

Sygn. akt: KIO 1897/22

WYROK

z dnia 12 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Mlącka**

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 09 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 18 lipca 2022 r. przez Odwołującego **Integrated Solutions Sp. z o.o. (ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa (Plac Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa)**

przy udziale:

- A. Wykonawcy **Operator Chmury Krajowej Sp. z o.o. (ul. Grzybowska 62, 00-844 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.
- B. Wykonawcy **EVERSIS Sp. z o.o. (ul. Lirowa 13, 02-387 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania Odwołującego do wykazania w formularzu JEDZ innej usługi spełniającej wymagania określone w pkt 12.2.1.2 SWZ i nakazuje wezwaniu Odwołującego do poprawienia formularza JEDZ w zakresie dat realizacji wskazanej dotychczas usługi oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny złożonej oferty (po dokonanych poprawieniach przez Odwołującego),

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa (Plac Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Integrated Solutions Sp. z o.o. (ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 złotych (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego,

2.2. zasądza od Zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa (Plac Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa)** na rzecz Odwołującego **Integrated Solutions Sp. z o.o. (ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa)** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto Stołeczne Warszawa Biuro Cyfryzacji Miasta prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Utrzymanie i rozwój Platformy Informacyjnej m.st. Warszawy wraz z dostawą i utrzymaniem infrastruktury niezbędnej do poprawnego jej działania”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 057-149739.

Odwołujący Integrated Solution sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec następujących czynności Zamawiającego:

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

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

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

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

określonym w pkt 12.2.2 SWZ, co stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp i art. 112 ust. 1 Pzp;

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

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

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

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

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

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

W dokumentach zamówienia Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali należycie m.in. usługi polegające na budowie, rozwoju i utrzymaniu portalu internetowego, o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto (każda usługa). Zamawiający wymaga, aby przynajmniej jeden z portali, o których mowa wyżej był portalem informacyjnym. Przez portal informacyjny Zamawiający rozumie CMS (Content Management System) o następujących cechach:

- a. zawiera komponenty typu open source,
- b. z którego korzystało lub korzysta minimum 100 użytkowników (np. redaktorów),
- c. obsługujący minimum 10 serwisów tematycznych (tzw. multi-site-CMS),
- d. publikujący treści (np. artykuły, wydarzenia, podstrony) zawierające obiekty multimedialne (np. zdjęcia, grafiki, mapy, wykresy), pliki różnych formatów,

- e. korzystający z minimum 5 zróżnicowanych form wizualizacji treści, w tym widżetów,
- f. posiadający wyszukiwarkę przeszukującą treści wszystkich serwisów portalu, zawierającą opcje sortowania, filtrowania wyników; (pkt 12.2.1.2 SWZ).

Zamawiający wskazał również, że jeżeli usługa obejmowała szerszy zakres niż opisany w ww. warunkach, wskazaną w każdym warunku minimalną wartość usługi należy odnieść jedynie do zakresu usługi opisanej w tym warunku.

Zamawiający wymagał również, aby wykonawcy dysponowali zespołem składającym się z co najmniej 4 osób, spełniających poniższe wymagania, w tym:

- 1) osobą pełniącą funkcję Menedżera projektu, która w ciągu ostatnich 4 lat przed upływem terminu składania ofert brała udział w realizacji co najmniej dwóch projektów (zakończonych i odebranych przez zlecającego) o charakterze usługi opisanej w punkcie 12.2.1.2 SWZ, jako osoba odpowiedzialna za koordynację projektu,
- 2) osobą pełniącą funkcję Architekta IT, która w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert brała udział w realizacji co najmniej dwóch projektów spełniających kryteria wskazane w punkcie 12.2.1.1 SWZ (zakończonych i odebranych przez zlecającego) jako osoba odpowiedzialna za zaprojektowanie architektury systemu,
- 3) osobą pełniącą funkcję Lidera zespołu administratorów infrastruktury, która w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert brała udział w realizacji co najmniej dwóch projektów (zakończonych i odebranych przez zlecającego) spełniających kryteria wskazane w punkcie 12.2.1.1 SWZ, jako osoba odpowiedzialna za zarządzanie infrastrukturą systemu,
- 4) osobą pełniącą funkcję Lidera zespołu administratorów oprogramowania, która w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert brała udział w realizacji co najmniej dwóch projektów (zakończonych i odebranych przez zlecającego) o spełniających kryteria wskazane w punkcie 12.2.1.2 SWZ, jako osoba odpowiedzialna za utrzymanie oprogramowania,
- 5) osobą pełniącą funkcję Lidera zespołu programistów, która w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert brała udział w realizacji co najmniej dwóch projektów (zakończonych i odebranych przez zlecającego) spełniających kryteria wskazane w punkcie 12.2.1.1 SWZ jako programista dostępnych cyfrowo rozwiązań korzystających z komponentów open-source,
- 6) osobą pełniącą funkcję UI/UX Designer, która w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert brała udział w realizacji co najmniej dwóch projektów (zakończonych i odebranych przez zlecającego) spełniających kryteria wskazane w punkcie 12.2.1.2 SWZ, jako osoba odpowiedzialna za zapewnienie jakości rozwiązania w obszarze UI/UX i dostępności cyfrowej,

7) osobą pełniącą funkcję Grafika, która w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert brała udział w realizacji co najmniej dwóch projektów (zakończonych i odebranych przez zlecającego) spełniających kryteria wskazane w punkcie 12.2.1.2 SWZ, jako osoba odpowiedzialna za zapewnienie jakości rozwiązania w warstwie wizualnej.

8 lipca 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do:

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

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

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

Wezwanie zostało uzasadnione przez Zamawiającego niezakończeniem i niezrealizowaniem przez Odwołującego w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert usługi budowy, rozwoju i utrzymania portalu moja.warszawa19115.pl w związku z brakiem podpisania protokołu odbioru końcowego.

W uzasadnieniu wezwania Zamawiający stwierdził, że w projekcie moja.warszawa19115.pl, który jest realizowany na rzecz Zamawiającego, usługi budowy, rozwoju i utrzymania Portalu nie mogły być zakończone ani zrealizowane we wskazanym przez Odwołującego czasookresie 02.09.2019 - 22.11.2020, zatem nie spełnia on wymagań Zamawiającego.

W odniesieniu do wymagania wykonania usługi budowy Portalu Zamawiający stwierdził, że należyte wykonanie Portalu zostało potwierdzone protokołem odbioru etapu IV projektu z dnia 22.12.2020 r. Dodał przy tym, że do chwili obecnej (stan na dzień 04.07.2022 r.) nie został podpisany protokół odbioru końcowego, który potwierdza należyte wykonanie całości projektu, którego częścią integralną jest również portal moja.warszawa19115.pl.

W odniesieniu do składowych usługi opisanej w warunku udziału w postępowaniu, tj. rozwoju i utrzymania, Zamawiający uznał, że we wskazanym czasookresie w ramach projektu nie mogły być świadczone usługi rozwoju, gdyż rozwój oprogramowania w zakresie Portalu mógł być realizowany dopiero od momentu podpisania protokołu odbioru końcowego, jak też nie

mogły być świadczone usługi utrzymania w zakresie dotyczącym Portalu, gdyż usługi utrzymania zgodnie z umową mogą być świadczone na etapie V projektu i mogły być zlecone do realizacji po podpisaniu protokołu odbioru końcowego projektu.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający jest w błędzie twierdząc, że usługa budowy portalu internetowego moja.warszawa19115.pl nie została odebrana w ramach odbioru końcowego. Jak wyjaśnił Odwołujący, portal moja.warszawa19115.pl wykonany został na podstawie umowy wdrożeniowej B/C/B/X/2/2/3/85/18-23 Platformy PeUM i usług dodatkowych oraz świadczenia usług bazodanowych z dn. 31.12.2018 r., zawartej pomiędzy Odwołującym i Miastem Stołecznym Warszawa.

W definicjach określonych w § 1 umowy przewidziany jest Odbiór Końcowy jako czynność mająca znaczenie nadane w § 12 ust. 12.9 umowy. Postanowienie brzmi: „Osobnemu odbiorowi podlega każdy Etap realizacji Umowy. Po realizacji i odbiorze Etapu IV Zamawiający dokonuje Odbioru Końcowego przedmiotu Umowy w zakresie realizacji dzieła w postaci wdrożenia Systemu.”

W ramach odbiorów funkcjonalnych (Etap 1-4) wszystkie wytworzone rezultaty prac były przedmiotem procedury odbiorczej obejmującej testy potwierdzające ich wytworzenie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego ujętymi szczegółowo w dokumentacji projektowej wytworzonej w Etapie 1.

Odwołujący, zgodnie z warunkami zawartej umowy, przedstawił do odbioru wykonanie etapów I - IV, a Zamawiający przyjął rezultaty prac w każdym z tych etapów.

Następnie, zgodnie z warunkami umowy, przeprowadzony został Odbiór Końcowy, o którym mowa w § 12 ust. 12.9 i ust. 12.11 oraz § 1 pkt 25 umowy, zakończony w dn. 22.12.2020 r. - co zostało potwierdzone podpisaniem Protokołu Odbioru Końcowego przez przedstawicieli Odwołującego i Zamawiającego.

Powyższe jednoznacznie wskazuje, że usługa budowy portalu internetowego została przez Odwołującego wykonana i została odebrana przez Zamawiającego w ramach Odbioru Końcowego, zgodnie z postanowieniami umowy nr B/C/B/X/2/2/3/85/18-23, co oznacza, że Odwołujący wykonał należycie usługę budowy portalu internetowego do dnia 22 grudnia 2020 roku.

Odwołujący podniósł, że od dnia 22.12.2020r. świadczy - zgodnie z umową nr B/C/B/X/2/2/3/85/18-23 (§ 14 umowy) - usługi rozwoju i utrzymania Platformy PeUM. Usługi te podlegają każdorazowo odbiorowi, po ich wykonaniu. Dowodem wykonania i odbioru usług rozwoju i utrzymania platformy są protokoły odbioru wykonanych usług, podpisywane przez upoważnionych przedstawicieli Odwołującego i Zamawiającego. Fakty powyższe stanowią potwierdzenie, że Odwołujący realizując umowę, której przedmiotem było m.in.

wykonanie portalu moja.warszawa19115.pl, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w Postępowaniu wykonał należycie usługę polegającą na budowie, rozwoju i utrzymaniu portalu internetowego o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto.

Dalej Odwołujący stwierdził, że skoro realizując umowę, której przedmiotem był m.in. portal moja.warszawa19115.pl, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w Postępowaniu wykonał należycie usługę polegającą na budowie, rozwoju i utrzymaniu portalu internetowego o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto, to usługa ta jest adekwatna do potwierdzenia doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia biorących udział ze strony Odwołującego w wykonaniu usługi budowy, rozwoju i utrzymania portalu moja.warszawa19115.pl.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że brak było podstaw do wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczenia JEDZ poprzez wskazanie innej usługi - niż wskazana w oświadczeniu JEDZ część C w pozycji drugiej „Usługa (...) polegająca na budowie, rozwoju i utrzymaniu publicznego portalu internetowego www.moja.warszawa19115.pl” w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 12.1.1. SWZ, tj. wykonaniu należycie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert minimum dwóch usług polegających na dostawie i utrzymaniu infrastruktury pod system informatyczny, o wartości min 500 tys. zł każda, Odwołujący wskazał w oświadczeniu JEDZ na potwierdzenie spełniania tego warunku usługę wykonania portalu moja.warszawa19115.pl. Zamawiający nie zakwestionował wykonania tej usługi jako nie potwierdzającej spełnienia warunku udziału w postępowaniu z uwagi na niedokonanie odbioru całego projektu, którego częścią jest wykonanie portalu moja.warszawa19115.pl.

Oznacza to, że Zamawiający nie ma wątpliwości, że wykonanie części usług w ramach projektu obejmującego szerszy zakres, stanowi właściwe potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący zwrócił również uwagę na okoliczność, że w treści warunku opisanego w pkt 12.2.1.2. SWZ, Zamawiający użył sformułowania „usługa”, a nie „projekt”, „umowa”. Brzmienie warunku udziału w postępowaniu nie nakłada na Odwołującego obowiązku wykazania się należytem wykonaniem całości projektu, którego elementem (częścią) była usługa budowy, rozwoju i utrzymania portalu internetowego, a jedynie wykonaniem usługi budowy, rozwoju i utrzymania portalu internetowego.

Zamawiający zawarł w pkt 2 Uwag do punktu 12.2.1. SWZ zastrzeżenie, że w przypadku, gdy usługa obejmowała szerszy zakres niż opisany w ww. warunkach, wskazaną w każdym warunku minimalną wartość usługi należy odnieść jedynie do zakresu usługi opisanej w tym warunku. Zastrzeżenie to oznacza, że usługa polegająca na budowie, rozwoju i utrzymaniu portalu internetowego:

- mogła być częścią większego projektu, obejmującego również inne usługi,
- mogła zostać wykonana i odebrana przez inwestora niezależnie od zakończenia i odbioru całości projektu,
- kontynuacja w ramach projektu innych usług i brak końcowego odbioru projektu nie oznacza, że wykonawca nie wykonał należycie usługi.

Zdaniem odwołującego nie można wykluczyć, że wezwanie Zamawiającego z dn. 8 lipca 2022 r. podyktowane zostało błędną analizą treści SWZ.

W opinii Odwołującego z treści wezwania Zamawiającego z dnia 8 lipca 2022 r. wynika, że Zamawiający, po terminie składania ofert, modyfikuje wymagania dotyczące doświadczenia, jakim legitymować musi się Odwołujący. Zamawiający nie wymaga już doświadczenia w wykonaniu usług obejmujących budowę, rozwój i utrzymanie portalu internetowego o wskazanej w warunku wartości, a wymaga wykonania „projektu na wykonanie umowy” obejmującego szerszy, nie sprecyzowany zakres usług, co oznacza, że Zamawiający po terminie składania ofert modyfikuje treść warunku udziału w postępowaniu, w taki sposób, aby móc zakwestionować spełnienie tego warunku przez Odwołującego wyłącznie na podstawie własnej interpretacji pojęć „projekt”, „umowa”, pomijając przy tym fakt, że pojęcia te nie zostały zastosowane w treści warunku udziału w postępowaniu. Takie działanie jest sprzeczne z przepisami ustawy.

W wezwaniu z 8 lipca 2022 r. Zamawiający wskazał, że usługa wykonania portalu moja.warszawa19115.pl realizowana w okresie 02.09.2019 r. - 22.11.2020 r. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 12.2.1.2 SWZ. Zdaniem Zamawiającego usługi te nie mogły być zakończone we wskazanym przez Odwołującego czasokresie.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający - będący odbiorcą usługi budowy portalu moja.warszawa19115.pl - posiada wiedzę o terminach wykonania usługi, popartą w szczególności protokołami odbioru. W przypadku, gdy daty wykonania poszczególnych usług wskazane przez Odwołującego w oświadczeniu JEDZ budziły wątpliwości Zamawiającego i nie odpowiadały datom, w jakich faktycznie nastąpiło wykonanie usług, Zamawiający powinien, działając z należytą starannością, zwrócić się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oferty poprzez wykazanie w oświadczeniu JEDZ innej usługi spełniającej wymagania określone przez Zamawiającego w pkt. 12.2.1.2. SWZ.

Zgodnie z pkt. 12.2.1.2. SWZ, za spełniającego warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uzna Wykonawcę, który w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie: minimum dwie usługi polegające na budowie, rozwoju i utrzymaniu portalu internetowego, o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto każda. Zamawiający wymaga, aby przynajmniej jeden z portali, o których mowa wyżej był portalem informacyjnym. Przez portal informacyjny Zamawiający rozumie CMS (Content Management System) o następujących cechach:

- a) zawiera komponenty typu open source,
- b) z którego korzystało lub korzysta minimum 100 użytkowników (np. redaktorów),
- c) obsługujący minimum 10 serwisów tematycznych (tzw. multi-site-CMS),
- d) publikujący treści (np. artykuły, wydarzenia, podstrony) zawierające obiekty multimedialne (np. zdjęcia, grafiki, mapy, wykresy), pliki różnych formatów,
- e) korzystający z minimum 5 zróżnicowanych form wizualizacji treści, w tym widżetów,
- f) posiadający wyszukiwarkę przeszukującą treści wszystkich serwisów portalu, zawierającą opcje sortowania, filtrowania wyników.

W treści wezwania Zamawiający wskazał, że:

- w odniesieniu do budowy portalu [mojawarszawa19115](http://mojawarszawa19115.pl):

„Należyte wykonanie Portalu zostało potwierdzone protokołem odbioru etapu IV projektu z dnia 22.12.2020 r. Etap polegający na budowie Portalu mógł być zatem uznany za zrealizowany dopiero od momentu podpisania ww. protokołu. Dodatkowo przed terminem 22.12.2020 r. Portal nie był dostępny publicznie, co było również wymogiem Zamawiającego. Przy czym należy podkreślić, że do chwili obecnej (stan na dzień 04.07.2022 r.) nie został podpisany Protokół odbioru końcowego, który potwierdza należyte wykonanie całości projektu, którego częścią integralną jest również portal moja.warszawa.19115.pl (zgodnie z par. 12.9 oraz 12.11 Umowy Platformy PeUM i usług dodatkowych oraz świadczenia usług bazodanowych" - BC/B/X/2/2/3/85/18-23 z dnia 31.12.2018 r (dalej: Umowa). Tak więc podpisanie protokołu odbioru Etapu IV nie jest tożsame z odbiorem końcowym projektu na wykonanie Umowy a tym samym Portal jako część składowa również nie może być uznany za należyte wykonany.

Należy podkreślić, że wymaganiem określonym w pkt. 14.3.1 SWZ było należyte wykonanie projektu. Warunek ten nie został spełniony - Zamawiający bazując na swojej wiedzy, jest już na tym etapie postępowania zdolny to zweryfikować, gdyż jak wskazano powyżej, projekt świadczony był na rzecz m.st. Warszawy. Wykonawca w złożonym Oświadczeniu, że w okresie, kiedy następowało świadczenie usług przez firmę Xentivo Sp. z o.o. na rzecz Integrated Solution Sp. z o.o, pomija więc istotny fakt, że w tym okresie portal nie posiadał niezbędnego dla działania całości portalu komponentu - modułu uwierzytelniania, a zatem nie mógł być odebrany i uznany za poprawnie wykonany. Z tego też powodu wskazany Portal nie może być uznany jako spełniający wymogi w zakresie zakończenia jego budowy”.

- w odniesieniu do usługi wymogu rozwoju Zamawiający wskazał, że:

„Zamawiający informuje, że we wskazanym przez Oferenta czasookresie w ramach projektu nie mogły być świadczone usługi rozwoju, gdyż rozwój oprogramowania w zakresie Portalu mógł być realizowany dopiero od momentu podpisania protokołu odbioru końcowego. Przy czym znów należy podkreślić, że do chwili obecnej (stan na dzień 04.07.2022 r.) nie został on podpisany, co zgodnie z Umową stanowi wymóg uruchomienia usług rozwoju. Tym samym nie jest możliwe, aby takie usługi były zlecane podwykonawcom”.

- w odniesieniu do usługi wymogu utrzymania Zamawiający wskazał, że:

„W zakresie wymaganych usług utrzymania Zamawiający informuje, że we wskazanym przez Oferenta czasookresie dla wskazanego projektu nie mogły być świadczone usługi utrzymania w zakresie dotyczącym Portalu, gdyż usługi utrzymania zgodnie z Umową, mogą być świadczone w Etapie V Projektu i mogły być zlecane do realizacji po podpisaniu protokołu odbioru końcowego Projektu. Należy znów podkreślić, że do chwili obecnej protokół odbioru końcowego nie został podpisany (stan na dzień 04.07.2022 r.). Tym samym nie jest możliwe, aby takie usługi były zlecane podwykonawcom”.

W treści dokumentu JEDZ Odwołujący wpisał, że wykonał budowę portalu moja.warszawa19115.pl. Budowa zakończyła się w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. W dokumencie JEDZ wskazano jako datę zakończenia budowy 20 listopada 2020 roku. Tymczasem, zgodnie z twierdzeniami stron postępowania, budowa zakończyła się po tej dacie, tj. 20 grudnia 2020 roku. Jak wynika z oświadczeń Odwołującego, czemu nie przeczył Zamawiający, budowa została zrealizowana w ramach 4 etapów (co odpowiada postanowieniom umowy), a następnie, po wykonaniu 4 etapów umowy, podpisany został dodatkowy protokół (dotyczący budowy). Tym samym należało uznać, że Odwołujący zrealizował usługę polegającą na budowie portalu internetowego o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto.

Co istotne, Zamawiający nie zaprzeczał w trakcie rozprawy, że budowa portalu została zrealizowana. W treści wezwania Odwołującego z dnia 08 lipca 2022 roku wprost przyznał, że: „Należyte wykonanie Portalu zostało potwierdzone protokołem odbioru etapu IV projektu z dnia 22.12.2020 r”. W dalszej części pisma Zamawiający odnosił się do okoliczności, że do 20 listopada 2020 roku (data zakończenia usługi wskazana w dokumencie JEDZ przez Odwołującego) budowa przedmiotowego portalu nie została zrealizowana. Fakt, że budowa przedmiotowego portalu nie została zrealizowana do wskazanej przez Odwołującego w dokumencie JEDZ daty 20 listopada 2020 roku jest pomiędzy stronami bezsporna.

Istotne w niniejszej sprawie znaczenie ma fakt, że Odwołujący tę datę wpisał błędnie. Budowa portalu została zakończona (co potwierdzają strony postępowania), natomiast inna była data zakończenia budowy portalu.

Fakt, że budowa portalu została zakończona potwierdza także okoliczność, że portal jest utrzymywany. Fakt ten potwierdził w trakcie rozprawy z udziałem stron Odwołujący, składając faktury za realizację usługi utrzymania portalu. Skoro trwają usługi utrzymania portalu, to oznacza, że portal został już zbudowany. Zamawiający nie zaprzeczał, że Odwołujący świadczył i świadczy usługi utrzymania portalu.

Co więcej, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 1 w zestawie nr 3: czy zamawiający dopuści w ramach spełniania kryteriów, usługi które są w trakcie wykonywania (usługi wieloletnie wykonywane należycie w rocznych etapach) i osiągają określone kryteriami pułapy kosztowe? Zamawiający udzielił odpowiedzi, zgodnie z którą dopuścił, aby w ramach wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (pkt 12.2.1.2 SWZ) Wykonawca wykazał się realizacją usług trwających.

Oczywistym jest, że do chwili wskazanej w dokumencie JEDZ (20 listopada 2020 roku) Odwołujący nie realizował usług utrzymania i wsparcia portalu. Jednakże złożone przez Odwołującego dokumenty w postaci faktur za usługi utrzymania portalu wskazują na fakt, że usługa utrzymania jest w trakcie realizacji, co może odpowiadać wypełnieniu warunku udziału w postępowaniu, zwłaszcza w kontekście udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie (przytoczonej powyżej).

Zamawiający (w uzasadnieniu wezwania Odwołującego do przedstawienia innej usługi) odwoływał się do braku spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu na dzień 20 listopada 2020 roku. Odwołujący nie spełnia warunku w dacie, która została wskazana przez niego w dokumencie JEDZ. Jednakże w ocenie Izby wezwanie Odwołującego do przedstawienia innej usługi było przedwczesne. Zamawiający powinien ocenić spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez dotychczas wskazywaną usługę (dotyczącą budowy, utrzymania i rozwoju portalu), ponieważ, jak wskazano powyżej, istnieją

podstawy aby przypuszczać, że usługa ta może spełniać wymagania postawione przez Zamawiającego.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie zachodziła podstawa do poprawienia omyłki w zakresie wpisanej przez niego daty zakończenia usługi, tj. 20 listopada 2020 roku. To Wykonawca powinien przedstawić daty realizacji usługi – stosownie do swojej wiedzy i woli. Skoro usługi utrzymania i rozwoju nie zostały zakończone, to sam Odwołujący powinien wpisać czasokres, jaki uzna za właściwy. To Odwołujący wypełnia JEDZ i on decyduje, jaka powinna być jego treść. Nie jest tak, że Zamawiający ma obowiązek pilnować za wykonawcą wszelkich dat realizacji zamówienia. Jak zauważył Zamawiający, nie znał treści, jaką Odwołujący chciałby wpisać do dokumentu JEDZ.

Z powyższych względów, tj. z uwagi na okoliczność, że przedwczesne jest wezwanie Odwołującego do przedstawienia innej usługi w sytuacji braku zbadania wszelkich okoliczności dotychczas wskazywanej usługi, Izba nakazała w treści sentencji wyroku wezwanie Odwołującego do poprawienia formularza JEDZ w zakresie dat realizacji wskazanej dotychczas usługi oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny złożonej oferty (po dokonanych poprawieniach przez Odwołującego).

Istotną kwestią jest, że Zamawiający powinien zbadać dotychczas realizowaną usługę wskazaną w dokumencie JEDZ przez Odwołującego, jednakże po wskazaniu przez Odwołującego prawidłowych dat realizacji poszczególnych części tej usługi (budowy, utrzymania, rozwoju portalu). Zamawiający zbadał okoliczności dotyczące przedmiotowej usługi, jednakże wyłącznie do daty wskazanej przez Odwołującego w dokumencie JEDZ, tj. do 20 listopada 2020 roku, podczas gdy bezsporne pomiędzy stronami jest, że data ta nie jest datą prawidłową.

Zgodnie z artykułem 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Jak wynika z powyżej zacytowanego przepisu, Zamawiający nie tylko ma prawo/obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, ale także do ich poprawienia. Skoro zatem w niniejszym postępowaniu Odwołujący błędnie wpisał datę zakończenia usługi, to w takiej sytuacji powinien zostać wezwany do poprawienia dokumentu w tym zakresie. Poprawienie daty pozwoli Zamawiającemu na ponowną ocenę tej samej usługi (w miejsce zmiany tej usługi), szczególnie w sytuacji, gdy Zamawiający nie zaprzeczył, że część tej usługi w postaci budowy portalu została zrealizowana, a także w sytuacji, gdy trwają prace (i trwały na chwilę składania ofert) utrzymania i rozwoju systemu, co może wskazywać na

spełnienie przez tę usługę wymagań Zamawiającego i co w konsekwencji oznacza, że wezwanie do przedstawienia nowej usługi było przedwczesne.

Zamawiający podniósł dodatkową okoliczność, tj. argument, że Odwołujący nie wypełnił kolejnego z elementów warunku, tj. że portal nie jest publicznym portalem oraz nie jest portalem, z którego korzysta minimum 100 użytkowników wewnętrznych. Tymczasem z treści warunku udziału w postępowaniu nie wynikało wymaganie, aby z portalu miało korzystać co najmniej 100 użytkowników wewnętrznych. W treści warunku mowa jest jedynie o 100 użytkownikach. Na obecnym etapie nie jest dopuszczalne rozszerzenie brzmienia treści warunku. Być może, w ocenie Zamawiającego warunek powinien odnosić się do ilości użytkowników wewnętrznych (i zgodnie z jego twierdzeniem tak powinien być rozumiany przez „profesjonalistów”), jednakże Zamawiający jednoznacznie nie wyraził takiego oczekiwania w treści warunku. Wątpliwości w tym zakresie nie mogą negatywnie obciążać wykonawcy.

Ponadto element warunku dotyczący publicznego portalu internetowego dotyczył warunku opisanego w SWZ w punkcie 12.2.1.1. W warunku opisanym w pkt 12.2.1.2 brak było wymagania, aby portal internetowy był portalem publicznym. Tej okoliczności nie zmieniła odpowiedź na pytanie udzielona przez Zamawiającego w zestawie nr 5 pytaniu nr 1 z 27 kwietnia br. Wskazała ona co najwyżej na chaos w dokumentacji Zamawiającego. Treść pytania odnosiła się do pojęcia „portal internetowy”. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie przyjął, że pytanie związane z rozumieniem pojęcia „portal internetowy” nie odnosi się do punktu 12.2.1.1, a zatem że pytanie dotyczy punktu 12.2.1.2, podczas gdy jak najbardziej, SWZ w punkcie 12.2.1.1 wskazywała na publiczny portal internetowy. W warunku opisanym w SWZ w punkcie 12.2.1.1. Zamawiający wyraźnie odnosił wymagania do publicznego portalu internetowego, a takiego wymagania nie było w zakresie warunku opisanego w SWZ pod numerem 12.2.1.2.

Jak wskazano powyżej, Zamawiający badał spełnienie poszczególnych elementów warunku udziału w postępowaniu dla usługi, której data zakończenia została opisana jako 20 listopada 2020 roku. Zasadne jest, aby Zamawiający ponownie zbadał, czy wskazana przez Odwołującego usługa spełnia wszelkie elementy opisane w pkt. 12.2.1.2, po wpisaniu przez Odwołującego prawidłowych dat realizacji tej usługi.

Być może na dzień 20 listopada 2020 roku usługa nie spełniała wszelkich wymagań, jednakże obie strony miały świadomość, że przedmiotowa usługa do chwili składania ofert jest już na późniejszym etapie realizacji. W ocenie Izby, jak kilkakrotnie wskazano powyżej, wezwanie do przedstawienia nowej usługi jest przedwczesne. Zasadne jest przyjrzenie się przez Zamawiającego wskazanej usłudze (pod kątem spełnienia wszystkich wymagań z punktu 12.2.1.2. SWZ) w prawidłowo wskazanych przez Odwołującego datach (po

poprawieniu dokumentu JEDZ) oraz dokonanie ponownej analizy całej dokumentacji postępowania. Z tym zastrzeżeniem, że braki w dokumentacji, czy jej niejasności, nie mogą negatywnie obciążać wykonawcy (o czym powyżej).

Izba nie nakazywała Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia w oświadczeniu JEDZ doświadczenia osób wskazanych do udziału w realizacji zamówienia: menedżer projektu, lider zespołu administratorów oprogramowania, lider zespołu programistów, osoba pełniąca funkcję UI/UX Designer, grafik, poprzez wykazanie innej usługi / innych usług o charakterze usługi opisanej w punkcie 12.2.1.2. SWZ, w których dane osoby brały udział i pełniły opisane przez Zamawiającego czynności określone w warunkach udziału w postępowaniu odpowiednio w pkt. 12.2.2.1 SWZ, 12.2.2.4 SWZ, 12.2.2.5 SWZ, 12.2.2.6 SWZ oraz 12.2.2.7 SWZ, oraz uzupełnienia oświadczenia JEDZ o inne osoby spełniające wymagania określone przez Zamawiającego w SWZ.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący w odwołaniu nie przedstawił w tym zakresie żadnej argumentacji. Jedyna argumentacja Odwołującego pojawiła się w trakcie rozprawy z udziałem stron i dotyczyła rozumienia treści warunku.

Zgodnie z pkt. 12.2.2 SWZ, Wykonawca był zobowiązany wykazać, że dysponuje zespołem składającym się z co najmniej 4 osób spełniających poniższe wymagania: - przykładowo w punkcie 12.2.2.5 wskazano wymaganie dotyczące osoby pełniącej funkcję Lidera zespołu programistów, która w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert brała udział w realizacji co najmniej dwóch projektów (zakończonych i odebranych przez zlecającego) spełniających kryteria wskazane w punkcie 12.2.1.2 SWZ jako programista dostępnych cyfrowo rozwiązań korzystających z komponentów open-source. Zgodnie z treścią tego warunku Zamawiający wymagał, aby zgłoszona osoba wykazała, że w określonym czasie brała udział w realizacji co najmniej dwóch projektów (zakończonych i odebranych przez zlecającego). To oznacza, że uzasadnione jest wielokrotnie podkreślane przez Zamawiającego wymaganie, aby projekty były zakończone. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie są zakończone projekty, które cały czas trwają, a ich odbiór dokonywany jest etapami. Jeśli wskazane przez Odwołującego osoby nie wzięły udziału w realizacji co najmniej dwóch projektów zakończonych i odebranych przez zlecającego, to Zamawiający był uprawniony do wezwania Odwołującego do przedstawienia innych usług.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy §5 pkt 1 oraz §5 pkt 2b), §7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych

rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: