

WYROK

z dnia 24 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie **24 maja 2016 r.** w Warszawie odwołań wniesionych 2 maja 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

A. COIG S.A. z siedzibą w Katowicach – sygn. akt KIO 737/16

B. Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni – sygn. akt KIO 739/16

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup Systemu Zarządzania Zasobami Ludzkimi i Wynagrodzeń* (nr postępowania DOA-ZP-VII.271.59.2015)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Łódź**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni – w sprawie o sygn. akt KIO 737/16

B. COIG S.A. z siedzibą w Katowicach – sygn. akt KIO 739/16

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 737/16 i nakazuje zamawiającemu – Miastu Łódź: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a przy powtórnym wyborze oferty najkorzystniejszej według kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – przeprowadzenie oceny ofert w kryterium jakości zgodnie z zasadami określonymi w pkt 13.4 tej specyfikacji.
2. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 739/16.
3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 737/16 obciąża zamawiającego – **Miasto Łódź** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego** –

1

Sygn. akt: KIO 737/16 KIO 739/16

COIG S.A. z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania,

- 3.2. zasądza od **zamawiającego – Miasta Łódź** na rzecz **odwołującego – COIG S.A. z siedzibą w Katowicach** kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych wpisu od odwołania.

4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 739/16 obciąża **Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 737/16 KIO 739/16

Uzasadnienie

{KIO 737/16, KIO 739/16}

Zamawiający – Miasto Łódź – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup Systemu Zarządzania Zasobami Ludzkimi i Wynagrodzeń* (nr postępowania DOA-ZP-VII.271.59.2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 grudnia 2015 r. pod nr 2015/S_243-440954, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {<http://przetargi.bip.uml.lodz.pl>}, na której również od tego dnia udostępniono specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}, a także zmiany i wyjaśnienia jej treści.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

22 kwietnia 2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni {dalej również: „Asseco”}.

{KIO 737/16}

2 maja 2016 r. Odwołujący – COIG S.A. z siedzibą w Katowicach {dalej również: „COIG”} – wniósł w formie pisemnej odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od powyższej czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 – przez dokonanie oceny ofert niezgodnie z zasadami tej oceny określonymi w SIWZ, co w konsekwencji doprowadziło do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej według innych kryteriów niż określone w SIWZ, w tym zaniżenia oceny oferty COIG oraz zawyżenia oceny oferty Asseco w kryterium „Jakość”.
2. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 – przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Asseco, pomimo że z punktu widzenia kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą.

3

Sygn. akt: KIO 737/16 KIO 739/16

3. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 – przez zaniechanie wyboru oferty COIG jako najkorzystniejszej, pomimo że przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ przez Zamawiającego.
4. Art. 7 ust. 1 i ust. 3 – przez oparcie pracy komisji przetargowej oceniającej merytorycznie oferty wykonawców na osobach niezapewniających obiektywizmu.
5. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 – przez zaniechanie oceny ofert w postępowaniu w kryterium „Jakość” indywidualnie przez każdego z merytorycznych członków komisji przetargowej i przyjęcie za podstawę do wyboru oferty najkorzystniejszej ocen pani D.P. i pani D.M-S., które nie były ocenami indywidualnymi.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Asseco.
2. Powtórzenia oceny ofert według kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, tzn. zgodnie z zasadami wynikającymi z SIWZ, w szczególności, aby ocenie podlegały obszary ustalone we wzorze karty oceny ofert oraz aby członkowie komisji przetargowej oceniali oferty indywidualnie.
3. Wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{Uzasadnienie dla zarzutów 1-3}

W odwołaniu zrelacjonowano następujące okoliczności.

Zamawiający ustalił w SIWZ następujące kryteria oceny ofert {kolejno: nazwa kryterium – znaczenie procentowe – maksymalna liczba punktów jaką może otrzymać oferta}: 1. *Cena oferty brutto (C)* – 30% – 30 pkt. 2. *Jakość (J)* – 40% – 40 pkt. 3. *Funkcjonalność (F)* – 20% – 20 pkt. 4. *Prace dodatkowe (cena za roboczogodzinę) (PD)* – 10% – 10 pkt. Łącznie można było uzyskać 100 pkt.

Zamawiający następująco ocenił w powyższych kryteriach dwie złożone oferty:

1. COIG: C – 30,00 pkt, PD – 10 pkt, J – 19,22 pkt, F – 5,83 pkt, łącznie 65,05 pkt.
2. Asseco: C – 14,31 pkt, PD – 5,33 pkt, J – 37,92 pkt, F – 10,49 pkt, łącznie 68,05 pkt.

Z protokołu postępowania wynika, że w kryterium „Jakość”:

- Suma średnich ocen: COIG – 7,21, Asseco – 14,22
- Suma średnich ocen razy ilość członków komisji (liczba pkt): COIG – 122,50, Asseco – 241,75
- Maksymalna możliwa ilość pkt do zdobycia – 255,00

4

Sygn. akt: KIO 737/16 KIO 739/16

– Kryterium JAKOŚĆ: COIG – 19,22, Asseco – 37,92

Brzmienie pkt 13.4 SIWZ: *Zasady oceny ofert wg kryterium "Jakość" – w przypadku kryterium "Jakość" ocena ofert dokonana zostanie przez członków merytorycznych Zamawiającego na podstawie indywidualnej karty oceny prezentacji. Karta indywidualnej oceny prezentacji stanowi załącznik do niniejszego sposobu oceny ofert. Oferta otrzyma zaokrągloną do dwóch miejsc po przecinku ilość punktów wynikającą z działania $J = (J_i / J_{max}) \times 40$ gdzie:*

J – Ilość punktów jakie otrzyma badana oferta za kryterium "Jakość"

J max – Maksymalna możliwa do uzyskania ilość punktów za ocenę prezentacji w kryterium "Jakość" (15 x liczba członków merytorycznych)

J_i – Suma ilości punktów za ocenę prezentacji w kryterium "Jakość" przyznanych przez każdego członka merytorycznego

INDYWIDUALNA OCENA PREZENTACJI Lp Wymaganie Definicja – co podlega ocenie

Ocena

1 pkt 2 pkt 3 pkt 1 Wygląd aplikacji czytelność /

przejrzystość / szata graficzna

/ układ pól na ekranie 2 Intuicyjność w zakresie chronologia działań / logiczne działania

obsługi 3 Łatwość wprowadzania liczba operacji do uzyskania wyniku / czy danych/wykonywania system uwzględnia skróty klawiszowe poleceń

Nazewnictwo 4 język zrozumiały dla użytkownika np.: czy opis pól jest adekwatny dla modułu; czy stosowane skróty są zrozumiałe 5 Pomoc dla użytkownika z łatwością wyszukiwania

informacji / zawiera

poziomu aplikacji ścieżki postępowania Zdaniem Odwołującego przytoczone zasady oceniania ofert w kryterium „Jakość”

pozwalają członkom komisji przetargowej na bardzo subiektywną ocenę złożonych ofert.

Z uwagi na ten szeroki zakres subiektywizmu szczególnego znaczenie ma przestrzeganie w tym postępowaniu przez Zamawiającego określonej w art. 91 ust. 1 pzp zasady, zgodnie z którą zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny określonych w specyfikacji. Zamawiający, ustalając w SIWZ kryteria oceny ofert i zasady oceniania ofert w ramach poszczególnych kryteriów, winien na etapie oceny ofert bezwzględnie przestrzegać ustalonych zasad.

Odwołujący zarzucił, że wskutek niezgodnej z zasadami określonymi w SIWZ oceny ofert w kryterium jakości oferta COIG została oceniona zbyt nisko, a oferta Asseco zbyt wysoko, co spowodowało wybór jako najkorzystniejszej oferty Asseco zamiast oferty COIG. Odwołujący podniósł w szczególności, że gdyby oferty zostały ocenione przez Zamawiającego zgodnie z SIWZ (tzn. gdyby pod uwagę przy ocenie zostały wzięte te

5

Sygn. akt: KIO 737/16 KIO 739/16

aspekty, które ustalił Zamawiający w SIWZ), oferta Odwołującego otrzymałaby w kryterium jakości 20,78 pkt, natomiast oferta Asseco 36,24 pkt, co przełożyłoby się na zmianę

w sumarycznej punktacji – oferta COIG otrzymałaby 66,61 pkt, natomiast oferta Asseco otrzymałaby 66,37 pkt.

Odwolujący stwierdził na podstawie udostępnionych mu 28 kwietnia 2014 do wglądu kart oceny ofert załączonych do protokołu postępowania, że Zamawiający bezpodstawnie zmienił i rozszerzył aspekty brane pod uwagę przy ocenie w kryterium jakości, gdyż oceniane było w kolejnych wymaganiach {w zestawieniu z tym, co powyżej przytoczono jako element podlegający ocenie}:

(1) Wygląd aplikacji:

1. Czytelność raportów
2. Układ elementów graficznych na ekranie
3. Zastosowanie paska menu i paska narzędzi
4. Rozmieszczenie okien na ekranie aplikacji (kilka okien aktywnych – poruszanie się pomiędzy oknami)

(2) Intuicyjność w zakresie obsługi:

1. Chronologia wykonywania operacji / logiczne działanie
2. Sposób uzupełniania słowników

(3) Złożoność wprowadzania danych / wykonywania poleceń:

1. Liczba operacji/kroków potrzebnych do uzyskania oczekiwanego wyniku dla konkretnego działania
2. Konfigurowalność raportów
3. Personalizacja interfejsu użytkownika
4. Skróty klawiszowe (umożliwiające szybsze poruszanie się po aplikacji)

(4) Nazewnictwo:

1. Nazwy i opisy ikon używanych w aplikacji
2. Opis pól adekwatny do modułu
3. Stosowane skróty
4. Komunikaty i zapytania dla użytkownika

(5) Pomoc dla użytkownika z poziomu aplikacji:

1. Łatwość wyszukiwania
2. Ścieżki postępowania (np. komunikaty o błędnym wprowadzaniu danych, odpowiedź w jakim formacie)
3. Komunikaty i zapytania do użytkownika
4. Funkcje autouzupełniania (po wprowadzeniu minimalnego zakresu danych, aplikacja

Sygn. akt: KIO 737/16 KIO 739/16

podpowiada pozostałe

Odwolujący sprecyzował, że przy dokonywaniu oceny w kryterium jakości uwzględniono następujące aspekty, które nie były pierwotnie określone w SIWZ {wskazane pkt odnoszą się do wyliczenia z poprzedniego akapitu}:

- (1) Wygląd – pkt 3 i 4
- (2) Intuicyjność w zakresie obsługi – pkt 2
- (3) Złożoność wprowadzania danych – pkt 2 i 3
- (4) Nazewnictwo – pkt 1 i 4
- (5) Pomoc dla użytkownika z poziomu aplikacji – pkt 3 i 4.

Według Odwołującego gdyby w ocenie ofert pominąć punkty przyznane za powyższe aspekty, które nie zostały w SIWZ wskazane jako podlegające ocenie, punktacja w kryterium „Jakość” ukształtowałaby się następująco:

- Suma średnich ocen: COIG – 7,79, Asseco – 13,59
- Suma średnich ocen razy ilość członków komisji (liczba pkt): COIG – 132,50, Asseco – 231,75
- Maksymalna możliwa ilość pkt do zdobycia – 255,00
- Kryterium JAKOŚĆ: COIG – 20,78, Asseco – 36,24

Odwolujący podniósł również, że składając ofertę nie miał wątpliwości, że jego oferta podlegała będzie ocenie w tych aspektach, które zostały zdefiniowane przez Zamawiającego w obowiązującym wzorze karty oceny. Ocena w innych aspektach ma również jest istotnym naruszeniem wskazanych przepisów ustawy pzp z tego względu, że przedmiotem zamówienia jest system, który można modyfikować w zależności od preferencji użytkownika.

Gdyby Odwołującemu znane były aspekty, które były brane pod uwagę, mógłby tak dopracować swój produkt, aby maksymalnie zwiększyć swoje szanse na wysokie oceny swojej oferty w postępowaniu.

{Uzasadnienie dla zarzutów 4-5}

Zdaniem Odwołującego określenie, że karty oceny ofert będą „indywidualne” nie pozostawia miejsca na wątpliwości i musi być rozumiane w ten sposób, że każdy członek komisji oceni oferty samodzielnie, zgodnie ze swoją najlepszą wiedzą.

Dokonując wglądu do protokołu postępowania, Odwołujący ustalił, że komisja przetargowa przyjęła taki system pracy, w którym każdy członek komisji przy każdej ocenie punktowej zamieszczał krótkie uzasadnienie swojej decyzji o licznie przyznanych punktów.

Po szczegółowej analizie kart oceny poszczególnych członków komisji przetargowej, Odwołujący stwierdził, że karty ocen pani D.P. i Pani D.M-S. są tożsame. Identyczna jest

7

Sygn. akt: KIO 737/16 KIO 739/16

suma przyznanych punktów (co samo w sobie nie mogłoby stanowić podstawy dla zarzutów Odwołującego), ale identyczne są również uzasadnienia przyznawanej punktacji.

Odwołujący zarzucił, że oceny dokonane przez powyższe osoby nie były ocenami indywidualnymi, a przez to zostały dokonane niezgodnie z zasadami określonymi w SIWZ. Ocena była albo przygotowywana wspólnie, albo została przygotowana przez jednego członka komisji za obydwu członków. Zdaniem Odwołującego ocenianie ofert w taki sposób jest nieprawidłowe i narusza przepisy pzp wskazywane w części wstępnej odwołania.

Odwołujący stwierdził, że gdyby oceny dokonane przez powyższe osoby nie były uwzględnione przy ocenie ofert, jego oferta również zostałaby uznana za najkorzystniejszą, gdyż w kryterium „Jakość” COIG otrzymałby 20,71 pkt i sumarycznie 66,54 pkt, a Asseco – odpowiednio 36,27 pkt i 66,40 pkt.

W złożonej na posiedzeniu 24 maja 2016 r. odpowiedzi na odwołanie {datowanej na 16 maja 2016 r.} odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie, w następujący sposób odnosząc się do poszczególnych zarzutów.

{zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 pzp}

Zamawiający potwierdził treść pkt 13.4 SIWZ zacytowaną w odwołaniu. Zamawiający stwierdził, że wskazał, jakie elementy będzie brał pod uwagę w ramach oceny jakościowej oraz doprecyzował poszczególne podkryteria, które będzie brał pod uwagę {w tym miejscu przywołano nazwy poszczególnych wymagań i opis elementów podlegających ocenie według tabeli tzw. indywidualnej oceny prezentacji}.

Zamawiający uważa, że ocena dokonana członków komisji została wykonana zgodnie ze wzorem karty oceny załączonej do SIWZ, gdyż ocenie podlegało pięć aspektów {w tym miejscu przywołano nazwy wymagań}, zgodnie z ich definicjami zapisanymi w SIWZ.

Według Zamawiającego nie wprowadził nowych kryteriów, ani ich nie rozszerzył. Jednakże zawarte w pkt 13.4 SIWZ doprecyzowanie nie wyeliminowało pewnego zakresu subiektywności oceny dokonywanej samodzielnie przez członków komisji przetargowej. Jest to immanentna cecha tego rodzaju kryterium. Istotne jest, aby element swobodnej oceny członków komisji przetargowej mieścił się w przyjętych wcześniej ramach opisu tego kryterium oceny ofert („tak KIO 1825/14”), co zostało zachowane w tym postępowaniu.

Zamawiający podniósł, że w takim przypadku obowiązkiem członków komisji jest szczegółowe uzasadnienie liczby przyznanych punktów, motywów i przyczyn takiej oceny poszczególnych kryteriów i podkryteriów w ramach kryterium jakości. Podane w treści kart

8

Sygn. akt: KIO 737/16 KIO 739/16

indywidualnej oceny ofert opisy uzasadniające liczbę przyznanych punktów stanowią wskazanie motywów, jakimi kierowali się członkowie komisji przetargowej. Według Zamawiającego mieszczą się one w granicach wyznaczonych przez zawarty w SIWZ opis kryterium „Jakość”.

Zamawiający w następujący sposób odniósł, się do poszczególnych podkryteriów i uzasadnień przyznanej punktacji, w odniesieniu do pkt, których usunięcia domaga się Odwołujący.

(1) *Wygląd aplikacji*: pkt 3 (*Zastosowanie paska menu i paska narzędzi*) i 4 [*Rozmieszczenie okien na ekranie aplikacji (kilka okien aktywnych – poruszanie się pomiędzy oknami)*] zawierają się w ogólnej definicji podanej w SIWZ (*czytelność / przejrzystość / szata graficzna / układ pól na ekranie*), gdyż podlegają wszystkim powyższym aspektom, mają wpływ na szatę graficzną, decydują o czytelności i przejrzystości aplikacji, a dodatkowo rozmieszczenie okien na ekranie ma bardzo istotny wpływ na wygląd aplikacji.

(2) *Intuicyjność w zakresie obsługi* – pkt 2 (*Sposób uzupełniania słowników*) zawiera się w ogólnej definicji podanej w SIWZ (*chronologia działań / logiczne działanie*), gdyż sposób uzupełniania słowników jest bardzo ważny podczas wprowadzania danych i może zakłócać logiczne działanie oraz chronologię działań, powinien być intuicyjny dla użytkownika. Konieczność przerywania wprowadzania danych i wychodzenia z formatek służących do ich wprowadzania, tylko po to, aby uzupełnić słowniki o brakujące wartości, zaburza w sposób istotny logikę działania. Aplikacja charakteryzująca się intuicyjnością w zakresie obsługi powinna zapewnić prostą i szybką obsługę słowników.

(3) *Złożoność wprowadzania danych i wykonywania poleceń* – pkt 2 (*Konfigurowalność raportów*) i 3 (*Personalizacja interfejsu użytkownika*) zawierają się w ogólnej definicji podanej w SIWZ (*Liczba operacji do uzyskania wyniku / czy system uwzględnia skróty klawiszowe*), gdyż wpływają bezpośrednio na liczbę operacji niezbędną do uzyskania oczekiwanego wyniku. Sposób personalizacji interfejsu zaproponowany przez COIG jest bardzo złożony i nieprzyjazny dla użytkownika, co powoduje, że wprowadzanie danych i wykonywanie poleceń przez użytkownika, a co za tym idzie liczba operacji niezbędnych do uzyskania oczekiwanego wyniku, wymaga dużej liczby kroków.

(4) *Nazewnictwo* – pkt 1 (*Nazwy i opis ikon wykorzystywanych w aplikacji*) i 4 (*Komunikaty i zapytania do użytkownika np.: czy opis pól jest adekwatny do modułu; czy stosowane skróty są zrozumiałe*) zawierają się w ogólnej definicji podanej w SIWZ (*Język zrozumiały dla użytkownika*), gdyż w obydwu tych pkt Zamawiający oceniał aspekty językowe. Nazwy i opisy jednoznacznie kojarzą się z nazewnictwem. W ocenie pkt 4 Zamawiający brał pod uwagę zrozumiałość i czytelność komunikatów, poprawną składnię

9

Sygn. akt: KIO 737/16 KIO 739/16

językową.

(5) *Pomoc dla użytkownika z poziomu aplikacji* – pkt 3 (*Komunikaty i zapytania do użytkownika*) i 4 [*Funkcje autouzupełniania (po wprowadzeniu minimalnego zakresu danych, aplikacja podpowiada pozostałe)*] – zawierają się w ogólnej definicji podanej w SIWZ (*Łatwość wyszukiwania informacji / zawiera ścieżki postępowania*), gdyż niektóre komunikaty generowane przez system wprowadzały użytkownika w błąd, były mylące zamiast stanowić pomoc przy rozwiązaniu problemu. Autouzupełnianie danych w aplikacji jest formą pomocy dla użytkownika, między innymi w sposób istotny ogranicza możliwość popełnienia błędów.

Niezależnie od powyższego Zamawiający podkreślił, że zgodnie z definicją językową słowa „wygląd” (według „Słownika języka polskiego” PWN) to *zespół cech składających się na zewnętrzną część czyjąś lub czegoś*. Natomiast w świetle literatury informatycznej *Wygląd – interfejs powinien być podzielony na różne obszary przeznaczone do różnych celów*. Zamawiający dodał, że każdy, kto użytkuje jakiegokolwiek system czy aplikację informatyczną, zwraca uwagę na rozmieszczenie podstawowych dla użytkownika rzeczy tj. paska menu, paska narzędzi czy obszaru roboczego, i to ich przejrzystość stanowi między innymi o komforcie użytkowania danej aplikacji.

Ponadto w wymaganiu *Nazewnictwo* Zamawiający w SIWZ wskazał, że będzie oceniał język zrozumiały dla użytkownika, co też to uczynił: ocenił język zastosowany w zaprezentowanym systemie przez pryzmat analitycznych aspektów, takich jak: zastosowane nazwy i opisy ikon, treści w komunikatach i zapytaniach do użytkownika, zrozumiałość zastosowanych skrótów czy opisy językowe pól prezentowanych na ekranie monitora.

{zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 poprzez zaniechanie oceny ofert w kryterium jakości indywidualnie przez każdego z członków komisji przetargowej}

Dla Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że:

- zgodnie z zapisami SIWZ ocena w ramach kryterium jakości odbywała się w oparciu o indywidualną ocenę dokonywaną przez członków komisji przetargowej;
- co do zasady indywidualna ocena polega na tym, że każdy członek komisji przetargowej *ocenia osobiście według najlepiej rozumianej i posiadanej wiedzy i doświadczenia w ramach możliwych ocen.*

Zamawiający podniósł, że nigdzie w SIWZ nie określono (w tym w w pkt 13.4 SIWZ), jak ma wyglądać indywidualna ocena dokonywana przez członków komisji. Fakt, że dwie karty indywidualnej oceny pani D.P. i pani D.M-S. (odpowiadających za ten sam obszar zadań) są identycznej treści, nie przesądza, że nie jest to ich indywidualna ocena. Stanowi to

10

Sygn. akt: KIO 737/16 KIO 739/16

jedynie dowód, że w tym przypadku członkowie wypracowali wspólne stanowisko co do przyznania określonej liczby punktów za dane właściwości jakościowe. Według Zamawiającego zawarty w pkt 13.4 SIWZ zapis wskazuje, że zarówno dopuszczalne były indywidualne oceny poszczególnych członków, jak również oceny wypracowane wspólnie przez kilku członków. Jednakże przyjęcie takiej wspólnej oceny nie oznacza, że nie jest to indywidualna ocena członków, jak również nie wskazuje, że została ona przeprowadzona w sposób niezgodny, w tym sprzeczny z SIWZ. Zamawiający podkreślił, że SIWZ nie określał formy dokonania oceny *tj. czy indywidualne stanowiska każdego z członków czy wypracowanie wspólnych stanowisk poszczególnych członków.*

Zamawiający dodał, że do komisji są powołane osoby o różnych kwalifikacjach i specjalnościach, a wyżej wymienione osoby wykonują pracę w ramach jednego zespołu, *co predysponowało sporządzenie wspólnej oceny, w ramach kryterium jakości.*

6 maja 2016 r. wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej zgłoszenie przez Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Ponieważ powyższe przystąpienie zostało zgłoszone w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu przekazania jego kopii Stronom, a także nie zgłoszono co do niego opozycji, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia jego nieskuteczności.

Przystępujący Asseco wniósł o oddalenie odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego nie zostały również złożone w tym zakresie odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

11

Sygn. akt: KIO 737/16 KIO 739/16

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników postępowania odwoławczego (Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego), uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia i piśmie z 24 maja 2016 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ważną ofertę, która została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp dotyczą wybranej oferty, a zatem narażają Odwołującego na szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby realnie liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz rozpoznając sprawę w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

{ad pkt 1-3 listy zarzutów}

Izba zaznacza, że zarzuty wyszczególnione na wstępie odwołania w trzech pierwszych punktach stanowią w istocie jeden zarzut, o czym świadczy wskazanie na naruszenie tych samych przepisów, a przede wszystkim wspólne dla nich uzasadnienie.

Niesporne było, że członkowie komisji przetargowej dokonali oceny ofert w kryterium jakościowym wypełniając inny wzór karty indywidualnej oceny prezentacji niż zamieszczony w specyfikacji.

Zamawiający potwierdził na rozprawie, że treść pkt 13.4 s.i.w.z. nie uległa zmianie, a wzory kart, które zostały użyte przez członków komisji przetargowych nie były udostępniane wykonawcom.

W odwołaniu adekwatnie odzwierciedlono różnice pomiędzy obydwu wzorami kart. O ile nie uległa zmianie liczba i nazwa wymagań, o tyle zmienił się opis tego co podlega ocenie w ramach danego wymagania (co wyłącznie w s.i.w.z. określane było również mianem „definicji”). Zmieniła się liczba elementów podlegających ocenie dla wszystkich

12

Sygn. akt: KIO 737/16 KIO 739/16

wymagań z wyjątkiem pierwszego lub elementy te zostały opisane za pomocą innych sformułowań dla pierwszego wymagania (nie biorąc pod uwagę uzupełnień opisów zamieszczonych dla pierwotnie wskazanych elementów w trzecim, czwartym i piątym wymaganiu).

Dodać należy, że według karty z s.i.w.z. za dane wymaganie można było uzyskać 1, 2 lub 3 pkt, niezależnie od tego ile wyszczególniono dla niego elementów podlegających ocenie. Natomiast faktycznie ocena została dokonana w ten sposób, że 1, 2 lub 3 pkt przyznawano za elementy ujęte w odrębnych punktach w nowych kartach oceny. Specyficznym przypadkiem jest drugie wymaganie, gdzie dotychczasowe dwa elementy podlegające ocenie zostały ujęte w pierwszym pkt jako oceniane łącznie, natomiast nowy element pojawił się w drugim pkt.

Izba ustaliła, że w zamieszczonym w pkt 13.4 s.i.w.z. opisie sposobu oceny w kryterium jakości nie przewidziano, że:

- dla wymagania *Wygląd aplikacji* ocenie podlega *zastosowanie paska menu i paska narzędzi oraz rozmieszczenie okien na ekranie aplikacji (kilka okien aktywnych – poruszanie się pomiędzy oknami)*,
- dla wymagania *Intuicyjność w zakresie obsługi* ocenie podlega *sposób uzupełniania słowników*,
- dla wymagania *Złożoność wprowadzania danych / wykonywania poleceń* ocenie podlega *konfigurowalność raportów oraz personalizacja interfejsu użytkownika*,
- dla wymagania *Nazewnictwo* ocenie podlegają *nazwy i opisy ikon używanych w aplikacji oraz komunikaty i zapytania do użytkownika*,
- dla wymagania *Pomoc dla użytkownika z poziomu aplikacji* ocenie podlegają *komunikaty i zapytania do użytkownika oraz funkcje uzupełniania (po wprowadzeniu minimalnego zakresu danych, aplikacja podpowiada pozostałe)*.

Reasumując, Izba stwierdziła, że faktycznie członkowie komisji przetargowej dokonywali punktacji w odmienny sposób niż został opisany w s.i.w.z. – według systematyki elementów wymienionych w otrzymanych z niewiadomego źródła nowych wzorach kart indywidualnej oceny prezentacji. W konsekwencji uzasadnienia przyznanej punktacji odnosiły się do tych elementów, które nie są tożsame z elementami opisanymi jako podlegające ocenie w s.i.w.z.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przy czym ta ostatnia zawiera opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się

13

Sygn. akt: KIO 737/16 KIO 739/16

kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert (art. 36 ust. 1 pkt 13 pzp). Ponadto według art. 7 ust. 1 pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Ustalone powyżej okoliczności jednoznacznie wskazują, że Zamawiający naruszył art. 91 ust 1 pzp, gdyż dokonał oceny ofert w odniesieniu do elementów branych pod uwagę przy ocenie poszczególnych wymagań w sposób odmienny niż opisany w udostępnionej wykonawcom s.i.w.z.

Dla stwierdzenia tego naruszenia nie ma znaczenia, czy nowy opis elementów podlegających ocenie stanowi racjonalne z punktu widzenia celu ustanowionego kryterium jakościowego doprecyzowanie sposobu oceny poszczególnych wymagań. Na etapie oceny ofert niedopuszczalna jest zmiana sposobu oceny w stosunku do ostatecznej treści s.i.w.z., co zawsze musi nastąpić przed upływem terminu składania ofert. Prowadzenie postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i przestrzeganie uczciwej konkurencji (a także pisemność postępowania wynikająca z art. 9 ust. 1 i przywołanego powyżej art. 36 ust. 1 pkt 13 pzp) wymagają, aby potencjalni wykonawcy w pełni mogli zapoznać się przed złożeniem oferty ze sposobem oceny ofert w ramach przyjętych kryteriów. Jest to jeden z kluczowych aspektów, który ma wpływ nie tylko na treść składanych ofert, ale i na decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu, gdyż potencjalny wykonawca może ocenić swoje szanse na uzyskanie zamówienia. Treść s.i.w.z. jest wiążąca zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawców. Zamawiający nie może zatem oceniać ofert w sposób odmienny od opisanego w s.i.w.z., a wykonawca nie może się tego domagać.

Zamawiający podnosił na rozprawie, że przyjęty ostatecznie sposób oceny kryterium jakościowego, który jego zdaniem polegał na daniu członkom komisji materiałów pomocniczych, służył sprawnemu przebiegowi oceny ofert, zapewnieniu obiektywizmu, równemu traktowaniu wykonawców oraz zmniejszeniu subiektywizmu oceny komisji przetargowej. Argumentacja taka nie mogła odnieść zamierzonego skutku, gdyż w tej sprawie przedmiotem rozpoznania nie jest wartościowanie według takich kryteriów zmienionego opisu sposobu oceny, a to, czy ocena ofert została dokonana w sposób opisany w s.i.w.z. Odmienne przedstawiałyby się sytuacja, gdyby Zamawiający dokonał takiej zmiany treści s.i.w.z., a Odwołujący domagałby się utrzymania dotychczasowego sposobu oceny ofert. Jeżeli Zamawiający uznał sposób oceny zapisany w s.i.w.z. za wymagający skorygowania pod tymi względami, mógł i powinien to uczynić w drodze zmiany treści s.i.w.z., a nie przez dostarczenie członkom komisji przetargowej na etapie oceny tzw. materiałów roboczych, a *de facto* nowych wzorów kart oceny prezentacji. Taki

14

Sygn. akt: KIO 737/16 KIO 739/16

sposób postępowania rodzi wątpliwości, czy ocena ta nie została ukierunkowana pod kątem tej oferty, która bardziej odpowiada Zamawiającemu.

W konsekwencji nie zasługuje również na uwzględnienie argumentacja, że jeżeli dodany element podlegający ocenie mieści się w zbiorze desygnatów nazwy danego wymagania, takie doprecyzowanie sposobu oceny należy uznać za pożądane i dopuszczalne. Podobnie nieprzekonujące jest twierdzenie jakoby dodane elementy podlegające ocenie zawierały się w tzw. definicji wymagań podanych w s.i.w.z. Należy zauważyć, że to co w s.i.w.z. określono mianem „definicji” wymagania stanowi w istocie mniej lub bardziej hasłowe wskazanie elementów, które składają się na dane wymaganie. Tym samym ze zbioru potencjalnych elementów, które mogłyby kryć się za nazwą danego wymagania zdecydowano się wskazać właśnie takie, a innych nie, kształtując określony w s.i.w.z. sposób oceny kryterium jakościowego.

W konsekwencji:

– jeżeli intuicyjność w zakresie obsługi zdecydowano się oceniać przez pryzmat chronologii wykonywania operacji i logicznego działania {takie doprecyzowanie elementów wskazanych w s.i.w.z. nie było przedmiotem sporu}, nie ma znaczenia, czy w ramach tego wymagania racjonalne, możliwe lub pożądane jest również ocenianie sposobu uzupełniania słowników, gdyż takiego elementu w s.i.w.z. nie wskazano;

– jeżeli złożoność wprowadzania danych i wykonywania poleceń zdecydowano się oceniać przez pryzmat liczby operacji (kroków) potrzebnych do uzyskania oczekiwanego wyniku dla konkretnego działania oraz skrótów klawiszowych umożliwiających szybsze poruszanie się po aplikacji {takie doprecyzowanie elementów wskazanych w s.i.w.z. nie było przedmiotem sporu}, nie ma znaczenia, czy w ramach tego wymagania racjonalne, możliwe lub pożądane jest również ocenianie konfigurowalności raportów czy personalizacji interfejsu użytkownika, gdyż takich elementów w s.i.w.z. nie wskazano;

– jeżeli użycie języka zrozumiałego dla użytkownika (tzw. nazewnictwo) zdecydowano się oceniać przez pryzmat adekwatności opisu pól do modułu i zrozumiałości stosowanych skrótów, nie ma znaczenia, czy w ramach tak nazwanego wymagania racjonalne, możliwe lub pożądane jest również ocenianie nazw i opisów ikon używanych w aplikacji czy komunikatów i zapytań kierowanych do użytkownika, gdyż takich elementów w s.i.w.z. nie wskazano (nie jest wystarczające poprzedzenie wymienionych elementów sformułowaniem „na przykład”, gdyż nie precyzuje innych elementów niż wskazane);

– jeżeli pomoc dla użytkownika z poziomu aplikacji zdecydowano się oceniać przez pryzmat łatwości wyszukiwania oraz zawartych ścieżek postępowania, nie ma znaczenia, czy w ramach tego wymagania racjonalne, możliwe lub pożądane jest ocenianie również

15

Sygn. akt: KIO 737/16 KIO 739/16

komunikatów i zapytań kierowanych do użytkownika czy działania funkcji autouzupełniania.

Mniej oczywista i uchwytna jest zmiana sposobu oceny wyglądu aplikacji. Z jednej strony Odwołujący nie kwestionuje doprecyzowania czytelności jako odnoszącej się do raportów, a ocenę układu elementów graficznych na ekranie uznaje za mieszczącą się w tzw. definicji, która jako najbardziej zbliżony element wskazuje układ pól na ekranie. Z drugiej strony enigmatyczna jest argumentacja Zamawiającego jakoby zastosowanie paska menu i paska narzędzi oraz rozmieszczenie okien i poruszanie się między aktywnymi oknami na ekranie aplikacji podlegało „wszystkim powyższym aspektom” (czyli czytelności, przejrzystości, szacie graficznej i układowi pól na ekranie). Z kolei Przystępujący utożsamia szatę graficzną z układem elementów graficznych na ekranie, a układ pól na ekranie z rozmieszczeniem okien i poruszaniem się pomiędzy aktywnymi oknami na ekranie aplikacji. W ocenie Izby powyższa argumentacja Zamawiającego i Przystępującego odnośnie tego wymagania, rozpatrywana łącznie, nie jest niespójna. Zamawiający w s.i.w.z. nie sprecyzował, że w ramach wyglądu aplikacji będzie oceniał zastosowanie paska menu i paska narzędzi. Z kolei układ pól na ekranie bardziej zbliżony jest do układu elementów graficznych na ekranie. Jednakże hasłowe wskazanie, że ocenie podlega czytelność, przejrzystość i szata graficzna aplikacji pozwala na ocenę tych cech w odniesieniu do takich elementów wyglądu aplikacji jak paski czy okna.

Powinno się to jednak odbyć, podobnie jak ocena każdego z wymagań, w ramach przyjętego sposobu oceny, czyli polegać na samodzielnym podciągnięciu przez danego członka komisji okoliczności stwierdzonych podczas prezentacji pod element podlegający ocenie w ramach wymagania opisanego w s.i.w.z., w tym wartościowaniu znaczenia danego elementu przyznania za wymaganie 1, 2 lub 3 pkt.

Wobec ustalonego powyżej odbiegania przyjętego sposobu oceny w stosunku do opisanego w s.i.w.z. za nieuprawnione należy uznać zawarte w odwołaniu wyliczenia liczby punktów, które powinny zostać przyznane COIG i Asseco. Z uwagi na niewątpliwy (a przy tym niesporny) szeroki margines swobody oceny członków komisji według sposobu oceny opisanego w s.i.w.z., nie sposób stwierdzić, jak dokładnie zmieni się punktacja w kryterium jakości, a w konsekwencji, która oferta będzie najkorzystniejsza po uwzględnieniu niespornej oceny w pozostałych kryteriach. Oznacza to jednak, że dotychczasowy sposób oceny podlega uchyleniu, gdyż wpłynął na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

{ad pkt 4-5 listy zarzutów}

Sygn. akt: KIO 737/16 KIO 739/16

w uzasadnieniu odwołania nie przedstawiono żadnych okoliczności dotyczących rzekomego oparcia pracy komisji przetargowej na osobach niezapewniających obiektywizmu.

Z kolei zarzut dokonania przez dwie członkinie komisji oceny wspólnej zamiast indywidualnej Łzba uznała za zarzut alternatywny w stosunku do zarzutu dokonania oceny niezgodnie z zasadami oceny ofert określonymi w s.i.w.z. Według treści uzasadnienia odwołania uwzględnienie tych zarzutów miałoby bowiem prowadzić do odmiennych rezultatów w zakresie oceny ofert. Skoro Odwołujący wnioskuje o nakazanie ponownej oceny ofert zgodnie z zasadami określonymi w s.i.w.z., nie może jednocześnie domagać się, aby polegało to na wyłączeniu z prac komisji dwóch osób zasiadających w tym gremium.

Nie sposób jednak nie zauważyć, że Zamawiający *de facto* w odpowiedzi na odwołanie potwierdził fakt dokonywania przez osoby wymienione w odwołaniu wspólnej, a nie indywidualnej oceny prezentacji. Zupełnie nieprzekonująca jest ekwilibrystyka słowna Zamawiającego, który choć przyznaje, że identyczna treść uzasadnień podanych przez dwie różne osoby dowodzi ich współpracy, jednocześnie uznaje to za swoistą odmianę indywidualnej oceny, a w innym miejscu uznaje taką współpracę za przejaw formy wyrażenia indywidualnej oceny.

Mając powyższe na uwadze, Łzba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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 Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego.

{KIO 739/16}

Sygn. akt: KIO 737/16 KIO 739/16

2 maja 2016 r. Odwołujący Asseco Data Systems S.A. {dalej również: „Asseco”} wniósł w formie pisemnej odwołanie do Prezesa Krajowej Łzby Odwoławczej (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie pzp., tj. zaniechania odrzucenia oferty COIG, pomimo, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zarzucając Zamawiającemu, że naruszył przez to art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia badania i oceny ofert.
2. Odrzucenia oferty COIG jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
3. Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący w następujący sposób sprecyzował spełnianie wymogów wynikających z art. 179 ust. 1 pzp.

Według Odwołującego posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż wybór jego oferty przez Zamawiającego nie ma obecnie charakteru ostatecznego, gdyż jedyny konkurent, tj. COIG (który zajął drugą pozycję w klasyfikacji ofert), jest uprawniony do wniesienia odwołania, co może spowodować zmianę wyniku postępowania przetargowego.

Odwołujący podniósł, że zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej wymaga, aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone w zasadzie po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Powyższa zasada nie zawiera wyłączeń dla wykonawców, którzy złożyli najkorzystniejsze oferty. Odmówienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę uprawnienia do złożenia odwołania uniemożliwiłoby takiemu wykonawcy kontrolę prawidłowości ofert złożonych przez konkurencję i właściwie stawało w korzystniejszej sytuacji wykonawców, którzy złożyli mniej korzystne oferty.

Odwołujący wskazał, że na znaczenie zasady koncentracji środków ochrony prawnej Krajowa Izba Odwoławcza wskazała m.in. w orzeczeniach z 9 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1646/11) oraz z 9 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 157/11).

Odwołujący powołał się na to, że zgodnie z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej, wobec uchybienia przez Zamawiającego obowiązku odrzucenia oferty COIG, zmuszony jest wnieść odwołanie. Brak reakcji Odwołującego na tym etapie postępowania może spowodować potem zarzut spóźnionego działania Odwołującego, z uwagi na fakt, że powziął informację o zaniechaniu odrzucenia oferty COIG z chwilą ogłoszenia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

18

Sygn. akt: KIO 737/16 KIO 739/16

Powyższe według Odwołującego przekłada się na jego interes i możliwość zaistnienia po jego stronie szkody w postaci możliwości utraty przedmiotowego zamówienia, a więc korzyści materialnej związanej z jego uzyskaniem. Gdyby Zamawiający nie zaniechał odrzucenia oferty COIG, obecnie Odwołujący byłby jedynym uczestnikiem postępowania przetargowego, który złożył najkorzystniejszą ofertę.

Odwołujący podniósł, że na Zamawiającym ciąży obowiązek rozpatrzenia wszystkich ofert z uwzględnieniem przepisów obligujących do wykluczenia wykonawców lub odrzucenia ofert w sytuacjach wskazanych w pzp, do czego nie doszło w tym postępowaniu względem oferty COIG.

W konsekwencji istnieje sytuacja zagrażająca interesowi Odwołującego, gdyż jest ryzyko, że COIG, który uzyskał o ok. 3 pkt mniej od Asseco, złoży odwołanie, którym doprowadzi do zmiany w rankingu ofert, choć oferta COIG winna zostać odrzucona. Sytuacja ta może prowadzić do powstania szkody po stronie Odwołującego w postaci możliwości utraty przedmiotowego zamówienia.

Z uwagi na powyższe Odwołujący, pomimo korzystnego dla niego wyniku postępowania, nie może biernie czekać z kwestionowaniem zaniechań Zamawiającego w stosunku do konkurencyjnej oferty, szczególnie ze względu na fakt, że wpływa to na możliwość utraty przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia i utrzymania jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podsumował, że zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp posiada więc legitymację do wniesienia odwołania, gdyż ma interes w uzyskaniu tego zamówienia oraz jednocześnie może ponieść szkodę (w przypadku wniesienia przez COIG odwołania, którego uwzględnienie doprowadzi do niekorzystnej dla Odwołującego zmiany w rankingu ofert), a ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów pzp.

Ponadto Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał okoliczności prawne i faktyczne, które jego zdaniem uzasadniają podniesienie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty COIG z naruszeniem powyżej wskazanych przepisów.

6 maja 2016 r. wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej zgłoszenie przez COIG S.A. z siedzibą w Katowicach przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Ponieważ powyższe przystąpienie zostało zgłoszone w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu przekazania jego kopii Stronom, a także nie zgłoszono co do niego opozycji, Izba

19

nie miała podstaw do stwierdzenia jego nieskuteczności.

Przystępujący COIG wniósł o oddalenie odwołania.

24 maja 2016 r. na posiedzeniu Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie {datowaną na 16 maja 2016 r.}, w której oświadczył, że uznaje odwołanie w całości.

Przystępujący COIG na posiedzeniu zgłosił do protokołu sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego nie zostały również złożone w tym zakresie odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, wobec zgłoszonego sprzeciwu sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie (stosowanie do art. 186 ust. 4 pzp), podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników postępowania odwoławczego (Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego), uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia i piśmie z 17 maja 2016 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Z przywołanego przepisu

20

Sygn. akt: KIO 737/16 KIO 739/16

wynika zatem, że po stronie wykonawcy wnoszącego odwołanie kumulatywnie muszą wystąpić dwie przesłanki, po pierwsze – interes w uzyskaniu zamówienia objętego danym postępowaniem o udzielenie zamówienia, po drugie – szkoda pozostająca w związku z zarzucanym zamawiającemu naruszeniem przepisów ustawy pzp. Łączne zaistnienie tych przesłanek warunkuje skuteczność wniesionego przez wykonawcę odwołania.

W ocenie Izby o ile Odwołujący w oczywisty sposób legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o tyle nie wystąpiła po jego stronie szkoda, gdyż oferta Odwołującego została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Wystąpienie tej szkody nie może być rozpatrywane hipotetycznie, w zależności od tego, czy inny wykonawca uczestniczący w postępowaniu może złożyć odwołanie, które może podważyć dotychczasowy wynik postępowania. Dopiero jeżeli w wyniku rozpatrzenia takiego odwołania wynik ten uległby zmianie na skutek nowej czynności zamawiającego, po stronie wykonawcy, którego wybór oferty został unieważniony, występuje realna szkoda. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Gliwicach w uzasadnieniu wyroku z 9 stycznia 2015 r. (sygn. akt X Ga 343/14; niepubl.) dopóki w ramach dokonanej oceny ofert oferta wykonawcy jest uznana za najkorzystniejszą, dopóty żadna z niżej sklasyfikowanych ofert nie może wyrządzić szkody.

Sąd trafnie również zwrócił uwagę, że wnoszenie odwołań nie może być uzasadnione wyłącznie zasadą koncentracji środków ochrony prawnej, gdyż powodowałoby to występowanie sytuacji, w której każdy z wykonawców z obawy przed zaskarżeniem jego pozycji w rankingu byłby zmuszony skarżyć niedoskonałości każdej z ofert złożonych w postępowaniu. Tymczasem składanie środków ochrony prawnej w stosunku do ofert i wykonawców, którzy zajmują niższą pozycję, jest zbędne również mając na uwadze zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, gdyż w razie ponownej oceny ofert dopiero na tę czynność będzie przysługiwało odwołanie.

Skład orzekający podzielił również stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Gliwicach, że w takim przypadku termin na wniesienie odwołania reguluje art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp, a termin ten rozpocznie bieg od przesłania przez zamawiającego informacji o wyniku powtórzonej czynności.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, uzupełniając wskazać należy, że w razie niekorzystnego dla niego wyniku powtórnej oceny ofert, nie ma podstaw, aby jego odwołanie zostało odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp jako wniesione po upływie terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp, gdyż o zaniechaniu odrzucenia oferty COIG wiedział już uprzednio. Przesłanki odrzucenia odwołania nie mogą być rozpatrywane w oderwaniu od tego, czy wykonawca, który nawet powziął informację

21

Sygn. akt: KIO 737/16 KIO 739/16

o okolicznościach mogących stanowić podstawę wniesienia odwołania, mógł skutecznie wnieść takie odwołanie z uwagi na art. 179 ust. 1 pzp. Odwołanie nie może zostać uznane za spóźnione, jeżeli uprzednio wykonawca nie był legitymowany do jego wniesienia, choćby z uwagi na brak po jego stronie szkody, gdyż jego oferta była wtedy uznana za najkorzystniejszą. W przypadku Asseco, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, szkoda ta realnie wystąpi dopiero jeżeli w wyniku powtórzonych czynności wybrana zostanie oferta COIG.

Podkreślić również należy, że zasada koncentracji środków ochrony prawnej nie została wprost wyrażona w żadnym przepisie ustawy pzp, a w orzecznictwie jest wywodzona niejednolicie na podstawie różnych przepisów.

Stwierdzenie braku po stronie Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp jest konieczną, a zarazem wystarczającą podstawą oddalenia odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp, z uwzględnieniem art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a pzp, obciążając Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się wpis, zaliczony do tych kosztów zgodnie z § 3 pkt 1 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:

22