

CZiITT.DORG.261.12_6/2022; L.dz. DORG-422/2022

Warszawa, dnia 15.12.2022 r.

Dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 ustawy prawo zamówień publicznych w przedmiocie zamówienia pn.: „Przygotowanie projektu architektury serwisu internetowego Politechniki Warszawskiej wraz z projektami graficznymi (layout’ami) strony głównej i podstron, wykonanie i uruchomienie serwisu w wersji polskojęzycznej oraz anglojęzycznej wraz z usługą przeniesienia na serwer Zamawiającego lub serwer wskazany przez Zamawiającego oraz usługami utrzymania, serwisowania i administrowania strony przez okres 36 miesięcy licząc od dnia odebrania przedmiotu zamówienia”

Sygnatura postępowania: CZiITT-ZP12/2022

Platforma zakupowa

Wiadomość przez Platformę

INFORMACJA

O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

Działając na podstawie art. 260 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, dalej zwana "ustawą pzp"), Zamawiający informuje, iż w oparciu o przesłanki z art. 255 pkt 5 i 6 ustawy pzp unieważnił postępowanie, ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Stan faktyczny i uzasadnienie:

Zamawiający wszczął postępowanie na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy pzp, czyli w trybie podstawowym bez negocjacji. Jednym z podstawowych dokumentów zamówienia, składających się na dokumentację postępowania jest Opis Przedmiotu Zamówienia - OPZ – Zał. Nr 1 do SWZ.

- **WADLIWOŚĆ (art. 255 pkt 6)**

Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najważniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mającym zasadnicze znaczenie dla osiągnięcia celu tego postępowania, czyli zawarcia ważnej umowy w sprawie jego wykonania oraz należytej realizacji zamówienia.

Aby to było możliwe, Zamawiający zgodnie z art. 99 ustawy pzp musi nie tylko opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości jaki produkt mogą zaoferować, ale jednocześnie ten sposób opisu nie może utrudniać uczciwej

konkurencji. Opis jednoznaczny to opis precyzyjnie określony, niebudzący wątpliwości. Opis wyczerpujący to opis przedstawiający przedmiot zamówienia w sposób wszechstronny i szczegółowy. Używane w opisie określenia winny uwzględniać (wszystkie) wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Prawidłowo sporządzony opis przedmiotu zamówienia ma wskazać wykonawcom rzeczywisty zakres zamówienia przy użyciu przejrzystych określeń, znanych i zrozumiałych dla wykonawców. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, nie może pominąć żadnych informacji mających wpływ na sporządzenie oferty. Jak wskazano niejednokrotnie w orzeczeniach KIO celem tego przepisu jest wyeliminowanie elementu niepewności wykonawców co do oczekiwań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia i zagwarantowanie im wiedzy niezbędnej do prawidłowego przygotowania oferty i wykonania zamówienia. Przeciwnością opisu jednoznacznego oraz wyczerpującego jest opis niepełny i niejasny, w szczególności nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie ważnej oferty. Podobnie, nieprawidłowy będzie opis wewnętrznie sprzeczny bądź w inny sposób nieprzejrzysty, jeśli uniemożliwi on wykonawcom rozeznanie co do rzeczywistych oczekiwań zamawiającego w zakresie konkretnego przedmiotu zamówienia. (...) Na etapie realizacyjnym, za nieznajdujące podstaw formalnych należy ocenić działania zamawiającego zmierzające do wyciągania negatywnych konsekwencji względem wykonawcy wskutek niedopełnienia jakoby przez niego obowiązków, jeśli nie wynikają one z dokumentacji zamówienia i przepisów obowiązujących prawa.¹

W niniejszym postępowaniu, Zamawiający w zakresie opisu przedmiotu zamówienia CMS (por. OPZ, cz. IV. Główne wymagania dla CMS):

- określił minimalne parametry/wymagania stosując zamiennie słowa: „powinien” i „musi”. Zastosowane słowa przez Zamawiającego są synonimami i zgodnie z utrwaloną również linią orzecniczą: „słownikowe znaczenia zwrotu „powinien” w połączeniu z bezokolicznikiem wskazuje na to, że realizacja tego, co oznacza bezokolicznik, jest czymś obowiązkowym, należnym, pożądanym, oczekiwanym, spodziewanym” (por.: Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 31 stycznia 2012 r., I OSK 1016/2011);
- w pkt. 1.1. wskazał: „Zastosowanie ogólnodostępnych systemów CMS (np. Wordpress, Drupal, eZplatform, etc. (...)) – Zamawiający w żaden sposób nie napisał nigdzie w dokumentacji, że są to systemy, które spełniają bezwzględnie wszystkie wymagania OPZ, lecz doprecyzowanie jakie na rynku są przykładowe ogólnodostępne systemy CMS. Gdyby intencją Zamawiającego było wskazanie, które systemy spełniają wszystkie wymagania wówczas musiałyby wskazać wszystkie a nie przykładowe, jak również do poszczególnych systemów winien był określić parametry funkcjonalne. Również Wykonawcy wskazywali, iż systemy wskazane w tym punkcie nie spełniają wszystkich wymagań, w szczególności punkt 1.6. czyli: „CMS powinien być zbudowany w oparciu o framework Symfony” i wnosili o usunięcie punktu 1.6. Zamawiający w tym zakresie pozostawił zapisy zgodnie z OPZ i nie zgodził się na usunięcie punktu 1.6., co zdaniem Zamawiającego wskazywało, iż wymaga aby CMS był zbudowany w oparciu o framework Symfony.

W terminie do składania ofert zostały złożone dwie Oferty:

1. Bona Soft Sp. z o.o. cena brutto: 897.900,00 zł
2. Pretus Software Sp. z o.o. cena brutto: 1.975.158,00 zł

Do ofert zostały złożone próbki (w przypadku oferty Nr 2, Zamawiający nie mógł zapoznać się z całością, login bądź hasło było nieprawidłowe). Niemniej, z dostępnego materiału wynikało, iż obydwie były zrobione na Wordpress. Zamawiający na podstawie art. 233 ust. 1 ustawy pzp, wezwał

¹ Prawo zamówień publicznych – Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, st. 342

Wykonawców do złożenia wyjaśnień w poniższym zakresie:

„jaki ogólnodostępny system CMS Wykonawca zaoferował w ofercie oraz czy zaoferowany system CMS spełnia wymagania określone w OPZ, w tym w szczególności pkt 1.6: „CMS powinien być zbudowany w oparciu o framework Symfony””.

Zamawiający otrzymał wyjaśnienia tylko od Wykonawcy Nr 1 o poniższej treści:

Wykonawca wskazując na:

- 1) Punkt IV, 1.1. OPZ który określa, że: *Wymagania techniczne dla CMS: Zastosowanie ogólnodostępnych systemów CMS (np. Wordpress, Drupal, eZPlatform, etc.) z uwzględnieniem konieczności zakupu odpowiednich rozszerzeń bądź licencji, niezbędnych do prawidłowej pracy serwisu, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego.*

BonaSoft Sp. z o. o.
ul. Krakowska 52
50-425 Wrocław

+48 (71) 75-75-858
biuro@bonasoft.pl
www.bonasoft.pl

NIP: 8943113503
REGON: 368227164
KRS 0000694070

Sąd Rejonowy dla Wrocławia Fabrycznej
we Wrocławiu, VI Wydział Gospodarczy
Kapitał zakładowy 1 000 000 zł

1



oraz

- 2) Treść punktu IV 1.6. OPZ który brzmi: *CMS powinien być zbudowany w oparciu o framework Symfony*

a w szczególności treść wyjaśnień Zamawiającego z dnia 20.10.2022 na pytanie nr 14 zadane przez Wykonawcę:

Pytanie Nr 14:

dotyczy zał. Nr 1 OPZ punkt IV, 1.6 Wykonawca zwraca się o zmianę SWZ poprzez usunięcie pkt „1.6 CMS powinien być zbudowany w oparciu o framework Symfony.” ponieważ jest on sprzeczny z punktem 1.1 – „Zastosowanie ogólnodostępnych systemów CMS (np. Wordpress, Drupal, eZPlatform, etc.) z uwzględnieniem konieczności zakupu odpowiednich rozszerzeń bądź licencji, niezbędnych do prawidłowej pracy serwisu, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego.”

Odp. Zamawiającego: Zamawiający pozostawia zapis bez zmian

które potwierdziły, że poniędzy zapisami punktu IV 1.1. OPZ a punktu IV 1.6 OPZ nie ma sprzeczności, tak więc uwzględniając wymóg określony w punkcie IV 1.1. OPZ oraz treść punktu IV 1.6. OPZ, który wskazuje tylko na możliwość zbudowania CMS w oparciu o framework Symfony, (bo gdyby było inaczej, Zamawiający z pewnością sformułowałby zapis IV 1.6.OPZ bardziej kategorycznie, z użyciem słowa: musi).

Uwzględniając powyższe, **Wykonawca potwierdza spełnienie wymagań określonych w OPZ przez system CMS Wordpress zaoferowany w złożonej ofercie.**

Zgodnie z wiedzą Zamawiającego, system CMS Wordpress spełnia wymagania określone w pkt 1

czyli jest systemem ogólnodostępnym, natomiast nie spełnia wymaga w zakresie pkt. 1.6. czyli nie jest zbudowany o framework Symfony.

Analizując stan faktyczny, Zamawiający stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia w zakresie CMS jest niejednoznaczny i tym samym pozwalający na dowolną interpretację przez Wykonawców. Niniejszy opis wewnętrznie sprzeczny bądź nieprzejrzysty uniemożliwił wykonawcom rozeznanie co do rzeczywistych oczekiwań zamawiającego w zakresie CMS. Wobec powyższego mamy do czynienia z wadliwością w postępowaniu w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Powyższa wadliwość przełożyła się bezpośrednio na fakt, iż Zamawiający:

1. Ograniczył możliwość ubiegania się o zamówienie Wykonawcom, którzy mimo zgłoszonego zainteresowania postępowaniem – złożone wnioski o wyjaśnienie treści SWZ, w szczególności w zakresie punktów 1.1. i 1.6., gdzie wskazywali, iż punkty te wykluczają się ze sobą, czyli, że dwa ze wskazanych systemów CMS nie spełniają wymagań punktu 1.6. - nie złożyli oferty;
2. Poprzez opis za pomocą słów „powinien” i „musi” w OPZ Wykonawcy różnie zinterpretowali wymogi dotyczące minimalnych wymogów technicznych, a tym samym stworzył możliwość wybiórczego stosowania wymagań technicznych w punktach, gdzie zastosował słowo „powinien”;
3. Nie ma możliwości dokonania prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej i podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ postępowania obarczone jest określonego rodzaju wadą niweczącą to postępowanie, a więc taką, której nie można już naprawić, która to wada jednocześnie nie daje możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.²

Opis przedmiotu zamówienia winien odpowiadać uzasadnionym i rzeczywistym potrzebom zakupowym zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań. W niniejszym postępowaniu niejednoznacznie opisany przedmiot zamówienia, wprowadzający w błąd opis w pkt. 1.1., iż wskazane systemy CMS Zamawiający dopuszcza i one spełniają wszystkie wymagania OPZ, zamienne stosowanie słów, które mogą mieć sprzeczne znaczenie: „musi” i „powinien” doprowadziło, iż Zamawiający nie jest w stanie uznać, że oferty zostały złożone na system, którego Zamawiający potrzebuje i na który otrzymał dofinansowanie. Nieprecyzyjność, niejednoznaczność doprowadziły do sytuacji, w której tylko Wykonawca posiada wiedzę, jak będzie wyglądać system CMS.

Wadliwość skonstruowania opisu przedmiotu zamówienia jest wadą w postępowaniu, ma charakter nieusuwalny, gdyż na obecnym etapie postępowania nie można usunąć skutków, jakie nastąpiły w wyniku dokonanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Powyższe naruszenie może mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, gdyż mogło uniemożliwić złożenie oferty wszystkim wykonawcom zainteresowanym udzieleniem przedmiotowego zamówienia (odpowiedź na pytanie do treści OPZ w zakresie pkt 1.1. i 1.6. mogła uniemożliwić złożenie oferty co najmniej 3 wykonawcom, którzy pytania w tym zakresie złożyli, natomiast nie złożyli oferty).

Biorąc pod uwagę, iż Zamawiający nie może na etapie oceny ofert unieważnić bądź zmienić czynności dokonanej w postępowaniu, tj. Treści opisu przedmiotu zamówienia, odpowiedzi na pytania do SWZ, wada ma nieusuwalny charakter, a wadliwość ma przełożenie bezpośrednio na brak możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, gdyż przedmiot umowy byłby zrealizowany niezgodnie z potrzebami Zamawiającego, a więc cel postępowania nie zostałby osiągnięty.

Zamawiający, na podstawie art. 255 ustawy pzp, obowiązany jest do unieważnienia postępowania o

² Sygn. akt KIO/KD 22/21

udzielenie zamówienia publicznego, jeśli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W/w przesłanka unieważnienia postępowania składa się więc z trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem unieważnienia postępowania, tj.:

1. Wystąpiło naruszenie przepisów ustawy pzp regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). Nieprawidłowość w opisie przedmiotu zamówienia jest sprzeczna z ustawą pzp;
2. Wada ta skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Umowa w sprawie zamówienia publicznego w tym przypadku podlegałaby unieważnieniu na podstawie przesłanki z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, tj. zawarcia jej z naruszeniem przepisów ustawy pzp;
3. Wada nie jest możliwa do usunięcia. Ma charakter trwały.

Powyższe stanowisko potwierdza **orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 1343/21)**. Jak wskazała Izba w uzasadnieniu przedmiotowego wyroku, zgodnie z dość ugruntowanym orzecznictwem zbudowanym na gruncie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP z 2004 r. niejasność lub nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia może stanowić podstawę unieważnienia postępowania (zob. np. orzeczenia z dnia 25 września 2017 r., sygn. akt KIO 1869/17 lub z dnia 4 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1507/17). Jednocześnie KIO uznała, że orzecznictwo w tym zakresie pozostaje aktualne także w obecnym stanie prawnym. Ponadto Izba przyjęła za prawidłowe stanowisko stwierdzające, że **podstawą unieważnienia ewentualnej zawartej umowy w przedmiotowej sprawie mógłby być art. 457 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy PZP, gdyż zamówienie zostałoby udzielone z naruszeniem ustawy**, tj. w rozpatrywanej sprawie z naruszeniem art. 16 pkt 1 i 2 nowej ustawy PZP. W ocenie KIO powyższe wynikałoby w analizowanej przez KIO sprawie z nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, co z kolei prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także byłoby sprzeczne z zasadą przejrzystości.

Podobne rozważania dotyczące wykładni art. 457 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy PZP można również odnaleźć w **wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2021 r. (sygn. akt KIO 913/21)**. Izba podkreśliła, że według poglądu wypracowanego w orzecznictwie wydanym na podstawie poprzedniego stanu prawnego prawidłowe unieważnienie postępowania z powodu obarczenia go nieusuwalną wadą na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP z 2004 r. musiało pozostawać w związku z przesłankami unieważnienia umowy określonymi art. 146 dawnego PZP. Jednocześnie KIO nakazała unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 nowej ustawy PZP i przyjęła, że **w rozpatrywanej sprawie zastosowanie znajdzie art. 457 ust. 1 pkt 1 in initio nowej ustawy PZP, gdyż zawarcie umowy stanowiłoby udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy**. Izba w tym przypadku opowiedziała się zatem za wykładnią art. 457 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy PZP, która wiąże możliwość unieważnienia umowy z sytuacją, gdy zamawiający "z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia".

- **ZMIANA OKOLICZNOŚCI (art. 255 pkt 5)**

Ustawodawca dał Zamawiającemu prawo do unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Bezspornie, Zamawiający: Politechnika Warszawska jest publiczną uczelnią wyższą, która realizuje przedsięwzięcia związane ze szkolnictwem służącym ogółowi zainteresowanych osób. Celem prowadzonego postępowania i przedmiotu zamówienia, na które Zamawiający pozyskał środki z dofinansowania było i jest:

Przedmiotem zamówienia jest przygotowanie projektu architektury serwisu internetowego Politechniki Warszawskiej wraz z projektami graficznymi (layout'ami) strony głównej i podstron, wykonanie i uruchomienie serwisu w wersji polskojęzycznej oraz anglojęzycznej wraz z usługą przeniesienia na serwer Zamawiającego lub serwer wskazany przez Zamawiającego oraz usługami utrzymania, serwisowania i administrowania strony przez okres 36 miesięcy licząc od dnia odebrania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający ma mieć możliwość zarządzania treścią strony, jej całą zawartością i wyglądem przez system CMS tj. bieżące aktualizowanie, dodawanie, zmienianie treści, rozbudowę strony, zarówno poprzez poszerzenie o dodatkowe działy i podstrony, jak również poprzez dodawanie, usuwanie, podmianę załączników w postaci plików oraz materiałów graficznych i multimedialnych. Serwis zastąpi aktualnie funkcjonujący pod tym adresem serwis internetowy PW.

Celem zamówienia jest stworzenie serwisu internetowego Politechniki Warszawskiej, który będzie odpowiadał standardom stron internetowych europejskich uczelni technicznych, pozwalając:

1. w czytelny sposób informować o Uczelni, zakresie i formie działania Uczelni, aktywności środowiska akademickiego Uczelni oraz partnerów Politechniki Warszawskiej w okresie krótko- i długoterminowym, w aspekcie dydaktycznym, badawczym, administracyjnym oraz społecznym;
2. prowadzić działania promocyjne i komunikacyjne mające pozytywny wpływ na wzrost zainteresowania ofertą Uczelni w zakresie badań, dydaktyki i współpracy naukowej oraz biznesowej, ze szczególnym uwzględnieniem rekrutacji kandydatów na studia wszystkich stopni oraz form nauczania.

Zamawiający przed wszczęciem postępowania przeprowadził wstępne konsultacje celem pozyskania informacji na temat dostępnych rozwiązań na rynku jak również parametrów technicznych i funkcjonalnych. Biorąc pod uwagę wielkość posiadanych środków, Zamawiający od początku zakładał realizację na ogólnodostępnych systemach CMS. Intencją Zamawiającego było opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby uzyskać przedmiot, który jest zgodny z potrzebami jak również wewnątrz polityką rozwoju i bezpieczeństwa w zakresie informatyzacji. W niniejszym postępowaniu po przeanalizowaniu stanu faktycznego, Zamawiający uznał, iż prowadząc dalej postępowanie doprowadziłby do kolejnych czynności obarczonych nie tylko wadami, ale przede wszystkim kontynuując ocenę ofert/dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej nie będzie w stanie określić, bez udziału Wykonawcy, jak będzie wyglądał cały zakres przedmiotu zamówienia i na ile wymagania minimalne z opisem „powinien” będą spełnione. Czyli Wykonawca – w wyniku przyjętej

własnej interpretacji zaoferował przedmiot zamówienia, który nie będzie spełniał określonych na początku celów Zamawiającego, a przede wszystkim nie działa w oparciu o framework Symfony. Zasadnym jest również zwrócenie uwagi na ceny dwóch ofert, których różnica to ponad 1 milion brutto a brak jest możliwości porównania merytorycznego nie tylko ofert ale również stopnia spełnienia wszystkich wymagań OPZ w zakresie CMS, jak również pozostałych składowych.

Przedmiot zamówienia miał służyć dla wszystkich zainteresowanych kształceniem na Politechnice Warszawskiej, studentów, jak również dla ogółu społeczeństwa szukających ciekawych artykułów, wydarzeń prowadzonych przez Uczelnię oraz być dostępny dla osób ze szczególnymi potrzebami, w tym osób z niepełnosprawnościami.

W niniejszym postępowaniu istotna zmiana okoliczności polega na tym, iż w wyniku odmiennej interpretacji dokonanej przez Wykonawcę, sprzecznej z intencją Zamawiającego, Zamawiający nie wie jaki produkt końcowy otrzymałby oraz w jakim stopniu byłyby spełnione wymagania. Zamawiający nie ma możliwości dokonania oceny złożonych ofert, jak również określenia czy Oferty (Nr 1 i 2) spełniają wszystkie wymagania OPZ, czy też nie, a jeśli nie, to które parametry/funkcjonalności określone jako „powinien” nie zostały zaoferowane oraz czy pomimo różnicy w cenach są porównywalne. Niestety są to zakresy, których Zamawiający nie jest w stanie samodzielnie określić i zbadać bez udziału Wykonawców.

Wobec powyższego wskazane okoliczności powodują, że Zamawiający nie może prowadzić dalszych czynności w zakresie badania i oceny ofert, w tym również kompleksowej oceny zgodności zaoferowanych rozwiązań z OPZ.

Tym samym Zamawiający zakończył postępowanie unieważnieniem.

Podstawa prawna:

Art. 255 pkt 5 i 6

Art. 254 pkt 2

Art. 457 ust. 1 pkt 1

Dyrektor
Centrum Zarządzania Innowacjami
i Transferem Technologii PW
/-/ Anna Rogowska