

Sygn. akt: KIO 1698/15

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2015 r. przez Odwołującego **Hewlett Packard Enterprise Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Szturmowej 2A, 02-678 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego** w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 94, 00-807 Warszawa

przy udziale

wykonawcy S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1698/15 2

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Główny Inspektorat Transportu Drogowego na *budowę, wdrożenie, utrzymanie i rozwój Krajowego Rejestru Elektronicznego Przedsiębiorców Transportu Drogowego* (nr postępowania: BDG.ZPB.0820.4.2015), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2015/S 144-266479 w dniu 29 lipca 2015 r., wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz ogłoszenia, zostało wniesione w dniu 7 sierpnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1698/15).

Zamawiający opublikował treść siwz w dniu 29 lipca 2015 r. na stronie internetowej.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił po stronie Odwołującego wykonawca S&T Services Polska Sp. z o.o.

Izba na posiedzeniu niejawnym, przed otwarciem rozprawy, dopuściła przystępującego po stronie Odwołującego do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika postępowania.

Odwołujący – Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. (dalej jako HP), zaskarżył

treść ogłoszenia oraz siwz, jako dokonanych z naruszeniem:

1. Przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 91 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez:
 - a) zamieszczenie w ogłoszeniu (pkt IV.2.1) oraz siwz (część II rozdział B pkt 3) postanowień określających wagi poszczególnych kryteriów oceny ofert, przy jednoczesnym umieszczeniu w siwz (część II rozdział II B pkt 3.1) logarytmu obliczania oceny w kryterium „cena”, którego zastosowanie prowadzi do sytuacji, w której waga kryterium „ocena funkcjonalno-techniczna zaproponowanego rozwiązania” ma znacznie większe znaczenie niż wynikające z określonej proporcji 50/50.
 - b) zamieszczenie w siwz postanowień, które w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny opisują kryteria, którym Zamawiający będzie kierował się przy ocenie ofert w zakresie kryterium „Ocena funkcjonalno-techniczna zaproponowanego rozwiązania”.
2. Naruszenie art. 5, art. 353 (1), art. 387 ust. 1 i art. 58 KC w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie postanowień wskazanych w dalszej części odwołania.

Sygn. akt: KIO 1698/15 3

Naruszenie w/w przepisów może w konsekwencji doprowadzić do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP.

W związku z powyższym, oraz mając na uwadze fakt, iż wskazane w niniejszym Odwołaniu naruszenia mogą uniemożliwić udział Odwołującego w postępowaniu, w tym sporządzenie i złożenie ważnej i nie podlegającej odrzuceniu oferty, a tym samym mają lub przynajmniej mogą mieć wpływ na wynik postępowania, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ w sposób określony w niniejszym odwołaniu.

W zakresie kwestionowanych w pkt 1a postanowień określających wagi poszczególnych kryteriów oceny ofert, przy jednoczesnym umieszczeniu w siwz (część II rozdział II B pkt 3.1) logarytmu obliczania oceny w kryterium „cena”, którego zastosowanie prowadzi do sytuacji, w której waga kryterium „ocena funkcjonalno-techniczna zaproponowanego rozwiązania” ma znacznie większe znaczenie niż wynikające z określonej proporcji 50/50.

Zamawiający w celu wyboru oferty najkorzystniejszej ustalił dwa kryteria oceny ofert *cena* oraz *ocena funkcjonalno-techniczna*, przyznając wagi po 50 % (pkt IV 2.1 ogłoszenia oraz część II rozdział B pkt 3 siwz). W opisie sposobu oceny ofert w kryterium *cena* Zamawiający opisał wzór, jaki służyć ma ustaleniu ilości punktów, stanowiący logarytm

$$P = \left[\frac{\ln(1 + (B - C))}{\ln(1 + (B - C))} \right] \times L_{c \text{ of min max}}$$

Odwołujący zakwestionował wynik, do jakiego prowadzi zastosowanie wzoru, które w nienależyty sposób odzwierciedlają proporcje wynikające z wag przypisanych dla kryteriów oceny ofert, a tym samym uniemożliwiają dokonanie oceny zgodnie z przyjętymi wagami. Odwołujący zobrazował istotę zarzutu na przykładzie, w którym oferta droższa o 25%, przy ilości punktów przyznawanych w kryterium *ocena funkcjonalno-techniczna zaproponowanego rozwiązania* (ustalonych w ilości odpowiadającej różnicy na poziomie 25%), stanie się ofertą najkorzystniejszą. Realna waga kryterium *cena* w praktyce może być znacznie niższa niż 50%. Również przy innych symulacjach, udział wskazanej w ofercie ceny nie przekłada się (przy zastosowaniu kwestionowanego wzoru) proporcjonalnie na odpowiedni udział punktowy, od którego zależy wynik postępowania. Dodatkowo, przy zastosowaniu algorytmu, niewielka nawet przewaga punktowa uzyskania w drugim kryterium, pozwoli oferentowi, który zaproponował nawet znacznie wyższą cenę, uzyskać przewagę punktową pozwalającą na wygranie przetargu.

Odwołujący wniósł o zmianę wzoru w sposób przez niego wskazany w treści odwołania $P_c = L_{\max} \times (C_{\min} / C_{\text{ob}})$ gdzie:

Sygn. akt: KIO 1698/15 4

P_c - liczba punktów jakie otrzyma badana oferta w kryterium „Cena”;

$C_{\min}$ - najniższa cena brutto (wraz z podatkiem VAT) za realizację całego zamówienia

zaoferowana w nieodrzuconych ofertach złożonych w Postępowaniu.

Cob - cena brutto (wraz z podatkiem VAT) za realizację całego zamówienia oferty ocenianej
Lmax - waga kryterium „Cena”.

W zakresie dotyczącym kwestionowanych w pkt 1b odwołania postanowień, które w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny opisują kryteria, którym Zamawiający będzie kierował się przy ocenie ofert w zakresie kryterium „Ocena funkcjonalno-techniczna zaproponowanego rozwiązania”.

Odwołujący wskazał na negatywne efekty wadliwego działania wzoru, które dodatkowo potęgowane są przez niejasny opis zasad, według których Zamawiający zamierza przyznawać punkty w kryterium *ocena funkcjonalno-techniczna zaproponowanego rozwiązania*. Odwołujący zakwestionował stopień ogólności opisu elementów, dla których wykonawcy mają opisać koncepcję implementacji, stanowiącą przedmiot oceny. W ocenie Odwołującego, przyznawanie punktów odbywać się będzie zupełnie dowolnie.

W ramach załącznika nr 2 do siwz Zamawiający wskazał zasady przyznawania odpowiednio 0, 5 lub 10 punktów:

0 (zero) punktów otrzyma rozwiązanie, które nie spełnia warunków określonych w kolumnie „Opis zagadnienia” lub nie daje szans skutecznej realizacji Elementu w terminie (realność zaimplementowania wskazanego przez Wykonawcę rozwiązania);

5 (pięć) punktów otrzyma rozwiązanie, które w sposób wystarczający spełnia warunki określone w kolumnie »Opis zasadnienia”, daje prawdopodobieństwo skutecznej realizacji Elementu w terminie (realność zaimplementowania wskazanego przez Wykonawcę rozwiązania), ale opis rozwiązania jest niewystarczający i pomija istotne zagadnienia i założenia realizacyjne;

10 (dziesięć) punktów otrzyma rozwiązanie, które w pełni spełnia warunki określone w kolumnie „Opis zasadnienia”, daje gwarancję skutecznej realizacji Elementu w terminie (realność zaimplementowania wskazanego przez Wykonawcę rozwiązania), opis rozwiązania jest zaś kompletny, spójny merytorycznie, przejrzysty, jednoznaczny i wyczerpujący (Wykonawca w sposób spójny i wyczerpujący przedstawił opracowanie dla każdego z wyżej wymienionych elementów Opisu rozwiązania).

Sygn. akt: KIO 1698/15 5

Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w ramach oceny techniczno-funkcjonalnej to 80 pkt. Minimalna liczba punktów do uzyskania w ramach oceny techniczno-funkcjonalnej to 40 pkt. "

Zamawiający nie zdefiniował pojęć: „nie daje szansy skutecznej realizacji Elementu w terminie”, „w sposób wystarczający spełnia warunki określone w kolumnie Opis zagadnienia”, „daje prawdopodobieństwo skutecznej realizacji Elementu w terminie”, „opis rozwiązania jest niewystarczający i pomija istotne zagadnienia i założenia realizacyjne”, „w pełni spełnia warunki określone w kolumnie Opis zagadnienia”, „gwarancję skutecznej realizacji Elementu w terminie”, „opis rozwiązania jest zaś kompletny, spójny merytorycznie, przejrzysty, jednoznaczny i wyczerpujący”. Zamawiający nie określił, jakimi kryteriami będzie mierzył „szanse”, czy też „prawdopodobieństwo” skutecznej realizacji danego elementu w terminie. Co więcej, już samo włączenie do oceny możliwości wykonania Elementu w terminie, wydaje się w tym wypadku wadliwe. Wykonawca składając ofertę zobowiązuje się bowiem do realizacji oferowanego rozwiązania w wynikającym z SIWZ terminie, zaś Zamawiający nie mając pełnej wiedzy o zasobach posiadanych przez Wykonawcę oraz zasobach osobowych i technicznych, jakie Wykonawca zamierza przeznaczyć do realizacji Elementu, nie będzie miał obiektywnych przesłanek do oceny, czy takie wykonanie przez tego Wykonawcę w zaoferowanym terminie jest możliwe, czy też nie. W takich okolicznościach ocena dokonana w tym zakresie przez Zamawiającego będzie w pełni subiektywna. Co więcej wprowadzenie tego elementu do oceny zakłada, że Zamawiający będzie posiadać większą od Wykonawcy wiedzę na temat rozwiązania oferowanego przez danego Wykonawcę, co jest założeniem pozbawionym racjonalnych podstaw. Dla lepszego zobrazowania tego problemu można wskazać sytuację, w której Zamawiający oceniając wyłącznie opis rozwiązania przedstawiony przez Wykonawcę dojdzie do wniosku, że wykonanie takiego rozwiązania nie jest możliwe w wynikającym z oferty okresie. Dokonanie takiej oceny nie będzie jednak uwzględniało tego, że rozwiązanie oferowane przez Wykonawcę nie musi być wykonywane w całości od nowa, ale może być oparte na już

gotowym autorskim produkcie Wykonawcy lub produkcie wymagający jedynie niewielkiej modyfikacji. Zamawiający nie określił również kiedy uzna za wystarczające spełnienie warunków określonych w kolumnie „Opis zagadnienia” lub też kiedy opis rozwiązania zostanie zakwalifikowany jako wystarczający, tym bardziej, że opis zawarty w kolumnie jest również sformułowany w sposób ogólnikowy i nieprecyzyjny. Brak jest wyjaśnienia znaczenia merytorycznej spójności, przejrzystości, jednoznaczności i kompletności owego opisu.

Powyższe prowadzi do tego, że ocena dokonywana w ramach tego kryterium może być w pełni subiektywna i arbitralna, a co za tym idzie tak sformułowany opis narusza także art. 7

Sygn. akt: KIO 1698/15 6

ust. 1 i 3 ustawy. Odwołujący zwrócił uwagę na możliwy skutek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 (jako niespełniającej wymagań Zamawiającego), w sytuacji kiedy oferta nie będzie zawierała opisu rozwiązania lub w której opis rozwiązania nie będzie zawierał informacji niezbędnych do dokonania oceny według powyższych podkryteriów lub uzyskała mniej niż 50% maksymalnej możliwej do uzyskania ilości punktów.

Z uwagi na brak precyzyjnego opisu ocenianych parametrów oraz jednoznacznego sposobu ich oceny, doszło do naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp, nakładającego obowiązek dokonania opisu kryteriów oceny ofert wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert, który nie został spełniony.

Odwołujący wniósł o wykreślenie z załącznika nr 2 kwestionowanych jako nieprecyzyjnych, niejednoznacznych sformułowań (alternatywnie ich doprecyzowanie), a także precyzyjne i kompletne wyspecyfikowanie w załączniku nr 2 w kolumnie „Opis zagadnienia” wszystkich podlegających ocenie warunków.

Zarzuty z pkt 2 odwołania dotyczących istotnych postanowień umowy (IPW), jako naruszających przepisy kodeksu cywilnego – art. 5, art. 353 (1), art. 387 ust. 1 i art. 58 KC w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający umieścił w SIWZ szereg postanowień, które w sposób rażąco naruszają zasady równości stron umowy, kształtując ich prawa i obowiązki w sposób dalece niesymetryczny. Takie zaś określenie przedmiotu zamówienia narusza zasady współżycia społecznego, pozostaje w sprzeczności z właściwością stosunku cywilnoprawnego a co za tym idzie prowadzi do naruszenia art. 5 k.c., art. 58 k.c. i art. 353 k.c. i art. 387 ust. 1. Jako naruszające wskazane przepisy ustaw Odwołujący wskazał:

- § 3 ust. 1 pkt 2 w Części IV SIWZ, w którym zawarte zostało zobowiązanie Wykonawcy do informowania Zamawiającego o zagrożeniach związanych z wykonaniem umowy, w tym o okolicznościach leżących po stronie Zamawiającego, które mogą mieć wpływ na jakość, termin, zakres prac; zgodnie z dalszą treścią tego postanowienia: *„Nieprzekazanie takich informacji w wypadku, gdy Wykonawca o takich zagrożeniach wie lub, przy uwzględnieniu wymaganej Umową staranności powinien wiedzieć powoduje, że wszelkie koszty i dodatkowe czynności związane z konsekwencją danego zdarzenia obciążają Wykonawcę.* W świetle powołanych przepisów, to Zamawiający, a nie Wykonawca, powinien informować Wykonawcę o okolicznościach leżących po stronie Zamawiającego;

- § 3 ust. 13 w Części IV SIWZ zobowiązuje Wykonawcę do przekazania Zamawiającemu m. in. repozytorium wszystkich kodów źródłowych (w tym kodów wynikowych), dokumentacji projektowej i technicznej, instrukcji użytkownika oraz innych informacji jeszcze przed podpisaniem protokołu Odbioru Końcowego - co oznacza, że w przypadku, gdyby nie doszło

Sygn. akt: KIO 1698/15 7

do odbioru końcowego, Zamawiający i tak byłby już w posiadaniu kodów.

- § 5 w Części IV SIWZ nie określa bliżej pojęcia, ani zasad „Odbioru Końcowego” oraz „Odbioru Końcowego Oprogramowania”, co sprawia, że zakres zobowiązania Wykonawcy jest niejasny

- § 8 ust. 1 pkt 8 w Części IV SIWZ zobowiązuje Wykonawcę do świadczenia usług utrzymania polegających na: *Pracach powszechnie uznawanych za czynności realizowane w ramach standardowych zadań administratora systemów informatycznych, gwarantujących sprawne, niezawodne, bezpieczne i wydajne funkcjonowanie systemu KREPTD*”. Zapis ten z

racji na nieprecyzyjność może w praktyce rozszerzać zakres zobowiązań Wykonawcy, czyniąc nawet jego świadczenie niemożliwym do realizacji.

- § 17 ust. 1 pkt 1, 3 i 4 - wskazują nieprecyzyjnie okoliczności, w których możliwe będzie dokonanie zmiany Umowy, co może prowadzić do arbitralnych żądań Zamawiającego.

Odwolujący wniósł o dokonanie zmian w IPU:

- a) wykreślenie w § 3 ust. 1 pkt 2 IPU sformułowania: „w tym także o okolicznościach leżących po stronie Zamawiającego”;
- b) zmianę w § 3 ust. 13 IPU sformułowania: „najpóźniej przed podpisaniem protokołu Odbioru Końcowego” na zapis: „w dacie podpisania protokołu Odbioru Końcowego”;
- c) § 5 poprzez sprecyzowanie pojęcia oraz zasad „Odbioru Końcowego” oraz „Odbioru Końcowego Oprogramowania”;
- d) wykreślenie § 8 ust. 1 pkt 8 IPU;
- e) § 17 ust. 1 pkt 1, 3 i 4 IPU - poprzez doprecyzowanie okoliczności, w których możliwe będzie dokonanie zmiany Umowy, a także wprowadzenie trybu zmiany umowy w okolicznościach wskazanych w § 17 ust. 1.

Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie w całości zarzutów w nim podniesionych.

Stanowisko Izby

Izba na posiedzeniu niejawnym przeprowadzonym z udziałem stron w dniu 18 sierpnia 2015 r. uznała, iż nie zachodzą przeszkody formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne zarzutów i skierowała odwołanie na rozprawę. Postępowanie prowadzone jest według zasad określonych dla postępowań o wartości przekraczającej kwotę, od której uzależniony jest obowiązek publikacji ogłoszenia w publikatorze unijnym.

Sygn. akt: KIO 1698/15 8

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ocena ta prowadzona jest z uwzględnieniem zakresu zarzutów oraz skutków, jakie dla Odwołującego wywoływać miałyby zaskarżone postanowienia siwz i ogłoszenia. Ponieważ zarzuty dotyczą postanowień, które decydować będą o sposobie punktacji ofert w postępowaniu oraz warunkach na jakich ma być realizowane zamówienie, uchybienia popełnione w tym obszarze przez Zamawiającego, mogą wpływać tak na sposób przygotowania oferty i jej ocenę, jak i samą decyzję o możliwości realizacji umowy na warunkach narzuconych przez Zamawiającego. W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości ustalenie, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, którego ochronie służy niniejsze odwołanie, jak również może ponieść szkodę w postaci utraty korzyści z jakimi wiąże się dla tego wykonawcy pozyskanie zamówienia.

W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawne do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie, które to ustalenia znajdują się poniżej.

Z uwagi na wzajemne powiązania pomiędzy zarzutem z pkt 1a i 1b, Izba prezentuje wspólną argumentację dotyczącą opisu kryteriów oceny ofert.

Zamawiający w części II siwz, lit B pkt 3 opisał kryteria na podstawie których przeprowadzona zostanie ocena ofert, tj. cena i ocena funkcjonalno-techniczna zaproponowanego rozwiązania, przypisując każdemu z nich wagę 50%.

Zgodnie z siwz do obliczenia liczby punktów w kryterium *cena* Zamawiający określił wzór:

$$P_c = \left[\frac{\ln(1 + (B - C))}{\ln(1 + (B - C_{\min}))} \right] \times L_{\max}$$

Gdzie:

P_c - oznacza liczbę punktów jaką otrzyma badana oferta,

$L_{\max}$ - oznacza funkcję logarytmu naturalnego,

Sygn. akt: KIO 1698/15 9

B – budżet (kwota jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia), który wynosi 13 453 709,85 zł. brutto,

C_{of} – cena oferty ocenianej,

$C_{\min}$ – 70% szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT,

$L_{\max}$ – waga kryterium cena.

Zgodnie z uwagą zawartą pod opisem, *w przypadku wniesienia w postępowaniu ważnej oferty zawierającej niższą cenę niż „ $C_{\min}$ ” a wykonawca na wezwania zamawiającego złoży wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wykazujące, że nie jest to cena rażąco niska. W takim przypadku „ $C_{\min}$ ” stanowić będzie wartość ważnej oferty zawierającej najniższą w postępowaniu cenę wykonania przedmiotu zamówienia.*

Zamawiający wyjaśniając na rozprawie zasadność utrzymania algorytmu naturalnego dla celów oceny ofert wskazywał na jego przydatność przy zamówieniu z zakresu działalności twórczej lub naukowej, gdzie nie jest możliwym opisanie z góry w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie jest zainteresowany porównywaniem ofert, a jego celem jest wskazanie oferty najkorzystniejszej, tj. takiej która pozwala nabyć najlepszą usługę za posiadane środki, a nie usługę najtańszą. Zastosowany algorytm nie uzależnia wyniku oceny danej oferty od wysokości ceny zaproponowanej przez innego wykonawcę, co zdaniem Zamawiającego stanowi gwarancję, iż ocena odbywać się będzie obiektywnie w stosunku do każdej z ofert.

Odwołujący zakwestionował zastosowany przy kryterium ceny algorytm, wskazując, iż wyniki oceny ofert przy jego użyciu nie będą odzwierciedlały różnicy w cenie wstępującej między ofertami, prowadząc tym samym do zmniejszenia znaczenia kryterium ceny. Z prezentowanych przez Odwołującego przykładów zastosowania algorytmu wynikało, iż nawet duże różnice w cenach ofert badanych nie przekładały się na odpowiednią różnicę w ilości punktów (była ona niewielka). Tym samym o wyborze oferty najkorzystniejszej decydowała ocena w kryterium *ocena funkcjonalno-techniczna*, co pozostawało w sprzeczności z przypisanymi równymi wagami tych kryteriów. Odwołujący dążył do zmiany sposobu przyznawania punktów w kryterium *cena*, przez zastąpienie algorytmu wzorem stosowanym standardowo, w którym decydującymi o ilości punktów są cena najniższa i badana oraz waga kryterium.

Mając na uwadze wyznaczony podstawą prawną i faktyczną zarzut naruszenia przepisów ustawy, tj. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3, Izba uznała, iż użycie algorytmu naturalnego jako podstawy oceny ofert w kryterium *cena*, nie wskazuje na naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Bezpodstawne jest również stwierdzenie, jakoby użycie algorytmu prowadzić mogło do

Sygn. akt: KIO 1698/15 10

oceny ofert w oparciu o inne niż wskazane w opisie kryteria. Faktycznie stanowisko Odwołującego sprowadzało się do wykazania, iż wynik użycia algorytmu (ilość punktów) nie będzie odpowiadał wysokości różnicy w cenach ofert. Sytuacja ta nie była sporna i wynikała z istoty zastosowanego wzoru, w którym o ilości punktów nie decyduje porównanie z ofertą najtańszą. Wykorzystanie algorytmu umożliwiło Zamawiającemu ograniczenie wpływu na wynik końcowy, niskiej ceny za produkt. Nie oznacza to jednak, iż sam wzór opatrzony był błędem, czy też nie uwzględniał wagi kryterium *cena*. Odwołujący w toku rozprawy wycofał się z wcześniejszych twierdzeń co do możliwości uzyskania błędnego wyniku, tj. przyznania większej niż ustalona waga kryterium, ilości punktów. Podtrzymał natomiast, iż różnica punktów, jaka może powstać przy ocenie ofert, nie będzie odzwierciedlać wagi kryterium, gdyż różnica w punktach uzyskanych w kryterium *cena* nie będzie odpowiadać poziomowi różnicy w cenach. Odwołujący jednocześnie wskazał, iż nie ma możliwości dostosowania

wagi kryterium tak, aby w każdym przypadku wynik punktowy uzyskany przy zastosowaniu logarytmu odzwierciedlał poziom różnicy w cenach. Powyższe prowadziło do konkluzji, iż tylko użycie tradycyjnego wzoru umożliwi ocenę ofert z uwzględnieniem wagi kryterium ustalonej na poziomie 50%.

Izba oddalając w tym zakresie zarzut uznała, iż ustalony sposób oceny był identyczny dla każdego wykonawcy, a prezentowany wynik oceny różnicował pozycję oferty ocenianej pod kątem ceny. Stanowisko Odwołującego wskazywało na dążenie tego wykonawcy do zrównoważenia wpływu na wynik końcowy oceny w kryterium *cena*, tak aby ewentualna niższa ocena w kryterium *ocena funkcjonalno-techniczna* mogła być zrównoważona niższą ceną, za którą Zamawiający miałby przyznać większą ilość punktów. Powyższe stało w oczywistej sprzeczności z celem Zamawiającego, który dążył do ustalenia zasad oceny, które pozwoliłyby wyłonić jako najkorzystniejszą ofertę, a nie ofertę najtańszą. Zamawiający równoważąc wagi kryteriów, przy jednoczesnym zastosowaniu algorytmu, faktycznie stworzył taki system oceny, gdzie utrudnione jest manipulowanie ceną (przez jej obniżenie), kosztem jakości produktu. W ocenie Izby samo stwierdzenie, że różnica w punktach przyznawanych ofertom w kryterium *cena*, nie będzie odpowiednio duża, tak aby zrekompensować ewentualną stratę w punktach uzyskanych w drugim kryterium, nie oznacza jeszcze, iż Zamawiający naruszył przepisy ustawy nakładające na niego obowiązek opisu kryteriów, wraz z podaniem ich znaczenia i sposobu oceny ofert. Samo ustalenie wagi kryterium stanowi obraz preferencji Zamawiającego co do znaczenia ceny i innych kryteriów oceny ofert. Nie przesądza jeszcze o wyniku oceny, dla którego istotne znaczenia ma ustalony sposób oceny, który powinien uwzględniać wagę kryterium. W niniejszym postępowaniu miało to miejsce, gdyż elementem logarytmu była waga kryterium *cena* - (L_{max}). Wprawdzie możliwe różnice w punktacji nie odpowiadały skali wagi, co jednak nie czyniło ustalonego sposobu oceny nieprawidłowym, czy też niedopuszczalnym. Skoro to Zamawiający jest

Sygn. akt: KIO 1698/15 11

uprawniony do wskazania wagi kryteriów to nie ma podstaw do odmowy Zamawiającemu prawa do ustalania takiego sposobu oceny, który umożliwi wybór oferty, która w najwyższym stopniu spełni jego oczekiwania.

Odnośnie zarzutu opisanego w pkt 1b odwołania, zastrzeżenia Odwołującego dotyczyły przede wszystkim ustalonych zasad przyznawania punktów w kryterium *ocena funkcjonalno-techniczna (koncepcja implementacji) zaproponowanego rozwiązania*, opisanych w załączniku nr 2 do siwz pod tabelą, gdzie Zamawiający opisał zasady:

0 (zero) punktów otrzyma rozwiązanie, które nie spełnia warunków określonych w kolumnie „Opis zadania” lub nie daje szans skutecznej realizacji Elementu w terminie (realność zaimplementowania wskazanego przez Wykonawcę rozwiązania);
5 (pięć) punktów otrzyma rozwiązanie, które w sposób wystarczający spełnia warunki określone w kolumnie »Opis zadania”, daje prawdopodobieństwo skutecznej realizacji Elementu w terminie (realność zaimplementowania wskazanego przez Wykonawcę rozwiązania), ale opis rozwiązania jest niewystarczający i pomija istotne zadania i założenia realizacyjne;
10 (dziesięć) punktów otrzyma rozwiązanie, które w pełni spełnia warunki określone w kolumnie „Opis zadania”, daje gwarancję skutecznej realizacji Elementu w terminie (realność zaimplementowania wskazanego przez Wykonawcę rozwiązania), opis rozwiązania jest zaś kompletny, spójny merytorycznie, przejrzysty, jednoznaczny i wyczerpujący (Wykonawca w sposób spójny i wyczerpujący przedstawił opracowanie dla każdego z wyżej wymienionych elementów Opisu rozwiązania).

Zastrzeżenia Odwołującego dotyczyły podkreślonych fragmentów opisu zasad przyznawania punktów, które jako niejednoznaczne i nieprecyzyjne pozostawiały swobodę Zamawiającemu na etapie oceny ofert, pozwalając na nadanie nowego znaczenia dopiero przy ocenie ofert.

Odnosząc się do powyższych okoliczności Izba uznała, iż mają one na celu ustalenie w toku oceny ofert, czy opisany w koncepcji element może być wykonany w terminie, co pozostaje w ścisłym związku z przedmiotem zamówienia. Ponieważ przedmiotowe zamówienia nie jest gotowym, sprawdzonym produktem, ocena funkcjonalności proponowanego przez wykonawców rozwiązania nie może być sprowadzona do

narzuconych przez Zamawiającego parametrów. To po stronie wykonawcy leży opracowanie koncepcji, a efekt jego pracy intelektualnej poddany zostanie ocenie w kryterium oceny. W ocenie liczby użyte sformułowania zasad przyznawania punktów (0, 5 i 10) uzależnione od oceny realności zaimplementowania wskazanego rozwiązania, zawierają stopniową

Sygn. akt: KIO 1698/15 12

ocenę spełniania warunków dla danego elementu i realności jego zaimplementowania w rozwiązaniu. Uwzględniając specyfikę przedmiotu oceny – koncepcja implementacji zaproponowanego rozwiązania, dopuszczalnym było wprowadzenie kryteriów oceny uzależnionych w pewnym stopniu od subiektywnej oceny Zamawiającego, czego nie można utożsamiać z oceną dowolną. Nie można tracić z pola widzenia, iż oceniany ma być element koncepcji opracowanej przez wykonawcę i stanowiący jego wkład intelektualny w przedmiot zamówienia, obejmujący między innymi budowę systemu. Skoro to wykonawca opracowuje koncepcję budowy zaproponowanego przez siebie rozwiązania, to nie wydaje się być możliwym i uzasadnionym z punktu widzenia celu oceny ofert w kryterium funkcjonalności, aby Zamawiający wskazywał w opisie oceny w sposób zero-jedynkowy konkretne parametry rozwiązania, którego kształt zostanie nadany przez wykonawców w ofercie. Zamawiający ustalił w tabeli oceniane elementy i zamierza w ramach oceny oferty, na podstawie opracowanej przez wykonawcę koncepcji, ustalić możliwość osiągnięcia celów zamówienia, tj. skutecznej realizacji danego elementu w terminie. Próba dookreślenia sposobu punktacji podjęta przez Odwołującego na rozprawie pod kątem oceny elementu – lista ryzyk, wykazała, iż nie jest możliwym takie ustalenie sposobu punktacji, które pozbawione byłoby elementu subiektywnego. Przykładowe wskazanie na element oceniany „prawdopodobieństwo skuteczności realizacji Elementu” i proponowana zmiana polegająca na dookreśleniu poziomu prawdopodobieństwa jako wystarczającego dla przyznania 5 pkt (np. 30%), nadal pozostawiała niedookreślonym sposób ustalenia osiągnięcia tego poziomu prawdopodobieństwa. Ponieważ zamówienie nie dotyczy istniejącego produktu gotowego do wdrożenia u Zamawiającego, Zamawiający powinien mieć możliwość zbadania, czy opracowane na jego potrzeby i zaoferowane rozwiązanie ma szansę na wdrożenie w terminie.

W związku z powyższym, zarzuty opisane w pkt 1a i 1b, dotyczące ustalonym w siwz kryteriom oceny ofert nie potwierdziły się.

Zarzuty z pkt 2 odwołania dotyczące istotnych postanowień umowy (IPW), jako naruszających przepisy kodeksu cywilnego – art. 5, art. 353 (1), art. 387 ust. 1 i art. 58 KC w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zakwestionował część klauzul zawartych w części IV siwz *Istotne postanowienia umowy (IPU)*, jako rażąco naruszających zasady równości stron umowy, kształtując ich prawa i obowiązki w sposób dalece niesymetryczny. Takie zaś określenie, w jego ocenie, narusza zasady współzycia społecznego, pozostaje w sprzeczności z właściwością stosunku cywilnoprawnego a co za tym idzie prowadzi do naruszenia art. 5 k.c., art. 58 k.c. i art. 353 k.c. i art. 387 ust. 1.

Sygn. akt: KIO 1698/15 13

Jako naruszające wskazane przepisy ustaw Odwołujący wskazał:

1. § 3 ust. 1 pkt 2 w Części IV SIWZ, w którym zawarte zostało zobowiązanie Wykonawcy do informowania Zamawiającego na piśmie o wszelkich o zagrożeniach związanych z wykonaniem Umowy, w tym także o okolicznościach leżących po stronie Zamawiającego, które mogą mieć wpływ na jakość, termin bądź zakres prac. Nieprzekazanie takich informacji w wypadku, gdy Wykonawca o takich zagrożeniach wie lub, przy uwzględnieniu wymaganej Umową staranności powinien wiedzieć powoduje, że wszelkie koszty i dodatkowe czynności związane z konsekwencją danego zdarzenia obciążają Wykonawcę.

Argumentując zarzut Odwołujący wskazał, iż to Zamawiający, a nie Wykonawca powinien informować o okolicznościach leżących po jego stronie i wnosił o wykreślenie obowiązku informowania o okolicznościach leżących po stronie Zamawiającego.

Zamawiający wyjaśniał, iż obowiązek nałożony tą klauzulą powstanie w sytuacji, gdy

Wykonawca posiada wiedzę o okolicznościach leżących po stronie Zamawiającego, a które mogą zagrażać realizacji kontraktu. Zamawiający oczekuje, iż wykonawca w takiej sytuacji poinformuje go o przyczynach, które mogą rodzić ryzyko niewykonania w sposób należyty umowy, zagrażających jej realizacji. Klauzula ta nie będzie mieć zastosowania, gdy Wykonawca nie będzie miał świadomości istnienia zagrożenia. Celem tej klauzuli jest wprowadzenie obowiązku sygnalizowania o ewentualnych zagrożeniach Zamawiającego, co jest zgodne z metodyką *Prince 2*, zgodnie z którą zamówienie ma być realizowane, a w której nakłada się na Wykonawcę odpowiedzialność, m.in. za identyfikowanie zagrożeń i komunikowania ich niezależnie od tego po czyjej stronie występują.

Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, aby klauzula w kształcie przytoczonym powyżej naruszała przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też klauzulę generalną zasad współżycia społecznego. Żądanie ograniczenia obowiązku informowania o ewentualnych zagrożeniach, stoi w sprzeczności z metodyką *Prince 2*, w tym powołanym przez Zamawiającego obowiązku identyfikowania i komunikowania o zagrożeniach w realizacji projektu, niezależnie od tego po czyjej stronie występują. Izba nie miała podstaw do zakwestionowania dopuszczalności wprowadzenia do umowy postanowień, których celem jest ograniczenie ryzyka niewykonania przedmiotu zamówienia, a takim niewątpliwie jest obowiązek komunikowania Zamawiającemu wystąpienia zagrożeń spowodowanych okolicznościami leżącymi po stronie Zamawiającego, a których ten nie musi być świadomy.

2. § 3 ust. 13 w części w jakiej nałożono na Wykonawcę obowiązek przekazania *najpóźniej przed podpisaniem protokołu Odbioru Końcowego m. in. repozytorium wszystkich kodów źródłowych (w tym kodów wynikowych).*

Sygn. akt: KIO 1698/15 14

Zdaniem Odwołującego, powyższe może prowadzić do sytuacji, w której Zamawiający będzie w posiadaniu kodów źródłowych, a nie dojdzie do odbioru końcowego. Odwołujący zażądał modyfikacji klauzuli tak, aby przekazanie kodów źródłowych miało nastąpić w dacie odbioru końcowego.

Zamawiający wyjaśniał, iż celem wprowadzenia klauzuli było uniknięcie ewentualnych komplikacji w uzyskaniu kodów źródłowych przed odbiorem końcowym. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że celem dla którego oczekuje wcześniejszego udostępnienia kodów nie jest naruszanie praw autorskich, a jedynie zapewnienie kontroli postępu prac. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż w § 4 umowy przewidział sukcesywną zapłatę wynagrodzenia, płatnego w wysokości 50 % należnego za dany etap w połowie realizacji etapu i 50 % wynagrodzenia należnego za dany etap płatne po odbiorze etapu.

Izba oddalając zarzut jako niezasadny miała na uwadze tak brak wykazania naruszenia przepisów ustawy, jak i naruszenia klauzuli zasad współżycia społecznego, które nie zostały w żaden sposób wykazane przez Odwołującego. Należy również wskazać, iż nie można mówić, aby powyższa klauzula naruszała zasadę ekwiwalentności, gdyż wykonawca otrzyma wynagrodzenie za dany etap prac jeszcze przed odbiorem końcowym.

3. § 5, który nie określa bliżej pojęcia, ani zasad „Odbioru Końcowego” oraz „Odbioru Końcowego Oprogramowania”, co sprawia, że zakres zobowiązania Wykonawcy jest niejasny.

Izba oddalając zarzut uznała, iż Odwołujący poza ogólnym hasłem braku zdefiniowania pojęcia i zasad „Odbioru końcowego”, nie wskazała w jakim zakresie brak tej definicji uniemożliwia ustalenie momentu odbioru końcowego. Przywołany w podstawie zarzutu § 5 w całości reguluje zasady i warunki odbioru, łącznie w 21 ustępach. Już to czyniło zarzut gołosłownym, a dodatkowo w świetle postanowienia ustępu 13 również bezpodstawnym. Ustęp ten wskazuje, iż *po zakończeniu realizacji Przedmiotu umowy strony sporządzą Protokół Odbioru Końcowego Przedmiotu Zamówienia.*

4. § 8 ust. 1 pkt 8, w którym ustalono zakres świadczenia usługi utrzymania, polegające między innymi na *pracach powszechnie uznawanych za czynności realizowane w ramach standardowych zadań administratora systemów informatycznych, gwarantujących sprawne, niezawodne, bezpieczne i wydajne funkcjonowanie systemu KREPTD*”.

Zapis ten, zdaniem Odwołującego, z racji na nieprecyzyjność, może w praktyce rozszerzać zakres zobowiązań Wykonawcy, czyniąc nawet jego świadczenie niemożliwym do realizacji.

Izba oddalając zarzut uznała, iż udział profesjonalisty w postępowaniu nie wymaga

Sygn. akt: KIO 1698/15 15

prezentowania w treści siwz, czy też wzorze umowy kazuistycznych regulacji, które wypełnić można powołaniem się na standardy obowiązujące w danej branży, szczególnie jeżeli Zamawiający wskazuje na standardowe zadania administratora systemów informatycznych. Odwołujący nie wykazał, w jakim zakresie, klauzula tej treści wprowadza niebezpieczeństwo wykroczenia poza zakres świadczenia opisany przedmiotem zamówienia.

5. § 17 ust. 1 pkt 1, 3 i 4 - wskazują nieprecyzyjnie okoliczności, w których możliwe będzie dokonanie zmiany Umowy, co może prowadzić do arbitralnych żądań Zamawiającego. Odwołujący wniósł o dokonanie zmian w IPU poprzez doprecyzowanie okoliczności, w których możliwe będzie dokonanie zmiany Umowy, a także wprowadzenie trybu zmiany umowy w okolicznościach wskazanych w § 17 ust. 1.

Izba ustaliła, iż kwestionowane postanowienia dotyczą okoliczności, których wystąpienie może prowadzić do zmiany i uzupełnienia treści Umowy, wprowadzonych w celu poszerzenia podstaw do zmiany Umowy ponad te, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia Umowy (§ 17 ust. 1). Słusznie Zamawiający podnosił, iż klauzule zawarte w postanowieniach końcowych nie nakładają obowiązku wyrażenia zgody na zmiany w treści umowy, a jedynie stwarzają możliwość podjęcia przez strony umowy rozmów i ewentualne wprowadzenie zmian. Trudno dopatrywać się w tej regulacji, tak naruszenia przepisów ustaw, jak i zagrożenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

Podsumowując tą część zarzutów, Izba oddaliła odwołanie uznając, iż zarzuty skierowane wobec treści przyszłej umowy faktycznie nie naruszały przepisów ustawy. Samo powołanie się na ogólną klauzulę zasad współżycia społecznego, bez dalszego wykazania możliwości jej naruszenia, czyniło zarzuty gołosłownymi. Wprowadzone klauzule umowne regulują zasady współpracy stron, nakładają obowiązki na wykonawcę, które nie wykraczają poza zakres przedmiotu świadczenia, stąd nie mogły być uznane, jako nadmierne, czy też nieuzasadnione.

Mając powyższe na względzie Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy oddaliła odwołanie w całości.

Sygn. akt: KIO 1698/15 16

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis od odwołania.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1698/15 17