

Sygn. akt: KIO 1222/24
KIO 1227/24

WYROK

Warszawa, dnia 25 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 kwietnia 2024 r. przez:

A. wykonawcę TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (KIO 1222/24)

B. wykonawcę New Amsterdam Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (KIO 1227/24)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Nisko

przy udziale:

A. uczestnika po stronie odwołującego (KIO 1222/24, KIO 1227/24) – wykonawcy TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

B. uczestnika po stronie zamawiającego (KIO 1222/24, KIO 1227/24) – wykonawcy DEKO-BAU Sp. z o.o. z siedzibą w Lubinie

orzeka:

I. KIO 1222/24

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego nr 5.

2. W zakresie pozostałych zarzutów oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i:

3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

II. KIO 1227/24

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego New Amsterdam Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i:

2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 1222/24
KIO 1227/24

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Nisko (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa wystawy multimedialnej „Zalew Wiedzy” w Centrum Edukacji Multimedialnej wraz z robotami w zakresie docieplenia i elewacji”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało

opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 marca 2024 r. pod nr 2024/BZP 00227549/01.

I. W dniu 9 kwietnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostały wniesione odwołania przez:

A.wykonawcę TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (sygn. akt KIO 1222/24) – dalej „Odwołujący 1”,

B.wykonawcę New Amsterdam Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 1227/24) – dalej „Odwołujący 2”.

KIO 1222/24

Odwołujący 1 wniósł odwołanie wobec:

- nieobiektywnego, niezapewniającego zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz nieprzejrzystego badania i ocena ofert;
- zaniechania odrzucenia oferty Deko-Bau sp. z o. o.;
- wyboru oferty Deko-Bau sp. z o. o. jako najkorzystniejszej;
- bezpodstawnego ograniczenia Odwołującemu 1 dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia w postaci załączników do ofert wykonawców New Amsterdam sp. z o. o., Trias AVI sp. z o. o. i Deko-Bau sp. z o. o. w zakresie próbek nr 1 i 2 poprzez bezpodstawny brak ich udostępnienia Odwołującemu 1 wraz z ofertami wykonawców, stanowiącymi załączniki do protokołu postępowania, w szczególności z uwagi na błędne uznanie, iż skutecznie zastrzeżono w tym zakresie tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący 1 zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”):

- 1.art. 16 pkt 1) i pkt 2) ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie polegające na przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieprzejrzysty, co przejawiało się w badaniu, a następnie ocenie ofert, w tym próbek w sposób nieobiektywny, z zastosowaniem różnych kryteriów oceny, wymagań formalnych i wytycznych wobec poszczególnych wykonawców, zastosowaniem do poszczególnych wykonawców kryteriów oceny, wymagań formalnych i wytycznych z różnym poziomem rygorystyki formalnego, braku oparcia się na opisie przedmiotu zamówienia, wiedzy historycznej i technicznej w zakresie badania i oceny próbek i ofert, a oparciu się w tym zakresie na kryteriach dowolnie przyjętych i odbiegających od zapisów SWZ, ocenę bez zastosowania wskazanego w SWZ wzoru dla oceny kryterium jakościowego, co miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem doprowadziło do nieadekwatnej punktacji próbek i ofert wykonawców, to jest do zaniżenia punktacji próbki i oferty Odwołującego 1 i zawyżenia punktacji próbek i ofert pozostałych wykonawców, co z kolei doprowadziło do niezasadnego wyboru oferty Deko-Bau sp. z o. o. jako najkorzystniejszej oraz braku wyboru oferty Odwołującego 1 jako najkorzystniejszej;
- 2.art. 17 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i dopuszczenie do wykonania czynności związanych z przeprowadzeniem postępowania, polegających na badaniu i ocenie próbek oraz ofert, przez osoby niezapewniające bezstronności i obiektywizmu, co wynika ze stosowania przez członków Zespołu oceniającego różnych kryteriów oceny, wymagań formalnych i wytycznych wobec poszczególnych wykonawców, zastosowaniem do poszczególnych wykonawców kryteriów oceny, wymagań formalnych i wytycznych z różnym poziomem rygorystyki formalnego, braku oparcia się na opisie przedmiotu zamówienia, wiedzy historycznej i technicznej w zakresie badania i oceny próbek i ofert, a oparciu się w tym zakresie na kryteriach dowolnie przyjętych i odbiegających od zapisów SWZ, ocenę bez zastosowania wskazanego w SWZ wzoru dla oceny kryterium jakościowego, co miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem doprowadziło do nieadekwatnej punktacji próbek i ofert wykonawców, to jest do zaniżenia punktacji próbki i oferty Odwołującego 1 i zawyżenia punktacji próbek i ofert pozostałych wykonawców, co z kolei doprowadziło do niezasadnego wyboru oferty Deko-Bau sp. z o. o. jako najkorzystniejszej oraz braku wyboru oferty Odwołującego 1 jako najkorzystniejszej;
- 3.art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) i pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, zaniechanie odrzucenia oferty Deko-Bau spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i uznanie, że oferta ww. wykonawcy jest zgodna z dokumentami zamówienia, pomimo iż treść ww. oferty jest niezgodna z wymogami SWZ, w szczególności z uwagi na brak przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych w postaci próbki 1 i próbki 2 o treści zgodnej ze wskazaną w SWZ oraz brak uwzględnienia w treści przedłożonych próbek wymogu

SWZ do zapewnienia dostępności wystawy do osób ze szczególnymi potrzebami;

4.art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w oderwaniu od i z pogwałceniem kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia oraz poprzez wybór oferty, która winna była zostać odrzucona, a co za tym idzie bezpodstawne, niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, dokonanie wyboru oferty wykonawcy Deko-Bau spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zamiast oferty Odwołującego 1;

5.art. 18 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 1, 3 i 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne, niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, ograniczenie Odwołującemu 1 dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia w postaci załączników do ofert wykonawców New Amsterdam sp. z o. o., Trias AVI sp. z o. o. i Deko-Bau sp. z o. o. w zakresie próbek nr 1 i 2 poprzez bezpodstawny brak ich udostępnienia Odwołującemu 1 wraz z ofertami wykonawców, stanowiącymi załączniki do protokołu postępowania, w szczególności z uwagi na błędne uznanie, iż skutecznie zastrzeżono w tym zakresie tajemnicę przedsiębiorstwa, co miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem znacznie utrudniło Odwołującemu 1 weryfikację prawidłowości badania i oceny ofert oraz wyboru ofert najkorzystniejszej i obronę swych racji w postępowaniu odwoławczym.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

–unieważnienia czynności polegających na:

a)badaniu i ocenie ofert, w tym próbek, wszystkich wykonawców;

b)wyborze oferty najkorzystniejszej;

c)ograniczeniu dostępu do (utajnieniu) załączników do ofert wykonawców New Amsterdam sp. z o. o., Trias AVI sp. z o. o. i Deko-Bau sp. z o. o. w postaci próbek nr 1 i 2;

–powtórzenia czynności w postaci badania i oceny ofert, w tym próbek,

–odrzucenia oferty Deko-Bau sp. z o. o.;

–powtórzenia czynności w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej;

–niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu 1 załączników do ofert wykonawców New Amsterdam sp. z o. o., Trias AVI sp. z o. o. i Deko-Bau sp. z o. o. w postaci próbek nr 1 i 2.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący 1 przedstawił następujące stanowisko (z uwagi na jego wysoki stopień szczegółowości wyjątkowo zostanie ono przedstawione prawie w całości):

Uzasadnienie zarzutów – Próbką nr 1

W ocenie Odwołującego 1 (w ramach uzasadnienia odwołania także jako „Wykonawca”) jego próbka 1 spełnia wszystkie wymogi formalne i merytoryczne określone w Rozdziale XV SWZ.

Próbka 1 zawiera wyraźne i precyzyjne opisy wymagane przez Zamawiającego, tj. opisy: technologii konstrukcji, materiałów, elementów interaktywnych i drukowanych oraz sprzętu multimedialnego. Wykonawca przedstawił również wyczerpujący schemat działania stanowiska, zawierający stosowny opis każdego z etapów przedstawionych na schemacie.

Oprócz opisów Wykonawca dostarczył komplet wymaganych przez Zamawiającego rysunków wykonawczych w skali dopasowanej do proponowanej konstrukcji. Poszczególne rysunki zawierają widok frontowy (z przodu), boczny (z boku) oraz rzut z góry.

Zamawiający wymagał również rysunku wykonawczego zawierającego przekrój boczny stanowiska, co również Wykonawca załączył wraz z ofertą.

Wykonawca przedstawił również wymaganą przez Zamawiającego wizualizację 3D stanowiska oraz projekty graficzne: karty perforowanej i instrukcji obsługi stanowiska. Elementy te były wymagane zarówno w SWZ, jak i w opisie koncepcji wystawy.

Wykonawca spełnił również wymagania techniczne dla próbki, tj. plik PDF o wielkości maksymalnie 100 MB, format dopasowany do wybranej skali rysunków.

Należy stwierdzić, że Wykonawca w całości i wyczerpująco zrealizował założenia projektu koncepcyjnego i spełnił wszystkie wymogi wskazane w SWZ. W szczególności trzeba podkreślić, że stanowisko zaprezentowane przez Wykonawcę w ramach próbki nr 1 w sposób całkowicie prawidłowy przedstawia zasady działania kart perforowanych. Ponadto konstrukcja stanowiska (wykonane w technologii ciesielskiej z elementów drewnianych odpowiednio zaimpregnowanych wraz z pulpitem wykonanym z płyt MDF 18mm w laminacie, wycinane/frezowane z użyciem technologii CNC) i materiały, jakie miałyby być użyte do jego budowy (drewno lite konstrukcyjne, płyty MDG 18mm laminowane, obudowy komputera oraz podajnika na karty z blachy lakierowanej, poliwęglan lity 5mm) cechują się trwałością, co wpływa także na ergonomię rozwiązań i bezpieczeństwo użytkowania stanowiska.

Całość elementów zawartych w próbce 1 składa się na stanowisko, które w pełni nawiązuje do wyglądu oryginalnej maszyny służącej do perforowania kart. Elementy te znacząco wpływają na jakość estetyczną oraz merytoryczną stanowiska. Ponadto w opisie stanowiska wprost zamawiający wskazał, że stanowisko ma stanowić „uproszczoną imitację drewnianej maszyny” (opis koncepcji wystawy, str. 15), co oznacza brak konieczności wiernego odwzorowywania maszyny 1:1. Między innymi z tego względu pominięto uchwyt z nićmi, aby każdy użytkownik miał możliwość swobodnego korzystania ze stanowiska.

Przedstawioną przez Wykonawcę próbkę należy uznać za kompletną i spójną, a zaprezentowane opisy, projekty, schematy i rysunki zawarte w próbce są nad wyraz przejrzyste i czytelnie prezentują wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego. Wykonawca zadbał również o zapewnienie dostępności stanowiska dla osób ze szczególnymi potrzebami.

W ocenie Wykonawcy próbka 1 spełnia wszystkie oczekiwania wskazane w SWZ, a ponadto cechuje się szczególną wartością estetyczną oraz merytoryczną. Konstrukcja stanowiska wskazana w próbce pozwala na samodzielne wybicie karty perforowanej przez użytkownika stanowiska według wskazówek zaprezentowanych w czytelnej, graficznej instrukcji obsługi. Z tych względów jakość wykonania próbki 1 dostarczonej przez Wykonawcę powinna zostać oceniona przez Zamawiającego jako bardzo dobra, co wiązałoby się z przyznaniem oceny 5 pkt w zakresie kryterium J1.

Zamawiający nie wziął jednak pod uwagę wyżej wskazanych faktów, w kontekście wymogów SWZ, a próbkę i co za tym idzie ofertę Odwołującego 1 ocenił w sposób dowolny. W sposób dowolny oceniono też próbki, a co za tym idzie oferty, innych wykonawców.

Członkowie komisji nie są zgodni co do tego czy poszczególne próbki spełniają wymóg dostosowania stanowiska do potrzeb osób niepełnosprawnych. Przy tym, stwierdzając te same fakty zachowują dla różnych wykonawców różną punktację – TDC Polska ma odejmowane większość punktów, natomiast próbka Deko-Bau jest oceniana wysoko, nawet gdy w uwagach zaznacza się, iż przygotowane stanowisko Deko-Bau nie zostało dostosowane dla osób ze szczególnymi potrzebami.

Całkowicie niezasadnie członkowie komisji powołują się przy tym na brak elementów, które nie były wymagane przez Zamawiającego w treści SWZ oraz opisie koncepcji wystawy (np. efekty dźwiękowe i opis historyczny stanowiska przy próbce nr 1). Co więcej, dodanie do próbki efektów dźwiękowych z dużym prawdopodobieństwem uniemożliwiłoby zapisanie jej w wymaganym formacie pliku pdf., a w konsekwencji przedłożenie takiej próbki powodowałoby odrzucenie oferty.

W szczególności za dowolną oceną próbek przez komisję przetargową przemawiają protokoły z weryfikacji i oceny jakości zaoferowanych próbek:

- 1)ocena przyznana przez R.M. w stosunku do próbki Odwołującego 1 – członek komisji podnosi, że brak jest odniesień do tradycyjnego wzornictwa i wyraźnego nawiązania do wyglądu oryginalnej maszyny, a próbka nie przewiduje w tle stanowiska grafiki. W rzeczywistości zaś Zamawiający wymagał jedynie przedstawienia „uproszczonej imitacji drewnianej maszyny” (opis koncepcji wystawy str. 15), co oznacza, że stanowisko nie musi stanowić wiernego odwzorowania maszyny 1:1. Stąd Zamawiający pominął m. in. uchwyt z nićmi, aby umożliwić każdemu użytkownikowi swobodne korzystanie ze stanowiska i zapewnić dostępność dla osób ze szczególnymi potrzebami. Wbrew stanowisku członka komisji Odwołujący 1 przedstawił też wszystkie wymagane grafiki wskazane w SWZ i opisie koncepcji wystawy.
- 2)Ocena przyznana przez M.F. – członek komisji podnosi, że próbka Odwołującego 1 jest niekompletna, nie wskazując jednocześnie tych braków. Projekt nawiązuje do oryginalnej maszyny. Ponadto w opisie koncepcji

wystawy w zakresie stanowiska wprost wskazano, że ma to być „uproszczona imitacja drewnianej maszyny”. W związku z tym, nie musi ona być 1:1. Próbka dostarczona przez Odwołującego 1 przedstawia budowę maszyny, schemat wybijania kart, posiada wszelkie wymagane opisy i elementy.

- 3) Ocena przyznana przez B.Ś. – ocena członka komisji pozostaje nieadekwatna do przedstawionej oceny opisowej. Pomimo braku błędów i spełnienia założeń Zamawiającego członek komisji uznał, że próbka Odwołującej jest nieakceptowalna.
- 4) Ocena przyznana przez N.Ś.-G. – członkini komisji uznała, że próbka Odwołującego 1 jest nieakceptowalna ze względu na brak efektów dźwiękowych i brak informacji historycznych. Tymczasem SWZ oraz opis koncepcji wystawy w zakresie stanowiska nie wymagały, aby próbka nr 1 zawierała efekty dźwiękowe i jakiegokolwiek informacje historyczne. Co więcej, dodanie do próbki efektów dźwiękowych z dużym prawdopodobieństwem uniemożliwiłoby zapisanie jej w wymaganym formacie pliku pdf., a w konsekwencji przedłożenie takiej próbki powodowałoby odrzucenie oferty.
- 5) Ocena przyznana przez K.H. – przedstawiona przez członka komisji ocena stanowiska jest wewnętrznie sprzeczna. Członek komisji podnosi, że próbka Odwołującego 1 spełnia wszystkie kryteria, lecz zaraz potem podnosi, że nie spełnia określonych warunków technicznych, nie zawiera elementów dostępności i w związku z tym nie spełnia oczekiwań merytorycznych. Jak już wykazano, stanowisko zapewnia dostępność dla osób ze szczególnymi potrzebami oraz wszystkie inne kryteria wymagane przez Zamawiającego. W związku z tym przyznanie oceny 1 pkt i uznanie przez członka komisji, że jakość próbki jest nieakceptowalna należy uznać za całkowicie chybione.
- 6) Ocena przyznana przez A.W. – ocena członka komisji wskazuje, że próbka Odwołującego 1 zawiera błędy, co nie ma miejsca. Po raz kolejny członek komisji powołuje się na brak przedstawienia informacji historycznych na temat maszyny, co nie było wymagane przez SWZ oraz opis koncepcji wystawy.
- 7) Ocena przyznana przez A.R. – ocena członka komisji jest całkowicie niespójna. Próbka Odwołującego 1 nie zawiera błędów oraz zawiera wszystkie elementy opisane w opisie koncepcji wystawy oraz SWZ. Ze schematu wybijania kart wprost wynika, że jest 11 otworów, zaś to od użytkownika zależy wzór, który ma zostać wybity. W dalszej kolejności kamera czyta wzór i uruchamia odpowiedni obraz z projektora.
- 8) Ocena przyznana przez E.F. – ocena członka komisji jest całkowicie niespójna. Próbka Odwołującego 1 nie zawiera błędów oraz zawiera wszystkie elementy opisane w opisie koncepcji wystawy oraz SWZ. Ze schematu wybijania kart wprost wynika, że jest 11 otworów, zaś to od użytkownika zależy wzór, który ma zostać wybity. W dalszej kolejności kamera czyta wzór i uruchamia odpowiedni obraz z projektora. Ponadto członek komisji odjął Odwołującemu 1 znaczną ilość punktów za rzekome i nieuzasadnione niespełnienie określonych warunków technicznych, tj. elementów dla osób niepełnosprawnych, podczas gdy stanowisko jest dostosowane dla osób ze szczególnymi potrzebami (co wykazywano już wyżej). Ponadto członek komisji nie przedstawił dla próbki TDC Polska wyjaśnień dot. przyznania punktów, podczas gdy w zakresie innych wykonawców członek komisji przyznał punktację wraz z uzasadnieniem.
- 9) Ocena przyznana przez R.S. – ponownie członek komisji w sposób nieuzasadniony podnosi argument braku dostosowania stanowiska do potrzeb osób ze szczególnymi potrzebami. W związku z tym ocena dla próbki TDC Polska ponownie spada do 1 pkt, a próbka niezasadnie zostaje uznana za nieakceptowalną, pomimo iż spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego.
- 10) Ocena przyznana przez P.M. – kolejny raz członek komisji, w zakresie oceny próbki Odwołującego 1, powołuje się na brak opisu historii stanowiska, a ponadto wskazuje, że próbka nie nawiązuje do oryginalnej maszyny. W wymaganiach do stanowiska (opis koncepcyjny stanowiska) były wymagania co do instrukcji oraz infografiki, na której będą informacje historyczne, zarówno instrukcja jak również infografika zawarta jest w projekcie próbki TDC Polska. Członek komisji kwestionuje również brak grafiki tła, lecz tło nie było elementem wymaganym.
- 11) Ocena przyznana przez M.K. – w ocenie członka komisji próbka Odwołującego 1 nie spełnia określonych warunków technicznych oraz nie zawiera elementów dostępności dla osób z niepełnosprawnościami; ponadto próbka rzekomo w ubogi sposób prezentuje stanowisko, a członek komisji podnosi, że posiada tylko jedną kartę do wybijania. Ocena ta i uznanie próbki za nieakceptowalną są chybione, gdyż ze schematu wybijania kart jasno wynika, że jest 11 otworów. To od Użytkownika zależy wybity przez niego wzór, który następnie kamera czyta i w dalszej kolejności uruchomiany jest odpowiedni obraz z projektora. Stanowisko spełnia wymogi dostępności dla osób z niepełnosprawnościami. Ponownie automatycznie próbce przyznano 1 pkt w sposób całkowicie dowolny.

Oceny przyznane przez członków komisji niejednokrotnie są także niepełne – przykładowo w kilku ocenach Deko-Bau dołączono uzasadnienie do punktacji i oceny, lecz inni wykonawcy nie zostali ocenieni w sposób opisowy, a przyznana ocena pozbawiona jest stosownego komentarza (np. oceny przyznane przez R.M. oraz M.F.). Z kolei w zakresie oceny przyznanej przez E.F. jedynie próbka TDC Polska nie otrzymała wyjaśnień co do oceny, podczas gdy stosowne uzasadnienie otrzymali inni wykonawcy w zakresie swoich próbek.

Nadto, zdaniem Odwołującego 1, próbka 1 Deko-Bau nie spełnia wymogów formalnych dla przedmiotowego środka dowodowego wskazanych w zmienionej treści SWZ, to jest

1) nie spełnia wymagań technicznych, w szczególności z wysokim prawdopodobieństwem nie została przedłożona w formie PDF;

2) nie spełnia wymogów SWZ dla wystawy w zakresie dostępności dla osób ze szczególnymi potrzebami.

Co za tym idzie próbka nr 1 Deko-Bau nie jest próbą, o której mowa w SWZ i nie powinna podlegać ocenie merytorycznej. W konsekwencji, oferta Deko-Bau sp. z o. o. winna była zostać odrzucona z uwagi na brak przedstawienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci próbki nr 1 o treści wskazanej w SWZ, który to brak nie podlegał uzupełnieniu.

W konsekwencji, doszło do naruszeń przepisów wskazanych w zarzutach.

Uzasadnienie zarzutów – Próba nr 2

W ocenie Wykonawcy próbka 2 spełnia wszystkie wymogi formalne i merytoryczne określone w rozdziale XV SWZ.

Wykonawca w ramach próbki dostarczył obrazy (stopklatki) zgodnie z wymogami wskazanymi w SWZ. Każda ze stopklatek dokumentuje kolejne fazy działania aplikacji, począwszy od momentu wyboru wersji językowej aż do momenty rozpalenia kotła włącznie. W każdej fazie działania aplikacji użytkownik otrzymuje czytelne i wyraźne komunikaty prowadzące go podczas rozgrywki.

Wykonawca spełnił również wymagania techniczne dla próbki, tj. plik PDF o wielkości maksymalnie 100 MB, format i rozdzielczość dopasowane do prezentowanych informacji.

Należy podkreślić, że próbka wyczerpująco prezentuje założenie wykonania stanowiska scenograficznego, które nawiązuje do wnętrza dawnej lokomotywy. Poszczególne etapy przedstawione na stopklatkach zawierają kolejne etapy składające się na proces rozpalania kotła. Użyte przez Wykonawcę rozwiązania graficzne po pierwsze wpisują się w oczekiwania Zamawiającego („zabudowa wnętrza uproszczona, elementy sterujące wyraźnie oznaczone” – plik „OPIS KONCEPCJI WYSTAWY”), a także cechują się estetyką oraz atrakcyjnością. Poszczególne elementy widoczne podczas przechodzenia kolejnych etapów rozpalania kotła w znaczącej mierze zapewniają realizm całej procedury. Interfejs należy uznać za kompletny i spójny, a także przejrzysty dla użytkownika. Ponadto Wykonawca zadbał, aby aplikacja była również dostosowana dla osób ze szczególnymi potrzebami (m. in. zwiększenie czcionki czy zmiana grafiki).

W ocenie Wykonawcy próbka 2 spełnia wszystkie oczekiwania wskazane w SWZ, a ponadto cechuje się szczególną wartością estetyczną oraz merytoryczną. Konstrukcja stanowiska wskazana w próbce pozwala na samodzielne rozpalenie przez użytkownika kotła parowego według czytelnych i pojawiających się na ekranie komunikatów prowadzących użytkownika przez poszczególne etapy. Z tych względów jakość wykonania próbki 2 dostarczonej przez Wykonawcę powinna zostać oceniona przez Zamawiającego jako bardzo dobra, co wiązałoby się z przyznaniem oceny 5 pkt w zakresie kryterium J2.

Zamawiający nie wziął jednak pod uwagę wyżej wskazanych faktów, w kontekście wymogów SWZ, a próbkę i co za tym idzie ofertę Odwołującego 1 ocenił w sposób dowolny. W sposób dowolny oceniono też próbki, a co za tym idzie oferty, innych wykonawców.

Członkowie komisji nie są zgodni co do tego czy poszczególne próbki spełniają wymóg dostosowania aplikacji do potrzeb osób niepełnosprawnych. Przy tym, stwierdzając te same fakty zachowują dla różnych wykonawców różną punktację – TDC Polska ma odejmowane większość punktów, natomiast próbka Deko-Bau jest oceniana wysoko.

Niejednokrotnie członkowie komisji przyznają również dla próbek TDC i innych wykonawców, w szczególności Deko-Bau tożsamą ocenę, pomimo że z uzasadnienia oceny wynikają istotne błędy w próbkach innych wykonawców (w szczególności Deko-Bau), które nie pojawiają się w próbkach TDC, co członkowie komisji zaznaczają w swoich uzasadnieniach.

Całkowicie niezasadnie członkowie komisji powołują się przy tym na brak elementów, które nie były wymagane przez Zamawiającego w treści SWZ oraz opisie koncepcji wystawy (np. efekty dźwiękowe). Co więcej, dodanie do próbki efektów dźwiękowych z dużym prawdopodobieństwem uniemożliwiłoby zapisanie jej w wymaganym formacie pliku pdf., a w konsekwencji przedłożenie takiej próbki powodowałoby odrzucenie oferty.

W szczególności za dowolną oceną próbek przez komisję przetargową przemawiają protokoły z weryfikacji i oceny jakości zaoferowanych próbek:

- 1) Ocena przyznana przez R.M. – w ocenie członka komisji próbka Deko-Bau, która otrzymała identyczną notę jak próbka TDC Polska, pozbawiona jest odniesień do wskaźników określających prędkość, ciśnienie, ilość paliwa, co było wymagane w opisie koncepcji wystawy w zakresie tego stanowiska (str. 14). Natomiast próbka TDC Polska została uznana za poprawną i pozbawioną błędów; rzekomy brak dotyczył słuchowiska, które jednak nie było wymagane przez SWZ i opis koncepcji wystawy (str. 16-17). Z oceny członka komisji wprost więc wynika, że próbka nr 2 dostarczona przez Deko-Bau zawiera istotny błąd, tj. brak wszystkich wymaganych elementów interfejsu. Tym samym próbka Deko-Bau w świetle takiej oceny nie spełnia wymogów formalnych określonych w SWZ dla przedmiotowego środka dowodowego i w ogóle nie powinna podlegać ocenie merytorycznej, a jednak otrzymała ocenę tożsamą z oceną przyznaną TDC Polska.
- 2) Ocena przyznana przez M.F. – w ocenie członka komisji próbka Deko-Bau nie jest dostosowana do potrzeb osób ze szczególnymi potrzebami, co w ocenie Odwołującego 1 stanowi błąd rażący (gdyż cała wystawa w zakresie wszystkich projektowanych stanowisk ma być dostosowana do potrzeb osób ze szczególnymi potrzebami) i w związku z tym próbka tego wykonawcy nie spełnia wymogów formalnych określonych w SWZ dla przedmiotowego środka dowodowego i w ogóle nie powinna podlegać ocenie merytorycznej. Jednocześnie ten sam członek komisji uznaje, że próbka przedstawiona przez TDC Polska spełnia kryteria, a ponadto posiada ciekawy ekran startowy, dodatkowe manipulatory np. dźwignia, przepustnica; pomimo takiego uzasadnienia członek komisji przyznał próbce TDC Polska jedynie 3 pkt, nie uzasadniając w żaden sposób obniżenia liczby punktów ani nie wskazując, czego próbce brakuje.
- 3) Ocena przyznana przez B.Ś. – w ocenie członka komisji próbka Odwołującego 1 nie zawiera wskaźników, a grafika jest uproszczona, co przekłada się na uznanie jakości próbki za nieakceptowalną. Członek komisji nie zauważa, że wskaźniki były zawarte w próbce. Ocenę należy uznać za całkowicie nieadekwatną do komentarza zawartego w protokole.
- 4) Ocena przyznana przez N.Ś.-G. – analogicznie jak w przypadku oceny przyznanej przez M. F. członek komisji uznał, że próbka Odwołującego 1 spełnia wszystkie kryteria, a ponadto zawiera ciekawy ekran startowy oraz dodatkowe manipulatory. Pomimo to próbka TDC Polska została oceniona przez członka komisji tak samo jak próbka dostarczona przez Deko-Bau, której członek komisji wytknął brak zapewnienia dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami oraz monotony ekran. Dodatkowo członek komisji w próbce TDC Polska kwestionuje brak efektów dźwiękowych, co nie było wymagane przez Zamawiającego dla tej próbki. Co więcej, dodanie do próbki efektów dźwiękowych z dużym prawdopodobieństwem uniemożliwiłoby zapisanie jej w wymaganym formacie pliku pdf., a w konsekwencji przedłożenie takiej próbki powodowałoby odrzucenie oferty.
- 5) Ocena przyznana przez K.H. – w ocenie członka komisji próbka Odwołującego 1 niemal spełnia oczekiwane warunki graficzne, jednak nie oddaje pełnego widoku lokomotywy i jej realizmu. Ocena ta jest całkowicie chybiona, gdyż względem opisu stanowiska użytkownik wciela się w rolę maszynisty; na stanowisko, czyli lokomotywę, składają się ekrany z aplikacją oraz zabudowa scenograficzna, co w całości pełni uproszczone wnętrze lokomotywy. Wnętrza nie ma stanowić zatem sama aplikacja. W opisie stanowiska oraz w zapisach SWZ nie było wymogu oddania pełnego widoku lokomotywy w aplikacji, wręcz przeciwnie zażądano widoku z punktu widzenia maszynisty. Ponadto pełen widok lokomotywy to bardzo subiektywne stwierdzenie, widoki ekranów zostały dostosowane do realnego widoku z kabiny – zgodnie z wymaganiami.
- 6) Ocena przyznana przez A.W. – w ocenie członka komisji ponownie pojawia się komentarz, że próbka TDC Polska spełnia wszystkie kryteria oraz posiada ciekawy ekran startowy, realizm oraz dodatkowe manipulatory, lecz nie zawiera efektów dźwiękowych. Po raz kolejny powtórzyć należy zarzut, że osoba oceniająca uważa, że wszystkie kryteria są spełnione, próbka posiada ciekawy ekran, lecz brak efektów dźwiękowych (niewymaganych przez Zamawiającego) oznacza automatyczne zaniżenie punktacji do 3 pkt. Członek komisji identycznie ocenił próbkę TDC Polska i próbkę Deko-Bau, która nie jest dostosowana do potrzeb osób ze szczególnymi potrzebami, co potwierdza dowolność oceny. Co więcej, dodanie do próbki efektów dźwiękowych z dużym prawdopodobieństwem uniemożliwiłoby zapisanie jej w wymaganym formacie pliku pdf., a w konsekwencji

przedłożenie takiej próbki powodowałoby odrzucenie oferty.

- 7) Ocena przyznana przez A.R. – w ocenie członka komisji próbka Odwołującego 1 spełnia oczekiwania merytoryczne i estetyczne, lecz nie przedstawia pełnego wyglądu lokomotywy. Należy uznać, że obniżenie oceny do 3 pkt nastąpiło na podstawie kryterium nie będącego składową oceny próbki i wymagań. Ustosunkowanie do analogicznego zarzutu K. H. zawarto wyżej w punkcie 5.
- 8) Ocena przyznana przez E.F. – członek komisji w ogóle nie podał uzasadnienia obniżenia oceny próbki przedstawionej przez TDC Polska, przez co ocenę należy uznać za dowolną i arbitralną, gdyż próbka TDC spełnia wszystkie wymogi nakreślone przez Zamawiającego.
- 9) Ocena przyznana przez R.S. – w ocenie członka komisji próbka Deko-Bau pozbawiona jest paleniska oraz zegarów, co stanowi istotny błąd. W związku z tym próbka Deko-Bau nie spełnia wymagań SWZ oraz opisu koncepcji stanowiska, a w związku z tym próbka tego wykonawcy nie spełnia wymogów formalnych określonych w SWZ dla przedmiotowego środka dowodowego i w ogóle nie powinna podlegać ocenie merytorycznej. Tymczasem próbka Deko-Bau zostaje oceniona tożsamo z próbką TDC Polska, która w ocenie członka komisji nie oddaje pełnego widoku lokomotywy i jej realizmu – należy zaznaczyć, że w opisie stanowiska oraz w zapisach SWZ nie było wymogu oddania pełnego widoku lokomotywy. Ustosunkowanie do analogicznego zarzutu K. H. zawarto wyżej w punkcie 5.
- 10) Ocena przyznana przez P.M. – kolejny członek komisji podnosi, że w próbce Deko-Bau występuje problem z paleniskiem – próbka Deko-Bau jest pozbawiona paleniska, co jak już zostało wskazane stanowi istotny błąd, który winien skutkować dyskwalifikacją próbki Deko-Bau jako niespełniającej wymogów formalnych SWZ i niepodlegającej ocenie merytorycznej. Natomiast w zakresie próbki TDC Polska członek komisji przyjął, że w próbce brak nawiązania do widoku paleniska w odpowiedniej skali; palenisko zbyt duże, środkowe okno nie odwzorowuje detali całego wystroju lokomotywy; wnętrze lokomotywy nie oddaje realnych wymiarów. Nie można zgodzić się, że takie uzasadnienie stanowi podstawę do obniżenia punktacji dla próbki TDC Polska, gdyż względem opisu stanowiska użytkownik wciela się w rolę maszynisty; na stanowisko, czyli lokomotywę, składają się ekrany z aplikacją oraz zabudowa scenograficzna, co w całości pełni uproszczone wnętrze lokomotywy. Sama aplikacja nie powinna oddawać detali całego wystroju, aplikacja wraz ze scenografią mają tworzyć wspólnie uproszczony wygląd dawnej lokomotywy. Niezasadnie więc dla próbki TDC Polska członek komisji obniżył punktację i zrównał ją z oceną przyznaną próbce Deko-Bau, która pozbawiona jest kluczowego elementu, jakim jest palenisko
- 11) Ocena przyznana przez M.K. – w ocenie członka komisji próbka Odwołującego 1 niemal spełnia oczekiwania i warunki graficzne, lecz nie oddaje pełnego widoku lokomotywy oraz jej realizmu. Ponownie należy zaznaczyć, że względem opisu stanowiska Użytkownik wciela się w rolę maszynisty; na stanowisko, czyli lokomotywę, składają się ekrany z aplikacją oraz zabudowa scenograficzna, co w całości pełni uproszczone wnętrze lokomotywy. Sama aplikacja nie powinna oddawać detali całego wystroju, aplikacja wraz ze scenografią mają tworzyć wspólnie uproszczony wygląd dawnej lokomotywy.

Oceny przyznane przez członków komisji niejednokrotnie są także niepełne – przykładowo w kilku ocenach próbki Deko-Bau dołączono uzasadnienie do punktacji i oceny, lecz inni wykonawcy nie zostali ocenieni w sposób opisowy, a przyznana ocena pozbawiona jest stosownego komentarza (np. oceny przyznane przez R. M. oraz M. F.). Z kolei w zakresie oceny przyznanej przez E. F. jedynie próbka TDC Polska nie otrzymała wyjaśnień co do oceny, podczas gdy stosowne uzasadnienie otrzymali inni wykonawcy w zakresie swoich próbek.

Nadto, zdaniem Odwołującego 1, próbka 2 Deko-Bau nie spełnia wymogów formalnych dla przedmiotowego środka dowodowego wskazanych w zmienionej treści SWZ, to jest:

- 3) nie zawiera obrazów (stopklatek) widocznych w 3 oknach dla kolejnych faz działania aplikacji, od momentu wyboru wersji językowej, do momentu rozpalenia kotła włącznie, w tym komunikatów prowadzących uczestnika w grze;
- 4) nie spełnia wymagań technicznych, w szczególności prawdopodobnie nie została przedłożona w formacie PDF;
- 5) nie spełnia wymogów SWZ dla wystawy w zakresie dostępności dla osób ze szczególnymi potrzebami.

Co za tym idzie próbka nr 2 Deko-Bau nie jest próbką, o której mowa w SWZ i nie powinna podlegać ocenie merytorycznej. W konsekwencji, oferta Deko-Bau sp. z o. o. winna była zostać odrzucona z uwagi na brak przedstawienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci próbki nr 2 o treści wskazanej w SWZ, który to brak nie podlegał uzupełnieniu.

W konsekwencji, doszło do naruszeń przepisów wskazanych w zarzutach.

Uzasadnienie zarzutów – Utajnienie próbek

W drodze wiadomości z dnia 5 kwietnia 2024 r., Odwołujący 1 wnosił o udostępnienie mu ofert złożonych przez wykonawców oraz protokołów oceny próbek wykonawców. Zamawiający wprowadził udostępnił protokoły i oferty, jednak oferty udostępnił bez załączników w postaci złożonych przez wykonawców próbek.

Odwołującego 1 nie poinformowano też o jakichkolwiek przeszkodach do udostępnienia w/w dokumentów. Tym samym, Zamawiający rażąco naruszył nie tylko wyżej wymienione przepisy, ale także zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości. Doszło bowiem do znacznego utrudnienia Odwołującemu 1 sporządzenia niniejszego odwołania i kwestionowania wyboru oferty Deko-Bau sp. z o. o. oraz dokonanej oceny i punktacji ofert Odwołującego i innych wykonawców.

Niewykluczone bowiem, iż analiza treści próbek, pozwoliłaby Odwołującemu 1 na szersze uzasadnienie zarzutów niniejszego odwołania. Przykładowo, Odwołujący 1 nie ma obecnie możliwości potwierdzenia swego podejrzenia, że próbki Deko-Bau sp. z o. o. złożono w nieodpowiednim formacie.

W konsekwencji, Deko-Bau sp. z o. o. i inni konkurenci Odwołującego 1 zyskali nieuzasadnioną przewagę w niniejszym postępowaniu.

Okoliczności, a w szczególności treść ofert, wskazują na to iż Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu 1 wraz z ofertami próbek, gdyż utajnił je z uwagi na wskazanie przez wykonawców, że zastrzegają co do nich tajemnicę przedsiębiorstwa. Utajnienie to było niezasadne i nastąpiło niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, w konsekwencji czego Odwołujący 1 miał ograniczoną możliwość weryfikacji prawidłowości badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty. Całościowo, może to wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podkreślenia wymaga fakt, że w niniejszym postępowaniu utajnienie próbek stanowiących elementy składanych ofert nie znajdowało uzasadnienia w potrzebie ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Po pierwsze, sam charakter Próbek oraz ich zawartość nie uzasadniają uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, z uwagi na niski poziom zaawansowania i ich przedmiotów. Przede wszystkim, już same opisy Próbk 1 i Próbk 2, znajdujące się w Rozdziale XV ust. 1 pkt 2 ZWS, wskazują, że utajnione informacje nie mają charakteru specjalistycznej, trudno dostępnej wiedzy lub technologii, których nieutajnienie mogłoby narazić Wykonawców na gospodarcze straty. Na Próbkę 2 składają się wyłącznie obrazy (stopklatki) ukazujące powierzchowny widok działania aplikacji z perspektywy użytkownika. Próbk 1 nie zawiera żadnych informacji wskazujących, w jakiej technologii, przy użyciu jakiego oprogramowania aplikacja została stworzona – a nawet takie informacje, z uwagi na swoją ogólność i powszechność, nie uzasadniałyby utajnienia próbki. Co więcej, z próbek nie mogły wynikać rozwiązania programistyczne zastosowane przez Wykonawcę, z uwagi na formę próbki (stopklatka działania aplikacji w formacie PDF). Z kolei Próbk 2 zawierać miała opis technologii i konstrukcji urządzenia, o którym nie sposób powiedzieć, nawiązując do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, że stanowi informacje które nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji. Konstrukcja stanowiska nie wymagała bowiem zastosowania technologii czy mechanizmów, które stanowiłyby rozwiązania nieznane powszechnie osobom zajmującym się tego rodzaju działalnością.

Po drugie, z perspektywy samych Wykonawców utajnione informacje nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, z uwagi na przedmiot prowadzonej przez nich działalności. Dla Wykonawcy Deko-Bau sp. z o. o., zgodnie z informacjami dostępnymi w KRS, głównym przedmiotem działalności jest „produkcja pozostałych wyrobów metalowych, gdzie indziej niesklasyfikowana”. Spośród 10 opublikowanych przedmiotów działalności tego Wykonawcy, żaden nie jest nawet w niewielkim stopniu związany z przedmiotem utajnionych próbek. Tym samym dane te nie mogą stanowić dla niego tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ nie reprezentują z jego punktu widzenia szczególnej wartości gospodarczej. Analogicznie w przypadku Wykonawców Trias AVI sp. z o. o. i New Amsterdam sp. z o. o. w odniesieniu do Próbk 1. Utajnione informacje nie stanowią wartości dla Wykonawców z punktu widzenia prowadzonej przez nich działalności gospodarczej.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:

- opinii biegłego z dziedziny Budowa i eksploatacja maszyn na fakt zgodności próbki nr 1 z wymogami Zamawiającego i jego oczekiwaniami określonymi w dokumentacji zamówienia, w szczególności pod względem: treści próbki zgodnej z dokumentacją, spełniania przez nią wymogów technicznych, spełniania przez nią wymogów merytorycznych i estetycznych Zamawiającego w pełni, zawierania przez nią innowacyjnych

elementów wpływających korzystnie na wspomniane wymogi, realizacji przez próbkę założeń projektu koncepcyjnego i wymogów SWZ, poprawności przedstawienia zasad działania kart perforowanych, trwałości wskazanych materiałów i konstrukcji, ergonomii rozwiązań i bezpieczeństwa użytkowania, estetyki, atrakcyjności, nawiązania do wyglądu oryginalnej maszyny, kompletności, spójności, przejrzystości opracowania i prezentowanych elementów, braku błędów próbki zapewnienia dostępności stanowiska dla osób ze szczególnymi potrzebami, konieczności oceny próbki jako bardzo dobrej;

–opinii biegłego z dziedziny Transport Kolejowy / Kolejnictwo na fakt zgodności próbki nr 2 z wymogami Zamawiającego i jego oczekiwaniami określonymi w dokumentacji zamówienia, w szczególności pod względem: treści próbki zgodnej z dokumentacją, spełniania przez nią wymogów technicznych, spełniania przez nią wymogów merytorycznych i estetycznych Zamawiającego w pełni, zawierania przez nią innowacyjnych elementów wpływających korzystnie na wspomniane wymogi, realizacji przez próbkę założeń projektu koncepcyjnego i wymogów SWZ, poprawności przedstawienia procesu rozpalania kotła, ergonomii rozwiązań i czytelności treści, estetyki, atrakcyjności, realizmu widoków, kompletności, spójności, przejrzystości opracowania i prezentowanych elementów, braku błędów próbki, zapewnienia dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami, konieczności oceny próbki jako bardzo dobrej;

–opinii biegłego z dziedziny Sztuka na fakty wskazane w punktach 1 i 2 wniosków dowodowych, za wyjątkiem faktu poprawności przedstawienia zasad działania kart perforowanych oraz poprawności przedstawienia procesu rozpalania kotła.

KIO 1227/24

Odwołujący 2 wniósł odwołanie wobec niezgodnych z ustawą Pzp zaniechań oraz czynności Zamawiającego.

Odwołujący 2 zarzucił Zamawiającemu:

1.naruszenie art. 239 ustawy Pzp polegające na:

- a)zastosowaniu względem oferty Odwołującego 2 w zakresie kryterium jakości kryteriów oceny ofert nie wskazanych (według przepisu art. 239 ustawy Pzp – określonych) w Specyfikacji Warunków w Zamówienia, co polegało na uzupełnieniu w trakcie oceny ofert (próbek) znamion, to jest cech jakie powinny posiadać próbki przedstawiane do oceny w zakresie kryterium jakości, a następnie uznaniu, że próbka Odwołującego 2 nie posiada tych cech, co spowodowało nieprzyznaniem punktów (przyznaniem mniejszej niż maksymalna ilości punktów), w konsekwencji nie uznaniu oferty Odwołującego 2 za najkorzystniejszą pomimo że ocena próbek Odwołującego 2 na podstawie i zastosowaniem kryteriów określonych w SWZ(i tylko kryteriów z SWZ bez ich rozszerzania i interpretowania) powinna była spowodować przyznanie maksymalnej (a na pewno większej niż przyznana) ilości punktów w zakresie kryterium jakości, a w rezultacie uznanie jej za najkorzystniejszą z uwzględnieniem pozostałych kryteriów;
- b)nieprzyznaniu ofercie (ocenianej na podstawie próbek) Odwołującego 2 w zakresie kryterium jakości punktów za aspekty, które zostały spełnione w pełnym zakresie przez przedstawione próbki, co potwierdzają jednoznacznie sporządzone (wypełnione) przez członków komisji formularze weryfikacji i oceny jakości próbek (członkowie komisji wpisali w każdym odnośnym miejscu tabeli oceny słowa „spełnia” odnośnie wszystkich aspektów oceny próbek), a miast tego przyznaniu ofercie Odwołującego 2 w zakresie poszczególnych aspektów kryterium jakości mniejszej niż maksymalna ilość punktów, a w konsekwencji nie uznaniu oferty Odwołującego 2 za najkorzystniejszą, pomimo że ocena próbek Odwołującego 2 na podstawie i zastosowaniem kryteriów określonych w SWZ i wobec których (próbek) stwierdzono, że spełniają aspekty oceny próbki bez uwag powinna była spowodować przyznanie maksymalnej (a na pewno większej niż przyznana) ilości punktów w zakresie kryterium jakości, a w rezultacie uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą z uwzględnieniem pozostałych kryteriów;
- c)nieprzyznaniu ofercie (ocenianej na podstawie próbek) Odwołującego 2 w zakresie kryterium jakości punktów za zapewnienie dostępności (jako jednego z aspektów kryterium jakości) w następstwie uznania na podstawie próbki, że oferowany sposób nie zapewnia dostępności dla osób niepełnosprawnych na podstawie stwierdzania, że próbka nie zawiera odnośnej informacji (oznaczenia), podczas, gdy oferta (próbka Odwołującego 2) zawiera udogodnienia i zapewnia dostępność do stanowiska dla osób niepełnosprawnych, co powinno było spowodować przyznanie ofercie Odwołującego 2 maksymalnej (a na pewno większej niż przyznana) ilości punktów w zakresie kryterium jakości, a w rezultacie (powinno było

spowodować) uznanie oferty Odwołującego 2 za najkorzystniejszą z uwzględnieniem pozostałych kryteriów;

2.naruszenie art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp polegające na dokonanie oceny oferty Odwołującego 2 na podstawie kryteriów nieprzewidzianych w warunkach zamówienia (kryteriów nieokreślonych w warunkach zamówienia), poprzez zmniejszenie ilości przyznanych punktów w kryterium „jakość” z uwagi na fakt, iż pomimo spełnienia danego aspektu (co dany członek komisji przyznał oceniając dany aspekt) oceniający miał uwagi spoza danego kryterium;

3.obrazę przepisu artykułu 16 ustawy Pzp polegającą na naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co polega na niewybraniu oferty Odwołującego 2 w następstwie zmniejszenia ilości punktów przyznawanych w zakresie kryterium jakość w rezultacie zastosowania kryteriów nieokreślonych w dokumentach zamówienia (SWZ), ale sformułowanych na etapie oceny oferty w zakresie tego kryterium (dodatkowych, bo nieprzewidzianych w SWZ) – na podstawie próbek, co skutkowało przyznaniem ofercie Odwołującego 2 mniejszej ilości punktów w zakresie kryterium jakość, a w efekcie niewybraniem oferty Odwołującego 2 jako najkorzystniejszej.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert z uwzględnieniem zarzutów odwołania,
- dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego 2.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący 2 przedstawił następujące stanowisko (z uwagi na jego wysoki stopień szczegółowości, wyjątkowo zostanie ono przedstawione prawie w całości):

W dniu 4 kwietnia 2024 roku Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Do realizacji zamówienia publicznego wybrano jako najkorzystniejszą ofertę Deko-Bau spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: Deko-Bau lub Wykonawca). W uzasadnieniu podano, że oferta Wykonawcy została wybrana (zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp); oferta otrzymała najwyższą liczbę punktów zgodnie ze wzorami opisanymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Dowód: 1. SWZ; 2. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 4 kwietnia 2024 roku.

Wykonawca otrzymał 91,73 punktów, a Odwołujący 2 otrzymał łącznie 89,09 punktów, a zatem o 2,64 punktów mniej i tym samym nie udzielono Mu zamówienia. Co istotne, Odwołujący 2 otrzymał większą liczbę punktów według kryterium cena, a na ostatecznym wyniku postępowania zaważyły oceny Komisji (uśredniona ocena jej członków), a tym samym przyznanie liczby punktów w kryterium „jakość wykonania” i ocena załączonych przez Odwołującego 2 próbek. Zdaniem Odwołującego 2 ocena – przyznana liczba punktów jest błędna, a mianowicie Odwołujący 2 powinien podobnie jak Deko-Bau otrzymać maksymalną liczbę punktów (30 punktów) – przy uwzględnieniu mechanizmu w jaki Zamawiający opisał sposób przyznawania punktów – obowiązujący (co oczywiste wszystkich wykonawców przez cały czas trwania postępowania).

Uwaga ogólnej natury – dotycząca sposobu w jaki Zamawiający reguluje sposób weryfikacji i oceny jakości zaoferowanej próbki, co dotyczy zarówno próbki nr 1 jak i próbki nr 2. Chodzi tu o to, że przypadku cech których istnienie podlega prostemu sprawdzeniu na podstawie kwalifikatora spełnia albo nie spełnia (zgodność twierdzenia z rzeczywistym stanem rzeczy) nie jest możliwym (a na pewno nie logicznym i niezrozumiałym) aby dla jednej osoby (członka komisji) takowa cecha istniała, a dla innej nie istniała.

I. OCENA PRÓBKII NUMER 1

A. OCENY POSZCZEGÓLNYCH CZŁONKOW KOMISJI

W przypadku próbki nr 1 w pierwszej tabeli (weryfikacja) Zamawiający podaje aspekty oceny próbki przewidując, że próbka spełnia wyliczone aspekty (Lp. 1 do 9) albo próbka nie spełnia. W czwartej kolumnie Zamawiający pozostawia miejsce na uwagi względem każdego z dziewięciu wyliczonych aspektów. W przypadku oferty (próbki) przedstawionej przez Odwołującego 2 w kartach ocen członków komisji R.M., M.F., A.W., B.Ś. i N.Ś-G. w kolumnie przewidzianej na uwagi – takowych uwag brak. Przy czym w przypadku oceny Pana Ś. zwraca uwagę fakt, że ten członek komisji nie przedstawiając żadnych uwag czy też zastrzeżeń w tabeli 1 (próbka spełnia wszystkie aspekty) i tabeli 2 (ocena: TAK dla każdego aspektu) ostatecznie przyznaje próbce 4 punkty. Jak to wylicza, dlaczego, na podstawie czego i w związku z czym – nie wiadomo.

W pozostałych kartach ocen następujących członków komisji pojawiają się następujące adnotacje:

Pan P.M. odnośnie Lp. 4 (Opis sprzętu multimedialnego) podaje, że „Brak opisu kamery i projektora multimedialnego”. Jako jedyny zwraca on uwagę na to, że próbka nie spełnia aspektu (opis sprzętu multimedialnego) – wpisując „Tak” w kolumnie „Nie spełnia”. Zaznaczyć w tym miejscu należy, że próbka zawiera opis sprzętu multimedialnego – Odwołujący 2 zawarł w opisie sprzętu – wyszczególnił wszystkie sprzęty, które będą składały się na dane stanowisko wystawy. Wyjaśnić trzeba, że Zamawiający w żadnym wypadku nie sprecyzował wyżej wymienionego aspektu – kryterium oceny, mianowicie nie wskazał jaki poziom szczegółowości opisu jest wymagany, aby dany aspekt został spełniony.

Pozostali członkowie komisji stwierdzają, że próbka spełnia wyżej wymieniony aspekt. Istotne jest, że ten aspekt jest oceniany w ten sposób, że stwierdza się jego istnienie albo jego brak; trzeciej możliwości nie ma, widać zatem sprzeczność względem stwierdzenia istnienia faktu obiektywnego. Zwrócić trzeba dodatkowo uwagę na logiczny charakter tabeli 1, gdzie Zamawiający w kolumnach 2 i 3 prezentuje alternatywę rozłączną (spełnia - nie spełnia), wobec tego kolumna „Uwagi” może mieć sens i być wypełniona treścią (w odniesieniu do kolejnych Lp.) tylko w przypadku zaznaczenia Lp. w kolumnie „Nie spełnia”, co jako jedyny zauważył Pan M.

Pan K. H. odnośnie Lp. 4 (Opis sprzętu multimedialnego) podaje, że „Opis bardzo uproszczony, bez podania szczegółów”. Do jakiego wzorca przeciwnego „uproszczeniu” członek komisji referuje – nie wiadomo. Nie wiadomo też jaki wzorzec szczegółowości do którego przyrównuje próbkę członek komisji ma na myśli.

Odnośnie Lp. 7 (Wizualizacja 3D) wskazany członek komisji podaje, że „Wizualizacja bardzo uproszczona”. Również w tym przypadku nie wiadomo do jakiego wzorca przeciwnego „uproszczeniu” członek komisji referuje.

Pani E.F. odnośnie Lp. 4 (Opis sprzętu multimedialnego) podaje, że „Próbka bardzo uproszczona, bez podania szczegółów”. Do jakiego wzorca przeciwnego „uproszczeniu” członek komisji referuje – nie wiadomo. Nie wiadomo też jaki wzorzec szczegółowości do którego przyrównuje próbkę członek komisji ma na myśli.

Odnośnie Lp. 7 (Wizualizacja 3D) wskazany członek komisji podaje, że „Bardzo uproszczona”. Również w tym przypadku nie wiadomo do jakiego wzorca przeciwnego „uproszczeniu” członek komisji referuje.

Pani A.R. odnośnie Lp. 4 (Opis sprzętu multimedialnego) podaje, że „Słaby, ogólny opis. Nie ma szczegółowych informacji” (pisownia oryginalna). Zwraca uwagę nieprecyzyjność i kolokwializm oceny, nie wiadomo też jaki wzorzec szczegółowości do którego przyrównuje próbkę członek komisji ma na myśli.

Odnośnie Lp. 7 (Wizualizacja 3D) wskazany członek komisji podaje, że „Wizualizacja bardzo ogólna”. Można się domyślić, że ogólność wizualizacji jest jej wadą, której konsekwencje przenoszą się na ocenę zaprezentowaną w tabeli 3.

Pani M.K. odnośnie Lp. 4 (Opis sprzętu multimedialnego) podaje, że „Opis uproszczony”. Do jakiego wzorca przeciwnego „uproszczeniu” członek komisji referuje – nie wiadomo.

Odnośnie Lp. 7 (Wizualizacja 3D) wskazany członek komisji podaje, że „Wizualizacja uproszczona”. Również w tym przypadku nie wiadomo, do jakiego wzorca przeciwnego „uproszczeniu” członek komisji referuje.

Pan R.S. odnośnie Lp. 4 (Opis sprzętu multimedialnego) podaje, że „Próbka uproszczona, brak szczegółów.” Do jakiego wzorca przeciwnego „uproszczeniu” członek komisji referuje oraz jakie pominięte szczegóły członek uważa za istotne – nie wiadomo. Odnośnie Lp. 7 (Wizualizacja 3D) wskazany członek komisji podaje, że „Wizualizacja bardzo ogólna”. Można się domyślić, że ogólność wizualizacji jest jej wadą, której konsekwencje przenoszą się na ocenę zaprezentowaną w tabeli 3.

Zwraca również błędny pod względem zakresów sposób ujęcia aspektów oceny ofert (tabela 2 – próbka 1). Przypominamy, że nie kwestionujemy – bo na to za późno, sposobu opisania kryterium, ale zwracamy uwagę na to, że zakresy znaczeń pojęć są dlatego istotne, bo przekładają się wprost na ocenę – to jest ilość przyznanych punktów i w konsekwencji nieudzielenie zamówienia Odwołującemu. Pierwszym przykładem jaki trzeba podać jest pozycja 5 i 6 tabeli 2, gdzie w pozycji 5 ocenianym aspektem jest estetyka, atrakcyjność, nawiązanie do wyglądu oryginalnej maszyny zaś w pozycji 6 ocenianym aspektem są kompletność, spójność oraz przejrzystość opracowania i prezentowanych elementów. Pomimo, że w Lp. od 1 do 7 tabeli nr 2 (Aspekty oceny ofert) wskazano w pojęcia właściwych sobie zakresach znaczeniowych, członkowie komisji wydają się tego nie zauważać i dowolnie wedle przyjętych przez siebie reguł pomijając kwestię spełnienia aspektu oceny lub jego braku (nie spełnienia) dokonywali negatywnej oceny próbki w innym jej aspekcie pomimo jednoczesnego wskazania, że dany aspekt jest przez próbkę spełniony. Tym samym członkowie

komisji oceniają tę samą cechę pozytywnie lub negatywnie w zależności od numeru Lp. w tabeli Aspekty oceny ofert. Najprościej rzecz ujmując oceniając ją dwa razy i odmiennie. Trzeba jeszcze zwrócić uwagę i skrytykować sposób, w jaki członkowie komisji (być może przez nieuwagę) traktują kwestie natury również logicznej; mianowicie: jeżeli daną cechę, zjawisko, opis ocenia się pozytywnie – jako spełniającą dany wymóg (aspekt) i to bez uwag (kolumna Uwagi wypełniona „Nie dotyczy” lub „Nie”), to niezgodnym z logiką i bezzasadnym jest czynienie uwag choćby w tabeli Aspekty oceny ofert. Przechodząc do konkretów:

- Pan K.H. oceniając estetykę i atrakcyjność próbki (Lp. 5) podaje (Ocena): „Spełnia oczekiwane kryterium”, aby w Lp. 6 oceniając kompletność, spójność oraz przejrzystość opracowania i prezentowanych elementów podać, że „Próbka również spełnia wskazane kryteria. Jednak posiada jedynie dwa elementy multimedialne (...) nie jest ciekawa dla odwiedzającego.”. Widać tu, że członek komisji w sposób dowolny traktuje zredagowane przez Zamawiającego kryteria i „przenosi” je i wielokrotnie używa oceniając różne aspekty. Próbka spełnia wszystkie kryteria (co wynika wprost z poszczególnych Lp. tabeli), a pomimo tego ten członek komisji przyznaje próbce 3 punkty, uzasadniając to zarzutami w uproszczonej formie: „Próbka nie jest na tyle ciekawa graficznie i wizualnie, aby przyciągnąć zwiedzającego”. Przypomnijmy: Pan H. stwierdza najpierw, że próbka spełnia aspekty oceny (z tabeli 1 i 2), aby w tabeli 3 będącej wynikiem, wnioskowaniem z dwóch poprzednich stwierdzić wbrew przesłance „spełnia aspekty”, że Próbka (...) niemal w pełni spełnia oczekiwania merytoryczne”. Zatem jednocześnie próbka spełnia i nie spełnia (niemal spełnia); przy czym Pan H. częściowo przepisuje treść podaną przez Zamawiającego w kolumnie 2 Lp. 3 tabeli nr 3 do kolumny 5 przewidzianej na uwagi, chociaż nie wskazuje jakie błędy (inne niż poważne) zawiera próbka. Wydaje się zatem, że po stwierdzeniu (co Pan H. czyni), że próbka spełnia aspekty oceny ocenia w tym zakresie próbkę na 3, sugerując że zawiera błędy inne niż poważne (bez wskazania).
- Pani E.F. powiela treści adnotacji Pana K.H., bo treści formularzy weryfikacji i oceny tych osób są niemal identyczne. Oceniając estetykę i atrakcyjność próbki (Lp. 5) tak samo jak Pan H. podaje (Ocena): „Spełnia oczekiwane kryterium”, aby w Lp. 6 oceniając kompletność, spójność oraz przejrzystość opracowania i prezentowanych elementów podać, że „Próbka również spełnia wskazane kryteria. Jednak posiada jedynie dwa elementy multimedialne (...) nie jest ciekawa dla odwiedzającego.”. Widać tu, że członek komisji w sposób dowolny traktuje zredagowane przez Zamawiającego kryteria i „przenosi” je i wielokrotnie używa oceniając różne aspekty. Próbka spełnia wszystkie kryteria (co wynika wprost z poszczególnych Lp. tabeli), a pomimo tego ta członkini komisji przyznaje próbce również 3 punkty, uzasadniając to zarzutami w uproszczonej formie: „Próbka nie jest na tyle ciekawa graficznie i wizualnie, aby przyciągnąć zwiedzającego”. Pani F. stwierdza najpierw, że próbka spełnia aspekty oceny (z tabeli 1 i 2), aby w tabeli 3 będącej wynikiem, wnioskowaniem z dwóch poprzednich stwierdzić wbrew przesłance „spełnia aspekty”, że „Próbka (...) niemal w pełni spełnia oczekiwania merytoryczne”. Zatem jednocześnie próbka spełnia i nie spełnia (niemal spełnia); przy czym Pani F. (tak jak pan H.) częściowo przepisuje treść podaną przez Zamawiającego w kolumnie 2 Lp. 3 tabeli nr 3 do kolumny 5 przewidzianej na uwagi, chociaż nie wskazuje jakie błędy (inne niż poważne) zawiera próbka. Wydaje się zatem, że po stwierdzeniu (co Pan H. również czyni), że próbka spełnia aspekty oceny, ocenia w tym zakresie próbkę na 3, sugerując, że zawiera błędy inne niż poważne (bez wskazania),
- Pani A.R. podobnie jak powyżej wskazani członkowie komisji oceniając estetykę i atrakcyjność próbki (Lp. 5) podaje (Ocena): „Spełnia kryterium”, aby w Lp. 6 oceniając kompletność, spójność oraz przejrzystość opracowania i prezentowanych elementów podać, że „Próbka spełnia określone kryterium. Minusem jest to, że posiada wyłącznie dwa elementy multimedialne. Próbka odzwierciedla maszynę Jacquarda, z tym, że nie jest na tyle ciekawa żeby spełnić oczekiwania korzystającego.”. Wydaje się zatem że po stwierdzeniu (co Pani R. również czyni), że próbka spełnia aspekty oceny, ocenia w tym zakresie próbkę nr 3, sugerując, że zawiera błędy inne niż poważne (bez wskazania jakie),
- Pan R.S. i Pani M.K. - tak samo jak wyżej wymienieni (co może budzić wątpliwości względem samodzielności członków komisji, których liczba miała zapewnić wielość, różnorodność, ale i niezależność ocen) powieliли treść ich oceny podczas w formularzu weryfikacji i oceny Próbkę nr 1; wobec czego spostrzeżenia i zarzuty wyżej sformułowane należy względem nich odpowiednio stosować (nie będziemy ich powielać),

Dowód: 1. SWZ; 2. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 4 kwietnia 2024 roku; 3. weryfikacja i ocena jakości zaoferowanej próbki wszystkich członków komisji przetargowej; 4. próbka numer 1 i próbka numer 2 załączona do oferty Odwołującego 2.

B. INNOWACYJNE ELEMENTY WPŁYWAJĄCE NA JAKOŚĆ MERYTORYCZNĄ PRÓBKİ

Wyjaśnić trzeba, że żaden z aspektów – kryteriów oceny nie przewidywał, że elementem obligatoryjnym próbek będzie szeroko rozumiana (bez definicji czy też choćby wskazania co Zamawiający przez nią rozumie) „innovacyjność”. Opis próbek zawierał lakoniczne, ale jednak ściśle określone wytyczne, które próbki miały spełnić. Wśród tych wymogów wskazane przez Zamawiającego w SWZ zostało, że próbki mają zawierać rozwiązania multimedialne i interaktywne. Brak było wyszczególnienia, ile poszczególnych rozwiązań próbka ma zawierać, aby spełniała wymagania Zamawiającego. Logicznie należy zatem przyjąć, że jeśli próbka zawiera rozwiązania (co najmniej 2) multimedialne oraz interaktywne to spełnia wymaganie Zamawiającego.

Dopiero w ostatniej tabeli odnoszącej się do próbki numer 1 zawierającej opis ocen (punktację) Zamawiający wprowadza niejako dodatkowe kryterium - innowacyjne elementy, wpływające korzystnie na jakość merytoryczną i/lub estetyczną próbki. Inaczej mówiąc, jeśli próbka spełnia wszystkie aspekty wskazane przez Zamawiającego w SWZ (kwestia spełnienia nie jest kwestią stopniowalną – albo dana próbka spełnia dany aspekt albo nie) to wykonawca otrzyma w kryterium jakość 4 punkty (tabela numer 3, ocena jakości dobra – próbka nie zawiera błędów, spełnia oczekiwania merytoryczne i estetyczne). Natomiast, aby komisja przyznała punktów 5 (tabela numer 3, ocena jakości bardzo dobra) konieczne jest, aby próbka spełniała wszystkie oczekiwania (aspekty, kryteria wskazane w SWZ), „a także zawiera innowacyjne elementy wpływające korzystnie na jej jakość merytoryczną i/lub estetyczną”.

Mając na uwadze oceny członków komisji w kwestii spełniania poszczególnych aspektów, a w efekcie przyznane (błędnie zdaniem Odwołującego) punkty, wydaje się, że członkowie komisji nie tylko nie docenili elementów innowacyjnych próbki, ale przede wszystkim je przeoczyli, pominieli.

Wobec powyższego Odwołujący 2 wskazuje, że próbka zawiera następujące elementy innowacyjne:

- 1)Odwołujący 2 dodatkowo oprócz elementów obligatoryjnych wprojektował element multimedialny wzbudnik, który potęguje doznania zwiedzających i sprawia, że model pełniej odwzorowuje działanie maszyny
- 2)Odwołujący 2 zaprojektował logo i identyfikację wystawy (ponad wymogi SWZ).

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, że próbka nie tylko spełnia wszystkie aspekty wskazane przez Odwołującego w SWZ (co potwierdzają oceny członków komisji, o czym powyżej), ale także posiada rozwiązania innowacyjne, które powinny znaleźć odzwierciedlenie w ocenach członków komisji, o czym w ostatniej części odwołania.

Dowód: 1. SWZ; 2. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 4 kwietnia 2024 roku; 3. weryfikacja i ocena jakości zaoferowanej próbki wszystkich członków komisji przetargowej; 4. próbka numer 1 i próbka numer 2 załączona do oferty Odwołującego 2.

II. OCENA PROBK I 2

A. ASPEKT ZAPEWNIENIA DOSTĘPNOŚCI APLIKACJI DLA OSÓB ZE SZCZEGÓLNYMI POTRZEBAMI

Na wstępie należy wskazać, że wszyscy członkowie komisji uznali, że próbka nr 2 Odwołującego 2 albo nie zawiera informacji na temat dostępności dla osób ze szczególnymi potrzebami albo tego aspektu nie spełnia, to znaczy (jak można się domyślać z lakonicznych komentarzy członków komisji), że nie jest ona przystosowana dla „osób ze szczególnymi potrzebami”. Innymi słowy, zdaniem komisji zastosowane rozwiązania nie pozwalają na korzystanie z aplikacji przez „osoby ze specjalnymi potrzebami”. Co istotne, każdy z członków komisji uznał powyższe „uchylenie” w próbce Odwołującego 2 za istotne i dał temu wyraz w ocenie – poszczególni członkowie komisji przyznali Odwołującemu 2 od 2 do 3 punktów (próbka nie spełnia oczekiwań merytorycznych i/lub estetycznych lub próbka niemal w pełni spełnia oczekiwania merytoryczne i/lub estetyczne).

Zanim przejdziemy do szczegółowej analizy samego pojęcia „osób ze szczególnymi potrzebami”, a także próby odkodowania co każdy z członków komisji rozumiał pod wyżej wymienionym pojęciem trzeba zwrócić uwagę na kwestię najważniejszą – aspektem oceny ofert według SWZ było „zapewnienie dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami”, a nie zawarcie w próbce informacji na temat dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami. Innymi słowy, aby zweryfikować – ocenić, czy dana próbka spełnia aspekt zapewnienia dostępności do aplikacji osobom ze szczególnymi potrzebami konieczne jest zbadanie powyższego, to jest sprawdzenie, czy aplikacja w wersji zaproponowanej przez Odwołującego oraz przedstawiona na próbce nadaje się do korzystania przez „osoby ze szczególnymi potrzebami”. Jak wynika z powyższego, ci członkowie komisji, którzy wskazali, że „próbka nie zawiera informacji” o powyższej dostępności w ogóle nie zbadali, czy próbka ta spełnia podany aspekt – kryterium i jednocześnie nie przyznali Odwołującemu 2 punktów w związku z faktem, iż Próbka nie spełnia wyżej wymienionego aspektu (choć nie wiadomo na jakiej podstawie doszli do takiego przekonania, skoro ich zdaniem brak było danych do zweryfikowania tej

kwestii). Taki sposób postępowania mógłby doprowadzić (Odwołujący 2 podaje niniejsze jako przykład, obraz) do sytuacji, w której wykonawca, mijając się z prawdą opatruje próbkę stosowną informacją (na przykład „próbka zawiera dostępność aplikacji dla osób z niepełnosprawnościami”), i licząc na nieuwagę czy też wręcz zaniechanie sprawdzenia rzeczywistej zawartości próbki - nie wyposaża próbki w żadne udogodnienia.

Wyjaśniamy w tym miejscu, że informacje, które pozwalały na zweryfikowanie czy aplikacja jest odpowiednio przystosowana dla osób ze szczególnymi potrzebami zawarte są w samej aplikacji przedstawionej na próbce, o czym w dalszej części pisma. Informacje te były dostępne dla członków komisji – przecież mieli Oni dostęp do próbek i właśnie te próbki winni ocenić.

• DOSTĘPNOŚĆ APLIKACJI DLA OSÓB ZE SZCZEGÓLNYMI POTRZEBAMI

Odwołujący 2 wskazuje, że próbka numer 2 przedstawia aplikację, która zapewnia dostępność dla osób ze szczególnymi potrzebami.

Mając na uwadze, że Zamawiający w SWZ nie wskazał, ani jakie normy próbki powinny spełniać, ani co Zamawiający rozumie pod pojęciem „osoby ze szczególnymi potrzebami” to każdy z wykonawców uprawniony był do dokonania interpretacji powyższego we własnym zakresie (w najlepszej wierze i na swój sposób) i o ile przyjęte rozwiązania (i normy, wytyczne którymi kierował się Wykonawca) umożliwiają korzystanie z aplikacji przez osoby z potrzebami specjalnymi – jak w tym przypadku przez osoby niepełnosprawne oraz starsze - to Próbką spełnia wymóg aspektu dostępności opisany w formularzu ocen.

W związku z wyżej wskazanymi nieścisłościami zapisów SWZ Odwołujący 2 (oraz wszyscy wykonawcy) samodzielnie wybrali normy, które rozsądnie mogą zapewnić dostępność aplikacji „osobom ze szczególnymi potrzebami”. Odwołujący 2 posiłkował się w tej mierze wytycznymi ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zapewnianiu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami – choć przypominamy, że Zamawiający do ustawy się nie odnosi. Ustawa również nie precyzuje o jakie „osoby ze szczególnymi potrzebami” chodzi. Wydaje się że Zamawiający rozumie to poprzez dostosowanie aplikacji do wymogów ustawy o dostępności cyfrowej stron internetowych i aplikacji mobilnych podmiotów publicznych, choć to również w SWZ nie zabrzmiało. Takie dostosowanie zapewnia się między innymi poprzez odpowiedni poziom kontrastu między elementami wyświetlanymi na ekranie oraz odpowiednie powiększenie tekstu.

Aplikacja Odwołującego 2 została zaprojektowana w ten sposób, aby już w wersji podstawowej – takiej, która dostępna jest dla wszystkich użytkowników spełniała określone parametry, które umożliwiają korzystanie z niej przez osoby ze szczególnymi potrzebami – w tym przypadku osoby niedowidzące, w tym osoby starsze. Zamawiający dopuszcza umieszczenie oznaczeń (piktogramów) o dostępności w ramach aplikacji lub stanowiska, nie jest więc wymogiem umieszczenie ikon dostępności w ramach aplikacji. Projekt stanowiska nie jest przedmiotem przygotowanej próbki, a jedynie jego element.

Wszystkie elementy graficzne, a także napisy zostały opracowane w ten sposób, aby spełniały standardy wytyczne dla dostępności treści cyfrowych (strony internetowe i aplikacje mobilne) (WCAG) 2.1 (w3.org). [Tabela zawarta w odwołaniu, zgodnie z twierdzeniem Odwołującego 2, przedstawia w jaki sposób próbka spełnia wymogi, wedle których zostały opracowane treści prezentowane w aplikacji – wskazano, że tabela odnosi się do przedstawionej przez Oferenta próbki nr 2 i standardów WCAG 2.1.).

Standard WCAG 2.1 określa, że minimalne kontrasty dla poziomu AA powinny wynosić:

- 4,5 w przypadku tekstu małego (poniżej 18 punktów)
- 3,0 w przypadku tekstu dużego (minimum 18 punktów)

Standard WCAG 2.1 określa, że minimalne kontrasty dla poziomu AAA powinny wynosić :

- 7,0 w przypadku tekstu małego (poniżej 18 punktów)
- 4,5 w przypadku tekstu dużego (minimum 18 punktów)

Przechodząc do kwestii kontrastu, który obok rozmiaru czcionek jest drugim czynnikiem, który wpływa na dostępność treści multimedialnych dla osób ze szczególnymi potrzebami z zakresie wzroku (osoby niedowidzące, osoby starsze), Odwołujący 2 wskazuje, że o te kwestie również zadbał projektując aplikację.

Odnosząc wyżej przytoczone argumenty do projektu Odwołującego 2 (próbki nr 2) wskazać trzeba, że wszystkie teksty prezentowane w aplikacji spełniają wymóg dostępności na poziomie AA lub AAA (bardzo wysoki).

Wskazujemy, że próbka numer 2 spełnia aspekt dostępności dla osób ze szczególnymi potrzebami, co więcej spełnia go już wersja podstawowa – ustawiona domyślnie po włączeniu aplikacji, nie wymaga zatem dodatkowej aktywności ze strony wyżej wymienionych osób (nie ma potrzeby przełączania na wersję kontrastową i powiększanie tekstu przy pomocy ikon).

Podsumowując powyższe dywagacje, aby uniknąć wszelkich wątpliwości poniżej przedstawiamy spis elementów, które zostały zaprojektowane w celu zapewnienia dostępności aplikacji dla osób ze specjalnymi potrzebami, a które zostały pominięte (niezauważone) przez Zamawiającego w trakcie dokonywania oceny próbki. Wydaje się, że przyczyną błędu Zamawiającego jest stereotypowe/sztaampowe podejście do kwestii zapewniania dostępności ekspozycji i jej elementów dla osób ze szczególnymi potrzebami. Wydaje się, że zdaniem członków komisji oceniających próbkę wykonawcy tylko aplikacje wymagające włączenia osobnej – specjalnej wersji dla osób ze specjalnymi potrzebami spełniają wymagania SWZ, a tym samym kryteriów oceny i zasługują na przyznanie punktów za spełnienie tego aspektu. Tymczasem takie rozumowanie nie może zostać przyjęte za poprawne, bowiem kryterium dostępności winno zostać uznane za spełnione, kiedy aplikacja rzeczywiście jest przystosowana do wymagań osób ze szczególnymi potrzebami, a nie tylko wtedy, kiedy zawiera inną – specjalnie dostosowaną wersję.

Dla porządku Odwołujący 2 poniżej przedstawia poszczególne parametry elementów aplikacji:

- 1)kontrasty - na ekranie dotykowym teksty - 12.84:1 - bardzo wysoki (WCAG 2.1 Level AAA - zdana norma podwyższona do mniejszych niż 18 ptów)
- 2)kontrast - na ekranie dotykowym buttony - 5.95:1 - wysoki (WCAG 2.1 Level AA - norma dla tekstów mniejszych niż 18 ptów i norma AAA dla tekstów większych niż 20pt)
- 3)na ekranie głównym komunikaty kierujące rozgrywką wielkości: 31pt
- 4)na ekranie dotykowym tekst bazowy (wiedzowy): 18 pt
- 5)na ekranie dotykowym tekst lead (tytuły wiedzowe): 28 pt
- 6)na ekranie dotykowym tekst na buttonach - KAPITALIKAMI: 27 pt lub 20 pt
- 7)na ekranie dotykowym buttony wyboru języka ok. 18 mm wysokości
- 8)na ekranie dotykowym button START (aktywacyjny) - czerwony obszar 36mm, zwiększony kontrast przez podcień
- 9)na monitorze elementy interaktywne - buttony, przełączniki umieszczamy w dole ekranu zapewniając dostępność aplikacji dla małorośtych, dzieci oraz osób na wózkach inwalidzkich.

Dodatkowo wskazujemy, że z powyższe dostępności wynikały także z opisu próbki:

- 1)„(...) interfejs sterowania został uproszczony dla intuicyjnej obsługi, a jednak zachowuje autentyczny wygląd maszynisty z epoki.”
- 2)„Wszystkie elementy sterujące są wyraźnie oznaczone” - zadbałszy o właściwą kolorystykę, kształty i wielkości elementów interaktywnych
- 3)„(...) Dodatkowe elementy sterowania manualnego (dźwignie) są wskazywane komunikatami (...)” dbając o dostosowanie interfejsu dla osób ze szczególnymi potrzebami

Podsumowując; próbka spełnia aspekt dostępności dla osób ze szczególnymi potrzebami (pomimo braku sprecyzowania dla jakich osób aplikacja miałaby być dostępna) np. osoby niedowidzące, osoby słabowidzące, osoby starsze, z dysleksją, osoby z niepełnosprawnościami ruchowymi, obcokrajowcy, małorośli.

Projekty konkurencji zawierające ikonki (piktogramy), które umożliwiają przełączanie wersji standardowej ustawionej domyślnie na wersję dla osób ze szczególnymi potrzebami zostały dostrzeżone i docenione przez członków komisji poprzez przyznanie 1m punktów za spełnienie tego aspektu. Zaznaczyć trzeba, że projekty są w oczywisty sposób mniej wartościowe od propozycji Odwołującego 2, który zaprojektował aplikację w ten sposób, że nie wymaga ona żadnej dodatkowej interakcji ze strony zwiedzających ze szczególnymi potrzebami. Jest ona zatem łatwiejsza w obsłudze niż aplikacje, które wymagają takiej interakcji (funkcja jest dostępna w bardziej funkcjonalny od strony użyteczności sposób co czyni takie rozwiązanie lepszym).

Mając na uwadze treść regulacji i cel jaki ustawodawca realizuje wprowadzając nowe ustawy należy wskazać, że raczej ideą, która przyświeca nowelizacji i tworzeniu nowych regulacji jest takie działanie (tworzenie i projektowanie) przestrzeni publicznych, w tym także wystaw interaktywnych, których częścią są aplikacje, aby nie dzielić użytkowników (w tym

przypadku zwiedzających) na osoby korzystające z wersji domyślnych i takich, dla których są tworzone oddzielne wersje „specjale”, uproszczone, powiększone, mniej atrakcyjne graficznie.

Trzeba też przypomnieć, że sama aplikacja jest częścią większego stanowiska, które to stanowisko powinno być dostosowane do takich „szczególnych potrzeb” i dostosowanie aplikacji współgrać powinno z pozostałymi elementami wystawy. Jak wynika z obiektywnej oceny próbki nr 1 z projektem całego stanowiska Odwołujący 2 myśli ponadnormatywnie tzn. zaprojektował stanowisko tak, aby było ono dostępne bez szczególnych wymagań, dostosowań, konieczności podejmowania dodatkowej aktywności przez osoby ze szczególnymi potrzebami.

Powyższe zapewnia także komfort korzystania ze stanowiska, w tym z aplikacji osobom ze szczególnymi potrzebami, czy też różnego rodzaju ograniczeniami. Odwołujący 2, a tym samym zaproponowana Próbką nie dzieli ludzi i sposobu korzystania z aplikacji i stanowisk ze względu na ich ograniczenia, rodzaj tych ograniczeń, a każdy zwiedzający może cieszyć się eksponowanymi treściami bez względu na fakt, czy posiada szczególne potrzeby czy też nie.

Na marginesie, trzeba przypomnieć także, że to nikt inny jak właśnie Zamawiający jest autorem SWZ, w tym także kryteriów – aspektów oceny przedłożonych próbek. Zamawiający jako podmiot profesjonalny nie tylko powinien wiedzieć jakie parametry aplikacji (wielkość czcionek, kontrast) powinny być spełnione, aby dany projekt – próbka odpowiadała wymogowi dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami, ale ma taki obowiązek. Innymi słowy, próbka spełnia aspekt dostępności nie wtedy, kiedy wykonawca zaznaczy na projekcie że wymóg ten spełnia, a wówczas, gdy rzeczywiście obiektywne kryteria pozwalają na potwierdzenie, że rzeczywiście osoby ze szczególnymi potrzebami będą mogły z takiej aplikacji skorzystać. Innymi słowy, Zamawiający za pośrednictwem członków komisji (profesjonalistów oddelegowanych do weryfikacji ofert - próbek, które ze swej natury posiadają elementy techniczne, specjalistyczne) bada, czy dana próbka rzeczywiście spełnia czy też nie spełnia konkretnych kryteriów postawionych przez samego Zamawiającego. Zatem jeśli Zamawiający formułuje kryterium dostępności dla osób ze szczególnymi potrzebami w odniesieniu do aplikacji to jako oczywiste jawi się, że musi posiadać wiedzę w zakresie tego w jaki sposób taka aplikacja może (i powinna) to kryterium spełniać. Wydaje się, że powyższego zabrakło podczas dokonywania oceny próbki numer 2 Odwołującego 2, bowiem gdyby członkowie komisji pochyli się nad wyżej wymienioną kwestią to logicznie doszłoby do wniosku, że aspekt ten został przez próbkę bezdyskusyjnie spełniony.

Dowód: 1. SWZ; 2. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 4 kwietnia 2024 roku; 3. weryfikacja i ocena jakości zaoferowanej próbki wszystkich członków komisji przetargowej; 4. próbka numer 1 i próbka numer 2 załączona do oferty Odwołującego 2;

ANALIZA ZAPISÓW SWZ ORAZ OCEN POSZCZEGÓLNYCH CZŁONKÓW KOMISJI

Odnosnie oceny próbki nr 2 w zakresie aspektu zapewnienia dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami decyzjom członków komisji trzeba zarzucić, że podejmowali je w oparciu o w żaden sposób nieprecyzowany punkt odniesienia do którego referowana była pożądana cecha. Chodzi o to, że Zamawiający w żaden sposób nie zdefiniował co należy rozumieć przez pojęcie „dostępność aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami”. Aspekt ten mający wraz z innymi decydować o przyznawaniu punktów w zakresie kryterium jakości został przez Zamawiającego opisany (zdefiniowany) w nieprecyzyjny sposób, przyznając członkom komisji swobodę w ocenie; taki sposób z braku sprzeciwu Wykonawców na odpowiednim etapie postępowania i stosownym dla niego terminie nie może być teraz kwestionowany co do zasady. Można i trzeba jednak w tym miejscu stwierdzić, że konsekwencji braku precyzji w sformułowaniu Warunków oceny nie może ponosić Wykonawca – mowa tu oczywiście o negatywnych konsekwencjach polegających na precyzowaniu kryterium podczas oceny próbki przez członków komisji, którzy oceniając próbki uzupełniają definicję „osób ze szczególnymi potrzebami”, co w przypadku Odwołującego przyjęło formę uznania, że „Próbka nie zawiera zapewnienia dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami” (tak N.Ś.-G.). Pan R.S. sprecyzował definicję osoby ze szczególnymi potrzebami przyjmując jako odpowiednie znamiona niepełnosprawności i stwierdził, że w przypadku próbki nr 2 „brak informacji o dostępności dla osób z niepełnosprawnościami”. Podobnie uczynił Pan P.M. opatrując omawiany aspekt komentarzem: „Brak informacji dotyczących rozwiązań dla osób z niepełnosprawnościami”. Nawiasem mówiąc na jakiej podstawie – na podstawie jakich informacji – Pani N.Ś.-G. uznała, że próbka nie zawiera dostępności, skoro według Pana S., a także Pani M.K., Pani A.R., Pani E.F., Pana K.H., brakowało takowych informacji. Z kolei Pan B.Ś. omawiany aspekt opatrzył komentarzem – słowem: „Nie” – odnosnie dostępności. Wreszcie członek komisji – Pan R.M. stwierdził względem przedmiotowego aspektu, że „Brak wyraźnego odniesienia w koncepcji”. W ten sposób doszło do niekorzystnych konsekwencji względem oferty (próbki nr 2) Odwołującego 2 w oparciu o nieprecyzyjnie sformułowane kryterium w ten sposób, że ilość punktów jest mniejsza niż maksymalna. Analiza krótkich komentarzy, którymi członkowie komisji opatrzyli pozycję 6 w formularzu weryfikacji i oceny jakości próbki (tabela 2 – aspekty oceny ofert) nie pozwala na zdekodowanie jakimi czynnikami kierowały się poszczególne osoby, a pozwala uznać, że po

pierwsze dla niektórych z nich w ofercie (próbce) brak było informacji pozwalających stwierdzić dostępność, dla innych takowe informacje istniały, skoro oceniono próbkę jako niezapewniającą dostępności (dla osób niepełnosprawnych), po drugie zaś, że członkowie komisji wiedzieli co znaczy fraza „osoby ze szczególnymi potrzebami”. Do takiej znanej im wyłącznie definicji referowali cechy przedstawionych próbek, przy czym Pan M. sprecyzował, co oznacza dla Zamawiającego osoba ze szczególnymi potrzebami – jest to osoba niepełnosprawna. Doszło zatem do sytuacji, w której ocenne kryterium (zapewnienie dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami) sformułowane w sposób nieprecyzyjny zostało uszczegółowione przez członków komisji podczas oceny próbki. Analiza każdej z kart ocen komisji w zakresie omawianego podkryterium dla każdego z wykonawców pozwala na wniosek, że członkowie komisji nie rozumieli tak samo zapewnienia dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami i rozmaite cechy (właściwości) próbki uważali za istotne; przy czym inne cechy są istotne w zależności od oceniającego. Różnie są także rozumiane i definiowane przez członków komisji szczególne potrzeby, które nie zostały w żaden sposób sprecyzowane przez Zamawiającego w SWZ.

W przypadku próbki nr 2 członek komisji – Pan M.F. oceniając tę próbkę przedstawioną przez Odwołującego pod względem dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami uznał, że „Próbka nie zawiera dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami”.

Co wskazany członek komisji rozumie przez „zapewnienie dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami” nie wiadomo. Można się tego domyślić analizując ocenę w zakresie tego podkryterium uczynioną dla Trias AVI, gdzie nadmieniony doprecyzował te szczególne potrzeby i osoby je posiadające jako grupy „osób ze spektrum autyzmu, osoby niedowidzące, osoby z padaczką”, co oceniana próbka prezentuje poprzez „udostępnienie profili dostępności” dla tak określonych grup osób. Ocena próbki nr 2 przedstawionej przez Deko- Bau pozwoliła Panu F. na wniosek, że „Nie wykazano zapewnienia dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami”. Względem próbki nr 2 przedstawionej przez wykonawcę TDC Polska Pan M.F. stwierdził krótko, że „Próbka spełnia kryterium”.

Pan K.H. oceniając próbkę nr 2 przedstawioną przez Odwołującego 2 podał, że „Brak informacji o dostępności dla osób z niepełnosprawnościami”. Oceniając próbkę nr 2 przedstawioną przez Trias AVI członek komisji Pan K.H. uznał, że „Próbka posiada szeroki wachlarz udogodnień dla osób z niepełnosprawnościami”, nie określając o jakie niepełnosprawności chodzi. Ten sam członek komisji oceniając próbkę nr 2 Deko – Bau stwierdza, że „posiada udogodnienia dla osób z niepełnosprawnościami m.in. (podkreślenie Odwołującego 2) możliwość wyboru kontrastu. Prowadzącym jest lektor co umożliwia jej odbiór osobom niedowidzącym”. Jakże jeszcze właściwości oceniający uznał za istotne poza tymi wymienionymi po „między innymi” nie wiadomo.

Pan R.M. oceniając próbkę nr 2 przedstawioną przez Odwołującego 2 stwierdził, że „brak odniesienia w koncepcji”, natomiast oceniając próbkę nr 2 Trias AVI uznał, że w jej przypadku próbka pod względem dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami jest „Zgodna”; tak samo ocenił próbki nr 2 przedstawione przez Deko – Bau i TDC Polska („Zgodna”). O jaką dostępność czy też zgodność – zgodność z czym i wedle jakich parametrów dostępności i zgodności chodzi oceniającemu nie wiadomo.

Członek komisji Pan B.Ś. (jak wyżej wskazano) próbkę nr 2 przedstawioną przez Odwołującego 2 w zakresie analizowanego podkryterium opatrzył słowem „Nie”, zaś w przypadkach pozostałych ofert słowem „Tak”. Jakże właściwości były dla oceniającego istotne, to jest jakie udogodnienia i dla jakich potrzeb, czy też niepełnosprawności i jakich osób, oceniający nie podał.

Członek komisji przetargowej – E.F. stwierdza oceniając próbkę nr 2, przedstawioną przez Odwołującego 2 w zakresie analizowanego podkryterium, że „brak informacji o dostępności dla osób z niepełnosprawnością” Również nie podając jakie informacje były dla oceniającej istotne, to jest jakie udogodnienia i dla jakich potrzeb, czy też niepełnosprawności i jakich osób. Dopiero analizując ocenę próbki nr 2 przedstawionej przez Trias można dojść do wniosku, że istotnym dla tej oceniającej są „Udogodnienia dla osób z niepełnosprawnością ruchową ale również dla osób z różnego rodzaju zaburzeniami np. Zespołu Aspergera”. Wedle zaś oceny próbki przedstawionej przez Deko- Bau istotnym parametrem decydującym o przyznawaniu punktów było „Zapewnienie dostępności m. in. wybór kontrastu. Prowadzącym jest lektor co umożliwia osobą (pisownia oryginalna) niedowidzącym odbiór”.

Członek komisji przetargowej – A.R. stwierdza oceniając próbkę nr 2, przedstawioną przez Odwołującego 2 w zakresie analizowanego podkryterium, że „Próbka nie zawiera informacji dotyczących osób z niepełnosprawnością.”, Również nie podając jakie informacje były dla oceniającej istotne i niezbędne dla dokonania oceny. Również analizując ocenę próbki nr 2 przedstawionej przez Trias AVI trzeba stwierdzić, że nie jest jasne jakie cechy (parametry) były istotne i decydujące dla takiej oceny; Pani R. podaje, że próbka „spełnia oczekiwane kryterium. Posiada wiele udogodnień dla osób z

niepełnosprawnością.”. O jakie kryterium i o jakie udogodnienia i niepełnosprawności chodzi nie wiadomo. W przypadku oceny próbki przedstawionej przez Deko – Bau brak oceny w zakresie komentowanego kryterium – nie sposób zatem wnioskować, jaki wpływ na ocenę miała ta kwestia. Względem zaś próbki przedstawionej przez TDC Polska Pani R. stwierdza, że „zapewnia dostępność dla osób z niepełnosprawnościami”. O jaką dostępność dla osób z jakimi niepełnosprawnościami chodzi – nie wiadomo.

Członek komisji przetargowej – M.K. stwierdza oceniając próbkę nr 2, przedstawioną przez Odwołującego 2 w zakresie analizowanego podkryterium, że „Brak informacji dotyczących osób z niepełnosprawnościami.”. Również nie podając jakie informacje były dla oceniającej istotne i niezbędne dla dokonania oceny. Oceniając próbkę nr 2 przedstawioną przez Trias AVI Pan K. podaje, że „Posiada udogodnienia dla osób z niepełnosprawnościami”. Jakie udogodnienia próbka prezentuje oceniająca nie podaje zatem nie wiadomo, co było dla niej istotne z punktu widzenia oceny. Oceniając próbkę nr 2 przedstawioną przez Deko – Bau oraz TDC Polska Pani K. podaje, że „Posiada udogodnienia dla osób z niepełnosprawnościami między innymi poprzez możliwość wyboru kontrastu.”. Jakie inne zalety posiada próbka poza możliwością wyboru kontrastu nie sposób się domyślić.

Członek komisji przetargowej – R.S. stwierdza oceniając próbkę nr 2, przedstawioną przez Odwołującego 2 w zakresie analizowanego podkryterium, że „brak informacji o dostępności dla osób z niepełnosprawnościami.”, także nie podając jakie informacje były dla oceniającej istotne i niezbędne dla dokonania oceny. Oceniając próbkę nr 2 przedstawioną przez Trias AVI Pan S. podaje, że próbka „posiada szeroki wachlarz udogodnień dla osób z niepełnosprawnościami”. Jaki to wachlarz i jakie udogodnienia ów wachlarz prezentuje - nie wiadomo. Oceniając próbkę nr 2 przedstawioną przez Deko – Bau Pan S. podaje, że „Posiada udogodnienia dla osób z niepełnosprawnościami, m. in. możliwość wyboru kontrastu. Prowadzącym jest lektor, co umożliwia jej odbiór osobom niedowidzącym.”. Jakie niepełnosprawności poza niedowidzeniem są dla oceniającego istotne – nie wiadomo, czy oceniający dostrzega również inne zalety próbki Deko – Bau i jaką im przypisuje wagę i czy decydują one o wysokiej ocenie tej próbki, a w rezultacie wyborze oferty Deko – Bau – również nie wiadomo. W przypadku próbki przedstawionej przez TDC Polska Pan S. podaje, że posiada udogodnienia dla osób z niepełnosprawnościami, m. in. możliwość wyboru kontrastu”. Jakie udogodnienia poza możliwością wyboru kontrastu prezentuje próbka – nie wiadomo.

Członek komisji przetargowej – N.Ś. – G. stwierdza oceniając próbkę nr 2, przedstawioną przez Odwołującego 2 w zakresie analizowanego podkryterium, że „Próbka nie zawiera zapewnienia dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami.”. Jakie szczególne potrzeby i czy są one równoznaczne z niepełnosprawnościami, którym to pojęciem posługują się pozostali członkowie komisji Pani Ś. – G. ma na myśli – nie wiadomo. Oceniając próbkę nr 2 przedstawioną przez Trias AVI Pani Ś. – G. podaje odnośnie próbki, że „Udostępniono profile dostępności m. in. dla osób niedowidzących, osób z padaczką”. Okazuje się, że dla Pani Ś. – G. istotną cechą (co ją odróżnia od innych członków komisji) jest posiadanie przez próbkę profilu dostępności dla osób z padaczką. W przypadku próbki przedstawionej przez TDC Polska wskazana członkini komisji pisze, że: „Próbka spełnia wskazane kryterium”, nie wiadomo jednak do jakiego wzorca Pani Ś. – G. przykłada tę próbkę.

Członek komisji przetargowej – A.W. stwierdza oceniając próbkę nr 2, że „Próbka nie zawiera zapewnienia dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami.”. Również w tym przypadku nie wiadomo, jakie szczególne potrzeby i czy są one równoznaczne z niepełnosprawnościami, którym to pojęciem posługują się pozostali członkowie komisji. Oceniając próbkę nr 2 przedstawioną przez Trias AVI Pani W. (identycznie jak Pan F.) podaje odnośnie próbki, że „Udostępniono profile dostępności m. in dla osób ze spektrum autyzmu, osób niedowidzących, osób z padaczką”. Ocena próbki nr 2 przedstawionej przez Deko- Bau pozwoliła Pani W. na wniosek (również identyczny z tym, który przedstawił Pan F.), że „Nie wykazano zapewnienia dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami”. Dla próbki złożonej przez TDC Polska Pani W. stwierdza, że „Próbka spełnia kryterium”.

Podsumowując: w zakresie kryterium jakość Zamawiający poinformował, że dokonując oceny próbki będzie się kierował wskazanymi przez siebie aspektami, w tym zapewnieniem dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami. Co trzeba rozumieć przez „dostępność ” i „szczególne potrzeby (osób)” Zamawiający nie wskazał (nie zdefiniował tego). W konsekwencji tego poszczególni członkowie komisji inaczej rozumieli tę sprawę wypełniając (uzupełniając) definicję każdy wedle swojej decyzji i upodobania.

Dowód: 1. SWZ; 2. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 4 kwietnia 2024 roku; 3. weryfikacja i ocena jakości zaoferowanej próbki wszystkich członków komisji przetargowej; 4. próbka numer 1 i próbka numer 2 załączona do oferty Odwołującego 2;

B. ASPEKTY INNOWACYJNOŚCI PROBKII NUMER 2

Pomimo faktu, iż teoretycznie większość członków komisji oceniającej próbkę numer 2 nie wskazało jakichkolwiek jej braków oprócz braku spełnienia aspektu zapewnienia dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami (co było krytykowane wyżej), próbka nie mogła otrzymać więcej punktów (pomimo innych jej walorów), bowiem kryteria oceny na to nie pozwalały (więcej niż 3 punkty mogła dostać wyłącznie próbka, która nie zawiera poważnych błędów). Jak wskazano i wykazano powyżej ocena ta jest nieprawidłowa, a próbka spełnia kryterium ustalone przez Zamawiającego.

Wobec powyższego, skoro większość członków komisji nie zarzuciła próbie innych uchybień niż (rzekomy) fakt niespełnienia aspektu, o którym mowa powyżej, a co więcej zwróciła uwagę na wartość dodaną - wiele korzystnych aspektów ocenianej próbki to należy przeanalizować czy oceniający dostrzegli i prawidłowo ocenili (wzięli pod uwagę) elementy innowacyjne, które wpływają na podniesienie wartości merytorycznej i estetycznej próbki, a tym samym jej ocenę. Jak wskazano powyżej, formalnie wobec niespełnienia (Ich zdaniem jednego z aspektów) członkowie komisji nie mogli docenić tych aspektów w formie przyznanych punktów.

Zdaniem Odwołującego 2 już po wnikliwej analizie kwestii spełniania przez próbkę aspektu dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami można dojść do przekonania, że członkowie komisji nie tylko nieprawidłowo zakwalifikowali próbkę pod względem spełniania (lub nie spełniania) ocenianych aspektów, ale w konsekwencji niezrozumienia koncepcji przedstawionej przez Odwołującego 2 (przypomnieć trzeba, że projekt został oceniony jako spełniający aspekt przejrzystości i spójności) nie wzięli pod uwagę innowacyjności (zwłaszcza na tle próbek innych wykonawców) koncepcji, wedle której już podstawowa wersja aplikacji jest dostosowana dla wszystkich użytkowników, nie wymaga dodatkowej aktywności z ich strony, a tym samym nie różnicuje w żaden sposób zwiedzających umożliwiając tym samym przeżywanie tych samych emocji i doświadczanie zgodnie z zamysłem i koncepcją muzeum stworzona przez Zamawiającego.

Oprócz powyższej innowacji, Odwołujący 2 zaproponował w swoim projekcie także wiele innych innowacji (trzymając się nomenklatury przyjętej przez Zamawiającego), które nie zostały uwzględnione przy przyznawaniu punktów, w tym:

- 1)wprowadzano dodatkową grafikę obrazującą mapę podróży (lewy ekran), pozwalającą na prostą rywalizację (ponad wymogi SWZ)
- 2)zaplanowano animację pieca i ognia w cyklu rozpalania maszyny parowej (ponad wymogi SWZ)
- 3)zaproponowano dodatkową animację na ekranie głównym pokazującą tory przed zwiedzającym (ponad wymogi SWZ);
- 4)zapewniono tekstową komunikację - instrukcji dotyczących manualnych punktów styku (dźwignie) (ponad wymogi SWZ);

Dowód: 1. SWZ; 2. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 4 kwietnia 2024 roku; 3. weryfikacja i ocena jakości zaoferowanej próbki wszystkich członków komisji przetargowej; 4. próbka numer 1 i próbka numer 2 załączona do oferty Odwołującego 2.

III.WPŁYW BŁĘDNEJ OCENY PRÓBEK NA ILOŚĆ PRYZNANYCH PUNKTÓW – PRAWIDŁOWA OCENA PRÓBEK

Na wstępie, aby prawidłowo zrozumieć zarzuty i wnioski Odwołującego 2 należy poddać analizie tabelę numer 3 weryfikacji i ocen jakości zaoferowanej próbki, którą na potrzeby niniejszego odwołania nazwiemy „Skalą ocen”. Otóż Skala ocen została przez Zamawiającego skonstruowana w ten sposób, że ilość przyznanych punktów uzależniona od tego w jakim stopniu próbka odpowiada wymaganiom. Przy czym powyższe odnieść należy do ocen nd., nie akceptowalna, akceptowalna i dobra (0-4 punkty), a ocena bardzo dobra (5 punktów) możliwa jest do uzyskania, jeśli próbka spełnia wszystkie oczekiwania (jak się wydaje zawarte w SWZ), a także zawiera innowacyjne elementy wpływające korzystnie na jej wartość merytoryczną i/lub estetyczną. Co istotne SWZ w żadnym z kryteriów (ocenianych aspektów) nie wprowadza wymogu innowacyjności, czy też obowiązku przedstawienia przez wykonawców dodatkowych elementów (niewskazanych w SWZ).

Co istotne, dopiero kiedy próbka nie zawiera błędów - spełni wszystkie oczekiwania możliwe jest przyznanie „dodatkowych” punktów za innowacyjne elementy – takie, które wpływają korzystnie na jej wartość merytoryczną i estetyczną.

Istotny z punktu widzenia analizy przyznanych przez członków komisji jest fakt, iż kwestia spełnienia aspektu powinna być jasno określona, na co wskazuje Skala ocen, to znaczy, że jeśli dana próbka spełni dane kryterium to należy jest traktować jako spełnione; niedopuszczalne jest wówczas stwierdzenie, że spełnia jest „niemal w pełni” i przyznanie 3 punktów. Jeśli zaś oceniające przyzna 3 punkty to winien uzasadnić, których aspektów próbka jednak nie spełnia, a nadto

wskazać jakie niewielkie błędy zawiera (skoro nie zawiera poważniejszych błędów).

A. PRÓBKA NUMER 1

Próbka numer 1 została oceniona niemalże identycznie przez następujących członków komisji co do podniesionych argumentów (punktacja różni się nieznacznie):

- 1)K.H. (3 punkty)
- 2)E.F. (3 punkty)
- 3)A.R. (3 punkty)
- 4)M.K. (2 punkty)
- 5)R.S. (3 punkty)

Wszyscy wyżej wymienieni członkowie komisji wskazali zarówno w tabeli 1 jak i 2, że Próbką spełnia każdy ze wskazanych tam aspektów. Kwestia dalszych komentarzy („spełnia, ale...” i tym podobne) została rozstrzygnięta we fragmencie odwołania poświęconym analizie oceny próbki 1.

Zgodnie ze Skalą ocen stworzoną i zaakceptowaną przez Zmawiającego, próbka, która spełnia wszystkie aspekty (wskazane i określone w SWZ) powinna otrzymać co najmniej 4 punkty. Na marginesie trzeba wskazać, że uwagi członków komisji wedle których próbka otrzymała jedynie 3 punkty bowiem zawiera zbyt mało rozwiązań interaktywnych, a więcej multimedialnych bądź dlatego, że członek komisji obawia się, że będzie zbyt mało ciekawa dla zwiedzającego nie mają oparcia w SWZ. Zwłaszcza, że Zamawiający zawarł w kryterium jakość aspekt atrakcyjność i jeśli ten aspekt został przez próbkę spełniony (co wynika z oceny aspektu) to ewentualne odczucia lub obawy pozostają poza kryteriami według których próbka powinna być oceniana.

Idąc dalej, skoro próbka spełnia wszystkie aspekty (nie wskazano których ewentualnie nie spełnia, w jakim zakresie i dlaczego) to należy zbadać, czy próbka posiada elementy innowacyjne, o których mowa w tabeli 3 – ocena bardzo dobra. Jak już wskazywano – trudno tutaj przesądzać jakie elementy powinny być kwalifikowane jako „innowacyjne”, bowiem nie definiuje tego ani SWZ ani sami członkowie komisji (do czego nie są oczywiście uprawnieni, a czego dopuszczali się przy definiowaniu innych nieostrych pojęć). Niemniej jednak, skoro takie kryterium pojawiło się w Skali ocen i oceny te zostały niektórym wykonawcom oraz Odwołującemu przyznane to za innowacyjne uznać trzeba takie elementy próbek, które wykraczają poza zakres obowiązkowy, czyli ten określony w SWZ, a które podnoszą walory próbki.

Mając na uwadze, że Próbką Odwołującego 2 zawiera elementy innowacyjne wymienione w części pisma poświęconej temu tematowi i jednocześnie spełnia wszystkie aspekty SWZ to sześcioro wyżej wymienionych członków komisji powinno przyznać próbce numer 1 po 5 punktów, czego domaga się Odwołujący.

Kolejnymi członkami komisji, których oceny są podobne są:

- 1)M.F. (4 punkty)
- 2)N.Ś.-G. (4 punkty)
- 3)B.Ś. (4 punkty)
- 4)A.W. (4 punkty)

Wyżej wymienieni członkowie komisji wskazali, że nie mają Oni żadnych uwag negatywnych do próbki, a wprost przeciwnie, wskazali, że próbka spełnia wszystkie aspekty. Pomimo powyższego każdy z wyżej wymienionych przyznał próbce 4 punkty, choć nie wskazał z jakiego powodu próbka nie zasługuje na maksymalną ocenę – 5 punktów.

Ponownie zatem mając na uwadze, że Próbką Odwołującego 2 zawiera elementy innowacyjne wymienione w części pisma poświęconej temu tematowi i jednocześnie spełnia wszystkie aspekty SWZ to czworo wyżej wymienionych członków komisji powinno przyznać próbce numer 1 po 5 punktów, czego domaga się Odwołujący 2.

B. PRÓBKA NUMER 2

W tym miejscu należy podkreślić, że najistotniejszym elementem z punktu widzenia przyznania konkretnej liczby punktów próbce numer 2 jest okoliczność, że próbka spełnia aspekt dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami. W oparciu o takie założenie Odwołujący dokonuje dalszej analizy, bowiem kwestia ta została szczegółowo wyjaśniona i wykazana w niniejszym odwołaniu.

Wszyscy członkowie komisji „odjęli” Odwołującemu punkty podczas dokonywania oceny próbki właśnie w związku z błędnym założeniem, że Próbką nie spełnia wyżej wymienionego aspektu, czemu dali wyraz w kolumnie przeznaczonej na uwagi w tabeli 3.

Członkowie komisji przyznali próbkę następującą ilość punktów:

- 1)K.H. (2 punkty)
- 2)E.F. (2 punkty)
- 3)A.R. (2 punkty)
- 4)M.K. (2 punkty)
- 5)R.S. (2 punkty)

Podobnie jak w przypadku próbki numer 1 oceny i ich uzasadnienie były łącznie podobne. Niezależnie od tego, czy uwagi członków komisji na temat tego, czy próbka będzie na tyle ciekawa, że przyciągnie zwiedzającego i na jak długo zatrzyma odwiedzających na danym stanowisku nie ulega wątpliwości, że próbka spełnia oczekiwania merytoryczne i estetyczne zgodnie z aspektami wskazanymi w SWZ.

Powyższe potwierdzają treści wskazane rubryce uwagi w tabeli zawierającej Skalę ocen.

Wobec powyższego, Próbką powinna uzyskać od każdego z wyżej wymienionych członków komisji co najmniej 3 punkty – nie ulega wątpliwości, że po wyeliminowaniu „błędu” polegającego na niedostosowaniu próbki do potrzeb osób ze szczególnymi potrzebami, Próbką „nie zawiera poważnych błędów”.

Co więcej zdaniem Odwołującego, nie tylko nie zawiera ona poważnych błędów, ale także nie zawiera jakichkolwiek błędów. Wobec tego, mając na uwadze, że Odwołujący zaproponował próbkę innowacyjną, co zostało szczegółowo opisane w odpowiedniej części odwołania, powinien otrzymać po 5 punktów od każdego z członków komisji.

Kolejnymi członkami komisji są:

- 1)N.Ś.-G. (3 punkty)
- 2)M.F. (3 punkty)

Uwagi dotyczące kwestii realizacji aspektu zapewnienia dostępności opisane przy okazji analizy członków komisji wskazanych powyżej odnoszą się również do Pani N.Ś.-G. oraz do Pana F.

W przypadku tych oceniających trzeba natomiast podkreślić, że nie mieli Oni jakichkolwiek uwag ani zastrzeżeń do próbki, a co więcej wskazali, że „użyto dodatkowe elementy manualne, dźwiękowe. Efekty dźwiękowe nawiązujące do dawnej stacji kolejowej”.

Wobec faktu, iż Próbką nie tylko nie zawiera błędów, Próbką spełnia oczekiwania merytoryczne i estetyczne (czemu wyraz dali członkowie komisji w swoich weryfikacjach i ocenach jakości), Odwołujący 2 zaproponował próbkę innowacyjną, co zostało szczegółowo opisane w odpowiedniej części odwołania i co zauważyli sami oceniający (użyto dodatkowe elementy), Próbką powinna otrzymać po 5 punktów od każdego z członków komisji.

Przechodząc do analizy ocen członków komisji:

- 1)A.W. (3 punkty)
- 2)R. M. (3 punkty)

należy dojść do podobnych wniosków jak w przypadku Pani N.Ś.-G. z tą Pana F. różnicą, że wyżej wymienieni wskazali, że próbka spełnia wszystkie aspekty, nie zawiera błędów (oprócz kwestii osób ze szczególnymi potrzebami, o czym powyżej).

Odwołujący 2 zaproponował próbkę, która spełnia wszystkie aspekty (kryteria z SWZ) zawiera elementy innowacyjne, co zostało szczegółowo opisane w odpowiedniej części odwołania i co zauważyli sami oceniający (użyto dodatkowe elementy), Próbką powinna otrzymać po 5 punktów od każdego z członków komisji.

Ostatni z członków komisji Pan B.Ś. przyznał próbkę 2 punkty. Pan Ś. również wskazał na aspekt dostępności dla osób ze szczególnymi potrzebami (Odwołujący 2 podtrzymuje przedstawioną powyżej argumentację) i wskazał wprost, że tego aspektu próbka nie spełnia.

Mając na uwadze, że pozostałe aspekty co do zasady zostały uznane za spełnione (z drobnymi uwagami, jednak zostały uznane za spełnione), oprócz aspektu kompletności, spójności, i przejrzystości opracowania i prezentowanych elementów, to Próbką zgodnie z przyjętą przez Zamawiającego klasyfikacją powinna otrzymać co najmniej 3 punkty.

Dowód: 1. SWZ; 2. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 4 kwietnia 2024 roku; 3. weryfikacja i ocena jakości zaoferowanej próbki wszystkich członków komisji przetargowej; 4. próbka numer 1 i próbka numer 2 załączona do oferty Odwołującego 2.

II. W dniu 22 kwietnia 2024 r. do akt sprawy wpłynęły pisma Zamawiającego stanowiące odpowiedzi na odwołanie.

W sprawie KIO 1222/24 Zamawiający oświadczył, że nie uwzględnia zarzutów odwołania i wnosi o:

1. na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp - odrzucenie odwołania w części dotyczącej zaskarżonej czynności Zamawiającego opisanej w pkt 5 odwołania, tj. bezpodstawne ograniczenie Odwołującemu 1 dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia w postaci załączników do ofert wykonawców New Amsterdam sp. z o. o., Trias AVI sp. z o. o. i Deko-Bau sp. z o. o. w zakresie próbek nr 1 i 2 poprzez bezpodstawny brak ich udostępnienia Odwołującemu 1 wraz z ofertami wykonawców, stanowiącymi załączniki do protokołu postępowania, w szczególności z uwagi na błędne uznanie iż skutecznie zastrzeżono w tym zakresie tajemnicę przedsiębiorstwa – jako złożonego w tej części po terminie;
2. oddalenie odwołania Odwołującego 1 w całości; przy czym, w przypadku nieuwzględnienia wniosku Zamawiającego z pkt 1 powyżej i nieodrżucenia odwołania w zakresie zaskarżonej czynności z pkt 5 odwołania, oddalenie odwołania również w zakresie tego zarzutu.

W sprawie o sygn. akt KIO 1227/24 Zamawiający oświadczył, że nie uwzględnia zarzutów odwołania i wnosi o:

1. zwrot odwołania Odwołującego 2 z uwagi na brak wskazania w odwołaniu numeru ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych, co stanowi warunek formalny odwołania stosownie do art. 516 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp;
2. w przypadku uzupełnienia powyższego braku formalnego przez Odwołującego 2, Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania Odwołującego 2 w całości.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili:

- wykonawca TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – w obydwu sprawach po stronie odwołującego (odpowiednio Odwołującego 1 oraz Odwołującego 2).
- wykonawca DEKO-BAU Sp. z o.o. z siedzibą w Lubinie – w obydwu sprawach po stronie Zamawiającego.

W dniu 23 kwietnia 2023 r. do akt sprawy wpłynęły pisma przygotowawcze przystępujących:

- wykonawcy TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w sprawie KIO 1222/24;
- wykonawcy DEKO-BAU Sp. z o.o. z siedzibą w Lubinie w obydwu sprawach – wykonawca sformułował wnioski jak Zamawiający w odpowiedziach na odwołanie.

IV. W piśmie złożonym na posiedzeniu w dniu 24 kwietnia 2024 r. Odwołujący przedstawił dodatkowe stanowisko w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

1. Izba oddaliła opozycje Zamawiającego przeciw przystąpieniu wykonawcy TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do postępowania odwoławczego w obydwu sprawach po stronie odwołującego (odpowiednio Odwołującego 1 oraz Odwołującego 2). Należy zauważyć, że zgodnie z utrwalonym orzecnictwem interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego rozumie się szerszej niż interes we wniesieniu odwołania. Ww. wykonawca w pismach zawierających zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wskazał, że w wyniku uwzględnienia odwołania nastąpi ponowna ocena ofert w postępowaniu, co może wpłynąć na pozycję jego oferty. W ocenie składu orzekającego wskazany interes należy uznać za wystarczający na gruncie art. 526 ust. 2 ustawy Pzp.

2. W odniesieniu do wniosku Zamawiającego i Przystępującego Deko-Bau o odrzucenie w części odwołania Odwołującego 1:

W odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 1222/24 Zamawiający przedstawił następujące stanowisko:

„Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 26 marca 2024r, co wynika z informacji z otwarcia ofert z dnia 26.03.2024r. W dniu

27.03.2024r do Zamawiającego za pośrednictwem platformy przetargowej e-Zamówienia wpłynął wniosek Odwołującego TDC Polska sp. z o.o. o udostępnienie ofert wraz z załącznikami w przedmiotowym postępowaniu. Do tego wniosku został załączony w formacie PDF wniosek TDC Polska sp. z o.o. z dnia 27.03.2024r o udostępnienie ofert wraz z załącznikami w tym postępowaniu, podpisany elektronicznie przez Prezesa Zarządu spółki J.N.. W dniu 29.03.2024r o godzinie 11.54 Zamawiający wysłał pocztą elektroniczną ze swojego adresu: p. na adres mailowy Odwołującego b. wskazany w jego ofercie, oferty pozostałych wykonawców wraz z załącznikami, za wyjątkiem próbek Nr 1 i Próbek Nr 2 załączonych do oferty przez każdego z wykonawców, informując, że przesłane zostają informacje, które nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Dowód:

- Wydruk wniosku Odwołującego TDC Polska sp. z o.o. z dnia 27.03.2024r o udostępnienie ofert wraz z załącznikami złożonego za pośrednictwem platformy przetargowej e-Zamówienia do Zamawiającego w dniu 27.03.2024r wraz z załącznikiem
- wnioskiem TDC Polska sp. z o.o. z dnia 27.03.2024r o udostępnienie ofert wraz z załącznikami, podpisanym elektronicznie przez Prezesa Zarządu spółki J.N..
- wydruk z poczty elektronicznej Zamawiającego z adresu: p. wiadomości z dnia 29.03.2024r przesłanej na adres e-mail Odwołującego b.
- wydruk z poczty elektronicznej Zamawiającego z adresu: p. wiadomości z dnia 29.03.2024r przesłanej na adres e-mail Odwołującego b. z naniesionym zrzutem ekranu rozwinięcia załączników do ofert poszczególnych wykonawców: Deko-Bau sp. z o.o., New Amsterdam sp. z o.o. i Trias Avi sp. z o.o.

Powyższy sposób komunikacji Zamawiającego z wykonawcami był dopuszczalny i wskazany w SWZ – rozdz. IX pkt 1 i pkt 18.

Z powyższych okoliczności wynika, że Odwołujący posiadał wiedzę o utajnieniu Próbką Nr 1 i Próbką Nr 2 każdego z wykonawców złożonych do ich oferty już w dniu 29.03.2024r. Wprawdzie Zamawiający przyznaje, że na wniosek Odwołującego z dnia 04.04.2024r przesłał Odwołującemu w dniu 5 kwietnia 2024r raz jeszcze oferty wykonawców jednakże bez próbek 1 i 2 wykonawców, jednakże pozostaje to bez znaczenia dla oceny zachowania terminu do zaskarżenia tej czynności.

Zatem termin do wniesienia odwołania na tę czynność Zamawiającego upłynął Odwołującemu w dniu 3 kwietnia 2024r. Tym samym odwołanie na tę czynność złożone przez Odwołującego w dniu 09 kwietnia 2024r, zostało złożone z uchybieniem terminu do jego złożenia, czego konsekwencją winno być odrzucenie odwołania w zakresie tego zarzutu.”

Izba stwierdziła, że przedstawione przez Zamawiającego okoliczności znajdują potwierdzenie w treści złożonych środków dowodowych. Natomiast Odwołujący 1 stwierdził, że nie otrzymał korespondencji emailowej Zamawiającego z dnia 29 marca 2024 r. Twierdzeniu Odwołującego 1 Izba nie dała wiary. Odpowiedź Zamawiającego została przesłana na prawidłowy adres emailowy Odwołującego 1 wskazany w ofercie, a zatem nieotrzymanie przez niego tego wniosku jest bardzo mało prawdopodobne. Jeśli Odwołujący 1 nie otrzymałby odpowiedzi na swój wniosek przesłany do Zamawiającego w dniu 27 marca 2024 r., to zapewne skierowałby do Zamawiającego monit w tej sprawie. Jednakże dowodu w postaci takiego monitu Odwołujący nie przedstawił. Mając na uwadze powyższe Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że w zakresie zarzutu oznaczonego nr 5 odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Ww. zarzut został podniesiony po upływie ustawowego terminu. Zgodnie z przepisem art. 528 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Przepis ten stosuje się odpowiednio do odrzucenia części zarzutów odwołania. Zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 2) ustawy Pzp termin na podniesienie ww. zarzutu upłynął w dniu 3 kwietnia 2024 r., natomiast odwołanie zostało wniesione w dniu 9 kwietnia 2024 r.

2. W odniesieniu do wniosku Zamawiającego i Przystępującego Deko-Bau o zwrot odwołania Odwołującego 2 w przypadku niezuzupełnienia braku formalnego w zakresie numeru ogłoszenia o zamówienie.

Należy wyjaśnić, że skład orzekający Izby nie zarządza wezwania do uzupełnienia braków formalnych odwołania w zakresie numeru ogłoszenia, gdy numer ogłoszenia jest w stanie samodzielnie ustalić – tak jak miało to miejsce w tej sprawie. Stanowisko przeciwnie byłoby przejawem nadmiernego i nieuzasadnionego formalizmu.

II. W zakresie kwestii merytorycznych:

Zamawiający przewidział m.in. następujące postanowienia SWZ:

ROZDZIAŁ XV - OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW, I SPC OCENY OFERT

1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami i ich znaczeniem:

Kryterium	Waga
1. Cena oferty [C]	50%
2. Jakość wykonania [J] w tym	30%
2.1 Jakość próbki 1 [J1]	
2.1 Jakość próbki 2 [J2]	
3. Doświadczenie zawodowe osób [D], w tym	20%
3.1 Doświadczenie zawodowe kierownika projektu	
3.2 Doświadczenie zawodowe projektanta wystawy	

Zamawiający wybierze tego Wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą ze względu na uzyskanie największej ilości punktów na podstawie powyższych kryteriów

$$P \text{ (ilość punktów)} = C + J + D$$

Punkty w poszczególnych kryteriach zostaną zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta Wykonawcy, który spełni wszystkie postawione warunki oraz uzyska łącznie największą liczbę punktów stanowiących sumę punktów przyznanych w ramach oceny każdego z podanych kryteriów.

Jeżeli nie będzie można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert. Zamawiający spośród tych ofert wybierze ofertę z wyższą liczbą punktów w kryterium Jakość wykonania.

KRYTERIUM CENA OFERTY

Do porównania i oceny ofert w kryterium „cena oferty” stosowany będzie wzór: $C = C_n / C_b \times 50 \text{ pkt.}$

gdzie:

C_n – najniższa cena oferowana brutto

C_b – cena brutto oferty badanej

Oferta może otrzymać maksymalnie 50 pkt. w zakresie kryterium [C].

KRYTERIUM JAKOŚĆ WYKONANIA

Punktacja, jaką otrzyma Wykonawca w ramach kryterium jakości wykonania w niniejszym postępowaniu zostanie ustalona na podstawie **oceny próbek złożonych przez Wykonawców wraz z ofertą.**

Próbka 1

Projekt wykonawczy stanowiska 07 KARTY PERFOROWANE opisanego w “Koncepcji aranżacji wystawy multimedialno-interaktywnej Centrum Nauki i Historii w Nisku ZALEW WIEDZY”. Próbką powinna zawierać: opis technologii konstrukcji materiałów, elementów interaktywnych i drukowanych, sprzętu multimedialnego, schemat działania stanowiska z opisem, rysunki wykonawcze w skali dopasowanej do proponowanej konstrukcji zawierające widok z przodu, z boku i z góry oraz wybrany przekrój boczny, wizualizację 3d, projekty graficzne karty perforowanej oraz instrukcji obsługi stanowiska. Wymagania techniczne: plik PDF o wielkości maksymalnie 100 MB, format dopasowany do wybranej skali rysunków.

Próbka 2

Projekt graficzny interfejsu aplikacji stanowiska 05 SILNIK PAROWY, opisanego w “Koncepcji aranżacji wystawy multimedialno-interaktywnej Centrum Nauki i Historii w Nisku ZALEW WIEDZY”.

Próbka powinna zawierać obrazy (stopklatki) widoczne w 3 oknach dla kolejnych faz działania aplikacji, od momentu wyboru wersji językowej, do momentu rozpalenia kotła włącznie, w tym komunikaty prowadzące uczestnika w grze.

Wymagania techniczne: plik PDF o wielkości maksymalnie 100 MB, format i rozdzielczość dopasowane do prezentowanych informacji. Zamawiający dokona wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o następujące kryteria:

Do porównania i oceny ofert w kryterium „jakość wykonania” stosowany będzie wzór: $J = J_b / J_m \times 30 \text{ pkt.}$

gdzie:

J_b – oznacza łączną ilość punktów uzyskanych w kryteriach [J1] i [J2] przez badaną ofertę

J_m – oznacza łączną ilość punktów uzyskanych w kryteriach [J1] i [J2] przez ofertę z największą łączną ilością punktów w kryteriach

Oferta może otrzymać maksymalnie 30 pkt. w zakresie kryterium [J].

W ramach **kryterium [J1]** Zamawiający dokona oceny Próbkę 1, przyznając punkty w oparciu o następujące zasady:

Jakość	W jakim stopniu próbka odpowiada wymaganiom	Ocena
nd.	Próbka niezgodna z SWZ.	0 pkt
Nieakceptowalna	Próbka zgodna z SWZ, ale nie spełnia oczekiwań merytorycznych i/lub estetycznych.	1-2 pkt
Akceptowalna	Próbka nie zawiera poważniejszych błędów. Niemal w pełni spełnia oczekiwania merytoryczne i estetyczne.	3 pkt
Dobra	Próbka nie zawiera błędów. Spełnia oczekiwania merytoryczne i estetyczne.	4 pkt

Bardzo dobra	Próbka spełnia wszystkie oczekiwania, a także zawiera innowacyjne elementy, wpływające korzystnie na jej jakość merytoryczną i/lub estetyczną.	5 pkt
--------------	--	-------

Zamawiający w ramach oceny próbki będzie kierował się następującymi aspektami:

- realizacja założeń projektu koncepcyjnego i wymogów SWZ,
- poprawność przedstawienia zasad działania kart perforowanych,
- trwałość wskazanych materiałów i konstrukcji,
- ergonomia rozwiązań i bezpieczeństwo użytkowania,
- estetyka, atrakcyjność, nawiązanie do wyglądu oryginalnej maszyny,
- kompletność, spójność oraz przejrzystość opracowania i prezentowanych elementów,
- zapewnienia dostępności stanowiska dla osób ze szczególnymi potrzebami.

W ramach **kryterium [J2]** Zamawiający dokona oceny Próbkę 2, przyznając punkty w oparciu o następujące zasady:

Jakość	W jakim stopniu próbka odpowiada wymaganiom	Ocena
nd.	Próbka niezgodna z SWZ	0 pkt
Nieakceptowalna	Próbka zgodna z SWZ, ale nie spełnia oczekiwań merytorycznych i/lub estetycznych.	1-2 pkt
Akceptowalna	Próbka nie zawiera poważniejszych błędów. Niemal w pełni spełnia oczekiwania merytoryczne i estetyczne.	3 pkt
Dobra	Próbka nie zawiera błędów. Spełnia oczekiwania merytoryczne i estetyczne.	4 pkt
Bardzo dobra	Próbka spełnia wszystkie oczekiwania, a także zawiera innowacyjne elementy, wpływające korzystnie na jej jakość merytoryczną i/lub estetyczną.	5 pkt

Zamawiający dokonując oceny próbki będzie kierował się następującymi aspektami:

- realizacja założeń projektu koncepcyjnego i wymogów SWZ,
- poprawność przedstawienia procesu rozpalania kotła,
- ergonomia rozwiązań, czytelność treści,
- estetyka, atrakcyjność, realizm widoków,
- kompletność, spójność oraz przejrzystość opracowania i prezentowanych elementów,
- zapewnienia dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami.

Zgodnie ze zmianą SWZ z 15 marca 2024 r.

Rozdział IV SWZ otrzymał następujące brzmienie:

1. W celu potwierdzenia, że przedmiot zamówienia spełnia określone przez Zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie kryteriów oceny ofert Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą przez Wykonawcę przedmiotowych środków dowodowych w postaci próbek tj.:

1) Próbka 1

Projekt wykonawczy stanowiska 07 KARTY PERFOROWANE opisanego w "Koncepcji aranżacji wystawy multimedialno-interaktywnej Centrum Nauki i Historii w Nisku ZALEW WIEDZY". Próbka powinna zawierać: opis technologii konstrukcji materiałów, elementów interaktywnych i drukowanych, sprzętu multimedialnego, schemat działania stanowiska z opisem, rysunki wykonawcze w skali dopasowanej do proponowanej konstrukcji zawierające widok z przodu, z boku i z góry oraz wybrany przekrój boczny, wizualizację 3d, projekty graficzne karty perforowanej oraz instrukcji obsługi stanowiska. Wymagania techniczne: plik PDF o wielkości maksymalnie 100 MB, format dopasowany do wybranej skali rysunków.

2) Próbka 2

Projekt graficzny interfejsu aplikacji stanowiska 05 SILNIK PAROWY, opisanego w "Koncepcji aranżacji wystawy multimedialno-interaktywnej Centrum Nauki i Historii w Nisku ZALEW WIEDZY".

Próbka powinna zawierać obrazy (stopklatki) widoczne w 3 oknach dla kolejnych faz działania aplikacji, od momentu wyboru wersji językowej, do momentu rozpalenia kotła włącznie, w tym komunikaty prowadzące uczestnika w grze. Wymagania techniczne: plik PDF o wielkości maksymalnie 100 MB, format i rozdzielczość dopasowane do prezentowanych informacji.

2. Zamawiający nie będzie wzywał do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych - próbek. Oferta bez dołączonej próbki zostanie odrzucona zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

3. Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

4. Sposób sporządzenia podmiotowych środków dowodowych, przedmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń musi być zgodny z wymaganiami określonymi w rozporządzeniu rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie.

KIO 1222/24

Jak wynika z przytoczonych postanowień SWZ dotyczących kryterium oceny ofert „jakość wykonania” Zamawiający przewidział określone zasady oceny próbek i przyznawania próbkom poszczególnych punktów. 0 pkt miała otrzymać próbka niezgodna z SWZ, 1-2 pkt - próbka zgodna z SWZ, jednakże niespełniająca oczekiwań merytorycznych i/lub estetycznych, 3 pkt – próbka niezawierająca poważniejszych błędów, niemal w pełni spełniająca oczekiwania merytoryczne i/lub estetyczne, 4 pkt - próbka niezawierająca błędów i spełniająca oczekiwania merytoryczne i estetyczne, natomiast 5 pkt - próbka spełniająca wszystkie oczekiwania, a także zawierająca innowacyjne elementy, wpływające korzystnie na jej jakość merytoryczną i/lub estetyczną. Zamawiający wskazał jakimi aspektami będzie się kierował przy dokonaniu oceny próbek. Aspekty te stanowią oczekiwania merytoryczne i estetyczne - tzw. podkryteria w ramach kryterium oceny ofert „jakość wykonania”, z tym że na jedno podkryterium niejednokrotnie składa się kilka wskazanych przez Zamawiającego aspektów. Elementy innowacyjne stanowią dodatkowe podkryterium.

W związku z powyższym należy zauważyć, że wykazanie błędnej oceny członka komisji w jakimś aspekcie nie oznacza jeszcze, że ocena przyznana przez tego członka komisji jest nieprawidłowa. Przykładowo, przyznanie 1 – 2 pkt powinno mieć miejsce w przypadku uznania próbki za zgodną z SWZ, jednakże niespełniającą oczekiwań merytorycznych i/lub estetycznych. Jeżeli próbka nie spełniała oczekiwań merytorycznych lub estetycznych w zakresie kilku aspektów, to wykazanie nieprawidłowości oceny co do jednego tylko aspektu, nie będzie prowadzić do przyznania próbce większej ilości punktów. Podobnie w przypadku przyznania próbce 3 pkt z uwagi na kilka uwag prowadzących do wniosku, że próbka niemal w pełni spełnia oczekiwania merytoryczne i estetyczne. Wykazanie nieprawidłowości oceny co do jednej z tych uwag nie będzie prowadzić do przyznania próbce większej ilości punktów – próbka w dalszym ciągu będzie „niemal w pełni” spełniać oczekiwania merytoryczne i estetyczne.

W konsekwencji, podnoszone w tym zakresie zarzuty odwołania powinny odnosić się do zasad oceny próbek ustalonych przez Zamawiającego, a nie tylko do komentarzy zawartych w kartach oceny próbek poszczególnych członków komisji – tak jak to uczynił Odwołujący 1. W związku z tym, argumentację przedstawioną przez Odwołującego 1 niejednokrotnie należy uznać za wybiórczą. Taka argumentacja nie mogła prowadzić do uznania zasadności zarzutów postawionych przez Odwołującego 1. Tytułem przykładu należy wskazać, co następuje:

W zakresie oceny przyznanej przez R.M. w stosunku do próbki nr 1 Odwołującego 1 została w odwołaniu przedstawiona następująca argumentacja: członek komisji podnosi, że brak jest odniesień do tradycyjnego wzornictwa i wyraźnego nawiązania do wyglądu oryginalnej maszyny, a próbka nie przewiduje w tle stanowiska grafiki. W rzeczywistości zaś Zamawiający wymagał jedynie przedstawienia „uproszczonej imitacji drewnianej maszyny” (opis koncepcji wystawy str. 15), co oznacza, że stanowisko nie musi stanowić wiernego odwzorowania maszyny 1:1. Stąd Zamawiający pominął m. in. uchwyt z nićmi, aby umożliwić każdemu użytkownikowi swobodne korzystanie ze stanowiska i zapewnić dostępność dla osób ze szczególnymi potrzebami. Wbrew stanowisku członka komisji Odwołujący 1 przedstawił też wszystkie wymagane grafiki wskazane w SWZ i opisie koncepcji wystawy. Należy jednak zauważyć, że ww. członek przyznał 2 pkt i wskazał również inne uwagi:

- brak opisu historii (zagadnienia związane z przemysłem, maszyną, informatyzacją),
- wykorzystanie do wykonania obudowy kamery i projektora pozwala na przypuszczenie wysokiego ryzyka zarysowań tej powierzchni podczas eksploatacji,
- brak miejsca siedzącego ułatwiającego pracę,
- mało estetyczny wygląd,
- brak kompleksowego podejścia do stoiska – brak przewidzianej zabudowy, brakuje imitacji nitek nawiązujących do maszyny Jacquarda,
- dostępność zapewniona w części, brak elementów z językiem Braille.

W ramach zbiorczej oceny członek komisji wyraźnie stwierdza: „Próbka ma szereg uchybień. Estetycznie stanowi odbieganie od oczekiwanego poziomu”.

W zakresie oceny przyznanej przez K.H. w stosunku do próbki nr 2 Odwołującego 1 została w odwołaniu przedstawiona

następująca argumentacja: w ocenie członka komisji próbka Odwołującego 1 niemal spełnia oczekiwane warunki graficzne, jednak nie oddaje pełnego widoku lokomotywy i jej realizmu. Ocena ta jest całkowicie chybiona, gdyż względem opisu stanowiska użytkownik wciela się w rolę maszynisty; na stanowisko, czyli lokomotywę, składają się ekrany z aplikacją oraz zabudowa scenograficzna, co w całości pełni uproszczone wnętrze lokomotywy. Wnętrza nie ma stanowić zatem sama aplikacja. W opisie stanowiska oraz w zapisach SWZ nie było wymogu oddania pełnego widoku lokomotywy w aplikacji, wręcz przeciwnie zażądano widoku z punktu widzenia maszynisty. Ponadto pełen widok lokomotywy to bardzo subiektywne stwierdzenie, widoki ekranów zostały dostosowane do realnego widoku z kabiny – zgodnie z wymaganiami.

Natomiast ww. członek komisji przyznał 3 pkt i stwierdził również:

- proces uruchomienia parowozu jest jednak bardzo uproszczony,
- aplikacja czytelna dla odbiorcy, jednak w sposób uproszczony i wąski przeprowadza odbiorcę przez proces działania lokomotywy. Proces edukacyjny jest bardzo uproszczony.

Odwołujący 1 również błędnie interpretuje niektóre komentarze przedstawione przez członków komisji. Tytułem przykładu, należy wskazać, co następuje:

W odniesieniu do oceny dotyczącej próbki nr 1 Odwołującego 1 dokonanej przez członka komisji B.Ś. Odwołujący 1 przedstawił następującą argumentację: ocena członka komisji pozostaje nieadekwatna do przedstawionej oceny opisowej. Pomimo braku błędów i spełnienia założeń Zamawiającego członek komisji uznał, że próbka Odwołującego 1 jest nieakceptowalna.

Natomiast z karty oceny ww. członka komisji wprost wynika stwierdzenie niespełnienia oczekiwań w zakresie: 4) ergonomii rozwiązań i bezpieczeństwa użytkowania, 5) estetyki, atrakcyjności, nawiązania do wyglądu oryginalnej maszyny oraz 7) zapewnienia dostępności stanowiska dla osób ze szczególnymi potrzebami. W związku z tym próbkę przyznano 2 pkt, tj. uznano ją za zgodną z SWZ (jednakże niespełniającą oczekiwań merytorycznych lub estetycznych).

W ocenie Odwołującego 1 powinien on dostać w każdym przypadku maksymalną liczbę punktów. Natomiast 5 pkt mogło zostać przyznane, jeżeli próbka spełnia wszystkie oczekiwania, a także zawiera innowacyjne elementy, wpływające korzystnie na jej jakość merytoryczną i/lub estetyczną. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący 1 nie wykazał błędnej oceny próbek dokonanej w tym podkryterium. Należy zauważyć, że Zamawiający nie sprecyzował pojęcia „innowacyjne elementy”, w związku z tym członkowie komisji posiadali w tym zakresie pewien zakres swobody. Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku języka polskiego PWN „innowacja” oznacza wprowadzenie czegoś nowego; też: rzecz nowo wprowadzoną. Odwołujący 1 wskazał, że:

- w odniesieniu do próbki 1: w ocenie Wykonawcy próbka 1 spełnia wszystkie oczekiwania wskazane w SWZ, a ponadto cechuje się szczególną wartością estetyczną oraz merytoryczną. Konstrukcja stanowiska wskazana w próbce pozwala na samodzielne wybicie karty perforowanej przez użytkownika stanowiska według wskazówek zaprezentowanych w czytelnej, graficznej instrukcji obsługi. Z tych względów jakość wykonania próbki 1 dostarczonej przez Wykonawcę powinna zostać oceniona przez Zamawiającego jako bardzo dobra, co wiązałoby się z przyznaniem oceny 5 pkt w zakresie kryterium J1.
- w odniesieniu do próbki 2: w ocenie Wykonawcy próbka 2 spełnia wszystkie oczekiwania wskazane w SWZ, a ponadto cechuje się szczególną wartością estetyczną oraz merytoryczną. Konstrukcja stanowiska wskazana w próbce pozwala na samodzielne rozpalenie przez użytkownika kotła parowego według czytelnych i pojawiających się na ekranie komunikatów prowadzących użytkownika przez poszczególne etapy. Z tych względów jakość wykonania próbki 2 dostarczonej przez Wykonawcę powinna zostać oceniona przez Zamawiającego jako bardzo dobra, co wiązałoby się z przyznaniem oceny 5 pkt w zakresie kryterium J2.

W ocenie składu orzekającego Izby ww. ww. cechy/funkcjonalności nie muszą być uznane jako innowacyjne, a w konsekwencji nie można członków komisji zarzucić, że za takie nie zostały przez nich uznane. Odwołujący 1 nie wykazał dlaczego tylko prezentowana przez niego ocena powinna zostać uznana za zasadną.

Należy zauważyć, że również w przypadku niektórych innych podkryteriów (w szczególności aspektów estetycznych) członkowie komisji posiadali pewien zakres swobody co do dokonania oceny. Tytułem przykładu należy wskazać, co następuje:

W odniesieniu do oceny próbki 1 Odwołującego 1 dokonanej przez członka komisji A.W. – w odwołaniu została przedstawiona następująca argumentacja: ocena członka komisji wskazuje, że próbka Odwołującego 1 zawiera błędy, co nie ma miejsca. Po raz kolejny członek komisji powołuje się na brak przedstawienia informacji historycznych na temat maszyny, co nie było wymagane przez SWZ oraz opis koncepcji wystawy.”

Należy jednak zauważyć, że kwestia przedstawienie informacji historycznych na temat maszyny została przez ww. członka komisji uznana za istotną w ramach podkryterium: „estetyka, atrakcyjność, nawiązanie do wyglądu oryginalnej maszyny”. W ocenie składu orzekającego Izby ww. kwestia może być brana pod uwagę w ramach tego podkryterium oceny próbki (aspekt „atrakcyjność”). Wymaga dodania, że do próbki zostały przez tego członka komisji zgłoszone także inne uwagi („Prosty projekt stanowiska. (...) Stanowisko nie nawiązuje do wyglądu oryginalnej maszyny Jacquarda”, „Próbka nie wzbudza zainteresowania”) i w związku z tym próbcę przyznano 2 pkt.

Podsumowując:

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie w całości lub części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Choć w niewielkim zakresie Izba przyznaje rację Odwołującemu 1 (w zakresie oceny próbki nr 2 Odwołującego 1 członek komisji E.F. nie stwierdziła niespełnienia jakichkolwiek oczekiwań, a przyznała 3 pkt zamiast 4 pkt), to w związku ze sposobem skonstruowania zarzutów odwołania, tj. niedoniesieniem się do ustalonych przez Zamawiającego w SWZ zasad oceny próbek, brak jest możliwości uznania ww. zarzutów za odnoszące się do naruszeń mogących mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Kierując się powyższym stanowiskiem Izba oddaliła wnioski Odwołującego 1 o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z opinii wskazanych biegłych. Jedynie dodatkowo należy zauważyć, że dowody nie mogą zostać dopuszczone na „fakt zgodności” próbek z wymaganiami zamawiającego, gdyż w takim przypadku nie chodzi o potwierdzenie istnienia określonego faktu (np. posiadania przez próbkę jakiejś funkcjonalności), lecz o ocenę.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Deko – Bau należy wskazać, że jak wynika z dokumentacji postępowania obydwie próbki zostały złożone w formacie PDF. Próbka nr 2 zawiera obrazy (stopklatki) widoczne w 3 oknach dla kolejnych faz działania aplikacji, od momentu wyboru wersji językowej do momentu rozpalenia kotła włącznie, w tym komunikatów prowadzących uczestnika w grze. Jeżeli zaś chodzi o kwestię niespełnienia wymogów SWZ dla wystawy w zakresie dostępności dla osób ze szczególnymi potrzebami, to należy zauważyć, że Odwołujący 1 nie wskazał żadnego postanowienia SWZ, z którego wynikałoby, że niespełnienie tego wymogu w przypadku próbek skutkuje sankcją w postaci odrzucenia oferty – tj. że jest to bezwzględne wymaganie SWZ, a nie tylko podkryterium (aspekt) w ramach kryterium oceny ofert.

KIO 1227/24

Natomiast Odwołujący 2 podnosząc zarzuty odniósł się do zasad oceny próbek przewidzianych przez Zamawiającego w SWZ oraz wskazał w jaki sposób - w jego ocenie - nieprawidłowości w ocenie próbek przekładają się na punktację przyznaną jego ofercie.

Powyższe nie dotyczy jednak wszystkich zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Na wstępie uzasadnienia odwołania Odwołujący 2 przedstawił zarzuty dotyczące niektórych uwag zawartych w kartach oceny poszczególnych członków komisji odnoszących się do próbki 1 Odwołującego nr 2. Odnosząc się do tego należy wskazać, co następuje:

- uwaga dotycząca oceny członka komisji B.Ś. – jest to w tej części odwołania jedyna uwaga, która odnosi się do ustalonych przez Zamawiającego zasad przyznawania punktów. Należy ją jednak uznać za oczywiście niezasadną. Odwołujący 2 zarzucił, że członek komisji nie przedstawiając żadnych uwag czy zastrzeżeń w tabeli 1 i tabeli 2 ostatecznie przyznaje próbcie 4 punkty. Odwołujący 2 stwierdził: „Jak to wylicza, dlaczego, na podstawie czego i w związku z czym – nie wiadomo.” Jednakże jak wynika z ww. postanowień SWZ dotyczących zasad przyznawania punktów próbcie należy przyznać 4 pkt, jeżeli nie zawiera ona błędów, spełnia oczekiwania merytoryczne i estetyczne. W związku z tym, wobec braku uwag, a zatem uznania, że próbka spełnia oczekiwania merytoryczne i estetyczne, ocenę przyznaną przez członka komisji należy uznać za prawidłową;
- uwaga dotycząca oceny członka komisji P.M. (Lp. 4) – uwagę należy uznać za niezasadną. Członek komisji wskazał wprawdzie na „Brak opisu kamery i projektora multimedialnego”, lecz nie odjął w tym zakresie żadnych punktów (przyznano 4 pkt);
- uwagi dotyczące ocen dokonanych przez następujących członków komisji: K.H. (Lp. 4 i Lp. 7), E.F. (Lp. 4 i Lp. 7), A.R. (Lp. 4) M.K. (Lp. 4 i Lp. 7) oraz R.S. (Lp. 4) – Odwołujący 2 stwierdził, że nie wiadomo, do jakiego wzorca przeciwnego „uproszczeniu” członek komisji referuje, nie wiadomo jaki jest wzorec szczegółowości, do którego przyrównuje próbkę członek komisji. W ocenie składu orzekającego komentarze członków komisji są zrozumiałe. Jednocześnie postanowienia SWZ nie narzucały żadnego wzorca szczegółowości. W konsekwencji należy stwierdzić, że każdy z członków komisji dokonał oceny w odniesieniu do indywidualnie przyjętego wzorca

szczegółowości – członkowie komisji posiadali w tym zakresie pewien zakres swobody.

–uwagi dotyczące ocen dokonanych przez następujących członków komisji: A.R. (Lp. 7) oraz R.S. (Lp. 7) – w ramach tych Odwołujący 2 nie przedstawił żadnych zastrzeżeń.

Kolejna grupa uwag dotyczyła błędnego – pod względem zakresów – sposobu ujęcia aspektów oceny ofert. W odniesieniu do argumentacji przedstawionej przez Odwołującego 2 należy wskazać, co następuje:

- uwaga dotycząca oceny członka komisji K.H. – uwaga nie ma znaczenia, członek komisji przyznał próbce 3 punkty wskazując zarówno w tabeli 2 jak i w tabeli 3 w jakim niewielkim zakresie próbka nie spełnia oczekiwań;
- takie samo stanowisko należy przedstawić w odniesieniu do uwag dotyczących ocen członków komisji E.F., A.R., R.S. oraz M.K.

Odwołujący 2 stwierdził, że jego próbka 1 zawierała następujące elementy innowacyjne:

- 1)Odwołujący 2 dodatkowo oprócz elementów obligatoryjnych wprojektował element multimedialny wzbudnik, który potęguje doznania zwiedzających i sprawia, że model pełniej odwzorowuje działanie maszyny
- 2)Odwołujący 2 zaprojektował logo i identyfikację wystawy (ponad wymogi SWZ).

W związku z tym Odwołujący stwierdził, że próbka nie tylko spełnia wszystkie aspekty wskazane w SWZ (co potwierdzają oceny członków komisji), ale także posiada rozwiązania innowacyjne, które powinny znaleźć odzwierciedlenie w ocenach członków komisji.

Odnosząc się do powyższego należy stwierdzić, że samo wykroczenie poza wymogi SWZ nie oznacza, że mamy do czynienia z innowacyjnymi elementami. Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku języka polskiego PWN „innowacja” oznacza wprowadzenie czegoś nowego; też: rzecz nowo wprowadzoną. Zaprojektowanie logo i identyfikacji wystawy z pewnością nie można uznać za element innowacyjny. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący 2 nie wykazał również, że nieuznanie wzbudnika za element innowacyjny należy uznać za przejaw nieprawidłowej oceny próbki. Należy przypomnieć, że członkowie komisji posiadali w ramach tego podkryterium pewien zakres swobody.

W odniesieniu do próbki nr 2 Odwołujący 2 zarzucił nieprawidłową ocenę w zakresie aspektu dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami. Odwołujący 2 stwierdził, że członkowie komisji, którzy wskazali, że próbka nie zawiera informacji o ww. dostępności w ogóle nie zbadali, czy próbka „spełnia podany aspekt”. Należy jednak zauważyć, że aby móc ocenić próbkę pozytywnie w zakresie aspektu dostępności aplikacji dla osób ze szczególnymi potrzebami, to w próbce powinny być zawarte jakieś treści/informacje pozwalające na taką ocenę. To, czy członek komisji podał, że aplikacja nie zapewnia dostępności dla osób ze szczególnymi potrzebami, czy że próbka nie zawiera informacji w tym zakresie, nie ma zatem istotnego znaczenia. Chodzi o to, czy na podstawie złożonej próbki można stwierdzić daną funkcjonalność, a zadaniem wykonawcy jest jednoznaczne wykazanie tej funkcjonalności, tak aby mogły zostać przyznane punkty. Natomiast na podstawie złożonej przez Odwołującego 2 próbki nie można jednoznacznie stwierdzić, czy aplikacja będzie posiadać funkcjonalności w zakresie dostępności dla osób ze szczególnymi potrzebami. Żaden z członków komisji nie doszedł do przeciwnego wniosku. Jeśli wyrazem zapewnienia ww. funkcjonalności miały być takie elementy jak kontrasty, wielkości czcionek itp., to powinno to jasno wynikać z próbki. Nie można „przerzucać” na członków komisji konieczności dokonywania samodzielnej weryfikacji w tym zakresie (badania poziomu kontrastu, wielkości czcionek itp.). W ocenie składu orzekającego Izby zapewnienie ww. dostępności nie wynika również ze wskazanego przez Odwołującego 2 opisu próbki:

- 1)„(...) interfejs sterowania został uproszczony dla intuicyjnej obsługi, a jednak zachowuje autentyczny wygląd maszynisty z epoki.”
- 2)„Wszystkie elementy sterujące są wyraźnie oznaczone” - zadbaliśmy o właściwą kolorystykę, kształty i wielkości elementów interaktywnych
- 3)„(...) Dodatkowe elementy sterowania manualnego (dźwignie) są wskazywane komunikatami (...)”.

Odwołujący stwierdził, że członkowie komisji w konsekwencji niezrozumienia koncepcji przedstawionej przez Odwołującego 2 nie wzięli pod uwagę innowacyjności (zwłaszcza na tle próbek innych wykonawców) koncepcji, wedle której już podstawowa wersja aplikacji jest dostosowana dla wszystkich użytkowników, nie wymaga dodatkowej aktywności z ich strony, a tym samym nie różnicuje w żaden sposób zwiedzających umożliwiając tym samym przeżywanie tych samych emocji i doświadczanie zgodnie z zamysłem i koncepcją muzeum stworzona przez Zamawiającego. Odwołujący 2 wskazał, że zaproponował w swoim projekcie także wiele innych innowacji, które nie zostały uwzględnione przy przyznawaniu punktów, w tym:

- 1)wprowadzano dodatkową grafikę obrazującą mapę podróży (lewy ekran), pozwalającą na prostą rywalizację (ponad wymogi SWZ);
- 2)zaplanowano animację pieca i ognia w cyklu rozpalania maszyny parowej (ponad wymogi SWZ);
- 3)zapropomowano dodatkową animację na ekranie głównym pokazującą tory przed zwiedzającym (ponad wymogi SWZ);
- 4)zapewniono tekstową komunikację - instrukcji dotyczących manualnych punktów styku (dzwignie) (ponad wymogi SWZ).

W odniesieniu do kwestii ww. innowacyjnej koncepcji nieróżnicującej użytkowników należy odwołać się do uprzednio przedstawionego stanowiska dotyczącego aspektu zapewnienia dostępności dla osób ze szczególnymi potrzebami. Natomiast w odniesieniu do pozostałych kwestii należy zauważyć, że wykroczenie poza wymogi SWZ nie oznacza automatycznie innowacyjnego charakteru rozwiązania.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie stwierdziła naruszeń w odniesieniu do oceny próbek Odwołującego 2 w zakresie mogącym mieć znaczenie dla wyniku postępowania.

W związku z przedstawioną argumentacją, Izba orzekła, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp, o oddaleniu obydwu odwołań (za wyjątkiem zarzutu podlegającego odrzuceniu w sprawie KIO 1222/24).

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 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).

Przewodnicząca: