

Sygn. akt: KIO 1616/17

**WYROK**  
**z dnia 28 sierpnia 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Wykonawcę **American Systems sp. z o.o., (ul. 27 Grudnia 7 (budynek D), 61-737 Poznań)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Polska Akademia Nauk, Biblioteka Kórnicka, (ul. Zamkowa 5, 62-035 Kórnik)**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Cultware sp. z o.o., MONGUZ Informáciotechnológiai Kft, (ul. Konstantynowska 30/32C/35, 94-303 Łódź)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy Konsorcjum Cultware sp. z o.o., MONGUZ Informáciotechnológiai Kft oraz nakazuje odrzucenie oferty tego Wykonawcy,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Polska Akademia Nauk, Biblioteka Kórnicka, (ul. Zamkowa 5, 62-035 Kórnik)** i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **American Systems sp. z o.o., (ul. 27 Grudnia 7 (budynek D), 61-737 Poznań)**,
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego **Polska Akademia Nauk, Biblioteka Kórnicka, (ul. Zamkowa 5, 62-035 Kórnik)** na rzecz Odwołującego **American Systems sp. z o.o., (ul. 27 Grudnia 7 (budynek D), 61-737 Poznań)** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 **Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

UZASADNIENIE

Zamawiający Polska Akademia Nauk Biblioteka Kórnicka prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest usługa zaprojektowania, wykonania i wdrożenia oraz utrzymania platformy internetowej - serwisu integrującego zbiory Polskiej Akademii Nauk - Biblioteki Kórnickiej.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 041-074974.

Odwołujący American Systems Sp. z o. o. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Cultware Sp. z o.o, (lider) i Monguz Informatotechnologia Kft (partner), podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu tego, że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. nie potwierdził posiadania niezbędnej zdolności technicznej lub zawodowej; zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum, pomimo że treść oferty nie jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia; zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia oferty konsorcjum złożonego z Cultware Sp. z o.o, (lider) i Monguz Informatotechnologia Kft (partner), art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum, pomimo że treść oferty nie jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia; art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej, wykluczenia konsorcjum z postępowania i uznania oferty konsorcjum za odrzuconą, ewentualnie odrzucenia oferty konsorcjum, dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zaniechanie wykluczenia wykonawcy ze względu na to, że nie spełnił warunków udziału w postępowaniu.

W pkt. 9.2.3 (1) tiret drugie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) Zamawiający postawił warunek dot. zdolności technicznej (doświadczenia) — aby uznać warunek za

spełniony, Wykonawca winien wykazać, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie) wykonał należycie m.in. jedną usługę, która obejmowała wykonanie oprogramowania internetowego zawierającego mechanizm sztucznej inteligencji wykorzystywany w celu dopasowania wyświetlanych metadanych w zależności od preferencji użytkownika o wartości co najmniej 500.000,00 PLN brutto (lub równowartość tej kwoty w przypadku walut innych, niż złoty polski, obliczoną przy uwzględnieniu średniego kursu waluty obcej podanego przez Narodowy Bank Polski dla dnia opublikowania ogłoszenia o zamówieniu). W dniu 13 lipca 2017 r. Zamawiający uznając, że złożone przez konsorcjum oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku opisanego w pkt. 9.2.3 (1) tiret drugie siwz, wezwał w trybie 26 ust. 3 do uzupełnienia dokumentów. W odpowiedzi na to wezwanie, Wykonawca przedstawił w wykazie (poz. 4) usługę wykonaną na rzecz Antikvarium.hu dołączając list referencyjny w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski. Zdaniem Odwołującego, konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przedstawione referencje budzą szereg zastrzeżeń natury formalnej, m.in. referencje nie są datowane, nie można więc stwierdzić, czy są aktualne na dzień ich złożenia. Treść referencji świadczy o tym, że usługa wykonywana na rzecz Antikvarium.hu nie spełnia warunków postawionych przez Zamawiającego w siwz, a w szczególności - nie zawiera mechanizmów sztucznej inteligencji. Referencje wprawdzie wprost zapewniają o elementach sztucznej inteligencji, jednak następujące cele projektu temu przeczą: - Rejestracja i modyfikacja preferencji użytkowników, - Dopasowanie preferencji użytkowników. Zadaniem mechanizmów opartych na sztucznej inteligencji nie jest rejestracja i modyfikacja preferencji użytkowników.

Sztuczna inteligencja na podstawie operacji wykonywanych przez użytkowników powinna dokonywać wnioskowania i na tej podstawie mechanizm powinien dopasować wyświetlane metadane. Zdanie "Dopasowanie preferencji użytkowników" stoi w logicznej sprzeczności względem wcześniejszej treści "mechanizm sztucznej inteligencji, który służył dopasowaniu wyświetlanych metadanych zgodnie z preferencjami czytelników i użytkowników".

Zadaniem sztucznej inteligencji jest dopasowanie metadanych do preferencji użytkowników a nie dopasowanie samej preferencji użytkowników. Należy przychylić się do tezy prezentowanej w orzecznictwie i doktrynie, zgodnie z którą zamawiający może żądać uzupełnienia dokumentu z tej samej przyczyny tylko raz w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, konsorcjum powinno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 a złożona przez nie oferta powinna zostać uznana za odrzuconą (art. 24 ust. 4).

Zdaniem Odwołującego, złożona przez Przystępującego oferta nie odpowiada treści siwz, a

więc powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia postawił warunki dotyczące kluczowych elementów projektowanego oprogramowania: VII.4. Analiza profilu użytkownika Analiza profilu użytkownika zostanie zrealizowana za pomocą dedykowanych mechanizmów sztucznej inteligencji. Analiza profilu użytkownika będzie pozwalać na: a) dzięki pomiarom odrzuceń platforma tworzy indywidualny profil zainteresowań (współczynnik obliczany na podstawie czasu jaki użytkownik spędzany danej stronie). Na tej podstawie proponowane są dla użytkownika zasoby w obszarze jego zainteresowania; b) sprofilowane wyniki wyszukiwania zostaną dobrane do preferencji użytkownika; c) analiza wielowymiarowa do określenia typu zasobu jaki można promować/popularyzować dla użytkowników o określonych preferencjach; d) analiza wielowymiarowa zasobów godnych zainteresowania użytkownika; e) dane zebrane podczas analizy profilu użytkownika posłużą również do szczegółowych dalszych badań zachowań użytkowników i ich preferencji; f) przeprowadzenie eksperymentów porównawczych. Zamawiający zadał Przystępującemu pytanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego, odpowiedź na pytania zawarte w literze i) potwierdza tezę, że oferta konsorcjum jest niezgodna z siwz. Pytanie zamawiającego: i) „W jaki sposób będzie odbywało się wyszukiwanie obiektów w platformie zarówno proste jak i zaawansowane? Jakie narzędzia zostaną wykorzystane do przeszukiwania warstwy tekstowej zdigitalizowanych obiektów oraz indeksowania treści?” Konsorcjum udzieliło następującej odpowiedzi: „Proste wyszukiwanie działa podobnie jak zwykła wyszukiwanie treści na wyszukiwarce Google. Interfejs wyszukiwania wspierany jest przez autokorektę, okrajanie i symbole wieloznaczne. W przypadku hierarchicznego tezauryusa, interfejs wyszukiwania pokaże użytkownikowi hierarchiczne drzewo, gdzie należy wprowadzić termin. Nie trzeba wiedzieć, w którym polu szukać dokładnej treści, wystarczy wpisać kilka słów kluczowych, platforma zrobi to automatycznie i pokaże odpowiednie wyniki. Na liście z wynikami znajdują się opcje do dalszego filtrowania listy wyników lub możliwość dodania dodatkowych kryteriów, aby zawęzić wyniki. Dane pochodzące z predefiniowanych zbiorów są wyświetlane na standardowej liście facetów, a obok pokazywane są dostępne pozycje i ich ilość. W niektórych polach autokorekta pomaga wprowadzić odpowiednie dane. Zaawansowane wyszukiwanie pozwala na szczegółowe przeszukiwanie z dokładnością dopasowania do odpowiednich formatów danych. Dla zaawansowanych użytkowników, można dodać opcję komendy CCL w wyszukiwarce. Nawigacja pomiędzy rekordami jest możliwa przez użycie linków z czytelnymi nazwami dla użytkowników.” Odwołujący podkreślił, że Zamawiający oczekiwał wykorzystania mechanizmów sztucznej inteligencji do przeszukiwania warstwy testowej zdigitalizowanych obiektów oraz indeksowania treści. Elementy te zostały wskazane w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący podniósł, że Przystępujący nie opisał, w jaki sposób będą wykorzystywane mechanizmy sztucznej

inteligencji, które na podstawie punktu VII.4. opisu przedmiotu zamówienia w jednoznaczny sposób wpływają na proces wyszukiwania.

W związku z powyższym, wyjaśnienia złożone w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy, traktowane być powinny jako część oferty, a skoro wskazują na niezgodność treści oferty z treścią siwz, stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W ocenie Odwołującego, Przystępujący wycenił oprogramowanie innego typu, nie zawierające elementów sztucznej inteligencji. Tłumaczy to zaoferowaną rażąco niską cenę. Wskazuje na to wiele szczegółowych czynników przedstawionych w kalkulacji. Dalej Odwołujący przedstawił następującą argumentację: „Zgodnie z przedstawioną kalkulacją, Wykonawca zamierza przeznaczyć 261 dni na projektowanie i programowanie. Prace te mają być prowadzone przez Monguz Informatotechnologiai Kft., a ich koszt Wykonawca wycenił na 291 652 zł + VAT. Wynik ten Wykonawca uzyskał mnożąc zakładaną ilość dni pracy (261 dni) i średnią stawkę dzienną programisty (80 000 HUF). Taka stawka dzienna jest zgodna ze stawkami inżynierów wyznaczonymi przez Węgierską Izbę Inżynierów, które wahają się od 63 000 HUF do 94 000 HUF za dzień pracy. Zaproponowany sposób wyliczenia kosztów prac projektowania i programowania zakłada pracę 1 programisty na pełen etat.” „W ocenie Odwołującego wykonanie zamówienia przy pomocy 1 pełnego etatu programisty nie jest możliwe, ze względu na rozbudowanie i skomplikowanie systemu. Ponadto, Węgierska Izba Inżynierów skupia inżynierów z 19 różnych branż, m.in. budownictwa, ochrony środowiska, geotechniki, instalacji elektrycznych, czy gospodarki wodnej. Wskazana przez Wykonawcę średnia stawka za dzień pracy inżyniera nie jest zatem miarodajna. Programiści to obecnie bardzo pożądanymi na rynku pracy pracownicy, których zarobki są wysokie. Jest to wiedza powszechna. Wskazywanie wynagrodzenia programistów na podstawie średnich zarobków inżynierów z tak różnych profesji i gałęzi gospodarki może wprowadzać w błąd i prowadzić do nieprawdziwych wyliczeń. Wskazana stawka dzienna wynagrodzenia programisty, czy też stawka dzienna wynagrodzenia inżyniera nie została przedstawiona na podstawie zaświadczenia Węgierskiej Izby Inżynierów, a oświadczenia prezesa Monguz Informatotechnologiai Kft. Konsorcjum wskazało, że asysta techniczna w skali roku - 192 godziny pracy będzie kosztowała 27 024 zł+ VAT, co daje 140,75 zł za 1 godzinę. Tymczasem programista miałby zarabiać dziennie 80.000 HUF, co daje, według kursu wskazanego przez konsorcjum, 1 117,4 zł. Zakładając ośmiogodzinny dzień pracy, godzina pracy programisty warta byłaby 139,675 zł, a więc mniej niż 1 godzina asysty technicznej. Tymczasem wiadomo, że to prace programistyczne wymagają większych kompetencji, wiedzy, są twórcze, a tym samym droższe niż usługa asysty technicznej.”

Dalej Odwołujący wskazał, że: „Zaproponowana przez Wykonawcę cena za wykonanie prac informatycznych nie jest realna. Zgodnie z § 6 ust, 2 wzoru umowy, który stanowi załącznik

do SIWZ, Zamówienie ma być realizowane z udziałem personelu wskazanego w wykazie osób złożonym przez Wykonawcę w toku postępowania przetargowego. Jak wynika z oferty konsorcjum oraz wyjaśnień uzasadniających cenę zaproponowaną przez Wykonawcę, prace programistyczne będą prowadzone przez personel węgierskiego Partnera. Tymczasem w kalkulacji ceny Wykonawca nie przewidział w ogóle kosztów tłumaczeń, a przecież przedmiotem zamówienia jest skomplikowana usługa informatyczna, wymagająca precyzyjnego zrozumienia języka technicznego. Ponadto Konsorcjum oszacowało, że "koszty administracyjne (konsorcjum) i koszty dojazdu do konsorcjum Cultware Sp. z o.o." będą wynosić 10.000 zł + VAT, a "koszty administracyjne lokalne (koszty dojazdu i noclegi w Poznaniu)" będą wynosić 20.000 zł + VAT. W tym miejscu należy zaznaczyć, że siedzibą spółki Cultware jest Łódź, która nie ma bezpośredniego połączenia lotniczego z Węgrami. Zatem węgierski partner będzie zmuszony podróżować albo do Warszawy, a stamtąd do Łodzi lub Poznania, ewentualnie bezpośrednio do Łodzi. Mając na uwadze, że lot w dwie strony na trasie Budapeszt-Warszawa to wydatek co najmniej 500 zł za osobę (połączenie Budapeszt-Poznań są droższe), a z pewnością w czasie realizacji zamówienia węgierski Wykonawca będzie musiał kilkakrotnie podróżować do Polski i będzie to najprawdopodobniej grupa kilku osób, zakładane koszty administracyjne są niewystarczające."

Odwołujący podkreślił, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego, analizując treść wyjaśnień konsorcjum nie sposób dojść do wniosku, że wykonawca nie udowodnił, że cena wykonania zamówienia jest realna. Wykonawca przedstawił ogólnikowe stwierdzenia, własne deklaracje (oświadczenia wykonawcy) nie poparte żadnymi dowodami. Wyjaśnienia konsorcjum są lakoniczne, nie ukazują w jaki sposób dane czynniki mają wpływ na wysokość ceny, jak również nie potwierdzają, że okoliczności te mają charakter szczególny i indywidualny dla tego konkretnego wykonawcy. W konsekwencji Odwołujący uznał, że Zamawiający powinien był ofertę Przystępującego odrzucić.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy wykazali, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie) wykonali należycie m.in. jedną usługę, która obejmowała wykonanie oprogramowania internetowego zawierającego mechanizm sztucznej inteligencji wykorzystywany w celu dopasowania wyświetlanych metadanych w zależności od preferencji użytkownika o wartości co najmniej 500.000,00 PLN brutto (lub równowartość tej kwoty w przypadku walut innych, niż złoty polski, obliczoną przy uwzględnieniu średniego kursu waluty obcej podanego przez Narodowy Bank Polski dla dnia opublikowania ogłoszenia o zamówieniu). W dniu 13 lipca 2017 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów. W odpowiedzi na to wezwanie, Przystępujący przedstawił w wykazie (poz. 4) usługę wykonaną na rzecz Antikvarium.hu, dołączając list referencyjny w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski. W treści referencji znalazło się wyszczególnienie usługi (w sposób odpowiadający treści warunku) oraz określenie celów projektu.

Odwołujący zwrócił uwagę na szereg zastrzeżeń natury formalnej, dotyczących listu referencyjnego, m.in. referencja nie jest datowana, nie można więc stwierdzić, czy jest aktualna na dzień ich złożenia.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, treść referencji świadczy o tym, że usługa wykonywana na rzecz Antikvarium.hu nie spełnia warunków postawionych przez Zamawiającego w SIWZ, a w szczególności - nie zawiera mechanizmów sztucznej inteligencji. Odwołujący podkreślił, że w treści referencji znalazła się wprawdzie przepisana nazwa usługi (analogiczna do usługi, będącej przedmiotem niniejszego postępowania), jednak następujące po niej cele projektu przeczą temu, aby usługa zawierała elementy sztucznej inteligencji. Zastosowaniu mechanizmów sztucznej inteligencji przeczyć mają następujące cele projektu, wymienione w treści listu referencyjnego: - Rejestracja i modyfikacja preferencji użytkowników, - Dopasowanie preferencji użytkowników. Odwołujący wyjaśnił, że zadaniem mechanizmów opartych na sztucznej inteligencji nie jest rejestracja i modyfikacja preferencji użytkowników. Odwołujący wskazywał na sprzeczność pomiędzy usługą, a wymienionym celem, dotyczącym rejestracji i modyfikacji preferencji użytkowników oraz dopasowania preferencji użytkowników. Jak wyjaśnił, sztuczna inteligencja na podstawie operacji wykonywanych przez użytkowników powinna dokonywać wnioskowania i na tej podstawie mechanizm powinien dopasować wyświetlane metadane. Zdanie „Dopasowanie preferencji



użytkowników” stoi w logicznej sprzeczności względem wcześniejszej treści „mechanizm sztucznej inteligencji, który służył dopasowaniu wyświetlanych metadanych zgodnie z preferencjami czytelników i użytkowników”. Odwołujący wskazywał, że cele całego projektu, które zostały wyszczególnione w treści referencji, wykluczają zastosowanie mechanizmu sztucznej inteligencji w celu dopasowania wyświetlanych metadanych w zależności od preferencji użytkownika.

Izba miała na uwadze okoliczność, że Przystępujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. W stanowisku pisemnym Przystępujący próbował jedynie wykazać, że Zamawiający wymagał od wykonawców innego rodzaju doświadczenia, niż było przedmiotem niniejszego postępowania.

Wypowiedzi Przystępującego nie odnoszą się jednoznacznie do postawionych przez Odwołującego zarzutów. Wskazywanie przez Przystępującego, że wykonał trzy usługi, nic nie wnosi do sprawy, bowiem Zamawiający uznał te usługi za niepotwierdzające spełnienia warunku udziału w postępowaniu, skoro wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów. Przystępujący nie wniósł odwołania wobec takiej czynności Zamawiającego, uznając tym samym prawidłowość tej czynności Zamawiającego.

Co istotne, Przystępujący nie zaprzeczył, że cel projektu jest sprzeczny z treścią usługi, która ma opierać się w całości na mechanizmie sztucznej inteligencji, co potwierdza, że usługa ta nie spełniała wymagań Zamawiającego w zakresie warunku.

W ocenie Izby, nie można uznać za prawidłowe oddzielenie usługi od celu projektu. Usługa ma prowadzić do osiągnięcia zakładanych celów projektu. Usługa jest więc środkiem, który ma doprowadzić do celu. Dlatego też usługa i cel projektu są ze sobą nierozdzielnie związane.

Przystępujący nie potwierdził, że w wykonanym zadaniu zastosowany został mechanizm, który był wymagany do wykazania w ramach warunku. Przystępujący sam sobie zaprzecza. W jego pojęciu sztuczna inteligencja to także ręczne sterowanie, z drugiej twierdzi, że obecnie sztuczna inteligencja to mechanizm, które sam decyduje i bez człowieka wykona prace.

Zamawiający i Przystępujący wskazywali, że referencja jest to dokument, który ma potwierdzać jedynie, czy usługa została zrealizowana należycie. W ocenie Izby – jeśli z zakresu wykazanego w treści referencji wynika zakres prac, czy też istotne z punktu widzenia oceny spełnienia warunku okoliczności, to Zamawiający nie może przejść wobec nich obojętnie i powinien je poddać weryfikacji.

Z twierdzeń Przystępującego wynika, że cele projektu i przedmiotowa usługa nie powinny być rozpatrywane łącznie. Jednak w ocenie Izby, skoro usługa wchodziła w zakres projektu – nie można jej oddzielić i rozpatrywać zupełnie osobno. Z twierdzeń Przystępującego wynikało, że cele projektu nie dotyczą usługi wyszczególnionej w treści referencji. W ocenie

Izby tak nie jest, gdyż przyjmując twierdzenia Przystępującego za prawidłowe, należałoby uznać, że cele całego projektu byłyby na niższym poziomie zaawansowania, niż usługa, która ma wchodzić w skład projektu. Z jednej strony usługa polegała na zastosowaniu mechanizmu sztucznej inteligencji, który służył wyświetlaniu metadanych zgodnie z preferencjami użytkowników, a z drugiej celami miało być dopasowanie preferencji użytkownika oraz rejestracja i modyfikacja tych metadanych. Wynika z tego, że zaawansowany mechanizm sztucznej inteligencji zastosowano do osiągnięcia celów, których osiągnięcie nie wymagało zastosowania aż takich zaawansowanych i wyrafinowanych rozwiązań.

W ocenie Izby, całokształt okoliczności w niniejszej sprawie wskazuje na to, że wymieniona przez Przystępującego w wykazie (po wezwaniu Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) usługa zrealizowana na rzecz Antikvarium.hu, nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dodatkowo należy wskazać, że okoliczność taka jak nazwa usługi, która dokładnie odpowiada treści wskazanej w warunku w niniejszym postępowaniu, może wskazywać na to, że referencja została sporządzona wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania. Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym brak daty wystawienia referencji nie oznacza, że jest ona nieprawidłowa, czy też że nie może stanowić dokumentu potwierdzającego należyte zrealizowanie usługi. Jednak w niniejszym postępowaniu przedmiotowa referencja została dostarczona po wezwaniu Zamawiającego, a Przystępujący wystąpił z wnioskiem o przedłużenie terminu na jej dostarczenie. Wszystkie powyższe okoliczności potwierdzają przypuszczenie, że referencja została sporządzona wyłącznie w celu dostarczenia jej na potrzeby niniejszego postępowania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ należy wskazać, że Przystępujący udzielił odpowiedzi, na zadane przez Zamawiającego pytanie „W jaki sposób będzie odbywało się wyszukiwanie obiektów w platformie zarówno proste jak i zaawansowane? Jakie narzędzia zostaną wykorzystane do przeszukiwania warstwy tekstowej zdigitalizowanych obiektów oraz indeksowania treści?” Odwołujący wskazywał, że Przystępujący nie opisał, w jaki sposób wykorzysta mechanizm sztucznej inteligencji. Jednakże, w zadanym pytaniu nie pojawiło się sformułowanie „sztuczna inteligencja”. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał w sposób dostateczny, aby udzielona przez Przystępującego odpowiedź na pytanie Zamawiającego nie była wystarczająca. Izba zauważa, że odrzucenie oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ może nastąpić tylko w sytuacji, gdy ta niezgodność jest jednoznaczna. W niniejszej sprawie tak jednoznaczna niezgodność w zakresie punktu VII.4 SIWZ nie została przez

Odwołującego wykazana.

Izba uznała za zasadny zarzut Odwołującego, dotyczący naruszenia art. 90 ust. 3 oraz 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W treści zarzutu Odwołujący wskazał, że wiele szczegółowych czynników w kalkulacji Przystępującego wskazuje na okoliczność zaoferowania przedmiotu zamówienia za cenę rażąco niską.

Z treści oświadczenia Przystępującego jednoznacznie wynika, że zaoferowany okres gwarancji wynosi 3 lata i z tytułu takiego okresu gwarancji Przystępujący określił swoje wynagrodzenie w wysokości 12 000 zł +VAT. Zamawiający wymagał, aby okres gwarancji nie był krótszy niż 60 miesięcy (a zatem 5 lat). Z oświadczenia Przystępującego wynika więc, że cena jego oferty nie zawiera wynagrodzenia należnego z tytułu 5 letniego gwarancji. Oferta Przystępującego jest zatem niedoszacowana, gdyż Przystępujący przewidział w niej wynagrodzenie tylko za 3 lata gwarancji, a nie za 5 lat, jak wymagał tego Zamawiający. Jednocześnie podkreślić należy, że Przystępujący jednoznacznie wyodrębnił należne mu wynagrodzenie z tytułu udzielonej gwarancji. Oznacza to, że kosztów w tym zakresie nie można poszukiwać w innych elementach cenowych oferty Przystępującego. Stosownie do orzecznictwa Izby, cena rażąco niska to także cena, która nie zawiera wszystkich elementów, które winny składać się na przedmiot zamówienia.

Należy wskazać, że fakt, że Odwołujący nie podniósł tej okoliczności faktycznej w treści odwołania (a uczynił to dopiero w piśmie procesowym), w ocenie Izby nie oznacza, że okoliczność ta nie powinna zostać oceniona przy rozpoznawaniu całego zarzutu. Przedmiotem zarzutu określonym w odwołaniu był art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący jednoznacznie w treści odwołania wskazał, że „analizując treść wyjaśnień konsorcjum nie sposób dojść do wniosku, że wykonawca nie udowodnił, że cena wykonania zamówienia jest realna.” Zatem odwołanie obejmowało zarzut w zakresie nieprawidłowej analizy treści wyjaśnień przez Zamawiającego. Ponadto, ocenie Izby podlegała dokonana przez Zamawiającego ocena całokształtu wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny. Dokonując oceny złożonych wyjaśnień, Zamawiający jest zobowiązany wziąć pod uwagę ich całość. Okoliczność, że kalkulacja, a zatem cena całkowita, nie obejmuje wymaganych elementów zamówienia oznacza, że elementy te zostały przy określaniu ceny całkowitej pominięte, a tym samym cena oferty jest niedoszacowana.

Izba miała także na uwadze fakt, że Przystępujący nie wyszczególnił pozycji kosztowych szkoleń, a są to elementy, które powinny zostać objęte ceną i które Zamawiający wyszczególnił w treści opisu przedmiotu zamówienia. Trudno uznać, że znajdują się w innych pozycjach kalkulacji Przystępującego, gdyż te zostały szczegółowo przez

Przystępującego opisane. Izba za wiarygodne uznała także twierdzenia Odwołującego, że w ofercie Przystępującego uwzględnione zostały jedynie koszty asysty technicznej, natomiast pominięte zostały koszty utrzymania, które zgodnie z wymogami Zamawiającego polegać ma na zagwarantowaniu wsparcia technicznego w razie awarii przez 24 h na dobę, przez 7 dni w tygodniu, przez okres 60 miesięcy od dnia zakończenia wdrożenia oprogramowania. Wynika to z faktu, że Przystępujący wskazał w ofercie czas trwania asysty technicznej na 192 roboczogodziny przez okres 5 lat, a w wyjaśnieniach, dotyczących zaoferowanej ceny, Przystępujący podał koszty tej asysty, odnosząc je do zadeklarowanego czasu jej trwania (192 roboczogodziny rocznie). Jednakże w złożonych wyjaśnieniach Przystępujący nie podał, jakie są koszty utrzymania, czyli zagwarantowania wsparcia technicznego w razie wystąpienia awarii. Podkreślić należy, że utrzymanie jest innym zadaniem niż asysta (Przystępujący nie zaprzeczył takiemu u twierdzeniu). Wynika to także z rozróżnienia tych usług przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia.

Powyższe okoliczności, w ocenie Izby potwierdzają, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie obejmowały wszystkich wymaganych elementów, były tym samym nieprzekonujące. Powyższe oznacza, że Zamawiający nie mógł uznać, że potwierdzają one, że cena, jaką zaoferował Przystępujący za realizację zamówienia, nie jest rażąco niska.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....