Sygn. akt: KIO 961/17

POSTANOWIENIE
z dnia 29 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 29 maja 2017 r. w Warszawie odwołania z dnia 12 maja 2017 r. wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2. Wolters Kluwer Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Gminę Miejską Mielec z siedzibą w Mielcu**

orzeka:

1. **odrzuca odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2. Wolters Kluwer polska S.A. z siedzibą w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2. Wolters Kluwer polska S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2. Wolters Kluwer Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego - **Gminy Miejską Mielec z siedzibą w Mielcu** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu.

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 961/17

Uzasadnienie

Gmina Miejska Mielec z siedzibą w Mielcu (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) – zwanej dalej "ustawą” lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wykonanie, dostawę, instalację i uruchomienie zintegrowanego systemu teleinformatycznego w ramach projektu pn. Inteligentny Mielec - eMiasto Przyszłości”.

Wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 22 lutego 2017 r. w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 037-067672.

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2. Wolters Kluwer Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, które wpłynęło do Izby w dniu 12 maja 2017 r.

W treści odwołania Odwołujący wskazał, że wnosi odwołanie od czynności Zamawiającego dokonanej w dniu 2 maja 2017 r., polegającej na wprowadzeniu do § 14 Tomu I SIWZ (dalej: „specyfikacja" lub „SIWZ") „Próbki", jako dodatkowego, względem ceny i terminu realizacji, kryterium oceny ofert oraz ukształtowaniu tego kryterium i opisania sposobu jego oceny, w sposób powodujący pozorność tego kryterium, sprzeczny z ustawą lub mający na celu obejście przepisów ustawy, utrudniający uczciwą konkurencję oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, a przez to sprzeczny z przepisami Pzp i przepisami ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 459) - zwanej dalej „K.c.".

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 Pzp, przez zawarcie w opisie sposobu oceny ofert w ramach dodatkowego nowego kryterium oceny ofert „Próbka" wymagania zrealizowania w

całości co najmniej 29 z 31 scenariuszy wymaganych w próbce, co nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a skutkuje nieuzasadnionym ograniczeniem kręgu potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o uzyskanie zamówienia, i stanowi tym samym naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji;

2. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 § 1 K.c. w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp, przez opisanie sposobu oceny ofert w ramach dodatkowego nowego kryterium oceny ofert „Próbka" w sposób sprzeczny z ustawą lub mający na celu obejście przepisów ustawy, co skutkuje nieważnością dokonanej czynności, z uwagi na fakt iż ustalenie minimalnego progu punktowego na poziomie 30 scenariuszy w praktyce wyłącza konkurencję pomiędzy wykonawcami w ramach tego kryterium.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie niniejszego odwołania w całości;
- nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ, w sposób dostosowujący ją do zgodności z przepisami Pzp, opisany szczegółowo w uzasadnieniu do odwołania.

W uzasadnieniu Odwołujący wyjaśniał, że w wyniku modyfikacji specyfikacji, dokonanej w dniu 2 maja 2017 r. Zamawiający zmienił kryteria oceny ofert i dodał do katalogu kryteriów, poza ceną (40 pkt) oraz terminem realizacji (10 pkt) kryterium w postaci „Próbki", przyznając mu aż 50 pkt. Zgodnie z aktualnym brzmieniem pkt 3. § 14 Tomu I SIWZ, zmiany dokonane przez Zamawiającego w ramach dodanego kryterium oceny ofert „Próbka" przedstawiają się następująco (cyt.):

„3. W kryterium „Próbka" najwyższa liczba punktów, jakie można uzyskać to 50 punktów"

- „Zamawiający wymaga, aby dostarczona próbka realizowała co najmniej 29 scenariuszy określonych w załączniku: Tom II - Opis przedmiotu zamówienia- Załącznik nr 2 - Próbka Scenariusz"
- „W przypadku stwierdzenia, że próbka nie potwierdza spełnienia ww. liczby scenariuszy oferta podlega odrzuceniu"
- „Za zrealizowany scenariusz uważa się scenariusz, w którym Wykonawca wykaże, na bazie dostarczonej próbki, że jest w stanie zrealizować go w całości, zgodnie z opisem. Oznacza to, iż niemożność realizacji jakiegokolwiek zapisu scenariusza w trakcie badania próbki będzie oznaczać 4

niezrealizowanie scenariusza a w konsekwencji zostanie uznana za niespełnienie wymogów SIWZ w tym zakresie”

- „Za każdy scenariusz zrealizowany w całości Zamawiający przyzna Wykonawcy jeden punkt”

- „Za każdy scenariusz zrealizowany w całości ponad liczbę określoną w pkt. 1 Zamawiający przyzna punkty zgodnie z poniższą tabelą:

Liczba zrealizowanych scenariuszy Liczba punktów

0-28 włącznie Oferta podlega odrzuceniu

29 0 punktów

30 30 punktów

31 50 punktów

Odwołujący podnosił, że Zamawiający w ramach kryterium „Próbka” wymaga spełnienia minimum 29 z 31 scenariuszy określonych w załączniku: Tom II Opis przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 2 - Próbka Scenariusz („Scenariusz Próbki”). Zrealizowanie mniej niż 29 scenariuszy powoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z wymaganiami SIWZ.

Ponadto, Zamawiający stworzył kryterium, w ramach którego punkt otrzymuje się wyłącznie za scenariusz zrealizowany w całości, a ten (w zależności od scenariusza) liczy od 3 do nawet 27 zadań, które składają się łącznie na 260 zadań. Tym samym, aby spełnić (zrealizować) scenariusz i otrzymać za niego punkt, należy pozytywnie zrealizować wszystkie zadania w ramach scenariusza. Brak pojedynczej funkcjonalności powoduje niespełnienie scenariusza.

W odpowiedzi na poprzednio wniesione przez Odwołującego odwołanie, z dn. 4 maja br., Zamawiający wskazuje, że celem złożenia próbki jest potwierdzenie czy oferowane przez Wykonawcę dostawy i usługi odpowiadają kluczowym wymaganiom określonym przez Zamawiającego w OPZ. Jak, wskazano wyżej, mimo to jednak, wbrew tej deklaracji Zamawiający modyfikując treść SIWZ poprzez wprowadzenie nowego kryterium oceny ofert nie wskazał ww. kluczowych wymagań.

Przeciwnie, w świetle aktualnego brzmienia SIWZ, tj. Scenariusza próbki i opisu „Próbki” jako kryterium oceny ofert, nie ma żadnego znaczenia, jaki charakter, jaką wagę

mają określone zadania wymagane w ramach każdego scenariusza. Zamawiający nie dostosował bowiem Scenariusza Próbki do ustalonego nowego kryterium oceny ofert. W efekcie tego zaniechana, w ramach poszczególnych scenariuszy Zamawiający nie różnicuje wagi czy też znaczenia elementów (zadań), których wymaga. Zamawiający nie określa tego, co uważa za elementy ważniejsze (obligatoryjne, kluczowe), a którym przyznaje charakter dodatkowy (fakultatywny, o mniejszym znaczeniu). Niezależnie zatem od tego, czy dany scenariusz obejmuje kilkanaście lub kilkadziesiąt zadań czy mowa jest jedynie o trzech zadaniach, jak również niezależnie od tego, jaki charakter ma zadanie (element) opisany przez Zamawiającego w ramach scenariusza - Zamawiający bezwzględnie wymaga dostarczenia wszystkich zadań, a w przypadku braku któregokolwiek z zadań (elementów) scenariusza, nie zalicza całego scenariusza i przyznaje mu 0 punktów.

Odwołujący twierdził, że rozumie, iż przy tak złożonym i wielowątkowym zamówieniu pojawia się problem ze zdefiniowaniem kluczowych aspektów systemu dziedzinowego. Odwołujący nie podważa również prawa Zamawiającego do żądania próbki, o którym to prawie Zamawiający pisze szeroko w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 maja br. Z ostrożności Odwołujący wskazuje, iż nigdy nie negował powyższego prawa, a jedynie wnosił o takie jego zastosowanie, aby nie godziło w art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29. ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący uważał jednak, że nie ma uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego ani w charakterze Próbki jako kryterium oceny ofert wymaganie spełnienia wszystkich zadań w ramach danego scenariusza, bez zróżnicowania ich wagi i znaczenia i trudno poszukiwać takiego uzasadnienia w konieczności weryfikacji zdolności wykonawców do realizacji

zamówienia. Odwołujący wskazywał bowiem, że brak pojedynczej funkcjonalności w ramach danego modułu, np. jednego raportu czy jednego pola w systemie, nie oznacza wcale, że dany wykonawca w ramach oferowanego systemu nie posiada takiego modułu; nadto, nie wymaga to napisania całego systemu od początku, a jedynie niewielkich prac developerskich i rozwojowych. W związku z tym odrzucanie scenariusza spełnionego przez Wykonawcę np. w 90% jest bezpodstawne i nieuzasadnione ani opisem przedmiotu zamówienia, ani potrzebami Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, wobec tego, że zgodnie z ww. modyfikacją SIWZ Zamawiający wymaga, aby dostarczona próbka realizowała co najmniej 29 scenariuszy określonych w Scenariuszu Próbki, Odwołujący uważał, że takie ukształtowanie „Próbki" jako kryterium oceny ofert, w tym w szczególności:

- wymaganie spełnienia wszystkich zadań w ramach danego scenariusza, bez ich dywersyfikacji,

- ustalenie minimalnego progu punktowego na poziomie 30 scenariuszy (bowiem dopiero dostarczenie trzydziestu pełnych scenariuszy skutkuje uzyskaniem jakichkolwiek punktów),

nie znajduje uzasadnienia w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego i ogranicza konkurencyjność w postępowaniu. Tak ukształtowane kryterium oceny ofert ma charakter pozorny, gdyż w praktyce Zamawiający zamierza ocenić w ramach tego kryterium 2 z 31 scenariuszy objętych próbką. De facto Zamawiający wymaga bowiem dostarczenia w ramach Próbki niemal kompletnego systemu dziedzinowego. Otrzymanie 50 punktów nadal wymaga zatem spełnienia aż 99% funkcjonalności oprogramowania dziedzinowego w dniu złożenia oferty, pomimo iż Zamawiający oczekuje dostarczenia całego przedmiotu zamówienia dopiero w lutym 2018 roku.

Dodatkowo zasadne jest twierdzenie, iż w okolicznościach sprawy czynność modyfikacji treści SIWZ poprzez wprowadzenie nowego kryterium oceny ofert nosi znamiona czynności nieważnej w rozumieniu art. 58 § 1 K.c. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. Sprzeczność czynności z ustawą polega (w szerokim ujęciu) na tym, że indywidualna i konkretna norma postępowania wynikająca z czynności prawnej koliduje z normą generalną i abstrakcyjną wynikającą z ustawy. Sprzeczność taka występuje przede wszystkim wtedy, gdy czynność nie respektuje nakazu lub zakazu ustawowego - tu: nakazu przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Co istotne, sprzeczność z ustawą zachodzi nie tylko wtedy, gdy treść tej czynności sprzeciwia się ustawie, ale również wtedy, gdy jej cel jest z nią sprzeczny. Dalej, czynności mające na celu obejście ustawy zawierają jedynie pozór zgodności z ustawą. Czynność prawna mająca na celu obejście ustawy zawiera treść, która z punktu widzenia formalnego (pozornie) nie sprzeciwia się ustawie, ale w rzeczywistości zmierza do zrealizowania celu, którego osiągnięcie jest przez nią zakazane. Chodzi tu zatem o wywołanie skutku sprzecznego z prawem.

Odwołujący podnosił, że właściwy wybór kryteriów oceny ofert i sposobu oceny ofert w ramach ustalonych kryteriów jest kluczowy dla realizacji podstawowych celów systemu zamówień publicznych, a więc zapewnieniu wykonawcom niedyskryminującego dostępu do zamówień publicznych i osiągnięciu wynikającego z rywalizacji wykonawców efektu w postaci uzyskania najkorzystniejszej oferty. Kryteria oceny ofert winny zapewniać zróżnicowanie oceny ofert oraz realizację umowy w sprawie zamówienia publicznego z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z dokonywanych nakładów (art. 44 ust. 3 pkt 1 lit. a ustawy ż dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych). Zamówienia

powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów, zapewniających zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. Zdaniem Odwołującego przyjęty

przez Zamawiającego sposób oceny ofert w ramach nowego kryterium „Próbka” sprzeciwia się powyższym zasadom wynikającym z ustawy.

II. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że w ramach Postępowania wielokrotnie wnosił o zmianę sposobu oceniania próbki. Wskazują na to:

1. Pytanie nr 2 w ramach cz. I pytań zadane dnia 14 marca 2017r. o treści następującej:

   „W załączniku nr 2 do SIWZ - Próbka - scenariusz w pkt 2 - Opis procedury badania, Zamawiający określił, iż „w przypadku stwierdzenia w trakcie badania próbki, że wymagania określone przez Zamawiającego nie są spełnione, następuje odrzucenie oferty”. Jednocześnie Zamawiający w pkt. 3 określa Szczegółowy scenariusz badania próbki, w którym specyfikuje szczegółowo kilkadziesiąt wymagań funkcjonalnych systemu dziedzinowego. Wykonawca pragnie wskazać, iż części funkcjonalności wskazanych w scenariuszu nie odnajduje w OPZ, co wykaże poprzez dodatkowe pytania poniżej.

   Ponadto, Wykonawca odnajduje w SIWZ oraz OPZ wiele sformułowań, w których Zamawiający definiuje przedmiot zamówienia jako budowę zintegrowanego systemu informatycznego. Powyższe oraz termin realizacji zamówienia określony na luty 2018 roku wskazują, iż system nie musi być narzędziem skończonym i gotowym na dzień składania ofert.

   Jednocześnie w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający traktuje próbkę jako część oferty. Oznacza to, iż na podstawie próbki można dokonać badania i oceny złożonej oferty. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 16 października 2014 r. (KIO 2034/14) „próbka może służyć również ocenie jakości określonych właściwości, stanowiąc kryterium oceny ofert". Definiując kryteria oceny ofert Zamawiający nie uwzględnił jednak kryterium, które odnosi się do wymagań funkcjonalnych, za spełnienie których zostaną przyznane punkty w ramach kryterium oceny ofert. Niespójność próbki z wymaganiami SIWZ oraz brak kryterium oceny ofert odnoszącego się do funkcjonalności badanych w próbce, w opinii Wykonawcy, wskazują na jej niewłaściwy charakter w całym postępowaniu. Standardowym zadaniem próbki jest wykazanie, że Wykonawca będący producentem danego systemu, dysponuje odpowiednią wiedzą, doświadczeniem, produktem oraz

   potencjałem do realizacji przedmiotu zamówienia i nie będzie zdobywał know-how oraz budował systemu od początku na potrzeby danego zamówienia.

   Zamawiający poprzez warunki udziału w postępowaniu (w tym referencje) ogranicza krąg wykonawców danego zamówienia, do grona profesjonalistów posiadających doświadczenie wdanej dziedzinie. Nie ma zatem potrzeby dodatkowego ograniczania konkurencji poprzez zastosowanie próbki w powyżej określonym zakresie.

   Tak drobiazgowy sposób wyspecyfikowania próbki systemu dziedzinowego oraz konserwatywne podejście w stosunku oceny na zasadzie spełnia / nie spełnia, powoduję, iż brak jednej funkcjonalności powoduje odrzucenie oferty Wykonawcy. Reasumując, Wykonawca wnosi o zmianę sposobu oceniania próbki na bardziej otwarty, który nie będzie skutkował odrzuceniem oferty w przypadku braku pojedynczej funkcjonalności oraz o umieszczenie w ramach kryteriów oceny ofert dodatkowego kryterium, uwzględniającego funkcjonalność badanej próbki.

2. Żądanie nr 2 wniesione w treści odwołania z dnia 10 kwietnia 2017 r.

   „dokonanie zmiany SIWZ - w tym w zakresie Załącznika nr 2 do OPZ (Próbka-Scenariusz) i §14 SIWZ - poprzez zmianę sposobu oceniania próbki na bardziej otwarty, który nie będzie skutkował odrzuceniem oferty w przypadku braku pojedynczej funkcjonalności ZSI oraz o umieszczenie w ramach kryteriów oceny ofert dodatkowego kryterium, uwzględniającego funkcjonalność badanej próbki".

3. Żądanie nr 2 i 3 wniesione w treści odwołania z dnia 24 kwietnia 2017 r.

„2) przyjęcie w ramach Scenariusza Próbki (Załącznik nr 2 do OPZ) takiego rozwiązania, w ramach którego Zamawiający wprowadziłby mierzalne, jasne, obiektywne i konkurencyjne kryteria ustalania, czy Próbka jest miarodajna, w tym:

a)

określiłby pewne funkcjonalności oprogramowania dostarczonego w ramach próbki jako obligatoryjne (minimalne wymogi próbki), a pozostałe jako dodatkowe (fakultatywne), to znaczy takie, których niespełnienie nie powoduje odrzucenia oferty; albo alternatywnie

b)

- nadałby wartość punktową każdej z funkcjonalności (każdemu z elementów) wymaganych w pkt.3. Scenariusza Próbki;
- określiłby minimalny pułap punktów, który jest wymagany dla uznania, że próbka jest miarodajna (tj. pozwala określić że wykonawca jest w stanie dostarczyć ZSI zgodnie z przedmiotem zamówienia i umową) i oferta Wykonawcy nie podlega odrzuceniu;
- podczas prezentacji próbki w protokole zaznaczałby, które funkcjonalności są zawarte w prezentowanej próbce, a których jeszcze brakuje, jak również wskaże wynik końcowy.

(W ramach ww. propozycji opisanej w pkt b) można wyobrazić sobie rozwiązanie, zgodnie z którym każdej z 255 funkcjonalności przewidzianych w pkt.3. Scenariusza Próbki przypisany byłby 1 punkt, a dolny pułap punktów wymagany dla uznania, że Próbka jest miarodajna i oferta nie podlega odrzuceniu, wynosiłby 60% (w tym przypadku więcej niż 153 punkty));

3) zastąpienie postanowień Scenariusza Próbki wskazujących na to, że brak już jednej funkcjonalności powoduje odrzucenie oferty, postanowieniami dostosowującymi Scenariusz Próbki do faktu, iż ZSI nie jest i nie musi być programem kompletnym i gotowym na dzień składania ofert lub dzień dostarczenia Próbki; w tym w szczególności chodzi ó usunięcie lub odpowiednią modyfikację poniższego postanowienia:

„W przypadku stwierdzenia w trakcie badania próbki, że wymagania określone przez Zamawiającego nie są spełnione, następuje odrzucenie oferty" i zastąpienia go zdaniem następującym:

„W przypadku stwierdzenia w trakcie badania próbki, że wymagania określone przez Zamawiającego jako minimalne wymogi próbki nie są spełnione, następuje odrzucenie oferty”.

Odwołujący wskazywał, że zauważa, iż modyfikacja SIWZ polegająca na uwzględnieniu próbki jako kryterium oceny ofert stanowi uwzględnienie jednego z postulatów, których Odwołujący domagał się od początku w ramach procedury odwoławczej. Niestety, mimo iż Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ i wprowadził Próbkę jako kryterium oceny ofert, to po szczegółowej analizie ww. zmiany z dn. 2 maja 2017 r. Odwołujący jest zmuszony wskazać, że z uwagi na powyżej opisane nieprawidłowości przy ukształtowaniu

Próbki jako kryterium oceny ofert i jej ww. mankamenty, jest to zmiana niepełna i nieusuwająca niezgodności SIWZ względem przepisów Pzp, a wręcz petryfikująca te niezgodności i nieprawidłowości. W opinii Odwołującego bowiem, z uwagi na argumentację zawartą w treści niniejszego odwołania, kryterium oceny ofert „Próbka” o wartości aż 50 punktów (w stosunku do pozostałych kryteriów: cena - 40 punktów oraz termin wykonania – 10 punktów) pozostaje kryterium pozornym oraz wysoce niekonkurencyjnym.

W tym miejscu Odwołujący, po raz kolejny zwracał uwagę na fakt, iż oczekiwanie dostarczenia niemal kompletnego systemu dziedzinowego w ramach Próbki pozostaje w sprzeczności względem terminu dostarczenia przedmiotu zamówienia określonym przez Zamawiającego i ukształtowaniu przez niego pozostałych postanowień SIWZ, wskazujących na pewną kolejność działań w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia. Nawet w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 4 maja br. Zamawiający dopuszcza i oczekuje zbudowanie Oprogramowania dziedzinowego z istniejących różnych elementów (różnych producentów), dlatego „w OPZ zawarł takie moduły jak szyna danych czy broker". W tym samym akapicie znajduje się teza Zamawiającego, iż: „czas realizacji projektu powinien zostać wykorzystany na integrację istniejących elementów sprzętowo programowych a nie ich tworzenie - pisanie nowego, kompletnego oprogramowania". Również w wyjaśnieniach w treści pisma z dnia 14 kwietnia 2017 r. o nazwie „Wyjaśnienia i zmiana treści SIWZ" Zamawiający wskazał, że:

- „działając na podstawie art. 38 ust 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych dokonuje zmiany treści SIWZ w następujący sposób:

1) w Tomie II SIWZ Zamawiający wykreśla z treści Załącznika nr 2 (Próbka-Scenariusz) wymaganie, aby ZSI był gotowy na dzień składania ofert. Zamawiający wyjaśnia, iż termin określony w § 4 ust. 1 Tomu III SIWZ „Wzór umowy" odnosi się do wszystkich zadań wyszczególnionych w projekcie (zadania 1-5), tj. obejmuje dostawę kompletnego, działającego ZSI.

Wykonawca zwracał uwagę na wewnętrzną sprzeczność powyższych informacji, ale jednocześnie płynący z nich komunikat, iż Zamawiający jest świadom konieczności prac rozwojowych w obrębie samego systemu dziedzinowego.

III. Mając na uwadze powyższa argumentację, a także wszystkie dotychczasowe działania podjęte przez Odwołującego w Postępowaniu, Odwołujący wnosił o zmianę sposobu oceniania Próbki jako kryterium oceny ofert oraz dokonanie zmiany postanowień SIWZ:

poprzez zmodyfikowanie brzmienia Tomu ii SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 2 - Próbka Scenariusz (Scenariusza Próbki) w taki sposób, by:

a) każdemu z 260 zadań wymaganych przez Zamawiającego w ramach wszystkich 31 scenariuszy opisanych w pkt 3 Scenariusza Próbki („Szczegółowy scenariusz badania próbki") Zamawiający przyznał wartość równą 1 punktowi;

b) Zamawiający wskazał w ramach pkt 2 Scenariusza Próbki („Opis procedury badania"), że:

„Każdemu zadaniu wskazanemu w niniejszym załączniku przyznana zostaje wartość równa 1 punktowi. W sytuacji, gdy Wykonawcą spełni zadanie w ramach prezentacji Próbki, zadaniu temu zostanie przyznany 1 punkt. W sytuacji, gdy Wykonawca tego zadania nie spełni, zadaniu temu przyznanych zostanie 0 punktów";

c) wszystkie zadania we wszystkich 31 scenariuszach zawartych w Scenariuszu Próbki Zamawiający przedstawił w ramach pkt. 3 Scenariusza Próbki („Szczegółowy scenariusz próbki") graficznie w formie poniższej, przykładowej tabeli, odzwierciedlającej przyznanie im wartości punktowych, o których mowa wyżej:

Przykład:

Scenariusz nr 16. Proces drukowania świadectw, legitymacji, arkuszy ocen oraz kreowanie a następnie generowanie szablonów na potrzeby placówek

LP. Opis czynności (zadanie) Spełnia - 1 Nie spełnia - 0

punkt punktów 1.

Zalogować użytkownika o pełnych uprawnieniach do modułu System Zarządzania Uczniem

2. Generowanie i drukowanie świadectw zgodnych z aktualnym Rozporządzeniem MENiS. Użytkownik musi wygenerować i wydrukować następujące świadectwa:
   a. Świadectwo szkolne promocyjne: MEN-I/1/2, MEN-I/3a/2, MEN-I/3a-w/2
   b. Świadectwo szkolne ukończenia: MEN-I/6a/2, MEN-I/6a- w/2
   c. Świadectwo promocyjne gimnazjum: MEN-I/9/2, MEN-I/9-w/2
   d. Świadectwo ukończenia gimnazjum: MEN-I/13a/2, MEN-1/13a-w/2
   e. Świadectwo promocyjne szkół ponadgimnazjalnych: MEN-1/17a/2, MEN-I/21a/2, MEN-I/27a/2, MEN-i/17a-w/2, MEN- 1/21 a-w/2, MEN-I/27a-w/2
   f. Świadectwo ukończenia szkół ponadgimnazjalnych: MEN-1/18a/2, MEN-I/23a/2, MEN-I/28a/2, MEN-I/18a-w/2, MEN-I/23a-w/2, MEN-I/28a-w/2

3. Generowanie i drukowanie arkuszy ocen zgodnych z aktualnym Rozporządzeniem MENiS. Użytkownik musi wygenerować i wydrukować następujące arkusze ocen:
   a. MEN-I/37b/2 dla uczniów szkoły podstawowej dla dzieci i młodzieży
   b. MEN-I/39b/2 dla uczniów gimnazjum dla dzieci i młodzieży
   c. MEN-I/42b/2 dla uczniów liceum ogólnokształcącego dla młodzieży
   d. MEN-I/44b/2 dla uczniów technikum dla młodzieży
   e. MEN-I/45b/2 dla uczniów zasadniczej szkoły zawodowej dla młodzieży 4.
   Generowanie i drukowanie legitymacji szkolnych zgodnych z aktualnym Rozporządzeniem MENiS. Użytkownik musi wygenerować i wydrukować następujące legitymacje: a. Legitymacja szkolna MEN-I/50a/2, MAN-I/50a-N/2 5. Tworzenie oraz drukowanie szablonów m.in. Umowy, Zaświadczenia, Protokoły

2) poprzez zmodyfikowanie sposobu badania i oceny Próbki z takiego, który zakłada sumowanie punktów za spełnione scenariusze na taki, który zakłada sumowanie punktów za spełnione zadania, to znaczy poprzez zmodyfikowanie brzmienia pkt. 3 § 14 Tomu i SIWZ oraz pkt. 3 Tomu II SIWZ - Opisu przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 2 - Próba Scenariusz (Scenariusz Próbki) w następujący sposób: 13

a) poprzez wykreślenie z pkt.3. Scenariusza Próbki zdania poniższego:

„Zamawiający wymaga, aby dostarczona próbka realizowała co najmniej 29 scenariuszy określonych w pkt 3."

i zastąpienia go zdaniem następującym:

„Zamawiający wymaga, aby dostarczona próbka realizowała co najmniej 131 zadań opisanych w pkt. 3. niniejszego załącznika";

b) poprzez wykreślenie z pkt.3 § 14 Tomu I SIWZ zdania poniższego:

„Zamawiający wymaga, aby dostarczona próbka realizowała co najmniej 29 scenariuszy określonych w załączniku: TOM 11 - Opis przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 2- Próba Scenariusz"

i zastąpienia go zdaniem następującym:

„Zamawiający wymaga, aby dostarczona próbka realizowała co najmniej 131 zadań

opisanych w pkt 3. załącznika: TOM 11 - Opis przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 2 - Próba Scenariusz";

c) poprzez wykreślenie zarówno z pkt. 3. Scenariusza Próbki, jak i z pkt. 3. § 14 Tomu SIWZ zawartego tam zdania poniższego:

„W przypadku stwierdzenia, że próbka nie potwierdza spełnienia ww. liczby scenariuszy oferta podlega odrzuceniu"

„W przypadku stwierdzenia, te próbka nie potwierdza spełnienia ww. liczby zadań oferta podlega odrzuceniu";

d) poprzez wykreślenie z zarówno z pkt.3 § 14 Tomu I SIWZ, jak i z pkt 3. Scenariusza Próbki poniższego fragmentu:

- „Za zrealizowany scenariusz uważa się scenariusz, w którym Wykonawca wykaże, na bazie dostarczonej próbki, że jest w stanie zrealizować go w całości, zgodnie z opisem. Oznacza to, iż niemożność realizacji jakiegokolwiek zapisu scenariusza w trakcie badania próbki będzie oznaczać niezrealizowanie scenariusza a w konsekwencji zostanie uznana za niespełnienie wymogów SIWZ w tym zakresie"

i zastąpienie go fragmentem następującym:

„Za zrealizowaną ww. liczbę zadań uważa się sytuację, w której Wykonawca zrealizował co najmniej 131 ze wszystkich 260 zadań opisanych w jego treści, stosownie do Załącznika nr 2 - Próbka Scenariusz w Tomie II SIWZ. Oznacza to, iż niemożność realizacji w trakcie badania próbki co najmniej na ww. poziomie 131 zadań zostanie uznana za niespełnienie wymogów SIWZ w tym zakresie i będzie skutkowała odrzuceniem oferty Wykonawcy";

e)poprzez wykreślenie z pkt.3 § 14 Tomu I SIWZ i z pkt.3. Scenariusza Próbki zdania poniższego:

„Za każdy scenariusz zrealizowany w całości Zamawiający przyzna Wykonawca jeden punkt"

i zastąpienie go zdaniem następującym:

„Za każde zadanie zrealizowane przez Wykonawcę w ramach próbki Zamawiający przyzna Wykonawcy jeden punkt";

f) poprzez wykreślenie z pkt.3 § 14 Tomu I SIWZ i z pkt.3. Scenariusza Próbki fragmentu poniższego:

„Za każdy scenariusz zrealizowany w całości ponad liczbę określoną w pkt.1. Zamawiający przyzna punkty do kryterium oceny zgodnie z poniższą tabelą:

Liczba zrealizowanych scenariuszy Liczba punktów
0-28 włącznie Oferta podlega odrzuceniu
29 0 punktów
30 30 punktów
31 50 punktów

I zastąpienie go fragmentem w brzmieniu następującym:

„Za zrealizowane w ramach próbki zadania Zamawiający przyzna punkty do kryterium oceny zgodnie z poniższą tabelą:

Liczba zrealizowanych zadań Liczba punktów
0-130 włącznie Oferta podlega odrzuceniu
131-150 0 punktów
151-173 10 punktów
174-196 20 punktów
197-219 30 punktów
220-242 40 punktów
243-260 50 punktów

W ramach podsumowania powyższych wniosków, Odwołujący jeszcze raz podkreślał, że dostarczenie w ramach próbki 131 zadań (a więc ponad połowę) wydaje się wystarczającym dowodem na posiadanie przez wykonawcę składającego ofertę takiego systemu dziedzinowego, który odpowiada potrzebom Zamawiającego, a wymaga jedynie jego dostosowania do potrzeb Zamawiającego na etapie realizacji zamówienia tak, aby w terminie odbiorów końcowych spełniał wymagania przedstawione w opisie przedmiotu zamówienia. W opinii Odwołującego pozwoli to Zamawiającemu na wybór wykonawcy, który da gwarancję terminowej realizacji zamówienia, a jednocześnie pozwoli wykonawcy na wykonanie prac rozwojowych oprogramowania, w terminie wskazanym w formularzu oferty.

W dniu 25 maja 2017 r. do Izby wpłynęło pismo Zamawiającego, stanowiące odpowiedź na odwołanie w którym Zamawiający wnosił m. in. o:

1. odrzucenie odwołania w całości w odniesieniu do zarzutów 1) i 2) na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, ponieważ odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 10 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO 704/17) w wyniku uwzględnienia zarzutów odwołania.

2. z ostrożności procesowej o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazywał, że w dniu 10 kwietnia 2017 r. Odwołujący wniósł odwołanie dotyczące treści SIWZ. Pismem z dnia 14 kwietnia 2017 r. Zamawiający uwzględnił zarzuty ww. odwołania w całości, wskazując na sposób, w jaki dokona modyfikacji zapisów specyfikacji (załącznik nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 14 kwietnia 2017 r.) w zakresie zadań 1), 3) - 5). Zamawiający wskazywał, że w tym czasie opracowywał modyfikację dokumentacji przetargowej w odniesieniu do żądania nr 2).

W związku z powyższym w dniu 19 kwietnia 2017 r. Izba na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp wydała postanowienie o umorzeniu postepowania o sygn. akt KIO 704/17. Zgodnie z przywołanym powyżej przepisem Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu. W odwołaniu wniesionym w sprawie o sygn. akt KIO 704/17 Odwołujący żądał uwzględnienia odwołania w całości i nakazania Zamawiającemu:

1) dokonania zmiany SIWZ – w tym pkt 1 „Wymagania ogólne” Załącznika nr 2 do OPZ (Próbka-Scenariusza) – przez wykreślenie wymagania, aby ZSI był gotowy na dzień składania ofert, a także precyzyjne, wyczerpujące i niebudzące wątpliwości wskazanie w SOPZ i w umowie, które ze świadczeń wchodzących w skład

przedmiotu zamówienia (wszystkie Zadania od nr 1 do nr 5) są objęte terminem, o którym mowa w § 4 ust. 1 projektu umowy (załącznik nr 3 do SIWZ);

2) dokonania zmiany SIWZ – w tym w zakresie Załącznika nr 2 do OPZ (próbka-Scenariusz) i § 14 SIWZ – przez zmianę sposobu oceniania próbki na bardziej otwarty, który nie będzie skutkował odrzuceniem oferty w przypadku braku pojedynczej funkcjonalności ZSI oraz umieszczenie w ramach kryteriów oceny ofert dodatkowego kryterium, uwzgledniającego funkcjonalność badanej próbki.

3) dokonania zmiany SIWZ - w zakresie opisanych na str. 106 SOPZ elementów (składowych) Zadania nr 5 – przez wyraźne określenie, które z modułów/rodzajów oprogramowania/aplikacji mają być dostępne w trybie online, tj. przez Internet, a które bez dostępu do Internetu, przez wewnętrzną sieć szkieletową Zamawiającego;

4) dokonania zmiany SIWZ w zakresie dotyczącym Analizy Obowiązku Kształcenia w ramach zadania nr 5 na str. 217 SOPZ przez precyzyjne, wyczerpujące i pozwalające na określenie sposobu i kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, w tym zakresie wskazanie Zamawiający musi określić czy program MAGISLUD udostępnia możliwość bezprzewodowej wymiany danych i załączyć dokumentację do tej

funkcjonalności systemu. Jeżeli wyżej wskazany system takiej możliwości nie posiada Odwołujący prosi o udostepnienie struktury bazy danych lub zapewnienia, że producent oprogramowania taką dokumentację udostępni lub zmieni oprogramowanie, aby dysponowała taką funkcjonalnością integracji;

5) dokonania zmiany terminu składania ofert o czas umożliwiający Odwołującemu złożenia oferty.

Zamawiający twierdził, że w dniu 14 kwietnia 2017 r. dokonał modyfikacji SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z żądaniami 1), 3) – 5), określonymi w odwołaniu z dnia 10 kwietnia 2017 r. w oparciu o przesłany do Izby załącznik nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 14 kwietnia 2017 r., uwzględniającego odwołanie w całości.

Następnie Zamawiający wyjaśniał, że w związku z faktem, że żądanie nr 2) wyartykułowane przez Odwołującego w odwołaniu z dnia 10 kwietnia 2017 r. wymagało dopracowania treści zmodyfikowanej specyfikacji, ogłoszenia o zamówieniu oraz Załącznika nr 2 do OPZ (Próbka – Scenariusz, Zamawiający w dniu 2 maja 2017 r. opublikował zmianę SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z żądaniem nr 2 odwołania z dnia 10 kwietnia 2017 r. i przesunął termin składania ofert na dzień 18 maja 2017 r. na godz. 10.45.

Zamawiający podnosił, że w Odwołujący cofnął odwołanie wniesione do Izby w dniu 24 kwietnia 2017 r. – sygn. akt KIO 822/17.

Podsumowując, Zamawiający stwierdził, że złożone obecnie odwołanie (z dnia 12 maja 2017 r.) kwestionuje czynności Zamawiającego dokonane jedynie w wyniku uwzględnienia odwołania. Wobec tego należy uznać, że zarzuty Odwołującego są bezpodstawne, gdyż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, ponieważ Zamawiający dokonał zmiany SIWZ zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 10 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO 704/17) w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów ww. odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Izba w oparciu materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, w tym dokumentację postępowań w sprawach o sygn. akt KIO 704/17, KIO 822/17, KIO 961/17, którą Izba włączyła w poczet materiału dowodowego, ustaliła następujący stan faktyczny:

W dniu 10 kwietnia 2017 r. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na zmianie treści SIWZ, dokonanej przez udzielenie odpowiedzi na pytania wykonawców („Wyjaśnienia treści SIWZ" i „Zmiana treści SIWZ" zamieszczone na stronie Zamawiającego w dniu 31 marca 2017 r.) i ukształtowaniu wskutek powyższego postanowień SIWZ w sposób naruszający przepisy ustawy.

Zdaniem Odwołującego niezgodna z przepisami ustawy zmiana SIWZ, dokonana przez Zamawiającego w ramach „Wyjaśnień treści SIWZ" i/lub „Zmiany treści SIWZ", polegała na:

1) wprowadzeniu do SIWZ, w tym do pkt 1 „Wymagania ogólne" Załącznika nr 2 do Opisu Przedmiotu Zamówienia (Próbka - Scenariusz) - w ramach odpowiedzi na pytanie nr 2 wykonawcy zadane w części I. - wymogu, zgodnie z którym Zintegrowany System Informatyczny *(„ZSI")* ma być gotowy na dzień składania ofert, który to wymóg:

a) pozostaje w sprzeczności z:
- pozostałymi postanowieniami SIWZ przedstawionymi dalej w treści uzasadnienia odwołania,
- dalszą częścią wyjaśnień Zamawiającego sformułowaną w ramach odpowiedzi na ww. pytanie nr 2 oraz nr 71 w części I, w których Zamawiający wprost wskazuje, że *„termin realizacji określony na luty 2018 dotyczy realizacji całego przedmiotu zamówienia, tj. wszystkich prac opisanych w pięciu Zadaniach w załączniku nr 1 OPZ, w tym m.in. wykonanie okablowania sieci LAN wraz z łączami* światłowodowymi, *dostawę i instalację*

aktywnego sprzętu sieciowego, dostawę i wdrożenie serwerów wraz z systemem backupu i archiwizacji danych, wirtualną platformę komunikacyjną, oprogramowanie ZSI, a ponadto uruchomienie 34 E-usług (...)" oraz *„Termin określony w par. 4 ust. 1 umowy określa termin oddania do użytkowania kompletnego i sprawnego ZSI (…).",*

a przez to stanowi o nieprecyzyjnym i niejasnym opisaniu przedmiotu zamówienia;

b) należy uznać za nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego i w sposób nieuprawniony uprzywilejowujący jednego wykonawcę, który mając uprzednio przygotowany system odpowiadający oczekiwaniom Zamawiającego jest w stanie taki system we wskazanym terminie dostarczyć Zamawiającemu;

2) zmodyfikowaniu SIWZ (tj. Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, zwanego dalej „SOPZ", i projektu umowy w części dot. Zadania nr 5) – w ramach odpowiedzi na pytanie nr 74 wykonawcy zadane w części I., dotyczące ZSI i Modułów – przez wskazanie, że w ramach postępowania Zamawiający *„nie dopuszcza rozwiązania opartego na oprogramowaniu on-line z dostępem przez Internet", a „taka typu usługa (on-line) jest niedopuszczalna z punktu widzenia warunków konkursu, z którego Zamawiający pozyskał dofinansowanie na realizację podmiotowego projektu", która to modyfikacja:*
   - pozostaje w sprzeczności z pozostałymi postanowieniami SOPZ dotyczącymi Zadania nr 5, przywołanymi szczegółowo w pkt 2 uzasadnienia, które wskazują, że przedmiotem zamówienia jest oprogramowanie w wersji online (tj. dostępnej przez Internet),
   - i przez to stanowi opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na zmianę technologii wykonania zamówienia z wersji on-line (dostępnej przez Internet) na wersję offline (niedostępną przez Internet, a dostępną wyłącznie przez sieć szkieletową Zamawiającego), przy jednoczesnym pozostawieniu wymagań funkcjonalnych możliwych do realizacji jedynie w technologii on-line (dostępną przez Internet);

3) zmodyfikowaniu SIWZ (tj. SOPZ w części dot. Zadania nr 5 - *„Analiza Obowiązku Kształcenia"* na str. 215) - w ramach odpowiedzi na pytanie nr 50 wykonawcy zadane w części I. - przez wskazanie, że *„po stronie Wykonawcy jest integracja lub modernizacja/wymiana odpowiedniego oprogramowania modułów"* z obecnie wykorzystywanym przez Zamawiającego systemem ewidencji ludności zewnętrznego producenta *„celem spełnienia zapisów OPZ dla* świadczenia *e-usług publicznych",* która to modyfikacja jest jednoznaczna z przerzuceniem na wykonawcę obowiązku Zamawiającego co do opisu przedmiotu zamówienia i stanowi o opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) w odniesieniu do czynności opisanej w pkt 1 powyżej - naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp, przez taką modyfikację opisu przedmiotu zamówienia i scenariusza próbki (polegającą na wprowadzeniu wymogu stworzenia ZSI przed udzieleniem zamówienia), która w sposób jednoznaczny i nieuprawniony uprzywilejowuje jednego wykonawcę, który mając uprzednio przygotowany system odpowiadający oczekiwaniom Zamawiającego jest w stanie taki system we wskazanym terminie dostarczyć Zamawiającemu - a zatem stanowi ograniczenie konkurencji, a nadto pozostaje w sprzeczności z pozostałymi postanowieniami OPZ i umowy dot. realizacji zamówienia w zakresie ZSI oraz pozostałymi wyjaśnieniami samego Zamawiającego udzielonymi w tym zakresie, i w związku z tym stanowi opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a przeto uniemożliwia jednoznaczne określenie sposobu i terminu realizacji zamówienia - a w konsekwencji - ogranicza uczciwą konkurencję i uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty;

2) w odniesieniu do czynności opisanej w pkt 2 powyżej - naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 Pzp, przez taką modyfikację opisu przedmiotu zamówienia w zakresie dot. Zadania nr 5 (polegającą na zmianie technologii realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie dostarczenia ZSI i ograniczeniu jej wyłącznie do oprogramowania w wersji offline), która w świetle pozostałych, niezmodyfikowanych postanowień OPZ stanowi

opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a przez to uniemożliwia jednoznaczne określenie sposobu realizacji zamówienia, a w konsekwencji ogranicza uczciwą konkurencję i uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty;

3) w odniesieniu do czynności opisanej w pkt 3 powyżej - naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez modyfikację opisu przedmiotu zamówienia w zakresie dot. Analizy Obowiązku Kształcenia w ramach Zadania nr 5 (polegającą na odesłaniu wykonawców po wiedzę i zasoby do podmiotów trzecich, których system użytkuje Zamawiający, na które wykonawcy nie mają wpływu), która stanowi opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a przez to uniemożliwia jednoznaczne określenie sposobu i kosztów realizacji zamówienia,

a w konsekwencji ogranicza uczciwą konkurencję i uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) dokonanie zmiany SIWZ - w tym w pkt 1. *„Wymagania ogólne”* Załącznika nr 2 do OPZ (Próbka-Scenariusz) - przez wykreślenie wymagania, aby ZSI był gotowy na dzień składania ofert, a także precyzyjne, wyczerpujące i niebudzące wątpliwości wskazanie w SOPZ i w umowie, które ze świadczeń wchodzących w skład przedmiotu zamówienia (wszystkie Zadania od nr 1 - do nr 5) są objęte terminem, o którym mowa w § 4 ust. 1 projektu umowy (Załącznik nr 3 do SIWZ);
2) dokonanie zmiany SIWZ - w tym w zakresie Załącznika nr 2 do OPZ (Próbka-Scenariusz) i § 14 SIWZ - przez zmianę sposobu oceniania próbki na bardziej otwarty, który nie będzie skutkował odrzuceniem oferty w przypadku braku pojedynczej funkcjonalności ZSI oraz o umieszczenie w ramach kryteriów oceny ofert dodatkowego kryterium, uwzględniającego funkcjonalność badanej próbki;
3) dokonanie zmiany SIWZ - w zakresie opisanych na str. 106 SOPZ elementów (składowych) Zadania nr 5 - przez wyraźne określenie, które z Modułów/rodzajów oprogramowania/aplikacji mają być dostępne w trybie online, tj. przez Internet, a które bez dostępu do Internetu, przez wewnętrzną sieć szkieletową Zamawiającego;
4) dokonanie zmiany SIWZ w zakresie dotyczącym Analizy Obowiązku Kształcenia w ramach Zadania nr 5 na str. 217 SOPZ przez precyzyjne, wyczerpujące i pozwalające na określenie sposobu i kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, w tym zakresie wskazanie Zamawiający musi określić czy program MAGISLUD udostępnia możliwość bezplikowej wymiany danych i załączyć dokumentację do tej funkcjonalności systemu. Jeżeli wyżej wskazany system takiej możliwości nie posiada Odwołujący prosi o udostępnienie struktury bazy danych lub zapewnienia, że producent oprogramowania taką dokumentację udostępni lub zmieni oprogramowanie, aby dysponowała taką funkcjonalnością integracji;
5) dokonanie zmiany terminu składania ofert o czas umożliwiający Odwołującemu złożenie oferty.

Zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2017 r. pismo, w którym zamieścił oświadczenie, cytat: *„(…) informuję, że w oparciu o zapis art. 186 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych uwzględnia w całości zarzuty postawione w odwołaniu (…) w sposób wskazany w załączniku nr 1 do*

niniejszego pisma i dokona modyfikacji zapisów w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

Wobec powyższego Izba na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego uznała, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu w rozumieniu art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Uwzględnienie

w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu nie budziło żadnych wątpliwości Izby. Tym samym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, wskazując, że w takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Następnie w dniu 24 kwietnia 2017 r. Odwołujący wniósł kolejne odwołanie w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1) art. 186 ust. 2 zd. drugie przez zaniechanie przez Zamawiającego zmodyfikowania postanowień SIWZ (w tym w szczególności Załącznika nr 2 do Opisu przedmiotu zamówienia (Próbka-Scenariusz, dalej zwany „Scenariuszem Próbki") w taki sposób, który byłby zgodny z żądaniem zawartym w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego w dniu 10 kwietnia 2017 r. – pomimo uwzględnienia przez Zamawiającego wszystkich zarzutów zawartych w odwołaniu (uwzględnienia odwołania w całości) – co doprowadziło do dalszych, opisanych poniżej w treści niniejszego odwołania naruszeń;
2) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 przez utrzymanie, w wyniku ww. zaniechania, postanowień Scenariusza Próbki jednoznacznie wskazujących na to, że przedmiotem próbki ma być kompletne oprogramowanie (Zintegrowany System Informatyczny, dalej „ZSI"), a Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeśli to oprogramowanie nie zawiera wszystkich funkcjonalności zawartych w Scenariuszu Próbki, które to postanowienia są sprzeczne z przyjętym przez Zamawiającego, w ramach ww. uznania odwołania, terminem wykonania przedmiotu zamówienia w odniesieniu do ZSI; takie zaś ukształtowanie Scenariusza Próbki może utrudniać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców;
3) art. 25 ust. 1 Pzp i § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) (dalej „rozporządzenie o dokumentach") w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez żądanie od wykonawcy, którego oferta zostanie uznane za najkorzystniejszą, dostarczenia próbki oprogramowania ZSI jako dokumentu potwierdzającego spełnienie wymagań Zamawiającego, pomimo że

obecne brzmienie Scenariusza Próbki, w wyniku ww. zaniechania Zamawiającego (pkt 1 powyżej):
- wskazuje na obowiązek dostarczenia w jej ramach nie próbki oprogramowania, ale kompletnego i działającego oprogramowania ZSI, pomimo że termin na jego wykonanie i dostarczenie upływa zgodnie z SIWZ w brzmieniu nadanym jej ostatecznie przez Zamawiającego w ramach uznania odwołania (pkt 1 powyżej) w lutym 2018 r.,
- przewiduje dla Zamawiającego uprawnienie do odrzucenia oferty wykonawcy, którego oprogramowanie dostarczone w ramach próbki nie spełnia wszystkich wymogów zawartych w Scenariuszu Próbki.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:
1) nadanie takiego brzmienia Scenariuszowi Próbki (Załącznikowi nr 2 do OPZ), który będzie pozostawał w zgodzie z:
- terminem dostarczenia kompletnego i działającego ZSI, tj., terminem wskazanym w § 4 ust. 1 umowy, a nie terminem składania ofert czy terminem dostarczenia próbki,
- charakterem próbki, jaki został nadany przez Zamawiającego, tj. jako próbka tego, co wykonawcy mają dostarczyć w ramach ZSI i dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
przez wprowadzenie określonych niżej modyfikacji;
2) przyjęcie w ramach Scenariusza Próbki (Załącznik nr 2 do OPZ) takiego rozwiązania w ramach, którego Zamawiający wprowadziłby mierzalne, jasne, obiektywne i konkurencyjne kryteria ustalania, czy Próbka jest miarodajna, w tym:
a) określiłby pewne funkcjonalności oprogramowania dostarczonego w ramach próbki jako obligatoryjne (minimalne wymogi próbki), a pozostałe jako dodatkowe (fakultatywne), to znaczy takie, których niespełnienie nie powoduje odrzucenia oferty; albo alternatywnie

b) nadałby wartość punktową każdej z funkcjonalności (każdemu z elementów) wymaganych w pkt 3. Scenariusza Próbki;
c) określiłby minimalny pułap punktów, który jest wymagany dla uznania, że próbka jest miarodajna (tj. pozwala określić, że wykonawca jest w stanie dostarczyć ZSI zgodnie z przedmiotem zamówienia i umową) i oferta Wykonawcy nie podlega odrzuceniu;
d) podczas prezentacji próbki w protokole zaznaczałby, które funkcjonalności są zawarte w prezentowanej próbce, a których jeszcze brakuje, jak również wskaże wynik końcowy.

23

(W ramach ww. propozycji opisanej w pkt b) można przyjąć rozwiązanie zgodnie, z którym każdej z 255 funkcjonalności przewidzianych w pkt 3. Scenariusza Próbki przypisany byłby 1 punkt, a dolny pułap punktów wymagany dla uznania, że Próbka jest miarodajna i oferta nie podlega odrzuceniu, wynosiłby 60% (w tym przypadku więcej niż 153 punkty);
3) zastąpienie postanowień Scenariusza Próbki wskazujących na to, że brak już jednej funkcjonalności powoduje odrzucenie oferty, postanowieniami dostosowującymi Scenariusz Próbki do faktu, że ZSI nie jest i nie musi być programem kompletnym i gotowym na dzień składania ofert lub dzień dostarczenia Próbki; w tym w szczególności chodzi o usunięcie lub odpowiednią modyfikację poniższego postanowienia:
„W przypadku stwierdzenia w trakcie badania próbki, że *wymagania określone przez Zamawiającego nie są spełnione, następuje odrzucenie oferty”*
i zastąpienia go zdaniem następującym:
„W przypadku stwierdzenia w trakcie badania próbki, że *wymagania określone przez Zamawiającego jako obligatoryjne (minimalne) wymogi próbki nie są spełnione, następuje odrzucenie oferty”.*

Zamawiający wniósł na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego odpowiedź na odwołanie wskazując podstawy do odrzucenia odwołania. Złożył informację o dokonaniu w dniu 2 maja 2017 r. dalszej zmiany SIWZ.

Odwołujący na skutek przedstawionego stanowiska Zamawiającego, cofnął odwołanie na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp.

Wobec skutecznego cofnięcia odwołania, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp.

Następnie w dniu 12 maja 2017 r. Odwołujący wniósł kolejne odwołanie, którego zarzuty, są obecnie przedmiotem rozpoznania Izby. Treść odwołania została szczegółowo przytoczona powyżej, a tym samym bezcelowe jest jej powielanie.

W tak ustalonych okolicznościach sprawy Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp.

Przepis art. 189 ust. 2 ustawy zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek, stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, zgodnie z art. 189 ust. 4 Pzp.

24

Zgodnie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że dotyczy ono czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Ponadto art. 185 ust. 6 Pzp wynika, że odwołujący oraz wykonawca wezwany do udziału w postępowaniu odwoławczym nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo żądaniem zawartym w odwołaniu, którego zarzuty zamawiający uznał w całości.

Po dokonaniu szczegółowej analizy Izba doszła do przekonania, że odwołanie

wniesione w tej sprawie podlega odrzuceniu, gdyż dotyczy czynności, Zamawiającego, dokonanej w wyniku uwzględnienia zarzutów odwołania, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Okolicznością niesporną jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania z dnia 10 kwietnia 2017 r.

Przedmiotem sporu pomiędzy stronami w rozpoznawanej sprawie jest dokonanie w dniu 2 maja 2017 r. zmiany siwz, w kontekście jej zgodności z żądaniem Odwołującego, opisanym w pkt 2 odwołania z dnia 10 kwietnia 2017 r.

W omawianym zakresie Izba stanęła na stanowisku, że zmiana SIWZ z dnia 2 maja 2017 r. została dokonana przez Zamawiającego zgodnie z żądaniem, zawartym w pkt 2 odwołania z dnia 10 kwietnia 2017 r.

Jedynie dla przypomnienia Izba wskazuję, że Odwołującym w rozpoznawanym zakresie domagał się) dokonania „zmiany SIWZ - w tym w zakresie Załącznika nr 2 do OPZ (Próbka-Scenariusz) i § 14 SIWZ - przez zmianę sposobu oceniania próbki na bardziej otwarty, który nie będzie skutkował odrzuceniem oferty w przypadku braku pojedynczej funkcjonalności ZSI oraz o umieszczenie w ramach kryteriów oceny ofert dodatkowego kryterium, uwzględniającego funkcjonalność badanej próbki".

W ocenie Izby powyższemu żądaniu czyni zadość modyfikacja SIWZ, w wyniku której Zamawiający zmienił kryteria oceny ofert i dodał do katalogu kryteriów, poza ceną (40 pkt) oraz terminem realizacji (10 pkt) kryterium w postaci „Próbki", przyznając mu 50 pkt. Zgodnie

z aktualnym brzmieniem pkt 3. § 14 Tomu I SIWZ, zmiany dokonane przez Zamawiającego w ramach dodanego kryterium oceny ofert „Próbka" przedstawiają się następująco (cyt.):

„3. W kryterium „Próbka" najwyższa liczba punktów, jakie można uzyskać to 50 punktów"

- „Zamawiający wymaga, aby dostarczona próbka realizowała co najmniej 29 scenariuszy określonych w załączniku: Tom II - Opis przedmiotu zamówienia- Załącznik nr 2 - Próbka Scenariusz"
- „W przypadku stwierdzenia, że próbka nie potwierdza spełnienia ww. liczby scenariuszy oferta podlega odrzuceniu"
- „Za zrealizowany scenariusz uważa się scenariusz, w którym Wykonawca wykaże, na bazie dostarczonej próbki, że jest w stanie zrealizować go w całości, zgodnie z opisem. Oznacza to, iż niemożność realizacji jakiegokolwiek zapisu scenariusza w trakcie badania próbki będzie oznaczać niezrealizowanie scenariusza a w konsekwencji zostanie uznana za niespełnienie wymogów SIWZ w tym zakresie"
- „Za każdy scenariusz zrealizowany w całości Zamawiający przyzna Wykonawcy jeden punkt"
- „Za każdy scenariusz zrealizowany w całości ponad liczbę określoną w pkt. 1 Zamawiający przyzna punkty zgodnie z poniższą tabelą:

Liczba zrealizowanych scenariuszy Liczba punktów

0-28 włącznie Oferta podlega odrzuceniu
29 0 punktów
30 30 punktów
31 50 punktów

Izba uznał, że rację ma Zamawiający, który w toku posiedzenia Izby twierdził, że dokonał modyfikacji treści SIWZ zgodnie z żądaniami Odwołującego, ponieważ dodał nie tylko kryterium oceny próbki ale także wskazał, że wykonawca, aby jego oferta nie podległa odrzuceniu, musi wykonać minimum 29 scenariuszy. Wobec tego wykonawca nie musi

obecnie wykonywać wszystkich scenariuszy, może dwa z nich opuścić. Dla przykładu

26

Zamawiający podał, że gdyby wykonawca opuścił scenariusz nr 6 i nr 10 to opuszcza wówczas aż 44 funkcjonalności.

Wobec tego zdaniem Izby spełnione zostało żądanie Odwołującego, aby sposób oceny próbki był bardziej otwarty i nie skutkował odrzuceniem oferty w przypadku braku pojedynczej funkcjonalności ZSI. Zamawiający spełnił żądanie Odwołującego, odnoszące się do umieszczenia w ramach kryteriów oceny ofert dodatkowego kryterium uwzględniającego funkcjonalność badanej próbki. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że w § 14 Tomu I SIWZ w kryterium oceny ofert wcześniej Zamawiający przewidział następujące kryteria: cena - 60% i termin wykonania - 40%. Natomiast po modyfikacji SIWZ kryteria oceny ofert kształtowały się następująco: cena – 40%, termin wykonania -10%, próbka – 50%.

Izba zwraca uwagę, że w treści odwołania z dnia 10 kwietnia 2017 r., zarówno w treści uzasadnienia jak również w zgłoszonych żądaniach nie sposób doszukać się stanowiska i szczegółowych wskazówek w zakresie zmiany postanowień SIWZ, które obecnie zgłasza Odwołujący. Wręcz przeciwnie. W rozpoznawanym zakresie treść żądań oraz argumentacja zawarta w uzasadnieniu odwołania ma charakter ogólny. Tym samym daje to Zamawiającemu - oczywiście w określonych ramach - pewną swobodę kształtowania postanowień SIWZ, które mają służyć zmianie postanowień specyfikacji zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu. Wobec tego Izba uznała, że Odwołujący w toku obecnie toczącego się postępowania odwoławczego formułuje, zarówno w odwołaniu jak również w toku rozprawy, nowe zarzuty i żądania oraz przedstawia całkiem nową i już szczegółową argumentację, która nie została przedstawiona w treści odwołania z dnia 10 kwietnia 2017 r.

Wobec stwierdzenia zajścia przesłanek odrzucenia odwołania, Izba nie mogła merytorycznie rozpoznać odwołania, które podlega obligatoryjnemu odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp. Z tego względu, Izba – działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie 2 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy – odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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. Nr 41, poz. 238), obciążając Odwołującego tymi kosztami w postaci uiszczonego przez niego wpisu.

27

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

……

28