Sygn. akt: KIO 537/23

WYROK

z dnia 14 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Członkowie: Marzena Ordysińska

Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2023 r. przez wykonawcę: Transition

Technologies PSC S.A. z siedzibą w Łodzi

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Ministerstwo Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy ATOS Polska S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Transition Technologies PSC S.A. z siedzibą w Łodzi, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Transition Technologies PSC S.A. z siedzibą w Łodzi, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy Transition Technologies PSC S.A. z siedzibą w Łodzi na rzecz zamawiającego Ministerstwa Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie 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. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: …….

Członkowie: …….

Sygn. akt: KIO 537/23

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

Ministerstwo Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie (dalej: „zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Usługa dla systemu e - płatności; nr postępowania: BF - II.3710.17.2022 (dalej „postepowanie" lub „zamówienie"), o wartości szacunkowej wyższej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 17 lutego 2023 r. pod numerem 2023/S 035 - 098647.

Wykonawca Transition Technologies PSC S.A. z siedzibą w Łodzi (dalej „odwołujący") w dniu 28 lutego 2023 r. wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegającej na sformułowaniu Ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ") z naruszeniem przepisów prawa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że ten naruszył niżej wymienione przepisy ustawy Pzp:

1. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie kryterium pozacenowego „Czas usunięcia awarii i błędów" w taki sposób, że jest to kryterium nieweryfikowalne na etapie badania i oceny ofert, a tym samym jego weryfikacja

może nastąpić dopiero na etapie wykonywania umowy;

2. art. 246 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie kryterium pozacenowego „Czas usunięcia awarii i błędów" w taki sposób, że jest to kryterium pozorne, a w konsekwencji jedynym faktycznym kryterium, w oparciu o które następuje wybór oferty najkorzystniejszej, jest kryterium ceny;

3. art. 240 ust. 2 w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez określenie kryterium pozacenowego „Czas usunięcia awarii i błędów" w sposób uniemożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawionych w ofertach, jak również w sposób naruszający zasady przejrzystości i zachowania uczciwej konkurencji.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ w sposób opisany w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący uzasadniając podnoszone w odwołaniu zarzuty w pierwszej kolejności przypomniał, że zamawiający w Tomie I SWZ, Rozdział 19 pkt 19.2 wskazał jako kryterium oceny ofert, a jednocześnie jako jedyne kryterium pozacenowe „Czas usunięcia awarii i błędów" i opisał to kryterium w taki sposób, iż należy uznać, że w obecnym kształcie jest kryterium pozornym. Odwołujący zauważył, że w przypadku takich nieweryfikowalnych na etapie oceny ofert kryteriów pozacenowych, wszyscy wykonawcy i tak oferują, a w zasadzie deklarują, takie warunki przyszłej realizacji umowy, aby otrzymać maksymalną liczbę punktów. W niniejszej sprawie wszyscy zadeklarują Zestaw 3 - za deklarację którego otrzymuje się 40 punktów. W praktyce oznacza to, że wybór oferty najkorzystniejszej dokonuje się wyłącznie na podstawie ceny zaoferowanych ofert. Wyżej opisywane kryterium pozacenowe to jedynie sposób realizacji przedmiotu zamówienia, a właściwie dodatkowe obowiązki, które zrealizować będzie musiał wykonawca. Realizacja takich obowiązków wiąże się z ponoszeniem przez wykonawcę konkretnych kosztów, głównie kosztów utrzymania zespołu/ zespołów, świadczących usługi serwisowe we wskazanym rygorze czasowym. A zatem ewentualne zadeklarowanie w ofercie realizacji tych obowiązków wpływa jedynie na cenę oferty i nie jest kryterium oceny ofert innym, niż cena/ koszt wykonania.

Odwołujący argumentował w dalszej części, że jest to również kryterium nieweryfikowalne na etapie oceny ofert. Prowadzi to do sytuacji, w której weryfikacja ofert w tym kryterium pozacenowym dokonywana byłaby dopiero na etapie wykonywania umowy (zamiast na etapie oceny ofert). Na etapie oceny ofert zamawiający może jedynie przyjąć „na wiarę" deklaracje wykonawcy. Zamawiający powinien zatem tak skonstruować SWZ, aby możliwe było dokonanie już na etapie oceny ofert odpowiedniej weryfikacji wszystkich kryteriów oceny ofert. Zdaniem odwołującego weryfikację kryterium pozacenowego można przeprowadzić jedynie w sytuacji, kiedy zażąda się od wykonawców, aby w ofercie przedstawili informacje obiektywne, możliwe do sprawdzenia przez zamawiającego, które jednocześnie nie są kryteriami pozornymi, przekładającymi się wyłącznie na cenę realizacji przedmiotu zamówienia. Prawidłowość powyższej argumentacji odwołującego została potwierdzona m.in. wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1129/20, KIO 1145/20 i KIO 1149/20.

Odwołujący wskazywał ponadto jakie kryteria pozacenowe są stosowane przez innych zamawiających przy postępowaniach dotyczących systemów informatycznych podobnego rodzaju co do skali i wartości. Przywoływał następujące postępowania, w których jego zdaniem, zastosowano obiektywne i weryfikowalne kryteria oceny: a) Zakład Ubezpieczeń Społecznych - Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych: 30% Test kompetencji technicznych 10% Test kompetencji biznesowych; b) Główny Urząd Geodezji i Kartografii

- Budowa oraz rozwój e-usług i narzędzi w ramach projektów CAPAP, ZSIN Faza II i K-GESUT wraz ze szkoleniami: 20% Wydajność procesu produkcji 30% Zasada oceny według kryterium kryteria techniczno - jakościowe próbki; c) Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej

- Usługi dotyczące Centralnego Systemu Informatycznego Zabezpieczenia Społecznego (CSIZS): 35% Koncepcja realizacji pulpitu administracyjnego statystyk Centralnego Systemu Informatycznego Zabezpieczenia Społecznego; d) Główny Inspektorat Transportu Drogowego - Budowa, wdrożenie, utrzymanie i rozwój Krajowego Rejestru Elektronicznego Przedsiębiorców Transportu Drogowego: 10% Dodatkowe kwalifikacje osób zdolnych do wykonania zamówienia; 25% Ocena funkcjonalno-techniczna zaproponowanego rozwiązania. Jego zdaniem, jak wynika z powyższego, możliwe jest określenie w SWZ takich kryteriów pozacenowych, które z jednej strony będą związane z przedmiotem zamówienia, a z drugiej - umożliwią sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców przed zawarciem umowy, na etapie oceny ofert.

W konsekwencji odwołujący wnioskował, aby jako kryterium pozacenowe w niniejszym postępowaniu wprowadzić kryterium „Testu kompetencji", które jest zarówno związane z przedmiotem zamówienia, jak i obiektywnym i weryfikowalnym na etapie oceny ofert. Zaznaczył, że zamawiający ma oczywiście całkowitą dowolność określenia zasad przeprowadzenia takiego testu, dalej wskazał postanowienia, które mogą mieć zastosowanie do niniejszego postępowania, a które to oparł na regulacjach z innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie odwołującego wprowadzenie zmiany kryterium pozacenowego, zgodnie z żądaniem niniejszego odwołania, pozwoli zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z prawem. Tak jak dotychczas (pkt 19.2 SWZ) określone kryterium pozacenowe narusza bowiem przepisy art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, art. 246 ust. 1 ustawy Pzp, jak również art. 240 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do

postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca ATOS Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący świadczy usługi stanowiące przedmiot niniejszego postępowania i zamierza złożyć swoją ofertę w odpowiedzi na Ogłoszenie o zamówieniu. Wskazywane w odwołaniu, w jego ocenie niezgodne z prawem postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ powodują, że odwołujący nie ma możliwości złożenia najkorzystniejszej oferty i tym samym utraci szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, wskazanych w odwołaniu. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę, odwołujący mógłby złożyć najkorzystniejszą ofertę, uzyskać zamówienie, a w konsekwencji zrealizować je i osiągnąć zysk z tego tytułu.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów innych niż stanowiące element dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, złożonych przez strony, na okoliczności przez nich wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest usługa dla systemu e-płatności. Przedmiot umowy opisany został szczegółowo w § 2 ust. 1 Tomu II - Projektowane Postanowienia Umowne (dalej „PPU") w następujący sposób: „Przedmiotem Umowy jest: 1) świadczenie przez wykonawcę na rzecz zamawiającego wsparcia eksploatacji oraz świadczenie serwisu i wsparcia technicznego dla Systemu polegających na: a) udzielaniu wsparcia Administratorom Systemu, I linii wsparcia oraz II linii wsparcia w zakresie pracowników wskazanych przez zamawiającego zgodnie z Załącznikiem nr 4 do Umowy, b) rozpoznawaniu przyczyn i usuwaniu Błędów Systemu oraz skutków Błędów Systemu, rozpoznawaniu skutków awarii sprzętu dla Systemu, a także wszelkich negatywnych skutków spowodowanych korzystaniem z błędnie działających zmodyfikowanych wersji Systemu we wszystkich lokalizacjach, w których funkcjonuje System, mające na celu przywrócenie pełnej funkcjonalności i wydajności Systemu, zgodnie z Załącznikiem nr 5 do Umowy, c) wykonywaniu usług na rzecz zamawiającego związanych z utrzymywanym Systemem na zasadach określonych w Załączniku nr 7 do Umowy, d) aktualizacji Dokumentacji na zasadach określonych w Załączniku nr 12 do Umowy, związanej z realizacją wsparcia eksploatacji, świadczeniem serwisu i wsparcia technicznego dla Systemu. 2) wykonanie przez wykonawcę na rzecz zamawiającego modyfikacji Systemu obejmujących swym zakresem:

a) modyfikacje zlecane i realizowane zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 8 do Umowy, b) przygotowanie dokumentów analitycznych i innych dokumentów oraz projektów zmian w Systemie na zasadach określonych w Załączniku nr 8 do Umowy, c) aktualizację Dokumentacji na zasadach określonych w Załączniku nr 12 do Umowy, związaną z rozwojem Systemu, d) przygotowywanie zapytań do bazy danych oraz raportów i sprawozdań dotyczących danych w bazie danych, migracji danych niewynikających z naprawy Błędów lub modyfikacji Systemu, przygotowanie opinii na temat wykorzystania w Systemie nowych technologii lub sprzętu, na zasadach określonych w Załączniku nr 6 do Umowy, modyfikacje opisane w lit. a-d nie przekroczą łącznej pracochłonności 10 000 roboczogodzin albo 1000 Punktów funkcyjnych liczonych Metodyką COSMIC (przy czym obie jednostki są wzajemnie wymienialne w stosunku: 10 roboczogodzin = 1 punkt funkcyjny); 3) przygotowanie i zrealizowanie przez wykonawcę na rzecz zamawiającego szkoleń/ warsztatów dla Użytkowników wewnętrznych, Administratorów Systemu lub osób wskazanych przez zamawiającego, o łącznej liczbie do 200 godzin szkoleniowych (przy czym 1 godzina szkoleniowa = 60 minut) w okresie trwania Umowy, zgodnie z Załącznikiem nr 9 do Umowy.

W Rozdziale 19 SWZ zamawiający opisał jakimi kryteriami będzie kierował się przy wyborze oferty podając, że zadecyduje o powyższym cena oraz czas usunięcia awarii lub błędów. Pierwszemu z kryteriów zamawiający przyznał wagę 60 %, z kolei drugiemu 40 %. Ocena ofert w kryterium „Czas usunięcia awarii lub błędów" (pkt 19.2 SWZ) miała być dokonywana na podstawie informacji podanych przez wykonawcę w Formularzu „Oferta". Zamawiający wskazał, że w tym kryterium wykonawca może maksymalnie uzyskać 40 pkt., z kolei punkty miały być przyznane w przypadku, gdy wykonawca wskaże jeden z trzech zestawów, przewidzianych i opisanych przez zamawiającego.

I tak, w Zestawie 1 przewidziano, że w przypadku awarii czas jej usunięcia (czas realizacji zgłoszenia) będzie wynosił: 4 godziny zegarowe od zgłoszenia albo stwierdzenia Awarii przez wykonawcę liczone w oknie 24x7; błędu krytycznego: 8 godzin zegarowych od zgłoszenia albo stwierdzenia Błędu krytycznego przez wykonawcę liczonych w oknie 24x7; błędu zwykłego: 72 godziny zegarowe od zgłoszenia albo stwierdzenia Błędu zwykłego przez wykonawcę liczone w oknie 7.30-

16.30, 5 dni roboczych w tygodniu; błędu drobnego: 92 godzin zegarowych od zgłoszenia albo stwierdzenia Błędu drobnego przez wykonawcę liczonych w oknie 7.30-16.30, 5 dni roboczych w tygodniu. Dla zestawu 2 czasy te miały wynosić dla: awarii - 3 godziny zegarowe od zgłoszenia albo stwierdzenia Awarii przez wykonawcę liczone w oknie 24x7; błędu krytycznego - 6 godzin zegarowych od zgłoszenia albo stwierdzenia Błędu krytycznego przez wykonawcę liczonych w oknie 24x7; błędu zwykłego - 48 godziny zegarowe od zgłoszenia albo stwierdzenia Błędu zwykłego przez wykonawcę liczone w oknie 7.30-16.30, 5 dni roboczych w tygodniu; błędu drobnego - 72 godziny zegarowe od zgłoszenia albo stwierdzenia Błędu drobnego przez wykonawcę liczone w oknie 7.30-16.30, 5 dni roboczych w tygodniu. Najkrótsze czasy ustalono dla zestawu 3, tu czas usunięcia awarii miał wynosić: 2 godziny zegarowe od zgłoszenia albo stwierdzenia Awarii przez wykonawcę liczone w oknie 24x7; błędu krytycznego: 4 godziny zegarowe od zgłoszenia albo stwierdzenia Błędu krytycznego przez wykonawcę liczone w oknie 24x7; błędu zwykłego: 24 godzin zegarowych od zgłoszenia albo stwierdzenia Błędu zwykłego przez wykonawcę liczonych w oknie 7.30-16.30, 5 dni roboczych w tygodniu; błędu drobnego: 48 godzin zegarowych od zgłoszenia albo stwierdzenia Błędu drobnego przez wykonawcę liczonych w oknie 7.30-16.30, 5 dni roboczych w tygodniu.

Dalej zamawiający opisał, że w kryterium „Czas usunięcia awarii lub błędów" będzie przyznawał punkty za poszczególne zadeklarowane zestawy w zakresie czasu usunięcia awarii lub błędów odpowiednio, jak poniżej: Zestaw 1 i określone w nim czasy usunięcie awarii lub błędów - 0 punktów; Zestaw 2 i określone w nim czasy usunięcie awarii lub błędów - 20 punktów; Zestaw 3 i określone w nim czasy usunięcie awarii lub błędów - 40 punktów. Zadeklarowany przez wykonawcę zestaw określający, potwierdzający czas usunięcia awarii

lub błędów może zostać wybrany przez wykonawcę tylko z powyższych zestawów określonych przez zamawiającego. Wykonawca nie może zadeklarować innego zestawu (określającego, potwierdzającego czas usunięcia awarii lub błędów) oraz podawać w ww. zestawach innych, odmiennych niż określone przez zamawiającego czasów usunięcia awarii lub błędów. W przypadku zadeklarowania przez wykonawcę czasu usunięcia awarii lub błędów innego niż określone i przypisane przez zamawiającego do ww. zestawów lub zadeklarowanie przez wykonawcę czasu usunięcia awarii lub błędów w innym nieokreślonym przez zamawiającego zestawie albo niezadeklarowanie, niepodanie, nieokreślenie przez wykonawcę czasu usunięcia awarii lub błędów, tj. Zestawu, zamawiający uzna, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z zapisem w pkt 19.3. za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska łącznie największą liczbę punktów obliczoną zgodnie ze wzorem: P = C + T, gdzie: P - łączna liczba punktów oferty ocenianej; C - liczba punktów uzyskanych w kryterium „Cena"; T - liczba punktów uzyskanych w kryterium „Czas usunięcia awarii lub błędów". Zamawiający udzieli zamówienia wykonawcy, który spełni wszystkie warunki i wymagania postawione w SWZ oraz otrzyma najwyższą liczbę punktów.

Dalej Izba ustaliła, że zamawiający w Tomie II SWZ - PPU oraz w załączniku nr 5 do PPU zawarł następujące definicje: „Awaria - stan Systemu powodujący brak możliwości uruchomienia lub całkowite unieruchomienie Systemu lub brak dostępu do Systemu". Z kolei „Błąd- zdarzenie lub zakłócenie niebędące częścią standardowego działania Systemu bez względu na przyczynę tego zdarzenia lub zakłócenia skategoryzowane i opisane w Załączniku nr 5 do Umowy". Zgodnie z definicją „Błąd krytyczny - błąd uniemożliwiający poprawne wykorzystanie Systemu lub jego niezbędnej funkcjonalności do realizacji procesów biznesowych. Zakłócenie pracy Systemu polegające na istotnym ograniczeniu wydajności Systemu lub pracy Systemu niezgodnej z Dokumentacją. Działanie Systemu prowadzące do otrzymywania błędnych wyników przetwarzania danych w tym mogące powodować lub powodujące utratę danych, uszkodzenie danych lub utratę ich spójności, brak możliwości przetwarzania lub rejestracji danych w Systemie. Jako błąd krytyczny należy rozumieć również błąd mogący powodować lub powodujący przełamanie zabezpieczeń związanych z poufnością, integralnością i dostępnością systemu i danych. Po udostępnieniu Obejścia Błąd krytyczny staje się Błędem zwykłym. Błąd zwykły - błąd nie powodujący zatrzymania procesu biznesowego, który: utrudnia realizację procesów biznesowych; utrudnia efektywne wykorzystanie Systemu lub funkcjonalności Systemu; powoduje działanie Systemu niezgodne z Dokumentacją; nie będący Awarią, Błędem krytycznym ani Błędem drobnym. Błąd drobny - błąd ujawniony w obszarze zastosowań Systemu, który nie stanowi zagrożenia wykonania funkcji Systemu, ale wpływa negatywnie na komfort pracy

użytkownika który prowadzi do: nieergonomicznej pracy (np. format pól, brak walidacji, literówki, błędne nazwy, konieczność zbędnych „kliknięć"), utrudniającej uzyskanie pożądanego rezultatu, itp.".

Izba ustaliła także, że w §2 pkt 5 PPU zamawiający zawarł następujące postanowienie: „Wykonawca gwarantuje dostępność Systemu (rozumianą jako czas działania Systemu bez Awarii i Błędu krytycznego określonych w Załączniku nr 5 do Umowy) na poziomie co najmniej 99% w miesiącu kalendarzowym, z wyłączeniem ograniczeń dostępności usługi, o których mowa w ust. 4. Kalendarz dostępności: dla Systemu - 24 godziny na dzień, 7 dni w tygodniu, 365 dni w roku (względnie 366 dni w roku przestępnym). Do gwarantowanego poziomu dostępności Systemu nie jest wliczana jego niedostępność wynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego polegających na zatrzymaniu lub zakłóceniu pracy Systemu spowodowanych działaniami zamawiającego wynikającymi z eksploatacji Infrastruktury technicznej lub awarią Infrastruktury technicznej, w tym awarią łączy teletransmisyjnych, awarią sprzętu komputerowego, awarią zasilania lub brakiem danych niezbędnych do odtworzenia Systemu. Poziom dostępności Systemu obliczany jest wg wzoru: (TD – Σ TN) / TD*100% [%], gdzie: TD - określony czas dostępności Systemu w okresie miesiąca kalendarzowego wynikający z Kalendarza dostępności Systemu po odjęciu uzgodnionych ograniczeń dostępności usługi (okien serwisowych) oraz niedostępności wynikających z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, Σ TN - suma czasów niedostępności Systemu w okresie miesiąca kalendarzowego, gdzie czasem niedostępności Systemu jest czas, w którym w Systemie występuje Błąd w kategorii: Awaria lub Błąd krytyczny.

W § 2 ust. 13 PPU zamawiający wskazał: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do wykonywania, w tym także przez podmioty trzecie, modyfikacji lub konfiguracji Oprogramowania, analiz, testów Oprogramowania, a także Dokumentacji

lub jej aktualizacji nie tracąc jednocześnie uprawnień wynikających z niniejszej Umowy. Wykonawca nie odpowiada wyłącznie za Błędy spowodowane nieautoryzowanymi przez wykonawcę modyfikacjami lub konfiguracją wykonanymi przez zamawiającego lub osoby trzecie działające w jego imieniu, zobowiązany jednak jest do ustalenia przyczyn wystąpienia Błędów i przedstawienia Diagnozy zamawiającemu. W razie sporu, co do przyczyn wystąpienia Błędów zamawiający uprawniony będzie do powołania biegłego, celem wiążącego ustalenia przyczyny wystąpienia Błędów. Koszty powołania biegłego i naprawy Błędów ponosi Strona ponosząca odpowiedzialność za powstanie Błędów. Wykonawca będzie usuwał błędy spowodowane działaniem podmiotów trzecich niezwłocznie na koszt Strony odpowiedzialnej za spowodowanie Błędu, przy czym rozliczenie nastąpi po ostatecznym rozstrzygnięciu wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych w sprawie."

W Tomie II - PPU przewidziano również, że wykonawcy naliczane będą kary umowne w przypadkach i wysokości opisanej w § 8, w tym między innymi w przypadku: „(…) 2) w przypadku niedotrzymania przez wykonawcę terminów określonych w Załączniku nr 5 do Umowy dotyczących usuwania Błędów (w tym usuwania Błędów w ramach realizacji obowiązków wykonawcy wynikających z rękojmi lub gwarancji): a) karę umowną w wysokości 4% miesięcznego wynagrodzenia brutto określonego w § 7 ust. 2 pkt 1 za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki w usunięciu Awarii określonej w Załączniku nr 5 do Umowy, b) karę umowną w wysokości 4% miesięcznego wynagrodzenia brutto określonego w § 7 ust. 2 pkt 1 za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki w usunięciu Błędu krytycznego określonego w Załączniku nr 5 do Umowy, c) karę umowną w wysokości 0,5% miesięcznego wynagrodzenia brutto określonego w § 7 ust. 2 pkt 1 za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki w usunięciu Błędu zwykłego lub Błędu drobnego określonych w Załączniku nr 5 do Umowy przypadającej w Dni robocze w oknach 7:30-16:30; (…) 11) w przypadku niedotrzymania w danym miesiącu zagwarantowanej dostępności Systemu, o której mowa w § 2 ust. 5, karę umowną w wysokości 1000 zł (słownie: jeden tysiąc złotych) za każdy 0,1% spadek dostępności Systemu (obliczonej na podstawie czasu działania Systemu w miesiącu, z wyłączeniem okien serwisowych) poniżej gwarantowanego poziomu dostępności Systemu określonego w § 2 ust. 5".

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, gdyż odwołujący nie wykazał, że doszło do naruszenia przepisów wskazywanych w treści wniesionego odwołania.

Na wstępie skład orzekający pragnie przypomnieć, że ustawodawca w art. 240 ust. 2 ustawy Pzp przewidział, że kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz mają umożliwiać weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Z kolei jak stanowi art. 242 ust. 1 ustawy Pzp najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie: 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu; 2) ceny lub kosztu. Zgodnie z art. 242 ust. 2 ustawy Pzp kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do: 1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników; 2) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1; 3) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu

zamówienia; 4) aspektów innowacyjnych; 5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia; 6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji.

W kontekście zarzutów odwołującego, który nie kwestionował samego opisu sposobu dokonywania oceny ofert, a jedynie wskazywał, że niedopuszczalne było zastosowanie pozacenowego kryterium oceny ofert, ocenianego jedynie na podstawie informacji przekazanych przez wykonawcę w formie deklaracji zawartych w formularzu ofertowym, Izba wskazuje, że przepisu art. 240 ust. 2 ustawy Pzp nie można interpretować w oderwaniu od art. 242 ust. 2 ustawy Pzp. W tym ostatnim z kolei wprost wskazano na możliwość stosowania kryteriów, które dotyczą etapu realizacji umowy, a tym samym, jeśli przyjąć interpretację odwołującego, nie są weryfikowalne na etapie składania ofert, a jedynie na podstawie oświadczenia zawartego w ofercie wykonawcy. Ustawodawca wprost wymienia i wskazuje jako przykładowe, możliwe do zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, takie kryteria jak: serwis posprzedażny, pomoc techniczna, warunki dostawy takie jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz termin realizacji.

Istotą argumentacji zarzutu stawianego przez odwołującego oraz przywoływanego na jego poparcie orzecznictwa jest rozumienie pojęcia „weryfikacji" użytego w ustawie wymaga, aby zamawiający tak sformułował kryterium pozacenowe, aby w samej ofercie zamieszczano informacje obiektywne, możliwe do sprawdzenia przez zamawiającego albo też, aby na etapie oceny ofert zamawiający oceniał np. jakość i kompetencje zespołu dedykowanego do realizacji zamówienia. W ocenie składu orzekającego, w świetle brzmienia ustawy Pzp oraz odpowiednich przepisów unijnych, takie rozumienie w odniesieniu do kryteriów oceny ofert jest nieuprawnione. Przepisy krajowe, jak również unijne, wyraźnie rozróżniają bowiem poszczególne etapy sprawdzenia odpowiedniości oferentów i udzielenia zamówienia, obie te czynności są odrębnymi czynnościami i podlegają różnym przepisom (tak w wyroku z dnia 20 września 1988 r. w sprawie 31/87 Beentjes, Rec. str. 4635, pkt 15 i 16). Sprawdzenia odpowiedniości oferentów instytucje zamawiające dokonują bowiem według kryteriów możliwości ekonomicznych, finansowych i technicznych (zwanych „kryteriami wyboru jakościowego"). Natomiast zamówienia udziela się na podstawie kryteriów wymienionych w art. 36 ust. 1 dyrektywy, tj. bądź najniższej ceny, bądź najkorzystniejszej ekonomicznie oferty. Jako „kryteria udzielenia zamówienia" są więc wykluczone kryteria, które nie mają na celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, lecz są związane zasadniczo z oceną odpowiedniości oferentów w zakresie wykonania danego zamówienia (tak w Wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej C-532/06 Lianakis z dnia 24

stycznia 2008 r. Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon i Nikolaos Vlachopoulos przeciwko Dimos Alexandroupolis i innym). Tymczasem argumentacja odwołującego zmierza de facto do konieczności weryfikacji na etapie udzielenia zamówienia odpowiedniości wykonawców bądź warunków realizacji zamówienia, które w świetle motywu 104 dyrektywy również stanowi odrębny etap postępowania.

Zarzut stoi również w sprzeczności z literalnie wyrażonymi w ustawie i dyrektywach kryteriami jakościowymi. Przepisy dopuszczają bowiem stosowanie jako kryterium m. in. warunków dostawy takich jak termin, sposób czy czas dostawy. Zaskarżane kryterium odnosi się zaś wprost do czasu w którym świadczenie (usługa) będzie przez wybranego wykonawcę zrealizowana (dostarczona).

Ponadto art. 240 ust. 2 ustawy Pzp jasno wskazuje, że zamawiający weryfikuje i porównuje poziom oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawionych w ofertach. Wykluczenie tej możliwości i wprowadzenie wymogu przedmiotowej weryfikacji zaoferowanego świadczenia na etapie wyboru ofert, pod kątem wprowadzonych kryteriów udzielenia zamówienia, stałoby również w sprzeczności z podstawowymi zasadami systemu zamówień publicznych. Prowadziłoby bowiem do konieczności gromadzenia na etapie składania ofert środków niezbędnych do realizacji zamówienia, co w znaczący sposób ograniczyłoby konkurencyjność i dostępność zamówień, zwłaszcza dla sektora MŚP. Tymczasem zgodnie z motywem 104 preambuły do dyrektyw warunki realizacji zamówienia służą określeniu konkretnych wymogów dotyczących realizacji danego zamówienia. W przeciwieństwie do kryteriów udzielenia zamówienia, które stanowią podstawę oceny porównawczej jakości ofert, warunki realizacji zamówienia stanowią stałe, obiektywne wymogi niemające wpływu na ocenę ofert.

W konsekwencji uznać należy, że dopuszczono zastosowanie takich kryteriów które, podobnie jak w przypadku kryterium przewidzianego w tym postępowaniu, a dotyczącego wyboru konkretnego zestawu, nie będą możliwe do zweryfikowania na etapie postępowania, jednakże będą miały zastosowanie na etapie realizacji zamówienia publicznego. Co istotne, w zależności od tego który wariant (zestaw) wykonawca wybierze, w taki też sposób realizował będzie zamówienie, stąd nie ulega wątpliwości, że to czy swojego zobowiązania dotrzyma - zostanie zweryfikowane na etapie wykonania usług objętych przedmiotem zamówienia.

Powyższe rozwiązanie, w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp, należy uznać za w pełni dopuszczalne. Zwrócić należy uwagę, że ustawodawca nie wskazał momentu, w którym owa „weryfikacja" ma mieć miejsce. Gdyby zgodzić się z kolei z interpretacją przepisów, dokonaną przez odwołującego, koniecznym byłoby zrezygnowanie z

wielu powszechnie stosowanych kryteriów oceny ofert, takich jak okres gwarancji, rękojmi czy nawet termin realizacji zamówienia, których to nie sposób inaczej zweryfikować, niż podczas realizacji zawartej z wykonawcą umowy.

Tym samym nie sposób uznać, że dane kryterium nie może być zastosowane jedynie z tego powodu, że nie zawsze oświadczenie wykonawcy złożone w ofercie, może zostać poparte jakimś konkretnym dowodem już na etapie składania ofert. Ustawodawca nie ustanowił i nie opisał żadnej konkretnej procedury, która miałaby zostać przewidziana w dokumentacji zamówienia, celem weryfikacji oświadczenia wykonawcy zawartego w ofercie. W tym zakresie wskazuje wyłącznie, iż opisując kryteria pozacenowe zamawiający powinien określić sposób sprawdzenia informacji. W tym aspekcie zastosowanie znajdzie przepis art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, który nakazuje równe traktowanie wykonawców. Innymi słowy, jeśli zamawiający opisze w sposób szczegółowy i jednoznaczny pozacenowe kryterium oceny ofert, określi zasady na jakich będzie odbywała się owa ocena a zasady te będą równe dla każdego wykonawcy i każdy z nich składając oświadczenie określonej treści - będzie świadom tego w jaki sposób ową deklarację wypełnić, takie kryterium będzie zgodne z przepisami ustawy Pzp.

Nie sposób zgodzić się także z twierdzeniem, że samo oświadczenie wykonawcy, składane przez niego w ofercie, w którym to stwierdza, że przedmiot zamówienia zobowiązuje się wykonać w określony sposób (np. we wskazanym terminie, na określonych warunkach, czy jak w niniejszym przypadku w określony sposób czyli zapewniając usuwanie awarii i błędów w określonym czasie) jest jedynie nic nie znaczącą deklaracją, którą jak wskazuje odwołujący zamawiający może przyjąć wyłącznie „na wiarę". Nie można zapominać, że powyższe składane jest w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem potencjału, którym dany wykonawca dysponuje, jego możliwości w danym zakresie, przewidywanego sposobu realizacji zamówienia, w końcu też ze świadomością jakie konsekwencje wiążą się z faktem złożenia oświadczenia o treści niezgodnej z rzeczywistością (możliwość naliczenia kar umownych, brak uzyskania referencji w przypadku nienależytego wykonywania zamówienia). Jak trafnie zaznaczył zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w przypadku gdy wykonawca nie będzie realizował zamówienia zgodnie ze swoim zobowiązaniem, zawartym w ofercie w zakresie w jakim deklaruje wybór określonego zestawu, wykonawca ten zostanie obciążony karami umownymi w wysokości określonej w PPU.

Skład orzekający stoi na stanowisku, że ustawowy wymóg weryfikowalności kryterium oceny ofert, powinien być interpretowany w kontekście samego przedmiotu zamówienia, konkretnego kryterium pozacenowego oraz jego charakteru. W okolicznościach niniejszej sprawy, co podkreślił zamawiający na rozprawie, przedmiotem zamówienia jest świadczenie

usługi wsparcia i modyfikacji systemu, który już funkcjonuje, i z racji tego, że od jego poprawnego i ciągłego działania zależy praca innych systemów (system e-płatności integruje się z wieloma innymi systemami takimi jak: Krajowy Rejestr Sądowy, Krajowy Rejestr Karny, Księgi Wieczyste, Krajowy Rejestr Zadłużonych, Portal Rejestrów Sądowych, Elektroniczne Postępowanie Upominawcze, Zintegrowany System Rachunkowości i Kadr, w tym znaki opłaty sądowej, które wiążą się z wykonywaniem zadań mających istotne znaczenie dla funkcjonowania państwa), musi działać w sposób niezakłócony, a pojawienie się awarii lub błędu jest ryzykiem zagrażającym jego funkcjonowaniu. Z tego też powodu zamawiającemu zależy głownie na tym, aby wszelkie awarie czy błędy zostały zdiagnozowane i jak najszybciej

usunięte. Z kolei, aby w stopniu jak najwyższym ograniczyć taką możliwość, wymagania zamawiającego w tym zakresie są priorytetem. W konsekwencji kryterium czasu usunięcia awarii lub błędu jest bezwzględnie zasadne, a ustalona przez zamawiającego waga tego kryterium na poziomie 40 % uzasadniona jest tym, że szczególną wagę zamawiający przywiązuje do sposobu świadczenia tej usługi w znaczeniu, że szczególnie istotne jest dla niego niezakłócone działanie systemów.

Izba podziela w tym zakresie wywody zamawiającego, że jako gospodarz postępowania, to jego zadaniem jest dobór kryterium pozacenowego w taki sposób, aby przekładały się one na rzeczywistą korzyść dla zamawiającego, biorąc pod uwagę specyfikę danego zamówienia i określone preferencje co do jego wykonania. Czasami dla zamawiającego istotne będzie uzyskanie jak najniższej ceny, z kolei inne elementy będą miały znaczenie mniejsze, w innych przypadkach sama cena, bez zapewnienia odpowiedniej jakości wykonywanych usług, będzie ważyła znacznie mniej. Podobnie też, w omawianej sprawie, kluczowym będzie nie tyle za jaką cenę dany wykonawca zrealizuje tą usługę, ale na ile zapewni on stały i niezakłócony sposób działania całego systemu, a w razie wystąpienia awarii czy błędów, w sposób sprawny owe przeszkody usunie. W kontekście powyższego dowód przedłożony przez odwołującego - SWZ w postępowaniu organizowanym przez zamawiającego na „Usługę dla systemu KRS", w którym zamawiający w sposób odmienny opisał kryteria oceny ofert, nie jest dowodem, że zamawiający uznał, że kryteria ustalone w niniejszym postępowaniu są błędne czy też niezgodne z przepisami ustawy Pzp, ale że w odmienny sposób zidentyfikował swoje potrzeby, inne aspekty uznał za priorytetowe i wymagające dodatkowego punktowania.

Ponadto, Izba zwraca uwagę, że możliwość stosowania kryteriów, których weryfikacja odbywa się na etapie realizacji umowy, dopuszczono między innymi w treści przygotowanego na zlecenie i w konsultacji z Urzędem Zamówień Publicznych „Poradnika z katalogiem dobrych praktyk w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert" - dalej „Poradnik" (ver. 2, dostępny na stronie uzp.gov.pl). Dla wykonania robót budowlanych jako

przykładową, dobrą praktykę w zakresie kryterium pozacenowego wskazano zapewnienie przejezdności, a jako opis oceny oferty podano, by wykonawca określił w Formularzu oferty liczbę tygodni, w czasie których wykonawca zapewni przejezdność 1/2 pasa(ów) ruchu. Jako inny przykład kryterium podano „Użycie destruktu", zaś w polu opis sposobu przygotowania oferty zasugerowano, aby wykonawca określił w Formularzu oferty procent destruktu bitumicznego powstałego w ramach budowy obiektu, jaki zostanie wbudowany w warstwy bitumiczne obiektu (str. 59- 60 Poradnika). Z kolei dla zlecania usług odbioru odpadów komunalnych jako jedno z kryteriów wymieniono częstotliwość odbioru odpadów i promowanie odbiorów odpadów bądź wybranych frakcji odpadów z większą częstotliwością, zaś ocena w nim miała się odbywać poprzez podanie w Formularzu ofertowym liczby miesięcy, w których wykonawca będzie świadczył usługę opróżniania pojemników (str. 74 Poradnika).

Trafnie także zamawiający na rozprawie przywołał treść uchwalonej przez Radę Ministrów „Polityki zakupowej państwa" - dalej „Polityka zakupowa", która została przyjęta na podstawie art. 21 ust. 4 ustawy Pzp, Uchwałą nr 6 Rady Ministrów w sprawie przyjęcia polityki zakupowej państwa z dnia 11 stycznia 2022 r. (M.P. z 2022 r., poz. 125), w szczególności fragmenty odnoszące się do pozacenowych kryteriów oceny ofert. Na str. 109 tego dokumentu zauważono, iż „Z przykładowego wyliczenia kryteriów jakościowych zawartego w art. 242 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że kryteria jakościowe nie ograniczają się tylko do aspektów jakościowych. Mogą również dotyczyć np. aspektów społecznych, środowiskowych, innowacyjnych, organizacji i kompetencji kluczowego personelu oraz warunków kontraktowych takich, jak termin dostawy czy okres realizacji". Dalej w Polityce zakupowej, przy opisywaniu przykładowego katalogu aspektów społecznych, które mogą zostać uwzględnione przez zamawiającego jako kryteria oceny ofert, odwołano się do opracowania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Przykładowe społeczne i środowiskowe kryteria oceny ofert w zamówieniach publicznych" (dostępny na stronie internetowej uzp.gov.pl). W tymże opracowaniu z kolei wskazano w szczególności na możliwość premiowania zatrudnienia do realizacji zamówienia osób bezrobotnych, niepełnosprawnych lub innych defaworyzowanych lub większej ich liczby niż minimum określone przez zamawiającego. Sposób oceny w tych kryteriach, opisany w tym dokumencie miał polegać na przyznawaniu określonej liczby punktów, w zależności od tego ile takich osób wykonawca ma zamiar zatrudnić realizując dane zamówienie. Powyższa weryfikacja, a w rezultacie przyznanie określonej liczby punktów odbywa się na podstawie oświadczenia wykonawcy, zawartego w ofercie. Co istotne, i wymaga podkreślenia, wszystkie ww. dokumenty i podawane w nich przykłady w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert, nawiązują do etapu realizacji umowy, z kolei na etapie składania ofert wymagane jest złożenie przez wykonawcę stosownego oświadczenia.

Nie sposób także zgodzić się z poglądem, prezentowanym przez odwołującego, że kryterium „czas usunięcia awarii lub błędów" ma jedynie charakter pozorny z tego powodu, że wszyscy wykonawcy w tym postępowaniu zadeklarują, że spełniają warunki dla uzyskania maksymalnej liczby punktów, a w konsekwencji konkurować będą między sobą wyłącznie ceną. Twierdzenia powyższe należy uznać za gołosłowne, odwołujący bowiem nie przedstawił na tą okoliczność żadnych dowodów. Z kolei zamawiający, w piśmie procesowym - odpowiedzi na odwołanie przedstawił liczne przykłady, powołując się na szereg przeprowadzonych przez niego postępowań, których przedmiotem były zarówno usługi tożsame z przedmiotowym zamówieniem, jak i zamówienia o innym przedmiocie, gdzie zastosowano analogiczne kryterium oceny ofert, gdzie przy zastosowaniu kryterium „Czas usunięcia awarii lub błędów" wykonawcy, wbrew twierdzeniom odwołującego, konkurowali między sobą nie tylko ceną, ale warunkami proponowanymi w ramach tego kryterium (Dowód nr 4, załączony do odpowiedzi na odwołanie: Informacje z otwarcia ofert oraz informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty w przeprowadzonych przez zamawiającego postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego). Z dowodu tego jednoznacznie wynika, że powyższego kryterium nie można uznać za pozorne, przy którego zastosowaniu wszyscy wykonawcy uzyskują maksymalną ilość punków. Zawarte w nim zestawienia wskazują, że składający swoje oferty wykonawcy uzyskiwali w tych kryteriach różną liczbę punktów, w wyniku zaoferowania różnych możliwych wariantów określonych przez zamawiającego w SWZ.

Skład orzekający dostrzegł wprawdzie, że Sąd Okręgowy w Warszawie w dwóch orzeczeniach zaprezentował swoje

stanowisko w zakresie możliwości stosowania w postępowaniu pozacenowych kryteriów oceny ofert, których ocena opiera się na oświadczeniu wykonawcy zawartym w ofercie, jednakże co należy zauważyć powyższe orzeczenia zapadły przed uchwaleniem „Polityki zakupowej", która to wprost odnosi się w swojej treści do publikacji w których dopuszczono zastosowanie takich kryteriów pozacenowych, w których ostateczna weryfikacji informacji przedstawionych w ofertach odbywa się na etapie realizacji umowy, co nie oznacza jeszcze, że są one nieweryfikowalne w znaczeniu, jakie nadają temu pojęciu przepisy ustawy Pzp. Ponadto, skład orzekający przychyla się do stanowiska prezentowanego w glosie krytycznej dr Andrzeli Gawrońskiej-Baran: Z problematyki pozacenowych kryteriów oceny ofert. Glosa do wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie z 23.06.2021 r. XXIII Zs. 35/21 ora z 18.12.2020 r. XXIII Ga 1350/20, gdzie autorka zwróciła między innymi uwagę: „Jak można z dużym prawdopodobieństwem założyć, autorom przytoczonych komentarzy chodziło o to, aby kryteria były oparte na sprawdzalnych miernikach oraz aby odnosiły się do zobowiązań możliwych do wykonania. Nie można ich jednak odczytywać jako sprzeciw wobec kryteriów oceny ofert opartych na deklaracjach zawartych w ofertach na podstawie jednoznacznie

opisanego mechanizmu przyznawania punktacji. Byłby to sprzeciw wobec możliwości stosowania w większości zamówień, poza zamówieniami odnoszącymi się do przedmiotów istniejących w chwili składania ofert, kryteriów, które na etapie badania i oceny ofert są oparte na deklaracji wykonawcy, a nie ma możliwości weryfikacji, czy przyszłe świadczenie umowne na pewno spełni wymagania określone przez zamawiającego. Tymczasem chodzi o to, aby zamawiający, formułując kryteria, nawet najbardziej złożone oraz rozbudowane, zadbał o to, aby były one nie tyko mierzalne, ale skonstruowane w taki sposób, by wynik oceny oferty wykonawcy był dla niego wynikiem przewidywalnym".

Należy również podzielić obawy autorki publikacji, która zwraca uwagę, że „Interpretacja zaprezentowana przez Sąd Okręgowy w Warszawie może doprowadzić do kroku wstecz, czyli ograniczenia kryteriów oceny ofert do ceny, podczas gdy konsekwentnie ustawodawca od lat zobowiązuje zamawiających do stosowania kryteriów pozacenowych oceny ofert. Przyjęcie w praktyce za prawidłową oraz upowszechnienie interpretacji sądu okręgowego, w obawie przed zarzutami m.in. organów kontrolujących oraz ewentualnym zaskarżeniem w drodze środków ochrony prawnej, może także z dużym prawdopodobieństwem doprowadzić do nieuzasadnionego zawężenia kryteriów pozacenowych stosowanych w praktyce (m.in. w branży IT, dostawach, usługach czy robotach budowlanych), w tym wprost wymienionych w przepisach PrZamPubl, a które to co do zasady są deklarowane w ofertach i na tej podstawie następuje ich weryfikacja oraz sprawdzenie. Spośród bowiem przykładowo wskazanych wprost w art. 242 ust. 2 PrZamPubl jakościowych kryteriów oceny ofert niemożliwe byłoby zastosowanie większości z uwagi na to, że ocena ofert na ich podstawie z założenia jest oparta na deklaracji wykonawcy zawartej w ofercie".

W istocie należy podkreślić, że zbyt restrykcyjne podejście do weryfikowalności pozacenowych kryteriów oceny ofert czy też przez zamawiających, czy też w orzecznictwie może przynieść skutki, które będą niekorzystne dla systemu zamówień publicznych. Może zakończyć się to albo zbytnim skupianiem się zamawiających na cenie i tych kryteriach, które w ich pojęciu jawią się jako "bezpieczne" tj. takich, które są możliwe do weryfikacji na podstawie wskazanych przez nich dokumentów, opisanych w dokumentacji postępowania już na etapie oceny ofert, albo też może powodować mniejszą liczbę ważnych ofert. Wykonawcy nie będą bowiem skłonni przygotowywać wielu dodatkowych dokumentów żądanych przez zamawiających w celu zweryfikowania kryteriów albo nawet jeśli zechcą, to będą je składać z błędami, które w tym przypadku skutkować będzie mniejszą ich liczbą. Nie to było celem ustawodawcy, który wręcz wskazuje na konieczność stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert, pozwalających zamawiającemu nie tylko wybrać ofertę

najtańszą, ale też ofertę spełniającą jego oczekiwania co do sposobu czy jakości, w zależności od przedmiotu zamówienia.

Ponadto, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie sposób również nie odnieść się do kwestii wymagań formalnych, jakie wiążą się z wniesieniem odwołania, określonych w art. 516 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z cytowanym przepisem odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym to określone ww. przepisem wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych, zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Z kolei przepis art. 555 ustawy Pzp wprowadza zasadę, że Izba może orzekać wyłącznie co do zarzutów zawartych w odwołaniu. Przy tym należy zaznaczyć, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Zakaz orzekania ponad zarzuty sformułowane w odwołaniu związany jest z koniecznością takiego skonkretyzowania zarzutów w treści wniesionego odwołania, aby zarówno zamawiający wiedział jakie czynności wykonał niezgodnie z przepisami, lub też jakich czynności zaniechał i w związku z tym jakie przepisy naruszył. Treść i zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodność działania zamawiającego z ustawą (tak np. w wyroku z 4 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 500/20).

Wykonawca w odwołaniu musi zatem wskazać nie tylko treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, ale powinien w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności, celem potwierdzenia zasadności swoich twierdzeń. Jeśli tego nie zrobi, to takiego błędu nie da się naprawić poprzez uzupełnienie argumentacji w tym zakresie, zawartej w piśmie procesowym czy też na rozprawie. Gdyby bowiem dopuścić taką możliwość zamawiający nie mógłby przygotować się na odparcie zarzutów, czy też ewentualne uwzględnienie odwołania, z kolei przystępujący po jego stronie wykonawcy zostaliby pozbawieni szansy obrony swoich praw (często ich interes w przystąpieniu polega na tym, że bronią zasadności dokonania wyboru ich oferty, jako najkorzystniejszej w postępowaniu). Nie można też pomijać kwestii, że ustawodawca przewidział określone terminy graniczne, w których możliwe jest wniesienie odwołania, tym samym dopuszczenie możliwości rozszerzania zarzutów odwołania na rozprawie powodowałoby, że termin na złożenie odwołania zostałby wydłużony.

Tym samym, jeśli w treści samego odwołania wykonawca wyraźnie i wprost nie podniósł określonych okoliczności czy też argumentacji dla której Izba powinna uznać, że

dany zarzut jest uzasadniony - ich późniejsze wskazywanie nie może być brane pod uwagę przez Izbę przy orzekaniu, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu (tak też w wyroku z 16 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 433/18; wyroku z 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 431/20).

Mając na uwadze powyższe, podkreślenia wymaga, że odwołujący w zakresie wskazywanej podstawy prawnej zarzutów naruszenia szeregu przepisów tj. art. 16, art. 239 ust. 1, art. 240 ust. 2 i art. 246 ust. 1 ustawy Pzp), ograniczył się jedynie do ogólnych twierdzeń o tym, że zamawiający ustanowił kryteria pozorne oraz niemożliwe do zweryfikowania na etapie oceny ofert, podając jednocześnie przykłady postępowań w których zawarto kryteria, w jego ocenie obiektywne i możliwe do sprawdzenia na etapie dokonywania takiej oceny.

Odwołujący nie sformułował jednak w odwołaniu żadnych konkretnych zarzutów czy to odnoszących się do tego w jaki konkretnie sposób negowane kryteria oceny ofert naruszają zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości oraz zasadę proporcjonalności. Na podstawie odwołania nie wiadomo zatem dlaczego kwestionowane kryteria są nieprawidłowe w kontekście naruszenia zasad prawa zamówień publicznych określonych w art. 16 ustawy Pzp, z jakich powodów w tym konkretnym postępowaniu zamawiający miałby zastosować kryterium inne, sugerowane przez odwołującego i dlaczego to właśnie kryterium miałoby w stopniu lepszym odpowiedzieć na wymagania zamawiającego w zakresie dotyczącym pozyskania zamówienia o parametrach, które są przez niego oczekiwane.

Co istotne odwołujący na posiedzeniu zmodyfikował swoje żądania, domagając się nie tyle aby zamawiający wprowadził do SWZ kryterium o określonej, wskazanej w odwołaniu treści, ale aby ustanowił inne kryterium, osobno dla usług utrzymaniowych i rozwojowych, wraz z wprowadzeniem w treści dokumentu obiektywnych i jasnych zasad weryfikacji ofert w ramach tego kryterium. Przy tym dopiero na rozprawie usiłował wskazywać argumenty, które winny przemawiać za tym, że dla przedmiotowego zamówienia (złożonego nie tylko z elementu utrzymania, ale też polegające na konieczności rozwoju systemu), jak też wobec zapisów zawartych w PPU, w szczególności w zakresie przewidywanych kar umownych, przedmiotowe kryterium jest nieprawidłowe. Argumentację w tym zakresie Izba zobowiązana była pominąć, w świetle cytowanych wyżej przepisów odnoszących się do tego, że obowiązkiem odwołującego jest podniesienie wszelkiej argumentacji nie podczas rozprawy przed Izbą, ale na etapie odwołania. Próby rozszerzania zarzutów, które w tym przypadku zmierzały do zakwestionowania prawidłowości i zasadności przyjętego kryterium pozacenowego, należy uznać za niedopuszczalne, gdyż na obecnym etapie spóźnione.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający doszedł do przekonania, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 i § 5 pkt 1 i 2 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).

Przewodniczący: …….

Członkowie: …….