

zleceniodawca oświadczył m.in., że przystępujący dostarczył i wdrożył system enova365, który wspiera następujące obszary biznesowe:

- finanse i księgowość,
- kadry i płace,
- majątek trwały,
- planowanie i sprawozdawczość,
- zamówienia publiczne,
- portal pracownika.

Ponadto wskazano, że po wdrożeniu enova 365 przystępujący wspierał zleceniodawcę w okresie stabilizacji systemu a obecnie świadczy usługi wsparcia i rozwoju systemu.

Ustalono także, że zamawiający w pkt 12.3.4 SIWZ opisał następujące kryterium oceny ofert:

12.3.4. Kryterium Parametrów utrzymaniowych SLA usługi utrzymania systemu (Ku)

Rodzaj awarii/błędów	Czas reakcji w godz. roboczych	Czas usunięcia w godz. roboczych	Liczba punktów do przyznania
Awaria lub Błąd krytyczny	0,5	4	20
Błąd istotny	1	8	
Błąd inny	3	16	
Awaria lub Błąd krytyczny	1	6	10
Błąd istotny	2	12	
Błąd inny	6	24	
Awaria lub Błąd krytyczny	2	8	0
Błąd istotny	3	16	
Błąd inny	9	32	

Ustalono także, że we wzorze formularza oferty stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, zamawiający zawarł następującą treść:

Oferujemy Parametry utrzymaniowe SLA usługi utrzymania Systemu w wymiarze:

<i>Rodzaj awarii/błędów</i>	<i>Czas reakcji w godz. roboczych</i>	<i>Czas usunięcia w godz. roboczych</i>	<i>Do wypełnienia przez Wykonawcę – wpisać tak/nie*</i>
<i>Awaria lub Błąd krytyczny</i>	<i>0,5</i>	<i>4</i>	
<i>Błąd istotny</i>	<i>1</i>	<i>8</i>	
<i>Błąd inny</i>	<i>3</i>	<i>16</i>	

<i>Awaria lub Błąd krytyczny</i>	1	6	
<i>Błąd istotny</i>	2	12	
<i>Błąd inny</i>	6	24	
<i>Awaria lub Błąd krytyczny</i>	2	8	
<i>Błąd istotny</i>	3	16	
<i>Błąd inny</i>	9	32	

***tak* należy wpisać tylko w jednym wierszu. W przypadku wpisania „tak” w kilku lub wszystkich wierszach lub wpisania „nie” w kilku lub we wszystkich wierszach oferta Wykonawcy otrzyma 0 pkt w tym kryterium oceny ofert.

W dalszej kolejności ustalono, że przystępujący w złożonym przez siebie formularzu oferty zawarł następujące informacje:

Oferujemy Parametry utrzymaniowe SLA usługi utrzymania Systemu w wymiarze:

<i>Rodzaj awarii/błędów</i>	<i>Czas reakcji w godz. roboczych</i>	<i>Czas usunięcia w godz. roboczych</i>	<i>Do wypełnienia przez Wykonawcę – wpisać tak/nie*</i>
<i>Awaria lub Błąd krytyczny</i>	0,5	4	TAK
<i>Błąd istotny</i>	1	8	
<i>Błąd inny</i>	3	16	
<i>Awaria lub Błąd krytyczny</i>	1	6	NIE
<i>Błąd istotny</i>	2	12	
<i>Błąd inny</i>	6	24	
<i>Awaria lub Błąd krytyczny</i>	2	8	NIE
<i>Błąd istotny</i>	3	16	
<i>Błąd inny</i>	9	32	

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający 20 lutego 2020 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego. Zamawiający poinformował także m.in., że przystępujący w kryterium oceny ofert „*Parametry utrzymaniowe SLA usługi utrzymania systemu (Ku)*” otrzymał 20 pkt.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej*

konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (...).

Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechania wykluczenia przystępującego z powodu niewykazania przez niego warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 4.1.2 A. I. (strona 3) SIWZ. Jak słusznie wskazał przystępujący w swym piśmie procesowym, o naruszeniu przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp można byłoby mówić wyłącznie w sytuacji, gdyby wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu po uprzednim wykorzystaniu przez zamawiającego procedury uzupełniającej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jak wynika z tego ostatniego przepisu, wzmiankowana tam procedura ma co do zasady charakter obligatoryjny. Wyjątkiem od obowiązku wezwania jest sytuacja, gdy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub zachodzi podstawa do unieważnienia postępowania. Odwołujący nie podniósł w odwołaniu, aby w rozstrzyganej sprawie zachodził któryś z omawianych wyjątków. Zatem zamawiający nie mógł naruszyć przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, gdyż w rozstrzyganej sprawie nie było kierowane do przystępującego wezwanie do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 4.1.2 A. I. (strona 3) SIWZ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zarzut okazał się zatem w sposób oczywisty chybiony.

Za bezzasadny uznano także podnoszony w odwołaniu z ostrożności procesowej zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 4.1.2 A. I. (strona 3) SIWZ.

Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie prowadził do wniosku, że przystępujący złożył zamawiającemu wymagane w SIWZ dokumenty (wykaz usług i referencje), z których wynikało spełnienie spornego warunku.

Zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 4.1.2 A. I. (strona 3) SIWZ wykonawca miał obowiązek wykazać, że *w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:*

1. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych i ciągłych wykonuje, co najmniej jedną usługę referencyjną obejmującą wdrożenie i/lub utrzymanie i serwis systemu informatycznego obsługującego kadry i płace w jednostkach administracji publicznej lub samorządowej, przy czym wartość usługi wynosi minimum 500 tys. zł brutto oraz spełnia poniższe warunki:

(...)

Odwołujący w treści odwołania wywiódł, że wymóg co do wartości 500 tysięcy złotych należy odnosić do elementu kadrowo-płacowego systemu wdrożonego przez wykonawcę. Wskazał bowiem w odwołaniu, że *„powyższą wartość należało odnosić do części dotyczącej kadr i płac, a nie do całego systemu informatycznego, który wykazywał Dr IT Warszawa”* (str. 8 odwołania). Z kolei zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wywiódł, że *„wskazana w pkt 4.1.2.1.A.1 SIWZ kwota minimum 500 tys. zł brutto określała wartość całej usługi referencyjnej.”* (str. 3 odpowiedzi na odwołanie). Identycznie jak zamawiający argumentował przystępujący w swym piśmie procesowym. Podniósł, że *„w żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie wskazał również, że wymagana wartość referencyjna odnosi się do części systemu obejmującej kadry i płace”* (str. 4 pisma procesowego przystępującego).

Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego nie znajduje oparcia w treści spornego warunku udziału w postępowaniu. Jak wynikało wyraźnie i jednoznacznie z opisu przywołanego warunku, wartość 500 tysięcy złotych odnosiła się do „usługi” referencyjnej, a nie do elementu systemu kadrowo-płacowego obsługującego kadry i płace. Z kolei zaś usługa referencyjna miała jedynie „obejmować” wdrożenie i/lub utrzymanie i serwis systemu informatycznego, który to system z kolei miał „obsługiwać” kadry i płace w jednostkach administracji publicznej lub samorządowej. W myśl warunku dopuszczalne było zatem wykazanie się doświadczeniem w wykonaniu usługi, która „obejmowała” także inne wdrożenia systemów informatycznych. Nie było też przeszkód, aby wdrożone systemy „obsługiwały” inne obszary niż tylko kadry i płace. Zamawiający nigdzie nie wskazał przykładowo, że wartość 500 tysięcy złotych ma osiągnąć wdrożony system kadrowo-płacowy. Jak wynikało zatem z powyższego wartość 500 tysięcy zł nie musiała odnosić się do komponentu kadrowo-płacowego systemu wdrożonego w ramach usługi referencyjnej.

Bezzasadne jest także zawężanie wyraźnego i jednoznacznego brzmienia warunku przez zabieg odwołania się przez odwołującego do opisu przedmiotu zamówienia, czyli opisu minimalnych cech systemu, który zostanie wykonany u zamawiającego w ramach wykonania zamówienia publicznego przez wyłonionego wykonawcę.

Jak wynika z przepisu art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, przywołanego przez odwołującego w odwołaniu, *zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zgodności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności*. Z przywołanego przepisu wprost wynika, co znajduje także odzwierciedlenie w orzecznictwie izby, że warunki udziału w postępowaniu nie muszą być tożsame i identyczne z przedmiotem zamówienia. Warunki mają jedynie pozostawać w odpowiedniej proporcji do OPZ. Istotny jest także cel formułowania warunków, służą one jedynie weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Zdolny do wykonania zamówienia to nie zawsze taki wykonawca, który wykonał identyczne zamówienie z obecnie zamawianym. Na uwagę zasługuje fakt, że ustawodawca wprost nadmienia w przepisie o minimalnych poziomach zdolności, a więc takich, których osiągnięcie zapewne zamawiającemu, że kontrakt publiczny zdobędzie wykonawca wiarygodny. W konsekwencji nie tylko wykładnia językowa, ale także celowościowa prowadziła do jednakowego odczytania spornego warunku. Tak rozumiany warunek spełnia usługa referencyjna wykazana przez przystępującego w wykazie usług. W wykazie tym przystępujący powołał się na swe doświadczenie w wykonaniu usługi o nazwie „*wdrożenie i utrzymanie systemu enova365*”, o wartości 872.885,49 zł brutto, wykonanej na rzecz Urzędu Transportu Kolejowego w Warszawie, w okresie od 04.08.2017 r. do 22.12.2017 r. Wartość całej usługi referencyjnej wynosiła ponad 800 tysięcy złotych, a zatem przewyższała próg opisany w warunku. Ponadto usługa ta obejmowała „*wdrożenie i/lub utrzymanie i serwis systemu informatycznego obsługującego kadry i płace w jednostkach administracji publicznej lub samorządowej*”. Jak wynikało z wykazu usług i referencji zleceniodawcy z 18.05.2018 r., system enova365 wspierał bowiem m.in. następujące obszary biznesowe: „*kadry i płace*” oraz „*portal pracownika*”.

W dalszej kolejności należało odnieść się do zarzutu naruszenia opisanego lakonicznie na str. 9 odwołania. Odwołujący w tej części odwołania podniósł, co następuje: *Na marginesie wskazać należy, że o ile oferowany system enova365 może dawać możliwość „równoległej pracy minimum 30 użytkowników przebywających w co najmniej 3 rozproszonych geograficznie i połączonych siecią rozległą WAN lokalizacjach organizacji, firmy bądź instytucji” (co było częścią warunku udziału w postępowaniu), to przystępujący ani*

w wykazie usług ani w referencjach nie udowodnił, że wdrożony w UTK system enova365 daje użytkownikom UTK możliwość pracy przez sieć rozległą WAN.

Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu Izba stwierdziła, że odwołujący w odwołaniu nie kwestionował, że system enova365 daje możliwość równoległej pracy minimum 30 użytkowników przebywających w co najmniej 3 rozproszonych geograficznie i połączonych siecią WAN lokalizacjach. Wręcz przeciwnie, napisał, że system ten „może dawać taką możliwość”. Zarzut, że system enova365 wdrożony w UTK nie spełnia ww. wymogu odwołujący sformułował dopiero na rozprawie w dniu 25 maja 2020 r. i pozostawał on bez związku z treścią wniesionego odwołania. Wobec powyższego Izba zobowiązana była pominąć ww. zarzut przy wyrokowaniu. Powyższe wynika z treści art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”*

Skoro zatem odwołujący w odwołaniu wyraźnie stwierdził, że system enova 365 wdrożony w UTK może dawać możliwość równoległej pracy minimum 30 użytkowników przebywających w co najmniej 3 rozproszonych geograficznie i połączonych siecią WAN lokalizacjach, to na rozprawie nie może formułować zarzutu, że jest przeciwnie, gdyż jest to nowy, spóźniony zarzut.

W dalszej zarzutu na str. 9 odwołujący podniósł, jakoby przystępujący w wykazie usług i referencjach *„nie udowodnił, że system enova365 daje użytkownikom UTK możliwość pracy przez sieć rozległą WAN”*. Tak sformułowany zarzut oznaczał, że odwołujący kwestionował stronę formalną, a mianowicie brak udowodnienia spornego elementu w treści dokumentów złożonych przez przystępującego. Tak opisany zarzut jest bezzasadny. Zgodnie z ustawą Pzp warunek się „nie udowadnia”, tylko „wykazuje” (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp). Podkreślenia wymaga, że „dowodu” wymaga się jedynie na potwierdzenie faktu należytego wykonania usługi wymienionej w wykazie (por. § 2 ust. 4 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.). Po drugie, wykazanie warunku następuje przez złożenie dokumentów formalnych wskazanych przez zamawiającego w SIWZ. W analizowanej sprawie zamawiający wymienił żądane przez siebie dokumenty wymagane celem wykazania

warunku w pkt 5.10.1.1. SIWZ. W postanowieniu tym zamawiający zażądał złożenia następujących dokumentów:

Wykazu wykonanych usług, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych i ciągłych są wykonywane, jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Wykaz powinien zawierać usługi na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu (wzór wykazu stanowi Załącznik nr 4 do SIWZ).

Jak wynikało z przytoczonego postanowienia SIWZ, dokumentami wymaganymi przez zamawiającego celem wykazania warunku był wykaz usług i dowód należytego wykonania usługi wymienionej w wykazie, które zgodnie z orzecznictwem Izby, mają łącznie potwierdzać spełnienie spornego warunku. W wykazie usług w kolumnie 5 przystępujący złożył wyraźne oświadczenie, że system enova365 daje użytkownikom UTK przebywającym w co najmniej 3 lokalizacjach rozproszonych geograficznie możliwość pracy przez sieć rozległą WAN. Tym samym wykazał spełnienie spornego elementu warunku w sposób wskazany w SIWZ.

Podkreślenia przy tym wymagało, że odwołujący w odwołaniu nie sformułował zarzutu, że wdrożony w UTK system enova365 nie daje użytkownikom UTK możliwości pracy przez sieć rozległą WAN. Zarzut dotyczył wyłącznie kwestii formalnej, a mianowicie nie udowodnienia tego faktu w wykazie i referencjach. Powyższe twierdzenie odwołującego okazało się niezgodne z rzeczywistością, gdyż oświadczenie w tym zakresie znajdowało się w wykazie usług złożonym przez przystępującego. Tak sformułowany zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Izba nie prowadziła ustaleń na podstawie dowodów złożonych przez odwołującego:

- 1) wniosku odwołującego skierowanego do UTK z 25 lutego 2020 r. o udzielenie informacji czy system enova 365 w zakresie kadr i płac został wdrożony tylko w Centrali UTK, czy też w oddziałach terenowych UTK (dowód nr 1),
- 2) informacji UTK z 6 marca 2020 r. stanowiącej odpowiedź na ww. wniosek odwołującego (dowód nr 3),

- 3) umowy z 4 sierpnia 2017 r. zawartej między UTK a przystępującym (dowód nr 4),
- 4) OPZ, stanowiącego załącznik nr 1 do ww. umowy (dowód nr 5).

Jak wynikało z przebiegu rozprawy, odwołujący składał te dowody na okoliczność, że system enova365 wdrożony przez przystępującego u UTK nie zapewnia równoległej pracy minimum 30 użytkowników przebywających w co najmniej 3 rozproszonych geograficznie i połączonych siecią rozległą WAN lokalizacjach organizacji, firmy bądź instytucji. Jak wskazano zaś wcześniej, te okoliczności faktyczne pozostawały bez związku z zarzutami przedstawionymi w odwołaniu.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający w pkt 12.3.4 SIWZ opisał następujące kryterium oceny ofert:

12.3.4. Kryterium Parametrów utrzymaniowych SLA usługi utrzymania systemu (Ku)

Rodzaj awarii/błędów	Czas reakcji w godz. roboczych	Czas usunięcia w godz. roboczych	Liczba punktów do przyznania
Awaria lub Błąd krytyczny	0,5	4	20
Błąd istotny	1	8	
Błąd inny	3	16	
Awaria lub Błąd krytyczny	1	6	10
Błąd istotny	2	12	
Błąd inny	6	24	
Awaria lub Błąd krytyczny	2	8	0
Błąd istotny	3	16	
Błąd inny	9	32	

Ustalono także, że we wzorze formularza oferty stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, zamawiający zawarł następującą treść:

Oferujemy Parametry utrzymaniowe SLA usługi utrzymania Systemu w wymiarze:

Rodzaj awarii/błędów	Czas reakcji w godz. roboczych	Czas usunięcia w godz. roboczych	Do wypełnienia przez Wykonawcę – wpisać tak/nie*
Awaria lub Błąd krytyczny	0,5	4	
Błąd istotny	1	8	
Błąd inny	3	16	
Awaria lub Błąd krytyczny	1	6	
Błąd istotny	2	12	
Błąd inny	6	24	

<i>Awaria lub Błąd krytyczny</i>	2	8	
<i>Błąd istotny</i>	3	16	
<i>Błąd inny</i>	9	32	

***tak* należy wpisać tylko w jednym wierszu. W przypadku wpisania „tak” w kilku lub wszystkich wierszach lub wpisania „nie” w kilku lub we wszystkich wierszach oferta Wykonawcy otrzyma 0 pkt w tym kryterium oceny ofert.

W dalszej kolejności ustalono, że przystępujący w złożonym przez siebie formularzu oferty, zawarł następujące informacje:

Oferujemy Parametry utrzymaniowe SLA usługi utrzymania Systemu w wymiarze:

<i>Rodzaj awarii/błędów</i>	<i>Czas reakcji w godz. roboczych</i>	<i>Czas usunięcia w godz. roboczych</i>	<i>Do wypełnienia przez Wykonawcę – wpisać tak/nie*</i>
<i>Awaria lub Błąd krytyczny</i>	0,5	4	TAK
<i>Błąd istotny</i>	1	8	
<i>Błąd inny</i>	3	16	
<i>Awaria lub Błąd krytyczny</i>	1	6	NIE
<i>Błąd istotny</i>	2	12	
<i>Błąd inny</i>	6	24	
<i>Awaria lub Błąd krytyczny</i>	2	8	NIE
<i>Błąd istotny</i>	3	16	
<i>Błąd inny</i>	9	32	

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający 20 lutego 2020 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego. Zamawiający poinformował także m.in., że przystępujący w kryterium oceny ofert „*Parametry utrzymaniowe SLA usługi utrzymania systemu (Ku)*” otrzymał 20 pkt.

Podzielono stanowisko zamawiającego i przystępującego, że dokonując wykładni przywołanego kryterium oceny ofert i zapisów wzoru formularza ofertowego należało posłużyć się wszystkimi regułami wykładni prawniczej. Zgodnie z najnowszymi poglądami teoretyków prawa, co znajduje odzwierciedlenie w poglądach sądów, w tym Sądu Najwyższego, wykładnia językowa, nawet w sytuacji gdy interpretowane sformułowanie jest jasne, nie jest jedyną, która powinna prowadzić do odczytywania znaczenia norm prawnych. Reguły dotyczące wykładni norm prawnych można stosować również do interpretacji postanowień SIWZ. Jak wynika z ww. poglądów, obecnie odchodzi się od akcentowanego we wcześniejszym okresie prymatu wykładni literalnej, czego wyrazem było stwierdzenie, że

to co jasne, nie podlega interpretacji „*clara non sunt interpretanda*”. Obecnie w teorii prawa, znajdującej poparcie w coraz częstszych orzeczeniach sądów, w tym Sądu Najwyższego, przyjmuje się, że interpretacji podlega wszystko, w tym również pojęcia jasne, w myśl zasady „wszystko podlega interpretacji” - „*omnia sunt interpretanda*”. Przykładowo w wyroku z dnia 17 czerwca 2009 r. sygn. akt IV CSK 90/09 Sąd Najwyższy wyraził pogląd, zgodnie z którym *Wyrażane niekiedy zapatrywanie, że nie można uznać prawnej doniosłości znaczenia nadanego oświadczeniu woli przez same strony, gdy odbiega ono od jasnego sensu oświadczenia woli wynikającego z reguł językowych nawiązuje do nie mającej oparcia w art. 65 k.c., anachronicznej koncepcji wyrażonej w paremii clara non sunt interpretanda. Najnowsze gruntowne wypowiedzi nauki prawa cywilnego odrzuciły tę koncepcję. Zerwał z nią także Sąd Najwyższy w kilku orzeczeniach wydanych w ostatnich latach (por. wyroki: z dnia 21 listopada 1997 r., I CKN 825/97, OSNC 1998, nr 5, poz. 81, z dnia 8 czerwca 1999 r., II CKN 379/98, OSNC 2000, nr 1, poz. 10, z dnia 7 grudnia 2000 r., II CKN 351/00, OSNC 2001, nr 6, poz. 95, z dnia 30 stycznia 2004 r., I CK 129/03 niepubl., z dnia 25 marca 2004 r., II CK 116/03, niepubl. i z dnia 8 października 2004 r., V CK 670/03, OSNC 2005, nr 9, poz. 162).*

Zgodnie z art. 65 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, *oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności w jakich zostały złożone zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje.*

Zdaniem Izby, przepis ten należy odnieść zarówno do interpretacji oświadczenia woli, jakim jest postanowienie SIWZ, jak i pozostającego w związku z tym postanowieniem oświadczenia woli, jakim jest oferta wykonawcy, która wszak stanowi reakcję na to postanowienie.

Zdaniem Izby z przywołanych postanowień SIWZ (opisu kryterium oceny ofert i wzoru formularza) wynikał jednoznaczny cel, jaki przyświecał zamawiającemu. Zamawiający opisał wykonawcom w kryterium trzy możliwe opcje parametrów utrzymaniowych SLA. Następnie zaś oczekiwał aby zaoferowali oni jednoznacznie jedną z trzech dopuszczalnych możliwości. Temu służyła zamieszczona przez zamawiającego we wzorze formularza ofertowego uwaga o treści: *„tak” należy wpisać tylko w jednym wierszu. W przypadku wpisania „tak” w kilku lub wszystkich wierszach lub wpisania „nie” w kilku lub we wszystkich wierszach oferta Wykonawcy otrzyma 0 pkt w tym kryterium oceny ofert.* Innymi słowy zamawiający chciał zapobiec sytuacji, w której wykonawcy zaznaczyliby kilka wykluczających się możliwości lub nie zaznaczyli żadnej.

Nie ulegało też wątpliwości, którą z trzech możliwości przystępujący zaoferował zamawiającemu. Wykonawca złożył oświadczenie „tak” przy opcji premiiwanej 20 pkt, oraz oświadczenia „nie” przy opcjach premiiowanych 0 i 10 punktami. Wpisanie słowa „tak” przy jednej z trzech opcji i słów „nie” przy dwóch pozostałych niewątpliwie świadczyło o

zaoferowaniu wariantu, za który zamawiający zamierzał przyznać 20 pkt. Trudno bowiem przypuszczać, że przystępujący zaoferował opcję 2 lub 3, skoro postawił przy nich słowo „NIE”. Na uwagę zasługiwał fakt, że nawet odwołujący w odwołaniu nie utrzymywał, że przystępujący zaoferował zamawiającemu opcję 2 lub 3. Owszem, sposób wypełnienia formularza przez przystępującego oznaczał, że wpisał on słowo „nie” w kilku wierszach, ale w analizowanej sytuacji istotne jest, że jednocześnie zaznaczył tylko jedną opcję „tak”, powodując, że treść oferty jest jasna. Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający prawidłowo przyznał ofercie przystępującego 20 pkt stosownie do kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, rozumianych zgodnie z prawidłowo zastosowanymi w tej sytuacji regułami wykładni prawniczej. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie znalazł zatem potwierdzenia.

Nie została także naruszona zasada równego traktowania wykonawców wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Każdy z wykonawców, w tym przystępujący, zaoferował zamawiającemu opcję 1 – to jest najkrótszy czas reakcji SLA. W konsekwencji każdy z nich otrzymał 20 pkt. Wykonawcy, którzy znaleźli się w takich samych sytuacjach zostali zatem potraktowani przez zamawiającego identycznie.

Chybiony okazał się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że *zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*. Udzielenie zamówienia następuje w momencie podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający do momentu wyrokowania w sprawie nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji zamawiający nie mógł naruszyć przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp wskazanego przez odwołującego.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp. W tej sytuacji odwołanie musiało zostać oddalone.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości odwołujący. Zatem to tę stronę obciążono całością kosztów postępowania odwoławczego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t. jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: