Sygn. akt:KIO 2438/20

WYROK

z 16 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ernest Klauziński

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 16 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 września 2020 r. przez wykonawcę MobileMS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiających:

1. Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczne Biuro Turystyki z siedzibą w Warszawie,
2. Gminę Czosnów z siedzibą w Czosnowie,
3. Gminę Góra Kalwaria z siedzibą w Górze Kalwarii,
4. Gminę Halinów z siedzibą w Halinowie,
5. Gminę Karczew z siedzibą w Karczewie,
6. Gminę Kobyłka z siedzibą w Kobyłce,
7. Miasto Konstancin-Jeziorna z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej,
8. Miasto Legionowo z siedzibą w Legionowie,
9. Gminę Lesznowola z siedzibą w Lesznowoli,
10. Miasto Marki z siedzibą w Markach,
11. Miasto Milanówek z siedzibą w Milanówku,
12. Miasto Nowy Dwór Mazowiecki z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim,
13. Miasto Otwock z siedzibą w Otwocku,
14. Miasto Podkowa Leśna z siedzibą w Podkowie Leśnej,
15. Miasto Pruszków z siedzibą w Pruszkowie,
16. Gminę Radzymin z siedzibą w Radzyminie,
17. Gminę Stare Babice z siedzibą w Starych Babicach,
18. Gminę Sulejówek z siedzibą w Sulejówku,
19. Gminę Wołomin z siedzibą w Wołominie,
20. Miasto Ząbki z siedzibą w Ząbkach,
21. Miasto Zielonka z siedzibą w Zielonce,
22. Miasto Żyrardów z siedzibą w Żyrardowie

w imieniu i na rzecz których postępowanie prowadzi Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczne Biuro Turystyki z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego - MobileMS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania.

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

….....……..……..

Sygn. akt KIO 2438/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający:

1. Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczne Biuro Turystyki z siedzibą w Warszawie,
2. Gmina Czosnów z siedzibą w Czosnowie,
3. Gmina Góra Kalwaria z siedzibą w Górze Kalwarii,
4. Gmina Halinów z siedzibą w Halinowie,
5. Gmina Karczew z siedzibą w Karczewie,
6. Gmina Kobyłka z siedzibą w Kobyłce,
7. Miasto Konstancin-Jeziorna z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej,
8. Miasto Legionowo z siedzibą w Legionowie,
9. Gmina Lesznowola z siedzibą w Lesznowoli,
10. Miasto Marki z siedzibą w Markach,
11. Miasto Milanówek z siedzibą w Milanówku,
12. Miasto Nowy Dwór Mazowiecki z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim,
13. Miasto Otwock z siedzibą w Otwocku,
14. Miasto Podkowa Leśna z siedzibą w Podkowie Leśnej,
15. Miasto Pruszków z siedzibą w Pruszkowie,
16. Gmina Radzymin z siedzibą w Radzyminie,
17. Gmina Stare Babice z siedzibą w Starych Babicach,
18. Gmina Sulejówek z siedzibą w Sulejówku,
19. Gmina Wołomin z siedzibą w Wołominie,

20. Miasto Ząbki z siedzibą w Ząbkach,
21. Miasto Zielonka z siedzibą w Zielonce,
22. Miasto Żyrardów z siedzibą w Żyrardowie

w imieniu i na rzecz których postępowanie prowadzi Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczne Biuro Turystyki z siedzibą w Warszawie (dalej Zamawiający) prowadzą
na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych
(Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Wykonanie i wdrożenie Komponentu E-turystyka Projektu „Wirtualny Warszawski Obszar Funkcjonalny" w projekcie „Wirtualny Warszawski Obszar Funkcjonalny" (Virtual WOF), współfinansowanego
przez Unię Europejską w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na lata 2014-2020", numer: ZP/PN/01/2020, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
14 sierpnia 2020 r. pod numerem 2020/S 157-383108. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

27 września 2020 r. wykonawca MobileMS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 7 ust. 1 Pzp - przez zaniechanie uwzględnienia przepisów Pzp przy ocenie stanu faktycznego i uniemożliwienie Odwołującemu, którego oferta byłaby w postępowaniu najkorzystniejsza, dalszego w nim udziału, przez co Odwołujący został pozbawiony szans na uzyskanie zamówienia,
2. art. 7 ust. 1 Pzp - w sytuacji zapowiedzianego w piśmie z 18 września 2020 r. ponownego wszczęcia unieważnionego postępowania wykonawcom – przez ujawnienie pozycji konkurencyjnej pozostałych uczestników postępowania,
   co w konsekwencji doprowadzi w prosty sposób do zaburzenia konkurencyjności,
3. art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp - przez dokonanie swobodnej wykładni przepisów, nieznajdującej uzasadnienia w stanie faktycznym
   i pozostającej bez wpływu na wynik postępowania i ważność zawartej umowy w myśl przepisów art. 146 ust. 1 i ust. 6 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. dokonania czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
   z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania z uwzględnieniem kosztów wynagrodzenia pełnomocników.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:
W ocenie Odwołującego Zamawiający błędnie przyjął, że w katalogu przesłanek dotyczących unieważnienia postępowania, o którym mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp mieściły
się okoliczności faktyczne, jakie zaistniały w przedmiotowym postępowaniu.
Zamawiający unieważnił postepowanie na podst. art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zamawiający
w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania wskazał, że nieścisłości w opisie sposobu dokonania oceny ofert w pozacenowych kryteriach (w odniesieniu do personelu - Programista Android, Programista IOS), a także brak możliwości zsumowania punktacji
do 70 punktów wskazanych w SIWZ były błędami skutkującymi koniecznością unieważnienia postępowania.
W ocenie Odwołującego niespójności pomiędzy tymi dokumentami nie mogły samoistnie świadczyć o wadach postępowania uniemożliwiających zawarcie ważnej umowy. Nie miały również wpływu na wynik postępowania. Ustawodawca powtórzył tożsame brzmienie
i znaczenie słów „umowa podlegająca unieważnieniu" w art. 146 ust. 1 Pzp, wskazując wprost na wzajemną relację tych regulacji prawnych. Celem ustawodawcy było wskazanie, że jedynie zaistnienie sytuacji, w których umowa podlega unieważnieniu będzie skutkowało oceną, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest na tyle wadliwe,
aby zaktualizowała się konieczność jego unieważnienia.
Przesłanki do unieważnienia postępowania należy interpretować ściśle, a zatem pomiędzy zaistnieniem wady, do której należy odnosić przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, a zawarciem umowy musi istnieć związek przyczynowo - skutkowy, o którym mowa w art. 146 ust. 1 Pzp.
Zamawiający w piśmie o unieważnieniu postępowania powołał się na wyrok KIO 912/15,
z którego to wyroku nie wyciągnął prawidłowych wniosków, tj. że pomiędzy wadą postępowania, a niemożnością zawarcia umowy należy wykazać związek przyczynowo – skutkowy. Izba w przywołanym przez Zamawiającego wyroku wskazała, że wada musi być:

1. nieusuwalna,
2. wywierająca istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego,
3. powodująca bezwzględną nieważność takiej umowy ab initio,
4. powodującą prawną bezskuteczność zawartej umowy.

W ocenie Odwołującego tylko pierwszy punkt ww. wyliczenia mógł zostać uznany
za spełniony w stanie prawnym zaistniałym w postępowaniu. Zamawiający nie wykazał
w żaden sposób jak wada polegająca na braku możliwości zsumowania punktów może doprowadzić do bezwzględnej nieważności czy bezskuteczności zawartej umowy.
Zamawiający nie wykazał i nie udowodnił w jaki sposób stwierdzona wada postępowania mogłaby wpłynąć na jego wynik.
Zamawiający ograniczył się do gołosłownego stwierdzenia, że wada ta skutkuje naruszeniem przepisów Pzp i jest nieusuwalna. Odwołujący wskazał,
że w tej sytuacji, zgodnie z art. 6 Kc to na Zamawiającym ciąży ciężar dowodu.
Biorąc pod uwagę określone okoliczności faktyczne sprawy należy uznać, że przesłanka
z art. 146 ust. 6 Pzp nie zaistniałaby, gdyby doszło do podpisania umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego. Zamawiający nie wykazał przeciwnego.
Odwołujący załączył do odwołania symulację punktacji ofert (gdyby została ona przeprowadzona w sposób zgodny z zasadami określonymi w SIWZ). Odwołujący wskazał, że dokument ten stanowi dowód na fakt, że możliwe było

przeprowadzenie oceny ofert
i przyznanie im punktów w kryteriach oceny, a w konsekwencji możliwy był wybór najkorzystniejszej oferty.
Zamawiający w piśmie dotyczącym unieważnienia postępowania wskazał, że „szczegółowe kryteria przyznawania punktów za doświadczenie personelu kluczowego oraz punkty przyznawane za określone doświadczenia nie sumują się do liczby 70 punktów". Odwołujący potwierdził, że w SIWZ dotyczącym postępowania zabrakło algorytmu umożliwiającego naliczenie ofercie w kryterium pozacenowym punktacji na przyjęte wagi (tu: 70%),
co nie oznaczało, że punkty nie mogły zostać przyznane i odpowiednio przeliczone. Maksymalna liczba punktów jakie mogłaby otrzymać każda oferta to 54 punkty (6+10+10+4+4+10+10).
Razem z kryterium cenowym żadna z ofert nie mogłaby otrzymać 100 punktów finalnie.
Jednak:

1. Zamawiający w SIWZ wyraźnie wskazał, że w kryterium „doświadczenie personelu" oferta wykonawcy mogła otrzymać maksymalnie 70 punktów, a zatem zdobycie liczby punktów 54 nie uchybiałoby tej zasadzie,
2. ani Pzp, ani żaden akt wykonawczy do ustawy nie wskazuje, że do wyboru najkorzystniejszej oferty konieczne jest zsumowanie punktacji do 100,
3. nawet brak możliwości zsumowania punktacji w kryterium pozacenowym do 70 pkt nie uniemożliwiał ustalenia rankingu ofert i w konsekwencji wyboru oferty najkorzystniejszej, a taki jest cel ustalania kryteriów,
4. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał wpływu ww. uchybienia na wynik postępowania, a co za tym idzie na brak możliwości zawarcia niepodlegającej odrzuceniu umowy w sprawie zamówienia publicznego; nie wykazał także obiektywnej niemożności ustalenia rankingu ofert, co jest czynnością kluczową w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego możliwe było przyznanie punktów, wg. zasad oceny ofert określonych przez Zamawiającego w pkt 24.3.3. SIWZ.
W odniesieniu do przyznania punktów za doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Programisty Android i Programisty iOS - wobec niejednoznaczności interpretacyjnych, przyjęty sposób przyznania punktacji powinien przede wszystkim nie być krzywdzący
dla wykonawców.
Odwołujący nie dysponował ofertami konkurentów, ale był przekonany, że przy odrobinie dobrej woli ze strony Zamawiającego i przyjęciu podejścia celowościowego, a nie stricte formalistycznego, możliwe było skalkulowanie punktacji również dla tych ofert. W celu sporządzenia rankingu ofert bez znaczenia pozostawało, czy uzyskaną liczbę punktów
w kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego" Zamawiający zsumowałby z liczbą punktów uzyskanych w kryterium „Cena", czy uzyskanej liczbie punktów w kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego" nadałby wagę 70% i zsumuje z liczbą punktów uzyskanych w kryterium „Cena", czy też dokonałby gradacji ofert wg ustalonego wzoru
i zsumowałby z liczbą punktów uzyskanych w kryterium „Cena".
Próba ponownego wszczęcia unieważnionego postępowania może doprowadzić do rezultatu niezgodnego z zasadą prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Wykonawcy znają już swoją pozycję konkurencyjną i deklaracje zawarte w ofertach, a upublicznione przez Zamawiającego w szczegółach, 16 września
2020 r., w „Informacji z otwarcia ofert" zamieszczonej na stronie prowadzonego postępowania.
15 października 2020 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł
o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał m. in.:

Zamawiający w SIWZ wskazał, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty będzie się kierował m.in. kryterium „doświadczenia personelu kluczowego". W powyższym kryterium oceny ofert, Zamawiający postanowił oceniać dodatkowe doświadczenie wskazanych osób skierowanych do realizacji zamówienia (tj. ponad minimalne doświadczenie określone w warunku udziału
w postępowaniu dla danej osoby).

W ramach tego kryterium możliwe było do uzyskania łącznie maksymalnie 70 punktów. Jednak szczegółowe kryteria przyznawania punków za doświadczenie personelu kluczowego oraz punkty przyznawane za określone doświadczenia nie sumowały
się do liczby 70 punktów. Co więcej, kryteria oceny dla Programisty Android i Programisty iOS opisane w pkt 24.3.3 d) oraz e) SIWZ nie zostały określone precyzyjnie i przez
to uniemożliwiły jednoznaczne ustalenie treści kryterium i przyznanie wykonawcom punktów za dodatkowe doświadczenie w oparciu o złożone przez nich dokumenty. W rezultacie Zamawiający nie mógł dokonać prawidłowej oceny ofert złożonych w postępowaniu, zgodnie z opisanymi w SIWZ kryteriami.

Okoliczność, iż opis kryterium oceny ofert był znany wykonawcom i nie wzbudzał
ich wątpliwości w toku postępowania, nie miała istotnego znaczenia dla oceny prawidłowości działania Zamawiającego. Korzystanie ze środków ochrony prawnej czy zwrócenie
się o wyjaśnienie treści SIWZ stanowi bowiem, jak wiadomo, uprawnienie a nie obowiązek wykonawców, z którego mogą, lecz nie muszą oni skorzystać. Jednocześnie sam fakt nieskorzystania przez wykonawców z tego uprawnienia nie świadczy o prawidłowości prowadzenia postępowania przez Zamawiającego. Oceny w tym zakresie należy bowiem dokonywać w sposób obiektywny, a nie subiektywny - zależny od stanowiska wykonawców biorących udział w danym postępowaniu oraz ich strategii ofertowania. Dodać należy,
że wykonawcy mogli nie zgłaszać zaistnienia jakichkolwiek wątpliwości, a jednocześnie
w diametralnie odmienny sposób (i różny niż czynił to Zamawiający) interpretować obiektywnie niejednoznaczne postanowienia SIWZ.

Wady postępowania, w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, co do zasady, zostały wymienione w art. 146 ust. 1 Pzp. Z kolei art. 146 ust. 6 pzp zawiera przepis o charakterze klauzuli generalnej, dotyczący unieważniania umowy, przewidujący kompetencję Prezesa UZP do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania
przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Od strony podmiotowej legitymację czynną do żądania unieważnienia umowy

na podstawie opisanej
w art. 146 ust. 6 Pzp ma wyłącznie Prezes UZP. Od strony przedmiotowej zakres zastosowania tej przesłanki jest szerszy, gdyż wystarczające jest, aby wada postępowania mogła mieć, a nie tylko miała, wpływ na wynik postępowania.

Orzecznictwo i doktryna przyjmują, że zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust, 1 pkt 7 Pzp uprawniony jest do wzięcia pod uwagę nie tylko okoliczności opisanych w art. 146 ust. 1 Pzp, ale również okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy, mieszczących się w klauzuli generalnej zawartej w art. 146 ust. 6 Pzp. Przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania na drodze sądowej zawartych już umów nie powinno bowiem powodować, że zamawiający nie może zapobiec ich zawarciu przez unieważnienie prowadzonego postępowania, w razie stwierdzenia, że jest ono obarczone takimi poważnymi i nieusuwalnymi wadami, które negatywnie rzutują
na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp uprawnieni są więc do wzięcia
pod uwagę nie tylko okoliczności opisanych w art. 146 ust. 1 Pzp, ale mogą i powinni uwzględnić okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w klauzuli generalnej z art. 146 ust. 6 Pzp.

Dla kryterium „Cena brutto" z wagą 30% Zamawiający przewidział przyznanie maksymalnie 30 pkt oraz określił wzór, w oparciu o który przyznawać będzie punkty z uwzględnieniem wagi kryterium. Dla kryterium „Doświadczenie Personelu kluczowego" z wagą 70% Zamawiający przewidział przyznanie maksymalnie 70 pkt, jednak nie określił sposobu, w jaki będzie przyznawał punkty z uwzględnieniem wagi kryterium w oparciu o doświadczenia wykazane przez wykonawców dla personelu pełniącego poszczególne role projektowe.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ,
jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego,

że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także

innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w

wyniku naruszenia

przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy", przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając,

że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

18 września 2020 r. Zamawiający upublicznił informację o unieważnieniu postępowania.
W zakresie uzasadnienia faktycznego dokonanej czynności Zamawiający wyjaśnił:

„W Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) Zamawiający wskazał, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty będzie się kierował m.in. kryterium „doświadczenie personelu kluczowego".

W przedmiotowym kryterium oceny ofert, Zamawiający postanowił, że oceniać będzie dodatkowe doświadczenie wskazanych osób skierowanych do realizacji zamówienia
(tj. ponad minimalne doświadczenie określone w warunku udziału w postępowaniu dla danej osoby).

W ramach kryterium możliwe jest do uzyskania łącznie maksymalnie 70 punktów. Jednak szczegółowe kryteria przyznawania punków za doświadczenie personelu kluczowego oraz punkty przyznawane za określone doświadczenia nie sumują się do liczby 70 punktów.
Co więcej, kryteria oceny dla Programisty Android i Programisty iOS opisane w pkt 24.3.3 d) oraz e) nie są precyzyjne i przez to uniemożliwiają jednoznaczne ustalenie treści kryterium
i przyznanie Wykonawcom punktów za dodatkowe doświadczenie w oparciu o złożone przez nich dokumenty. W rezultacie Zamawiający nie może dokonać prawidłowej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z opisanymi w SIWZ kryteriami. Ponadto, po upływie terminu składania ofert Zamawiający nie może zmienić SIWZ,
a konsekwencji nie może obecnie poprawić wadliwych postanowień".

Zamawiający nie wyjaśnił, ani nie opisał na czym w jego ocenie polegać miała niejednoznaczność kryteriów oceny ofert dotyczących doświadczenia programisty Android
i iOS. Będące główną osią sporu między Stronami postanowienia SIWZ mają następujące brzmienie:

Punkt 24.3.3 d) SIWZ:
„Doświadczenie Programisty Android: w ramach tego kryterium oceniane będzie dodatkowe doświadczenie opisane w pkt 12.2.2 d) SIWZ Programisty Android, wskazanego przez Wykonawcę w wykazie osób (wypełnianym w JEDZ) składanym w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.
Zamawiający w ramach tego kryterium przyzna punkty za udział w dodatkowych projektach, w których wyżej wskazany Programista Android brał udział jako Programista Android,
tj. w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert brał udział w realizacji projektu
w zakresie tworzenia aplikacji mobilnej na system Android, która zawierała, co najmniej jedną z trzech funkcjonalność, tj.
1) aplikacja zawierała rozszerzoną rzeczywistość
lub 2) aplikacja zawierała integrację z beaconami lub 3) aplikacja zawierała player audio
i/lub video.
W ramach tego kryterium Zamawiający oceni maksymalnie 2 dodatkowe projekty, w których brał udział Programista Android. Ocena zostanie dokonana wg następującej zasady:
1 - dodatkowy udział w projekcie, który zawierał jedną funkcjonalność - 2 punkty;
2 - i więcej dodatkowe udziały w projekcie, które zawierały jedną funkcjonalność - 4 punkty.
LUB:

1 dodatkowy udział w projekcie - 2 punkty za jedną funkcjonalność, 4 punkty za dwie funkcjonalności, w tym samym projekcie. W tym przypadku muszą to być różne funkcjonalności.
LUB
1 udział w projekcie - 2 punkty za jedną funkcjonalność, 4 punkty za dwie funkcjonalności,
w tym samym projekcie. W tym przypadku muszą to być różne funkcjonalności,
pod warunkiem że w wykazie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (wypełnianym
w JEDZ) jest ten sam projekt ale posiadający inną funkcjonalności niż wskazane do oceny. Np. Projekt o nazwie „A”, posiadający 3 funkcjonalności, tj. 1) rozszerzoną rzeczywistość,
2) integrację z beaconami, 3) player audio i/lub video”.
Punkt 24.3.3 e) SIWZ:
„Doświadczenie Programisty iOS: w ramach tego kryterium oceniane będzie dodatkowe doświadczenie opisane w pkt 12.2.2 e) SIWZ Programisty iOS, wskazanego przez Wykonawcę w wykazie osób (wypełnianym w JEDZ) składanym w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.
Zamawiający w ramach tego kryterium przyzna punkty za udział w dodatkowych projektach, w których wyżej wskazany Programista iOS brał udział jako Programista iOS, tj. w okresie
5 lat przed upływem terminu składania ofert brał udział w realizacji projektu w zakresie tworzenia aplikacji mobilnej na system iOS, która zawierała, co najmniej jedną z trzech funkcjonalność, tj. 1) aplikacja zawierała rozszerzoną rzeczywistość lub 2) aplikacja zawierała integrację z beaconami lub 3) aplikacja zawierała player audio i/lub video.
W ramach tego kryterium Zamawiający oceni maksymalnie 2 dodatkowe projekty, w których brał udział Programista iOS. Ocena zostanie dokonana wg następującej zasady:
1 dodatkowy udział w projekcie, który zawierał jedną funkcjonalność - 2 punkty;
2 i więcej dodatkowe udziały w projekcie, które zawierały jedną funkcjonalność - 4 punkty.
LUB
1 dodatkowy udział w projekcie - 2 punkty za jedną funkcjonalność, 4 punkty za dwie funkcjonalności, w tym samym projekcie. W tym przypadku muszą to być różne funkcjonalności.
LUB
1 udział w projekcie - 2 punkty za jedną funkcjonalność, 4 punkty za dwie funkcjonalności,
w tym samym projekcie. W tym przypadku muszą to być różne funkcjonalności,
pod warunkiem że w wykazie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (wypełnianym
w JEDZ) jest ten sam projekt ale posiadający inną funkcjonalności niż wskazane do oceny. Np. Projekt o nazwie „A”, posiadający 3 funkcjonalności, tj. 1) rozszerzoną rzeczywistość,
2) integrację z beaconami, 3) player audio i/lub video”.
W oparciu o przytoczone wyżej postanowienia Zamawiający w toku rozprawy wskazał,
że możliwe było przyznanie ocenianym ofertom w obu kryteriach po osiem punktów. Tymczasem Odwołujący twierdził, że prawidłową, maksymalną liczbą punktów w kryteriach było 4.
Biorąc pod uwagę przytoczone wyżej postanowienia SIWZ wskazać należy:

1. Zamawiający w ramach oceny ofert w oparciu o przedmiotowe kryteria zamierzał ocenić maksymalnie dwa projekty.
2. Zamawiający nie określił maksymalnej liczby punktów możliwej do przyznania ofercie w ramach tych kryteriów.
3. Zamawiający określił maksymalną, możliwą do uzyskania liczbę punktów w ramach kryteriów dotyczących doświadczenia wykonawców na 70.
4. Zamawiający ustanowił trzy sposoby (schematy) działania wykonawców umożliwiające przyznanie punktów ich ofertom w kryterium doświadczenia programisty Android i iOS:
   I. Wykazanie:
      a) jednego dodatkowego udziału w projekcie, który zawierał jedną funkcjonalność - 2 punkty;
      b) dwóch i więcej dodatkowych udziały w projekcie, które zawierały jedną funkcjonalność - 4 punkty.
   II. Wykazanie jednego dodatkowego udziału w projekcie:
      a) zawierającego jedną funkcjonalność - 2 punkty,
      b) zawierającego dwie funkcjonalności, w tym samym projekcie - 4 punkty. W tym przypadku muszą to być różne funkcjonalności.
   III. Wykazanie jednego dodatkowego udziału w projekcie:
      a) zawierającego jedną funkcjonalność - 2 punkty,
      b) zawierającego dwie funkcjonalności, w tym samym projekcie - 4 punkty. W tym przypadku muszą to być różne funkcjonalności, pod warunkiem, że w wykazie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (wypełnianym w JEDZ) jest ten sam projekt, ale posiadający inną funkcjonalność niż wskazane do oceny.
4. Biorąc pod uwagę cel ustanowienia obu kryteriów, logicznym byłoby określenie, że dopuszczalny jest jeden sposób (schemat) do oceny każdej z ofert, tj., że wykonawcy przygotowując oferty pod kątem ich oceny wg ww. kryteriów mają wybrać tylko jeden ze schematów. W takiej sytuacji Zamawiający powinien formułując ww. kryteria posłużyć się alternatywą rozłączną i wskazać, że ocena oferty w ramach kryterium odbędzie się według schematu I albo schematu II albo schematu III. Tymczasem Zamawiający posłużył się alternatywą łączną i wskazał, że ocena oferty w ramach kryterium odbędzie się według schematu I lub schematu II lub schematu III.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że możliwa jest jeszcze jedna, oprócz Odwołującego i Zamawiającego, interpretacja kryteriów dotyczących doświadczenia programisty Android i iOS, tj. uznanie, że maksymalna możliwa do uzyskania w każdym
z tych kryteriów punktacja wynosi 12 punktów. Co istotne, przy takiej interpretacji łączna, maksymalna liczba punktów możliwych do uzyskania w ramach kryteriów doświadczenia wynosiłaby 70 punktów.

W sytuacji, gdyby wykonawca na potrzeby spełniania warunków udziału postępowaniu określonych w punkcie 12.2.2 lit. d i e SIWZ wykazał udział programistów w projekcie zawierającym trzy dodatkowe funkcjonalności, a na potrzeby uzyskania punktów w kryteriach oceny ofert wskazał ten sam projekt oraz drugi, zawierający co najmniej dwie dodatkowe funkcjonalności, to wobec braku zakazu takiego działania – mógłby oczekiwać,
że oba te projekty zostaną ocenione odpowiednio zgodnie z każdym ww. schematem
i w wyniku każdej z tych ocen cząstkowych oferta uzyska odpowiednią liczbę punktów –

po 4 w każdym ze schematów oceny, łącznie 12 punktów. Interpretacja taka nie byłaby sprzeczna z literalnym brzmieniem SIWZ, mimo, że byłaby wykorzystaniem ewidentnego błędu Zamawiającego polegającego na zastosowaniu alternatywy łącznej zamiast rozłącznej
przy opisie schematów oceny ofert. O tym, że taka konstrukcja kryteriów jest wynikiem błędu świadczy fakt, że możliwość trzykrotnej oceny tego samego projektu, w ramach tego samego kryterium, byłaby nieracjonalna. Tym samym literalna interpretacja kryteriów dotyczących doświadczenia programisty Android i iOS prowadzi do absurdalnych wniosków. Z drugiej strony przyjęcie, że dokonując oceny ofert w ramach ww. kryteriów słowa „lub" należy traktować jako „albo" byłoby niedopuszczalną zmianą i zawężeniem tych kryteriów
po upływie terminu składania ofert.

Wobec powyższego Izba uznała, że potwierdziła się okoliczność będąca podstawą decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania – kryteria oceny ofert dotyczące doświadczenia programisty Android i iOS były niejasne i niejednoznaczne.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednak – co oczywiste – wybór najkorzystniejszej oferty musi nastąpić z poszanowaniem wyrażonej
w art. 7 ust. 1 Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zatem w sytuacji, gdy stwierdzona i opisana wyżej konstrukcja kryteriów oceny ofert nie gwarantowała zachowania tych zasad to wybór najkorzystniejszej oferty nie mógłby zostać dokonany. W konsekwencji wskazać należy, iż gdyby Zamawiający, wobec opisanych wyżej wad kryteriów, zdecydował się kontynuować postępowanie i doprowadzić do wyboru najkorzystniejszej oferty, to miałby wszelkie podstawy liczyć się z możliwością unieważnienia umowy na skutek realizacji wynikającego z art. 146 ust. 6 Pzp uprawnienia Prezesa UZP.

Z tego względu Izba uznała, że w okolicznościach sprawy niewątpliwym jest,
że Zamawiający miał podstawy do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp i unieważnienia postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W konsekwencji Izba uznała, że wszystkie trzy zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

…….