Sygn. akt: KIO 306/21, 498/21

WYROK
z dnia 26 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Anna Kuszel-Kowalczyk
Emil Kuriata
Protokolant:Piotr Cegłowski
Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 17 marca 2021 r. i 24 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A)w dniu 28 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** (sygn. akt KIO 306/21),

B)w dniu 15 lutego 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comarch Polska S.A. w Krakowie** i **Comarch S.A. w Krakowie** (sygn. akt KIO 498/21),

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comarch Polska S.A. w Krakowie**i **Comarch S.A. w Krakowie,**zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 306/21 po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie,**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 498/21 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.**umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 306/21 w zakresie zarzutów nr 5 (za wyjątkiem ppkt v dot. JZ3C) odwołania, z powodu ich wycofania,**

2.**w pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 306/21,**

3.**oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 498/21,**

4.kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 306/21 obciąża wykonawcę **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00** gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania,

4.2.zasądza od wykonawcy **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** na rzecz **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

5.kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 498/21 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comarch Polska S.A. w Krakowie i Comarch S.A. w Krakowie** i:

5.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comarch Polska S.A. w Krakowie i Comarch S.A. w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,

5.2.zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comarch Polska S.A. w Krakowie i Comarch S.A. w Krakowie** na rzecz **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie** kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) 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:……..…
Członkowie: ……..……..
……..……..

Sygn. akt: KIO 306/21, KIO 498/21

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

Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 lutego 2020 r., nr 2020/S 037-087769.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu:

a)w dniu 28 stycznia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Asseco Poland S.A. w Rzeszowie, zwany dalej „odwołującym Asseco”,

b) w dniu 15 lutego 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Comarch Polska S.A. w Krakowie i Comarch S.A. w Krakowie, zwani dalej „odwołującym Comarch”.

Ww. odwołania zostały oznaczone odpowiednio sygn. akt KIO 306/21 i sygn. akt KIO 498/21.

Odwołujący Asseco w sprawie KIO 306/21 zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) Zarzut 1 – art. 91 ust. 1 i 2d ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i w związku z pkt 7.3.3 i 7.3.3.5a) SIWZ oraz pkt 4 ppkt 1 i pkt 11 ppkt 3 Załącznika 10 do SIWZ „Regulamin przebiegu realizacji Testu kompetencji technicznych” poprzez sformułowanie treści jednostki zadaniowej IWS w zakresie zadania JZ2a w sposób uniemożliwiający wykonanie zadania JZ2a w oparciu o jego treść oraz zapewnioną przez Zamawiającego dokumentację techniczną, tj. określenie pozacenowego kryterium oceny ofert w sposób uniemożliwiający należytą

weryfikację oraz z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady proporcjonalności i zasady przejrzystości, co spowoduje, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpi na podstawie innych kryteriów, niż kryteria określone w SIWZ;

2) Zarzut 2 – art. 91 ust. 1 i 2d ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i w związku z pkt 7.3.3 i 7.3.3.5a) SIWZ oraz pkt 4 ppkt 1 i pkt 11 ppkt 3 Załącznika 10 do SIWZ „Regulamin przebiegu realizacji Testu kompetencji technicznych" poprzez sformułowanie treści jednostki zadaniowej IWS w zakresie zadania JZ2a w sposób wykraczający poza zakres określony w pkt 7.3.3.5a) SIWZ, tj. określenie pozacenowego kryterium oceny ofert w sposób uniemożliwiający należytą weryfikację oraz z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady proporcjonalności i zasady przejrzystości, co spowoduje, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpi na podstawie innych kryteriów, niż kryteria określone w SIWZ;

3) Zarzut 3 – art. 91 ust. 1 i 2d ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i w związku z pkt 7.3.3 SIWZ oraz pkt 4 ppkt 1, pkt 11 ppkt 3, pkt 14 i 15 Załącznika 10 do SIWZ „Regulamin przebiegu realizacji Testu kompetencji technicznych" poprzez zaniechanie przedłużenia trwania Testu kompetencji technicznych w dniach 19 i 20 stycznia 2021 roku o czas usunięcia błędu w treści zadania i czas udzielenia odpowiedzi na pytanie, tj. przeprowadzenie Testu kompetencji technicznych w sposób uniemożliwiający należytą weryfikację informacji przedstawionych przez Odwołującego oraz z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady proporcjonalności i zasady przejrzystości, co spowoduje, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpi na podstawie innych kryteriów, niż kryteria określone w SIWZ;

4) Zarzut 4 – art. 91 ust. 1 i 2d ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i w związku z pkt 7.3.3 i 7.3.3.9 a) i b) SIWZ oraz pkt 4 ppkt 1 i pkt 11 ppkt 3 Załącznika 10 do SIWZ „Regulamin przebiegu realizacji Testu kompetencji technicznych" poprzez zmianę treści jednostki zadaniowej OpenShift/RHEL w zakresie zadania JZ6a i JZ6b w toku trwania Testów kompetencji technicznych w dniu 22 stycznia 2021 roku, tj. określenie pozacenowego kryterium oceny ofert oraz przeprowadzenie Testu kompetencji technicznych w sposób uniemożliwiający należytą weryfikację oraz z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady proporcjonalności i zasady przejrzystości, co spowoduje, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpi na podstawie innych kryteriów, niż kryteria określone w SIWZ;

5) Zarzut 5 – art. 91 ust. 1 i 2d ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i w związku z pkt 7.3.3 i 7.3.3.4, 7.3.3.5, 7.3.3.6, 7.3.3.7, 7.3.3.9 SIWZ oraz pkt 4 ppkt 1 i pkt 11 ppkt 3 Załącznika 10 do SIWZ „Regulamin przebiegu realizacji Testu kompetencji technicznych" poprzez określenie treści Arkuszy odpowiedzi dla jednostek zadaniowych w zakresie zadań: JZ1a, JZ2b, JZ2c, JZ3a, JZ3c, JZ4a, JZ4b, JZ5b w wadliwy sposób, tj.:
   i. z pominięciem okoliczności, że prawidłowe wykonanie w/w zadań może dać wynik w innej formie niż wskazana w odpowiednim Arkuszu odpowiedzi,
   ii. z pominięciem okoliczności, że w Arkuszu odpowiedzi występują wyniki czynności, których wykonawca, zgodnie z treścią zadań nie był zobowiązany wykonać,
   iii. z pominięciem okoliczności, że Arkusz odpowiedzi zawiera błędne rozwiązanie, tj. określenie pozacenowego kryterium oceny ofert oraz przeprowadzenie Testu kompetencji technicznych w sposób uniemożliwiający należytą weryfikację oraz z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady proporcjonalności i zasady przejrzystości, co spowoduje, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpi na podstawie innych kryteriów, niż kryteria określone w SIWZ.

Odwołujący Asseco wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. dla Zarzutu 1 – 2: Unieważnienie Testów kompetencji technicznych w zakresie jednostki zadaniowej IWS – zadanie JZ2a i ponowne przeprowadzenie Testów kompetencji technicznych w zakresie jednostki zadaniowej IWS w zakresie zadania JZ2a zgodnie z SIWZ;
2. dla Zarzutu 3: Unieważnienie Testów kompetencji technicznych przeprowadzonych w dniach 19 i 20 stycznia 2021 roku i ponowne przeprowadzenie Testów kompetencji technicznych w zakresie jednostek zadaniowych:
   i. DB2 for z/OS/Informix/wydajnośc SQL-i;
   ii. IWS;
   iii. Tuxedo/Informix/HP-UX;
   iv. MS SQL/ Windows Server;

   z poszanowaniem postanowień SIWZ, w szczególności pkt 14 i 15 Załącznika 10 do SIWZ „Regulamin przebiegu realizacji Testu kompetencji technicznych";
3. dla Zarzutu 4: Unieważnienie Testów kompetencji technicznych w zakresie jednostki zadaniowej OpenShift/RHEL – zadania JZ6a i JZ6b i ponowne przeprowadzenie Testów kompetencji technicznych w zakresie zadania JZ6a i JZ6b zgodnie z SIWZ;
4. dla Zarzutu 5: Dokonanie oceny poniższych zadań z uwzględnieniem wskazanych zmian w treści Arkuszy odpowiedzi:
   i. JZ1a – Wymagane jest dostosowanie Arkusza odpowiedzi np.: poprzez następującą korektę kryterium weryfikacji: „Weryfikacja będzie się opierać na kluczowych wpisach zaznaczonych żółtym podświetleniem w dostarczonych plikach wynikających z treści zadania, przy czym kolejność wpisów – może być dowolna i nie jest przedmiotem weryfikacji".
   ii. JZ2b – Wymagane jest dostosowanie Arkusza odpowiedzi np.: poprzez następującą korektę:
   a) kryterium szczegółowe 1:
   • dopuszczenie rozwiązań równoważnych dla poleceń języka WAPL „DELETE ETT ADID", o ile realizują or wymagania, np.: polecenia WAPL „DELETE ETT ETTNAME"
   • dopuszczenie równoważnych dla identyfikacji prawidłowości wygenerowanych poleceń WAPL, w oparciu o dowolne zapisy pochodzące z logu wymaganej do uruchomienia w ramach zadania aplikacji IWS
   b) kryterium szczegółowe 2:
   • skorygowanie błędów w Arkuszu odpowiedzi poprzez wskazanie identyfikatorów użytkowników udostępnionych wykonawcom lub też wyłączenie ich z zakresu weryfikacji
   • dopuszczenie zastosowania parametryzacji równoważnych w systemie IWS, zgodnie z udostępnioną przez Zamawiającego dokumentacją
   iii. JZ2c – Wymagane jest dostosowanie Arkusza odpowiedzi np.: poprzez następującą korektę kryterium szczegółowego 1,2,3: dopuszczalne jest zastosowanie rozwiązań równoważnych, zgodnie z udostępnioną przez Zamawiającego dokumentacją, dla określonych w zadaniu wymagań.
   iv. JZ3a – Wymagane jest dostosowanie Arkusza odpowiedzi np.: poprzez następującą korektę kryterium szczegółowego: dopuszczalne jest potwierdzenie uruchomienia narzędzia tmconfig na podstawie innych danych zarejestrowanych przez wykonawcę na etapie realizacji zadania.

v. JZ3c – Wymagane jest dostosowanie Arkusza odpowiedzi np.: poprzez następującą korektę:
a) kryterium szczegółowe 1:
• dopuszczenie prezentowania danych dotyczących serwera, zgodnie z udostępnioną przez Zamawiającego dokumentacją (wiele rozwiązań równoważnych)
b) kryterium szczegółowe 3:
• określenie, że zawartość pobranego pliku nie może ulegać zmianie
vi. JZ4a – Wymagane jest dostosowanie Arkusza odpowiedzi poprzez wskazaną korektę kryterium szczegółowego 2
vii. JZ4b – Wymagane jest dostosowanie Arkusza odpowiedzi poprzez wskazaną korektę kryterium szczegółowego 2
viii. JZ5b – Wymagane jest dostosowanie Arkusza odpowiedzi np.: poprzez wskazaną korektę kryterium szczegółowego 2: „Zawartość pliku wynikB.log z pola zaznaczonego na żółto powinna być mniejsza niż 2500".

Odwołujący Comarch w sprawie o sygn. akt KIO 498/21 zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp przez dokonanie oceny jego oferty w ramach kryterium „Test kompetencji technicznych", w zakresie Jednostki zadaniowej Tuxedo/Informix/HP-UX (JZ3), zadania „b)" dotyczącego konfigurowania/administrowania motorem Informix oraz operowania na strukturze bazodanowej, z uwzględnieniem wymagania nieprzewidzianego w treści zadania testowego oraz w sposób niezgodny z określonym w SIWZ opisem kryterium „Test kompetencji technicznych" i sposobem oceny ofert w ramach tego kryterium.

Odwołujący Comarch wniósł o nakazanie zamawiającemu:
1)unieważnienia czynności oceny ofert;
2)przeprowadzenia ponownej oceny ofert, w tym nakazanie oceny jego oferty w kryterium Test kompetencji technicznych w zakresie wykonanej Jednostki zadaniowej – Tuxedo/Informix/HP-UX (JZ3) – zadanie b) (konfigurowanie/administrowanie motorem Informix oraz operowanie na strukturze bazodanowej), wyłącznie przez pryzmat wymagań sformułowanych w treści zadania, z pominięciem dodatkowych wymogów nie wynikających z treści zadania;
3) skorygowania punktacji przyznanej mu poprzez przyznanie punktu za zadanie b) w ramach Jednostki zadaniowej – Tuxedo/Informix/HP-UX (JZ3);
4) dokonania ponownego wyboru swej oferty.

Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, w których wniósł o oddalenie obu odwołań. W posiedzenia trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 306/21 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Comarch Polska S.A. w Krakowie i Comarch S.A. w Krakowie. Wnieśli o oddalenie odwołania. W trakcie posiedzenia i rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 498/21 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Asseco Poland S.A. w Rzeszowie. Wniósł o odrzucenie, ewentualnie o oddalenie odwołania. W trakcie posiedzenia i rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Odwołujący Asseco w sprawie o sygn. akt KIO 306/21, w trakcie rozprawy w dniu 24 marca 2021 r., wycofał odwołanie w zakresie zarzutów nr 5 (za wyjątkiem ppkt v dot. JZ3C).

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę konsorcjum Comarch, ofertę wykonawcy Asseco, dokumentację z przebiegu testów, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, załączniki do pism procesowych stron, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestników postępowania, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp". Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.* Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przez zamawiającego przed dniem 1 stycznia 2021 r.

Do postępowań odwoławczych zastosowanie miały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej „ustawą NPzp". Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.* Postępowania odwoławcze zostały wszczęte wniesieniem odwołań po dniu 31 grudnia 2020 r.

KIO 306/21

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Npzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy NPzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 306/21 w zakresie zarzutównr 5 (za wyjątkiem ppkt v dot. JZ3C) odwołania.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy NPzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.* Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy NPzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.*

Odwołujący Asseco na rozprawie w dniu 24 mara 2021 r. oświadczył, że cofa odwołanie w tej części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy NPzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący Asseco oświadczył, że nie popiera już tych zarzutów, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego

skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy NPzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

W pozostałym zakresie odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 306/21 podlegało oddaleniu, jako przedwczesne.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1a ustawy NPzp, *odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.*

Jak wynikało z treści odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 306/21, odwołujący Asseco początku biegu terminu na wniesienie odwołania upatrywał w dacie przeprowadzenia przez zamawiającego testów kompetencji technicznych, które odbyły się w dniach 19, 20 i 22 stycznia 2021 r. i wręczenia, po zakończeniu tych testów, arkuszy odpowiedzi do jednostek zadaniowych.

Zdaniem Izby wręczenie przez zamawiającego wykonawcom arkuszy odpowiedzi po zakończeniu wykonywania jednostek zadaniowych nie wyznacza początkowego biegu terminu na wniesienia odwołania wobec oceny ofert w tym kryterium. Izba stwierdziła, że początek biegu terminu na wniesienie odwołania wobec oceny ofert w tym kryterium przypadał na 4 lutego 2021 r., kiedy zamawiający przesłał odwołującemu Asseco zawiadomienie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wraz z uzasadnieniem punktacji przyznanej wykonawcom m.in. w kryterium oceny ofert „test kompetencji technicznych". Tymczasem odwołanie wniesiono do Prezesa Izby w dacie 28 stycznia 2021 r., a zatem przedwcześnie.

Zgodzić należało się z odwołującym Asseco, że w pkt 7.3.3.16 SIWZ zamawiający przewidział, i*ż arkusze odpowiedzi do Jednostek Zadaniowych zostaną przekazane Wykonawcom niezwłocznie po zebraniu wyników realizacji Jednostek zadaniowych od wszystkich Wykonawców.* Jednakże nie można utrzymywać, że przekazanie tych arkuszy było równoznaczne z oceną zadań przez zamawiającego. Z przywołanego postanowienia pkt 7.3.3.16 SIWZ nie wynika żadną miarą, jakoby podstawą oceny kompetencji technicznych wykonawców miał być wyłącznie arkusz przekazywany im po zebraniu wyników. Dostrzeżenia wymagało, że w świetle postanowienia pkt 7.3.3.16 SIWZ, arkusze odpowiedzi miały być przekazywane przez zamawiającego automatycznie i niezwłocznie po zebraniu wyników. Przekazanie arkuszy odbywało się zatem zanim zamawiający miał jakąkolwiek możliwość zapoznania się z rozwiązaniem przez wykonawców zadań w ramach poszczególnych jednostek zadaniowych.

Na uwagę zasługiwał również fakt, że zgodnie z pkt 7.3.3. SIWZ kryterium oceny ofert miało przybrać postać *„testu kompetencji technicznych, w którym zamawiający zamierzał przeprowadzić weryfikację sposobu świadczenia usługi przez Wykonawcę na przykładzie klasy zadań, jakie mogą występować w ramach realizacji usług utrzymania systemów o skali porównywalnej z KSI ZUS*". W świetle przywołanego opisu kryterium i celu jego wprowadzenia trudno zatem utrzymywać, że w momencie przekazania tych arkuszy nastąpiła jakakolwiek ocena kompetencji technicznych wykonawców. Zdaniem Izby przekazanie przez zamawiającego arkuszy z wynikami testów, o których mowa w SIWZ, jest zabiegiem o charakterze technicznym. Ocena kompetencji technicznych wykonawcy jest pewnym procesem, wymagającym co najmniej zapoznania się z rozwiązaniem zadania przez wykonawcę i prześledzenia sposobu dojścia do uzyskanego wyniku. Zdaniem Izby arkusze odpowiedzi są jedynie modelowym wzorcem rozwiązania zadania dokonanego przez specjalistę po stronie ZUS. Arkusz nie precyzował jednak sposobu dojścia do wyniku, a w świetle celu kryterium istotne było osiągnięcie przez poszczególnych wykonawców efektu wskazanego w opisie danej jednostki zadaniowej.

O przedwczesności odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 306/21 najdobitniej świadczy fakt, że w dniu 4.02.2021 r., czyli w chwili wyboru oferty najkorzystniejszej okazało się, że zamawiający, wbrew przypuszczeniom odwołującego Asseco, przyznał mu punkty za wykonanie zadań JZ1a, JZ2b, JZ2c, JZ3a, JZ4a, JZ4b, JZ5b (por. szczegółowy formular: oceny oferty w zakresie kryterium „test kompetencji technicznych", w aktach sprawy).

Dostrzeżenia wymagało także, że zgodnie z art. 513 ustawy NPzp odwołanie może być składane przez wykonawcę jedynie wobec czynności lub zaniechania zamawiającego, a nie wobec przypuszczeń wykonawcy co do czynności zamawiającego w przyszłości. Wobec tego bieg terminu na wniesienie odwołania wobec wyników oceny ofert w kryterium „test kompetencji technicznych" rozpoczynał bieg dopiero w momencie otrzymania przez wykonawcę oceny ofert w tym kryterium wraz z uzasadnieniem, tj. w dniu 4 lutego 2021 r.

Przypomnienia wymaga również, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp *Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:*

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W świetle przywołanego przepisu istotnym elementem, jaki zamawiający ma sporządzić, jest uzasadnienie faktyczne i prawne punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert. Czynność uzasadnienia przyznanej punktacji ma doniosłe znaczenie dla wykonawców. Dopiero bowiem w oparciu o lekturę uzasadnienia wykonawcy mogą powziąć wiedzę o motywach i przyczynach oceny zamawiającego i nabrać przekonania co do ewentualnego naruszenia prawa przez niego. W celu potwierdzenia stanowiska Izby zasadnym jest przywołanie orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości, który zajął stanowisko, iż termin do wniesienia odwołania biegnie dopiero wtedy gdy wykonawca mógł zapoznać się nie tylko z rozstrzygnięciem postępowania ale i jego motywami (por. Wyrok Trybunału (trzecia izba) z dnia 28 stycznia 2010 r. wydany w sprawie Uniplex (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority, sygn. akt C 406/08).

W wyroku tym wyrażono pogląd, iż *fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone, nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatowi lub oferentowi wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania.*

Przytoczone orzeczenie TS UE dotyczyło wprawdzie czynności odrzucenia oferty i czynności wykluczenia wykonawcy, ale jego wskazówki znajdowały zastosowanie do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i przyznania punktacji w kryteriach oceny ofert. Jak bowiem wynika z art. 92 ust. 1 pkt 2 i art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, również w stosunku do tych czynności ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek ich uzasadnienia, analogicznie jak dla czynności przyznania punktacji w kryteriach oceny ofert.

Z ww. powodów bezzasadne było powoływanie się przez odwołującego Asseco na odpowiedź na pytanie nr 27 z dnia 20.05.2020 r. Owszem zamawiający, odpowiadając na pytanie jednego z wykonawców dotyczące zasad oceny jednostek zadaniowych, odwołał się do arkuszy odpowiedzi. Jednakże w świetle tej odpowiedzi nie można uznawać przekazanych arkuszy jako automatycznego wyniku oceny ofert. Takie uznanie pozostawałoby w sprzeczności i w oderwaniu od całokształtu omówionych wyżej postanowień SIWZ, charakteru czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, instytucji uzasadnienia tej czynności, co odwołujący Asseco stracił z pola widzenia.

Odwołujący Asseco pominął również fakt, że nawet w powoływanej przez niego odpowiedzi na pytanie nr 27 z dnia 20.05.2020 r. była mowa o „procesie" oceny wyników testów. Przez „proces" należy rozumieć pewien rozciągnięty w czasie zespół następujących po sobie zachowań, którego zwieńczeniem jest ocena oferty komunikowana w momencie wyboru oferty najkorzystniejszej i należycie uzasadniona. Z pewnością zaś za „proces" nie można uznać samego zabiegu automatycznego wręczenia wykonawcy arkusza odpowiedzi, bez zapoznania się w ogóle z treścią zadania wykonawcy. Przekazanie arkusza w świetle odpowiedzi można uznać co najwyżej, jako jeden z wielu elementów tego procesu. Przyjęcie rozumowania odwołującego Asseco oznaczałoby, że punktacja w kryterium oceny ofert „test kompetencji technicznych" musiałaby być niejako automatyczna, zero jedynkowa, nie uwzględniająca jakichkolwiek niuansów i różnych możliwych sposobów rozwiązania skomplikowanych zadań informatycznych. Oznaczałoby też, że czynność badania i oceny ofert byłaby dokonywana w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, a nie w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym. Przypomnieć należy, że celem postępowania odwoławczego jest zbadanie przez Izbę zgodności z prawem czynności i zaniechań zamawiającego, a nie dokonywanie przez Izbę czynności za zamawiającego.

Zdaniem Izby przedwczesne okazały się również żądania Asseco co do unieważnienia testów. Zgodnie z art. 513 ustawy NPzp *odwołanie przysługuje na:*

1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;
2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

W tym kontekście dostrzeżenia wymagało, że o zaniechaniu przez zamawiającego czynności unieważnienia testów odwołujący Asseco dowiedział się dopiero w dniu 4.02.2021 r., tj. w momencie wyboru oferty najkorzystniejszej, kiedy zamawiający przedstawił ocenę tych testów. Dopiero zatem z tym momentem odwołujący Asseco dowiedział się, że zamawiający, po przeanalizowaniu przebiegu testów, uwag i pytań zgłaszanych przez wykonawców w ich toku, uznał jednak przeprowadzone testy kompetencji technicznych za zgodne z SIWZ oraz prawem i nie zamierza ich powtarzać. Zdaniem Izby zamawiający po zebraniu prac, zgodnie z SIWZ miał prawo i obowiązek przeanalizować ich rozwiązania, porównać z arkuszami, prześledzić pytania zadawane przez wykonawców w toku testów, rozważyć ewentualne uwagi i protesty wykonawców przedstawiane w trakcie tych testów, przeanalizować zapisy wideo i audio, które zostały przewidziane zgodnie z pkt 13 regulaminu testów i dopiero na podstawie całokształtu powziętej wiedzy podjąć decyzję o powtórzeniu testów lub nie.

Według Izby powtórzenie testów z pewnością jest czynnością na tyle doniosłą, że musiałaby zostać podjęta przez zamawiającego po niebudzącym wątpliwości ustaleniu, że zostały one przeprowadzone niezgodnie z SIWZ lub prawem. Wobec powyższego nie można utrzymywać, że o zaniechaniu powtórzenia testów zamawiający postanowił już w momencie, gdy wykonawcy wręczyli mu wyniki przeprowadzonych testów, a zamawiający przekazał im arkusze odpowiedzi (to jest w dniach 19, 20 i 22 stycznia 2021 r.). Zdaniem Izby zamawiający zdecydował o zaniechaniu czynności powtórzenia testów i poinformował o tym wykonawców dopiero w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. 4 lutego 2021 r. Zatem dopiero z tym dniem rozpoczął bieg termin na wniesienia odwołania wobec zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na unieważnieniu testów. Tymczasem odwołanie wniesiono już w dacie 28 stycznia 2021 r.

Skutkiem stwierdzenia przedwczesności odwołania jest konieczność oddalenia odwołania, bez merytorycznego rozpoznania zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

KIO 498/21

<u>Odwołanie podlegało oddaleniu</u>.

Izba oddaliła wniosek przystępującego Asseco przedstawiony w zgłoszeniu przystąpienia o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy NPzp, jako spóźnionego.

Stosownie do art. 528 pkt 3 ustawy NPzp *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.* Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1a ustawy NPzp, *odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.*

Jak wynikało z treści odwołania zostało ono skierowane wobec czynności oceny oferty odwołującego Comarch w kryterium oceny ofert „test kompetencji technicznych". O ocenie oferty odwołującego Comarch w tym kryterium zamawiający poinformował wykonawcę wraz z uzasadnieniem w dniu 4 lutego 2021 r. Izba stwierdziła też, że odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 498/21 zostało wniesione przez odwołującego Comarch w dniu 15 lutego 2021 r. Powyższe, uwzględniając również dyspozycję art. 509 ust. 2 ustawy NPzp, oznaczało, że termin na wniesienie odwołania został zachowany. W tym zakresie aktualne pozostawały w pełni rozważania Izby przedstawione wyżej przy rozstrzygnięciu odwołania wniesionego w sprawie o sygn. akt KIO 306/21.

W związku z powyższym Izba oddaliła wniosek przystępującego Asseco nie podzielając jego stanowiska, jakoby odwołujący Comarch powinien wnieść odwołanie w 10 dniowym terminie liczonym od dnia 20 stycznia 2021 r., to jest od momentu otrzymania od zamawiającego arkusza odpowiedzi dotyczącego spornego zadania testowego.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, ze odwołujący Comarch nie wykazał przesłanek do wniesienia odwołania wynikających z art. 505 ust. 1 ustawy NPzp. Stosownie do art. 505 ust. 1 ustawy NPzp,*środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.*

Ustalono, że 4 lutego 2021 r. zamawiający zawiadomił odwołującego Comarch o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, zaś oferta przystępującego Asseco została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą odwołującego Comarch. W odwołaniu z dnia 15 lutego 2021 r. wniesionym w sprawie o sygn. akt KIO 498/21 odwołujący Comarch domagał się unieważnienia czynności wyboru swej oferty jako najkorzystniejszej, przeprowadzenia ponownej oceny ofert, skorygowania punktacji mu przyznanej przez dodanie punktu za jedno z zadań testowych i dokonania ponownego wyboru swej oferty jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając swoją legitymację do wniesienia odwołania odwołujący Comarch wskazał na str. 2-3 odwołania, że *uzyskana przez Odwołującego łączna punktacja w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert, co prawda pozwoliła Odwołującemu zająć pierwsze miejsce w rankingu ofert, lecz została niesłusznie zaniżona poprzez nieprzyznanie punktu za zadanie, objęte zarzutem odwołania. Z uwagi na fakt, iż termin na wniesienie odwołania od czynności oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego nie upłynął, ocena ta nie jest jeszcze ostateczna i może ulec zmianie. Pomimo, że Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą, może bowiem dojść do sytuacji, w której drugi z wykonawców biorących udział w postępowaniu – Asseco Poland S.A., którego ofertę sklasyfikowano na drugiej pozycji w rankingu ofert, wniesie odwołanie na wynik oceny ofert, w tym na wynik oceny oferty Odwołującego w kryterium „Test kompetencji technicznych", w efekcie czego może dojść do obniżenia oceny punktowej przyznanej pierwotnie w tym kryterium Odwołującemu i w konsekwencji wykonawca ten wyprzedzi Odwołującego w rankingu, a Odwołujący nie uzyska zamówienia. W tej sytuacji w interesie Odwołującego leży – pomimo tego, że aktualnie jest on Wykonawcom wybranym – uzyskanie wszystkich punktów w ww. kryterium, które zgodnie z SIWZ powinny być mu przyznane, a przyznane mu nie zostały – w celu do uzyskania jak największej liczby punktów w kryterium „Test kompetencji technicznych".*

Jak wskazał odwołujący Comarch, możliwości poniesienia szkody polegającej na utracie zamówienia publicznego upatrywał w ewentualnym wniesieniu i hipotetycznym uwzględnieniu odwołania na wybór jego własnej oferty jako najkorzystniejszej złożonego przez przystępującego Asseco. A więc to nie zarzucane zamawiającemu w odwołaniu naruszenia ustawy Pzp pozostawały w związku ze szkodą polegającą na utracie zamówienia publicznego grożącą odwołującemu Comarch, ale działania innego wykonawcy, sklasyfikowanego na drugim miejscu, który wniósłby ewentualne skuteczne odwołanie wobec czynności wyboru oferty odwołującego Comarch jako najkorzystniejszej.

Uszło uwadze odwołującego Comarch, że środkiem prawnym służącym wykonawcy do obrony przed odwołaniem innego wykonawcy jest zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, o którym mowa w art. 525 ustawy NPzp. Wykonawca może przystąpić do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania przez innego wykonawcę po stronie zamawiającego i w postępowaniu odwoławczym jako uczestnik postępowania bronić swej oferty z którego to prawa zresztą odwołujący Comarch skorzystał, przystępując do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 306/21 i KIO 500/21.

Wystąpienie szkody, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy NPzp, nie może być rozpatrywane hipotetycznie, w zależności od tego, czy inny wykonawca uczestniczący w postępowaniu złożył odwołanie, które może podważyć dotychczasowy wynik postępowania. Dopiero jeżeli w wyniku rozpatrzenia takiego odwołania wynik ten uległby zmianie na skutek nowej czynności zamawiającego, po stronie wykonawcy, którego wybór oferty został unieważniony, występuje realna szkoda. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej rodzi się dopiero w chwili, gdy wykonawca jest w pozycji zagrożonej, a nie zwycięskiej. W przypadku, gdy oferta wykonawcy została wybrana, nie jest on w stanie wykazać przesłanki poniesienia szkody. Jakakolwiek szkoda mogłaby powstać wyłącznie w przypadku przyszłych czynności zamawiającego, które mają charakter czysto hipotetyczny i o których nie było wiadomo, czy w ogóle nastąpią. Szkodę, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy NPzp, zarówno zaistniałą jak i potencjalną, należy odnosić do sytuacji w postępowaniu, jaka ma miejsce w dacie wnoszenia odwołania. Przez możliwość poniesienia szkody nie można natomiast rozumieć możliwości, która dopiero mogłaby powstać w hipotetycznym przypadku dokonania nowych czynności, czy to na mocy wyroku Izby, czy też z inicjatywy własnej zamawiającego. Przyjęcie stanowiska przeciwnego nie dałoby się pogodzić z racjonalnością i ekonomiką postępowania, prowadziłoby bowiem do przyznania legitymacji do wnoszenia odwołań każdemu wykonawcy w każdej sytuacji (zawsze wykonawca mógłby się bowiem powołać na choćby teoretyczną możliwość wystąpienia zdarzeń, które będą godzić w jego interesy), a wówczas przepis art. 505 ust. 1 ustawy NPzp nie znajdowałby w praktyce zastosowania. Dopuszczenie korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana i podnoszenia zarzutów przeciwko wykonawcom, których oferty zostały odrzucone lub są mniej korzystne, stałoby w sprzeczności z ratio legis przywołanego wyżej przepisu. Ponadto przyjęcie tego poglądu niejako zmuszałoby każdorazowego wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, do składania odwołań wobec oceny ofert sklasyfikowanych na miejscach dalszych niejako z ostrożności, pod rygorem uznania ewentualnego późniejszego odwołania, składanego wobec nowej czynności wyboru oferty innego wykonawcy, jako spóźnionego. Takiej praktyki nie da się pogodzić z zasadą ekonomiki postępowania odwoławczego, racjonalności systemu zamówień publicznych i systemu środków ochrony prawnej.

Zdaniem Izby, dopiero w sytuacji gdyby w wyniku ewentualnej, powtórnej czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej oferta odwołującego Comarch utraciła status najkorzystniejszej, odwołującemu Comarch przysługiwać będzie legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej, gdyż będzie mógł powoływać się na grożącą mu realnie szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Skutkiem stwierdzenia braku legitymacji odwołującego Comarch do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy NPzp, jest konieczność oddalenia odwołania, bez merytorycznego rozpoznania zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W tym zakresie podzielono stanowisko wyrażane już wcześniej w orzecznictwie Izby (por. przykładowo wyrok KIO sygn. akt 1374/19, wyrok KIO sygn. akt KIO 737/16, KIO 739/16, wyrok KIO 183/16, wyrok KIO sygn. akt: KIO 245/1 wyrok KIO sygn. akt KIO 305/15, wyrok KIO sygn. akt KIO 2777/13, wyrok KIO sygn. akt KIO 2295/12, KIO 2297/12, K 2301/12, KIO 2303/12, KIO 2305/12, KIO 2307/12, KIO 2310/12, wyrok KIO sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/12, wyr KIO sygn. akt KIO 1256/20 i KIO 1260/20).

Stanowisko to jest prezentowane także w orzecznictwie sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny nad orzecznictwem Izby. Jak wskazał Sad Okręgowy w Gliwicach w uzasadnieniu wyroku z 9 stycznia 2015 r. (sygn. akt X Ga 343/14; niepubl.) *dopóki w ramach dokonanej oceny ofert oferta wykonawcy jest uznana za najkorzystniejsza, dopóty żadna z niżej sklasyfikowanych ofert nie może wyrządzić szkody. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, uzupełniająco wskazać należy, że w razie niekorzystnego dla niego wyniku powtórnej oceny ofert, nie ma podstaw, aby jego odwołanie zostało odrzucone na podstawie art. 189 ust 2 pkt 3 pzp jako wniesione po upływie terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp, gdyż o zaniechaniu odrzucenia oferty C. wiedział już uprzednio. Przesłanki odrzucenia odwołania nie mogą być rozpatrywane w oderwaniu od tego czy wykonawca, który nawet powziął informację o okolicznościach mogących stanowić o odstawę wniesienia odwołania, mógł skutecznie wnieść takie odwołanie z uwagi na art. 179 ust. 1 pzp. Odwołanie nie może zostać uznane za spóźnione, jeżeli uprzednio wykonawca nie był legitymowany do jego wniesienia, choćby z uwagi na brak po jego stronie szkody, gdyż jego oferta była wtedy uznana za najkorzystniejszą. W przypadku A., którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, szkoda ta realnie wystąpi dopiero jeżeli w wyniku powtórzonych czynności wybrana zostanie oferta C*".

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2, 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia (odpowiednio częściowego oddalenia) odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 4, 5 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy NPzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2, 3 sentencji) i formalnym (pkt 1, 4, 5 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanych sprawach nie stwierdzono żadnych naruszeń przepisów ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołań.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 2 i 3 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy NPzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W sprawie o sygn. akt KIO 306/21 Izba, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości odwołujący Asseco. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego Asseco w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

W sprawie o sygn. akt KIO 498/21 Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości odwołujący Comarch. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego Comarch w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowań odwoławczych orzeczono stosownie do wyniku postępowań - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy NPzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego, o kosztach postępowań odwoławczych orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……..

Członkowie: ……..

……..