

Sygn. akt: KIO 1901/13, KIO 1921/13

WYROK

z dnia 21 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 6 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **4 System Polska sp. z o.o. w Zielonej Górze** (sygn. akt KIO 1901/13),
- B. w dniu 8 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **Online-Skills sp. z o.o. w Poznaniu** (sygn. akt KIO 1921/13)

przy udziale wykonawcy **Combidata Poland sp. z o.o. w Sopocie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1901/13 i KIO 1921/13 po stronie zamawiającego,

w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnikę Białostocką w Białymstoku**

orzeka:

1. **oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1901/13,**
2. **oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1921/13,**
3. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1901/13 obciąża wykonawcę **4 System Polska sp. z o.o. w Zielonej Górze**, zaś kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1921/13 obciąża wykonawcę **Online-Skills sp. z o.o. w Poznaniu** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr** (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **4 System Polska sp. z o.o. w Zielonej Górze** oraz wykonawcę **Online-Skills sp. z o.o. w Poznaniu** tytułem wpisów od odwołań,
 - 3.2. zasądza od **4 System Polska sp. z o.o. w Zielonej Górze** na rzecz **Politechniki Białostockiej w Białymstoku** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3.3. zasądza od **Online-Skills sp. z o.o. w Poznaniu** na rzecz **Politechniki Białostockiej w Białymstoku** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Politechnika Białostocka prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa, wykonanie usługi instalacji i konfiguracji Systemu LMS, Oprogramowania Standardowego i Pozostałych komponentów oraz Wdrożenia wymienionych komponentów w postaci Platformy e-learningowej na potrzeby Centrum Kształcenia Zdalnego, I fazy realizacji projektu <Centrum Nowoczesnego Kształcenia Politechniki Białostockiej> realizowanego w ramach Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej 2007-2013”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 maja 2013 r., nr 2013/S 091-154896.

W dniu 31 lipca 2013 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu wykonawcę 4 System Polska sp. z o.o. w Zielonej Górze, zwanego dalej „odwołującym 4 System”, jak również wykonawcę Online-Skills sp. z o.o. w Poznaniu, zwanego dalej „odwołującym online-skills”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Combidata Poland sp. z o.o. w Sopocie, zwanego dalej „przystępującym”.

W dniu 6 sierpnia 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołujący 4 System, zaś w dniu 8 sierpnia 2013 r. - odwołujący online-skills. Postępowania odwoławcze toczące się na skutek wniesionych odwołań oznaczono odpowiednio: sygn. akt KIO 1901/13, sygn. akt KIO 1921/13.

KIO 1901/13

Odwołujący 4 System wniósł odwołanie wobec:

- 1) zaniechania przyznania ofercie odwołującego 4 System maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert „Koncepcja architektury rozwiązania”,
- 2) czynności oceny ofert wedle kryteriów nieprzewidzianych w SIWZ,
- 3) zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego ze względu na to, że wykonawca nie złożył wraz z ofertą prezentacji oprogramowania,
- 4) zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na niezłożenie wraz z ofertą wykazu osób, które będą prowadziły prezentację,
- 5) zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego oraz zaniechanie czynności niedopuszczenia do prezentacji oferowanego oprogramowania wykonawcy osób do tego nieumocowanych zgodnie z treścią SIWZ,

- 6) zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego ze względu na to, że zaprezentowane oprogramowanie nie spełniło żadnego z „przypadków użycia”,
- 7) zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego ze względu na to, że zawiera ona cenę rażąco niską,
- 8) zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego pomimo, iż Zamawiający w toczącym się wcześniej postępowaniu odwoławczym uznał w całości odwołanie odwołującego 4 System, w tym uznał zarzuty dotyczące konieczności odrzucenia oferty przystępującego,
- 9) czynności oceny oferty przystępującego,
- 10) czynności oceny oferty przystępującego pomimo, iż zamawiający w toczącym się wcześniej postępowaniu odwoławczym uznał w całości odwołanie 4 System, w tym uznał zarzuty dotyczące oceny oferty przystępującego.

Odwołujący 4 System zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 i art. 84 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ,
- 2) art. 87 ust 1 w związku z art. 82 ust 3 i art. 84 ust 2 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie do uzupełnienia oferty przystępującego o jej integralną i wymaganą część - prezentację, po upływie terminu złożenia ofert,
- 3) art. 91 ust 1 i 92 ust 1 pkt 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty przystępującego wbrew ustalonym w SIWZ kryteriom, a także pomimo późniejszego niż data i godzina złożenia ofert dołączenie prezentacji,
- 4) art. 91 ust 1 i 92 ust 1 pkt 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania oceny oferty odwołującego 4System zgodnie z ustalonymi w SIWZ kryteriami i poprzez zaniechanie przyznania maksymalnej ilości punktów za kryterium „Koncepcja architektury rozwiązania”, „Wykonalność koncepcji architektury rozwiązania”,
- 5) w konsekwencji - naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- 6) art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez:
 - a) wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty przystępującego,
 - b) niezgodną z postawionymi w SIWZ wymaganiami ocenę oferty przystępującego,
 - c) niezgodną z postawionymi w SIWZ wymaganiami ocenę oferty odwołującego 4 Systemwbrew wcześniejszemu uznaniu w całości odwołania odwołującego 4 System.

Odwołujący 4 system wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- 2) powtórzenia czynności oceny ofert, w tym odrzucenia oferty przystępującego, przyznania ofercie 4 System maksymalnej ilości punktów za kryteria: „Koncepcja architektury rozwiązania” oraz „Wykonalność koncepcji architektury rozwiązania”,
- 3) z ostrożności procesowej - w przypadku nieuwzględnienia zarzutu odrzucenia oferty przystępującego:
 - a) nakazania zamawiającemu ponownej oceny oferty przystępującego przy uwzględnieniu mniejszej ilości punktów w części „Wykonalność koncepcji architektury rozwiązania - symbol Q32 (12 punktów mniej)”,
 - b) przyznania ofercie przystępującemu mniejszej liczby punktów o przynajmniej 4 punkty w związku z brakami w części oferty tj. prezentacji (części WP 5 i WP 6).

W uzasadnieniu odwołujący 4 System odnosząc się do zarzutu dotyczącego nieprawidłowej oceny jego oferty w kryterium „Koncepcja architektury rozwiązania” podniósł, że przygotowując koncepcję architektury rozwiązania kierował się załącznikiem nr 8 do SIWZ. Załącznik ten stanowił wzór dokumentu „Koncepcja architektury rozwiązania”, w którym należało ująć ogólną koncepcję dostarczanego rozwiązania oraz opis cech/właściwości architektury rozwiązania. Ogólna koncepcja dostarczanego rozwiązania została opisana na stronie 26 i n. oferty. Opis cech/właściwości architektury rozwiązania zawarto na stronach 73-74 oferty. Odwołujący wywiódł, że w koncepcji architektury rozwiązania zawarł mechanizm umożliwiający realizację skalowalności (w tym zrównoważenia obciążenia - loadbalancing) komponentów systemu: serwery aplikacyjne, serwery audio-wideo, bazy danych na stronach: 34, 35, 74. Mechanizm umożliwiający realizację redundancji (w tym automatycznego przełączania między zduplikowanymi instancjami komponentów w przypadku awarii (failover) oraz przywracania stanu sprzed awarii) komponentów systemu: serwery aplikacyjne, serwery audio-wideo, bazy danych znajdować się miał na stronach 34,35,74, 75 oferty. Mechanizm realizujący funkcjonalność wirtualnej klasy wg opisu jak w SIWZ znajduje się na stronach 58, 59, 71, 75, 76 oferty. Odwołujący 4 System podniósł, że powinien otrzymać 15 punktów za koncepcję architektury rozwiązania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego nieprawidłowej oceny jego oferty w kryterium „wykonalność koncepcji architektury rozwiązania” odwołujący 4 System wywiódł, że otrzymał jedynie 15 punktów na 25 możliwych pomimo tego, iż winien otrzymać maksymalną liczbę punktów. Argumentował, że przekazana mu przez zamawiającego informacja dotycząca przyznanej punktacji w żaden sposób nie pozwala na jej weryfikację, zaś odwołujący 4 System nie może w sposób szczegółowy sformułować zarzutu. Wskazał jednak, że takie

działanie zamawiającego narusza art. 36 ust. 1 pkt 13 w związku z art. 91 ust. 1 i 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Podniósł, że gdy zamawiający w SIWZ kryteria oceny ofert rozbija na podkryteria i wskazuje, że za poszczególne z nich przyznawana jest określona ilość punktów winien również wskazać wykonawcy, w którym miejscu oferty, za poszczególne podkryteria punktów nie przyznał. Brak takiej informacji nie pozwala na precyzyjne sformułowanie zarzutów i obronę interesów wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego odwołujący 4 System wywiódł, że zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ, Rozdziałem I ust. 3 pkt 2 SIWZ oferta miała zawierać prezentację przygotowaną zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ. Przystępujący prezentacji tej nie załączył do oferty. Prezentacja ta została doniesiona na moment jej wykonania, a ponadto została wykonana niezgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ. Pomimo to prezentacja została przeprowadzona i zostały przyznane za nią punkty, podczas gdy oferta winna zostać odrzucona, ewentualnie nie powinny zostać za nią przyznane żadne punkty. Odwołujący 4 System wywiódł również, że zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ, pkt. 3.13, osoby prowadzące prezentację po stronie wykonawcy musiały być wymienione w wykazie osób. Natomiast przystępujący nie załączył do oferty wymaganego wykazu, co również winno skutkować odrzuceniem jego oferty, ewentualnie nie powinny zostać przyznane ofercie żadne punkty za prezentację.

Na wypadek, gdyby Izba nie podzieliła zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego odwołujący 4 System podniósł, że zamawiający przyznał przystępującemu punkty niezgodnie z opisanymi w SIWZ kryteriami oceny ofert.

Odwołujący 4 System wywiódł nadto, że zgodnie ze SIWZ (strona 27) kolumna ID - WP6, kolumna przypadek użycia - wczytywanie treści w formatach SCORM/CC/QTI, kolumna scenariusz tekstowy - zamawiający wymagał w stosunku do każdego pliku w formacie SCORM pkt b: „obejrzenie w roli studenta pierwszych 10 i ostatnich 10 treści każdego kursu (jeśli jest mniej niż 20 treści - należy wyświetlić wszystkie treści); treści muszą wyświetlać poprawnie test i obrazy w nich umieszczone”. Na rzutach ekranu prezentacji przystępującego widać, że treści wbrew wymaganiom SIWZ zostały obcięte - nie wyświetlono wszystkich treści. Powyższe występuje zarówno w próbie SCORM 1.2 jak i SCORM 2004. Zatem przedstawiona prezentacja nie spełnia punktu WP6 punkt b) do SCORM w WP6. Za tą część prezentacji nie mogą być więc przyznane przystępującemu 2 punkty a w ostateczności 1 (za prezentację QTI i CC).

Odwołujący 4 System podniósł także, że prezentowany przez przystępującego system nie spełnił funkcjonalności opisanych w pkt. WP5 Czynności administratora. Wywiódł,

że przystępujący nie stworzył roli: „Dziekan Wydziału Informatyki” (pkt. a). Na uwagę przedstawiciela zamawiającego potwierdził, że jest to niemożliwe i stworzył rolę o innej nazwie. Odwołujący 4 System podniósł też, że odnośnie pkt. b przystępującemu udało się jedynie przygotować kopię bazy danych, bez kopii plików. Ponadto, zgodnie z wytycznymi dotyczącymi pkt c, po zapisaniu kopii pojedynczego kursu i skasowanie go, przystępującemu nie udało się odtworzyć kursu na podstawie kopii. W związku z powyższym, podsumowując realizację zadań z punktu WP5 wywiódł, że system prezentowany przez przystępującego nie spełnił wymagań określonych przez zamawiającego i brak funkcji określonych w pkt WP5 winien skutkować przyznaniem w tym podkryterium 0 punktów.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że oferta przystępującego powinna zostać odrzucona przez zamawiającego, gdyż na podstawie formularza cenowego załączonego do oferty można stwierdzić, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Przystępujący w co najmniej dwóch pozycjach formularza cenowego zaniżył lub niedoszacował realny koszt wykonania zadania.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp odwołujący 4 System podniósł, że w swym pierwszym odwołaniu z dnia 4 lipca 2013 r. 4 System Polska sp. z o.o. zakwestionował czynności zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego. Zarzuty zawarte w odwołaniu z dnia 4 lipca 2013 r. obejmowały naruszenie przepisów ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z SIWZ, naruszenie przepisów ustawy Pzp poprzez niezgodną z SIWZ ocenę oferty przystępującego, naruszenie przepisów ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego 4 System, naruszenie przepisów ustawy Pzp poprzez uznanie, że treść oferty odwołującego 4 System nie odpowiadała treści SIWZ. Uznanie w dniu 15 lipca 2013 r. przez zamawiającego zarzutów w całości oznacza, że zamawiający zobowiązany jest po umorzeniu postępowania odwoławczego do wykonania w postępowaniu czynności zgodnie z żądaniami wynikającymi z treści odwołania. A zatem zamawiający winien przyznać odwołującemu 4 System maksymalną punktację oraz odrzucić ofertę złożoną przez przystępującego.

W związku z powyższym odwołujący 4 System wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

KIO 1921/13

Odwołujący online-skills wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu złożonej przez niego oferty,

- 2) zaniechania czynności oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego online-skills.

Odwołujący online-skills zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego online-skills mimo tego, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
- 2) art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez niewzięcie pod uwagę obiektywnych czynników wskazanych w wyjaśnieniach udzielonych przez odwołującego pismem z dnia 27.07.2013 r.,
- 3) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego online-skills, który złożył wyjaśnienia, które nie potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,
- 5) innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący online-skills wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego online-skills,
- 2) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny oferty,
- 4) dokonania czynności wyboru oferty odwołującego online-skills jako najkorzystniejszej.

Odwołujący online-skills argumentował, iż w piśmie z dnia 27.07.2013 r. udzielił zamawiającemu obszernych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności odniósł się szczegółowo do elementów wyceny wskazanych przez zamawiającego (tj. pozycji od 1 do 3 formularza cenowego). Przywołał treść wyjaśnień i wywiódł, że w sposób jednoznaczny wskazują one, iż zaoferowana cena jest ceną rynkową, uwzględniającą koszty jakie musi ponieść wykonawca. Nie można więc jej uznać za cenę rażąco niską. Przywołał uzasadnienie faktyczne odrzucenia złożonej przez siebie oferty przedstawione przez zamawiającego w piśmie z dnia 31 lipca 2013 r. Wywiódł, że czynność odrzucenia oferty jest nieuzasadniona oraz podjęta z pominięciem udzielonych wyjaśnień. Odwołujący wywiódł, że to na zamawiającym spoczywa ciężar wykazania ceny rażąco niskiej w ofercie odwołującego, zaś odwołujący w wyjaśnieniach wskazał na realną wartość wyceny przedmiotu zamówienia. Skoro wyjaśnienia udzielone przez odwołującego odnosiły się szczegółowo do sposobu kalkulacji ceny oraz podstaw jej dokonania, to w konsekwencji nie mogą zostać uznane za niezłożone. Odwołujący wywiódł również, że nie

miął obowiązku składania w wyjaśnieniach żadnych dowodów na potwierdzenie swoich wyjaśnień.

W związku z powyższym odwołujący online-skills wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1901/13 oraz KIO 1921/13 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił wykonawca Combidata Poland sp. z o.o. w Sopocie. Wniósł o oddalenie odwołań.

Zamawiający w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie obu odwołań. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego 4 System, ofertę złożoną przez przystępującego, ofertę złożoną przez odwołującego online-skills, odwołanie odwołującego 4 System z 8 lipca 2013 r., postanowienie KIO o umorzeniu postępowań odwoławczych z 22 lipca 2013 r., wydane w sprawie o sygn. akt KIO 1664/13 i KIO 1666/13, wyjaśnienia odwołującego online-skills co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zawiadomienia zamawiającego o rozstrzygnięciu postępowania, odwołania, zgłoszenia przystąpienia do postępowań odwoławczych, odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1921/13, pismo procesowe odwołującego online-skills, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska a także dokumenty stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołań określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez każdego z odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku odwołującego 4 System w sprawie o sygn. akt KIO 1901/13 Izba stwierdziła, że w świetle kryteriów oceny ofert jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu – za ofertą wybraną. Zarzucał on zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą i zaniżenie punktacji jego własnej ofercie. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty wybranej, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu jej wykonania, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Natomiast szkoda, jaką wykonawca ponosi wyraża się w utracie korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W przypadku odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1921/13 jego oferta została odrzucona, zaś była ofertą najtańszą i która w świetle kryteriów oceny ofert mogła być uznana za najkorzystniejszą. Zarzucał on zamawiającemu bezzasadne odrzucenie złożonej przez siebie oferty. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia tej czynności, czego skutkiem może być uzyskanie przez odwołującego zamówienia. Natomiast szkoda, jaką wykonawca ponosi wyraża się w utracie korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 1901/13 nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż nie stwierdzono naruszeń ustawy Pzp, które mają wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie złożone w sprawie o sygn. akt KIO 1921/13 nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Pzp.

KIO 1901/13

1. Zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór, jako oferty najkorzystniejszej oferty przystępującego, niezgodną z postawionymi w SIWZ wymaganiami ocenę oferty przystępującego, niezgodną z postawionymi w SIWZ wymaganiami ocenę oferty odwołującego 4 System, wbrew wcześniejszemu uznaniu w całości odwołania odwołującego 4 System

Nie było spornym pomiędzy stronami, że zamawiający, pomimo uwzględnienia zarzutów w całości i w konsekwencji – umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, nie wykonał niektórych żądań uwzględnionego odwołania. Odwołujący 4 system w uwzględnionym odwołaniu z 8 lipca 2013 r. domagał się m.in. przyznania swej ofercie maksymalnej liczby punktów za kryteria: „Koncepcja architektury rozwiązania” oraz „Wykonalność koncepcji architektury rozwiązania” oraz odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ. Natomiast, z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu odrzucenia oferty przystępującego domagał się przyznania tej ofercie odpowiednio mniejszej liczby punktów o przynajmniej 4 w związku z brakiem części oferty tj. prezentacji. Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości, w następstwie czego Izba postanowieniem z dnia 22 lipca 2013 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1664/13 i KIO 1666/13, działając na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze. Ww. żądania nie zostały przez zamawiającego wykonane.

Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie stwierdził, że Izba umarżając postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1664/13 i KIO 1666/13 w dniu 22 lipca 2013 roku na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, nie dokonywała merytorycznej oceny zarzutów. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, na zamawiającym ciąży obowiązek zachowania się zgodnie z dyspozycją wynikającą z art. 186 ust. 3 in fine, a więc wykonania czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w treści wniesionego odwołania. Wykonanie czynności zgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania korzysta z ochrony, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Ewentualne odwołanie skierowane przeciwko czynności wykonanej zgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania podlega odrzuceniu. Jednakże, w sytuacji gdy zamawiający pomimo uwzględnienia zarzutów w całości, nie wykona któregoś z żądań, wykonawcy przysługuje prawo do wniesienia kolejnego odwołania, z którego to prawa odwołujący 4 System skorzystał. Odwołanie takie podlega jednak rozpoznaniu pod względem merytorycznym. Niewystarczające dla uwzględnienia przez Izbę odwołania jest samo stwierdzenie naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 186 ust. 2 zd. 2 lub ust. 3 in fine ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że w świetle jednej z naczelných zasad rządzących postępowaniem, tj. zasady praworządności, ma dążyć do wybrania wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 ustawy Pzp). W ocenie Izby, w sprzeczności z tą zasadą byłby wykonanie żądania uwzględnionego odwołania, które stałoby jednak w sprzeczności z ustawą Pzp. Ponadto uwzględnienie odwołania przez Izbę wyłącznie wobec stwierdzenia naruszenia art. 186 ust. 3 in fine ustawy Pzp mogłoby prowadzić do usankcjonowania w wyroku sytuacji niezgodnej z prawem, a także orzeczenia na podstawie

okoliczności, które nie podlegały merytorycznemu badaniu przez Izbę. A zatem Izba oceniła kwestionowane czynności i zaniechania zamawiającego pod względem merytorycznym.

2. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 w związku z art. 82 ust. 3 i art. 84 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie do uzupełnienia oferty przystępującego o prezentację, po upływie terminu składania ofert

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że przystępujący nie załączył do oferty nośnika elektronicznego z oprogramowaniem, które miało być prezentowane w trakcie prezentacji. Natomiast do oferty załączono specyfikację prezentacji i opis prezentacji w formie papierowej. Ponadto oprogramowanie to było zainstalowane na komputerze, który upoważnieni przedstawiciele wykonawcy posiadali ze sobą w trakcie otwarcia ofert. Bezpośrednio po otwarciu ofert wykonawcy, w kolejności składania przez nich ofert, przystąpili do prezentacji oprogramowania. Prezentacja przystępującego została przedstawiona jako druga w kolejności.

W ocenie Izby przedstawiony sposób prezentacji oprogramowania odpowiadał wprost postanowieniom SIWZ, które opisywały sposób przeprowadzenia prezentacji i był z nimi zgodny.

Dostrzeżenia wymagało, że całokształt postanowień SIWZ wskazywał w sposób jednoznaczny, że prezentowane oprogramowanie nie musiało być załączone do oferty w postaci elektronicznej. Istotnym w tym zakresie było postanowienie pkt 2.2. załącznika nr 9 do SIWZ. Zamawiający zastrzegł tam w sposób wyraźny i jednoznaczny, że *Prezentowane oprogramowanie, powinno być zainstalowane na komputerze (komputerach), który Wykonawca będzie posiadał ze sobą w dniu otwarcia i składania ofert. W celu uniknięcia w trakcie Prezentacji skutków potencjalnej awarii uniemożliwiającej jej przeprowadzenie, Wykonawca może przygotować kilka kopii Prezentacji (lub jej części).* Jak wynikało z powyższego, oprogramowanie miało znajdować się na komputerze, a nie fizycznie w ofercie. Ponadto istniał wymóg, aby komputer (lub komputery) wykonawcy jedynie „posiadał ze sobą” w dniu otwarcia ofert, co przystępujący spełnił. Zamawiający nie wymagał zaś, aby komputer załączać do oferty. Przywołany fragment SIWZ korespondował z treścią postanowienia pkt 3.3. załącznika nr 9 do SIWZ. Przewidziano tam, że podczas prezentacji *Wykonawca może korzystać tylko i wyłącznie z oprogramowania już zainstalowanego na komputerze (komputerach),. W szczególności niedopuszczalne jest:*

- *instalowanie oprogramowania,*

- *wgrywanie (przy pomocy nośników zewnętrznych lub innych środków komunikacji, np. sieci bezprzewodowej) nowych danych i programów, poza danymi testowymi przekazanymi przez Zamawiającego. W ocenie Izby cytowany fragment świadczył o tym, że nie można było ingerować w zainstalowane na komputerze i prezentowane oprogramowanie, w tym również za pomocą ewentualnego nośnika (płyta DCD, pen-drive) z wgranym oprogramowaniem.*

Za powyższym wnioskiem przemawiał także opisany przez zamawiającego przebieg prezentacji. Sprecyzowano bowiem, że *W trakcie Prezentacji Zamawiający może zażądać zmodyfikowania wybranych danych wprowadzanych do systemu na wartości podane przez Zamawiającego (pkt 3.8. załącznika nr 9).* Przywołane postanowienie oznaczało, że prezentacja oprogramowania miała mieć charakter dynamiczny, czego nie zapewniłoby oprogramowanie załączone na płycie czy nośniku bez komputera, na którym zainstalowany musiał być choćby system operacyjny, na który oprogramowanie jest dedykowane.

Ponadto, za słuszością ww. stanowiska przemawiała również literalna wykładnia pojęcia „prezentacja”, które to słowo w języku polskim oznacza „wystąpienie publiczne”, „przedstawienie swojego stanowiska” i którego z natury swej do oferty fizycznie załączyć się nie da.

Podkreślenia wymagało, że w SIWZ sformułowano wyraźny wymóg fizycznego załączenia do oferty jedynie wyspecyfikowanej i opisanej prezentacji, zgodnie z wytycznymi znajdującymi się na końcu załącznika nr 9 do SIWZ, tj. w tabelach:

- Specyfikacja Prezentacji oprogramowania (wzór),
- Opis Prezentacji oprogramowania (wzór).

Powyższe wynikało w sposób jednoznaczny z postanowienia pkt 2.4 załącznika nr 9 do SIWZ. Analogicznego wyraźnego wymogu aby i „prezentowane oprogramowanie lub komputer z zainstalowanym oprogramowaniem należało dołączyć do oferty” próżno było szukać w treści SIWZ. Z pewnością, gdyby intencją zamawiającego było to, aby do oferty załączyć nośnik elektroniczny z prezentowanym oprogramowaniem, to zostałoby to wyraźnie wskazane w treści załącznika nr 9 do SIWZ. Wreszcie, przyjęcie stanowiska prezentowanego przez odwołującego, jakoby nośnik elektroniczny z oprogramowaniem musiał również znajdować się w ofercie, prowadziłoby do absurdalnego wniosku, że do oferty należałoby załączyć komputer, na którym jednak oprogramowanie miało być zainstalowane.

W tej sytuacji powoływanie się przez odwołującego 4 System na postanowienie Rozdziału I załącznika nr 7 do SIWZ, w którym Zamawiający wskazał, że oferta musi zawierać prezentację oferowanego oprogramowania przygotowaną zgodnie z Załącznikiem 9 do SIWZ, było niewystarczające dla wykazania zasadności jego stanowiska. W ocenie Izby

postanowienia tego nie można było bowiem odczytywać w oderwaniu od treści samego załącznika nr 9 do SIWZ, gdzie określono sposób przeprowadzenia prezentacji i które przeczyły tezie odwołującego.

W konsekwencji zarzut należało ocenić jako chybiony.

3. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu przeprowadzenia prezentacji przez osoby nieupoważnione przez przystępującego i niewskazane w wykazie osób

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Stwierdzono, że istotne w postanowieniu pkt 3.13 załącznika nr 9 do SIWZ zamawiający wymagał, aby *Osoby prowadzące Prezentację po stronie Wykonawcy muszą być wymienione w wykazie osób stanowiącym Załącznik 4 do SIWZ.*

Odwołujący w treści odwołania wywiódł, że przystępujący nie załączył do swej oferty wymaganego wykazu, czego efektem winno być odrzucenie oferty przystępującego, względnie niedopuszczenie do przeprowadzenia prezentacji przez osoby nieupoważnione.

Izba stwierdziła, że, wbrew stanowisku odwołującego, przystępujący załączył do oferty wykaz osób, w którym wymienił osoby upoważnione do prezentacji. Wykaz taki znajdował się na stronie 127 oferty przystępującego w części, co do której wykonawca zastrzegł, stosownie do art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, że nie może być ujawniona innym wykonawcom. Jednocześnie przystępujący w trakcie rozprawy oświadczył, że prezentację prowadziły osoby wymienione w wykazie, której to okoliczności odwołujący nie zaprzeczył.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że skoro złożono zamawiającemu wymagany wykaz, a prezentację prowadziły osoby wymienione w nim, to przystępujący uczynił zadość wymaganiom pkt 3.13 załącznika nr 9 do SIWZ. Zarzut należało zatem ocenić jako chybiony.

4. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 i 92 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 36 ust 1 pkt 13 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty przystępującego wbrew kryteriom oceny ofert ustalonym w SIWZ

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo ocenił sposób prezentacji przez przystępującego oprogramowania w zakresie przypadków użycia WP5 i WP6, w takim zakresie w jakim kwestionował je odwołujący 4 System.

Zgodnie z pkt 3.4 załącznika nr 9 do SIWZ zamawiający wymagał, aby każda prezentacja była prowadzona według tego samego scenariusza zgodnie z opisem zamieszczonym w Tabeli 1, kolumna „Scenariusz testowy”.

Z kolei w tabeli 1 w załączniku nr 9 do SIWZ opisano *Listę przypadków użycia i odpowiadających im scenariuszy testowych*. Jeśli chodzi o przypadek WP5 został on opisany następująco:

WP5	Czynności administratora	<p>a) administrator systemu tworzy nową rolę: Dziekan Wydziału Informatyki i przypisuje mu następujące uprawnienia w ramach kursów prowadzonych na Wydziale Informatyki:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. odczyt wszystkich treści i ocen 2. zapisywanie i usuwanie uczestników kursów a także zmiana ich ról w kursie 3. usuwanie kursów 4. wysyłanie wiadomości do każdego z użytkowników zapisanych na kurs prowadzony w jego wydziale. <p>b) zapisanie kopii (backup, archiwizacja) stanu zawartości całego systemu, wykasowanie wszystkich treści, zadań, wyników i użytkowników a następnie odtworzenie pierwotnego stanu systemu z kopii - dopuszczalne jest wykonanie tego poprzez skrypt (archiwizacja bazy danych i plików)</p> <p>c) zapisanie kopii pojedynczego kursu, skasowanie go i odtworzenie na podstawie kopii</p>
-----	--------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Odnosnie przypadku użycia WP5, w części dotyczącej scenariusza testowego oznaczonego lit. a), nie było spornym pomiędzy stronami, że w trakcie prezentacji przystępujący nie stworzył roli „Dziekan Wydziału Informatyki”, lecz rolę o nazwie „Dziekan WI”, której nadał poprawne uprawnienia.

Odwołujący przedstawiony stan faktyczny interpretował w ten sposób, że przystępujący nie zrealizował scenariusza testowego. Uważał, że przystępujący nie stworzył roli „Dziekan Wydziału Informatyki”, gdyż zamawiający nie dopuścił możliwości posługiwania się skrótem „Dziekan WI”.

Izba stwierdziła, że celem przeprowadzenia prezentacji było zaprezentowanie funkcjonalności oprogramowania zgodnie ze scenariuszem opisanym w SIWZ. Jeśli chodzi o przypadek WP5 lit. a), to dla zamawiającego istotnym było pokazanie możliwości systemu w zakresie tworzenia ról i nadawania im określonych uprawnień, a nie prezentowanie możliwości w zakresie nadawania nazw rolam. Zadanie to przystępujący wykonał. To, że nadano roli nazwę „Dziekan WI”, zamiast „Dziekan Wydziału Informatyki”, nie miało w tej

sytuacji żadnego znaczenia. Przystępujący nie stworzył roli „Dziekan Wydziału Informatyki”, gdyż rola o takiej nazwie była już zdefiniowana w systemie, więc system nie dopuścił do stworzenia roli o identycznej nazwie. Stanowisko takie przedstawił przystępujący, zaś powyższa sekwencja zdarzeń wynikała w sposób jednoznaczny ze zrzutu z ekranu wykonanego podczas prezentacji przystępującego opatrzonego symbolem WP5-J2 (złożony przez odwołującego 4 System w trakcie posiedzenia). Na rzucie tym, obok stworzonej w trakcie prezentacji roli „Dziekan WI”, widoczna była wcześniej już stworzona rola „Dziekan Wydziału Informatyki”. W ocenie Izby, w tej sytuacji, o wykonaniu scenariusza stanowiło stworzenie roli nowej i przypisanie jej prawidłowych uprawnień kursowych. Powyższe umożliwiło zamawiającemu w sposób jednoznaczny ocenienie funkcjonalności oprogramowania. Dostrzeżenia wymagało, że również odwołujący 4 System nie ustrzegł się uchybienia w trakcie tworzenia roli „Dziekan Wydziału Informatyki”. Z zrzutu ekranu wykonanego podczas prezentacji odwołującego, który zamawiający złożył w trakcie rozprawy, wynikało, że odwołujący stworzył rolę o nazwie „Dziekan Wyniału Informatyki”. Powyższe skutkowało koniecznością uznania zarzutu za chybiony.

Jeśli chodzi o scenariusz testowy oznaczony literą b), odwołujący 4 System wywiódł, że przystępujący zaprezentował jedynie archiwizację bazy danych, natomiast uważał, że nie wykonano archiwizacji plików. Powołał się na zrzuty ekranu wykonane w trakcie prezentacji przystępującego oznaczone WP 5 - J3 i WP 5 – J4. W oparciu o ww. zrzuty wywiódł, że występują na nich jedynie skrypty bazodanowe, które świadczą o archiwizacji wyłącznie bazy danych. Z kolei przystępujący w trakcie rozprawy oświadczył, że zaprezentowana archiwizacja bazy danych obejmowała również archiwizację plików stanu zawartości systemu. Wyjaśnił, że pliki te znajdowały się wewnątrz bazy danych. Wywiódł, że analogicznie proces ten został zaprezentowany w trakcie prezentacji odwołującego 4 System. Powołał się na zrzut ekranu z prezentacji odwołującego, który złożył w trakcie rozprawy. Porównał jego treść do treści wynikających ze zrzut ekranu z prezentacji przystępującego, oznaczonego symbolem ADM 12-F6 (złożony przez odwołującego w trakcie posiedzenia).

Izba stwierdziła, że istotnie na zrzutach ekranu z prezentacji przystępującego oznaczonych symbolami WP 5 – J3 i J4 pokazano skrypty bazodanowe. Powyższe stanowiło jednak wyłącznie dowód, że przeprowadzono archiwizację bazy danych. Powyższe nie świadczyło jednak o tym, że nie zaprezentowano funkcjonalności w zakresie archiwizacji plików. W braku dowodu przeciwnego Izba nie miała podstaw aby odmówić wiarygodności stanowisku przystępującego, który stwierdził, że pliki zarchiwizowano w trakcie archiwizacji bazy danych. Za tezę przystępującego przemawiało również porównanie zrzutów ekranu z prezentacji odwołującego 4 System i przystępującego. Na obu zrzutach znajdowała się

podobna informacja świadcząca o dokonaniu importu bazy danych. W tej sytuacji, wobec spoczywającego na odwołującym w myśl art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp ciężarze udowodnienia spornej okoliczności faktycznej, to on winien fakt ten wykazać, czego jednak nie uczynił. Powyższe skutkowało koniecznością uznania zarzutu za chybiony.

Jeśli chodzi o scenariusz testowy oznaczony literą c), odwołujący 4 System wywiódł, że przystępującemu nie powiodło się zaprezentowanie procesu zarchiwizowania kursu. Powołał się na zrzut ekranu z prezentacji przystępującego oznaczony symbolem WP5-J5, z którego wynika istnienie przycisku „archiwizuj”, po którego naciśnięciu pojawiła się komenda „czy jesteś pewien, że chcesz dodać szkolenie do archiwum?”. Następnie powołał się na zrzut ekranu o symbolu WP5-J6, w oparciu o który podniósł, że „nowy kurs” nie znalazł się w archiwum, lecz na liście kursów bieżących.

Przystępujący w trakcie rozprawy podniósł, że w świetle opisu scenariusza testowego nie było wymogu, aby archiwizowany kurs zniknął z listy kursów bieżących, miał jedynie trafiać do listy kursów archiwizowanych.

Izba stwierdziła, że w oparciu o zrzut ekranu WP 5 – J5 można było wnioskować o istnieniu w systemie przystępującego funkcji archiwizacji. Z kolei zrzut WP5 – J6 mógł stanowić co najwyżej dowód, że „nowy kurs”, po wykonaniu komendy archiwizuj znajduje się w zakładce z bieżącymi kursami. Powyższe nie stanowi jednakże dowodu, że „nowy kurs” nie znalazł się jednocześnie w zakładce „szkolenia archiwalne”. Zgodzić należało się z przystępującym, że w opisie scenariusza testowego nie było wymogu aby szkolenie przenoszone do archiwum zniknęło jednocześnie z listy szkoleń bieżących. W tej sytuacji tylko ukazanie stanu zakładki „szkolenia archiwalne”, a nie zakładki „lista szkoleń” można byłoby uznać za dowód potwierdzający tezę odwołującego. Takiego dowodu jednak Izbie nie przedstawiono. Powyższe skutkowało koniecznością uznania zarzutu za niezasadny.

W dalszej kolejności Izba odniosła się do zarzutów dotyczących wykonania przez przystępującego w trakcie prezentacji przypadku testowego WP6. Został on w tabeli 1 w załączniku nr 9 do SIWZ opisany następująco:

WP6	Wczytywani e treści w formatach SCORM / CC / QTI	Zamawiający dostarczy 4 pliki: 2 zawierające treści w formatach SCORM, 1 zawierający treści w formacie Common Cartridge, 1 zawierający test w formacie QTI. Za pomyślne wczytanie i zademonstrowanie działania materiału e-learningowego zawartego w każdym z plików przydzielane jest 0,5 pkt do oceny oferty. W stosunku do każdego pliku w formacie SCORM wymagane jest:
------------	--------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

		<p>a) wczytanie kursu</p> <p>b) obejrzenie w roli studenta pierwszych 10 i ostatnich 10 treści każdego kursu (jeśli jest mniej niż 20 treści - należy wyświetlić wszystkie treści); treści muszą wyświetlać poprawnie test i obrazy w nich umieszczone</p> <p>W stosunku do każdego pliku w formacie Common Cartridge wymagane jest:</p> <p>a) wczytanie kursu</p> <p>b) obejrzenie w roli studenta pierwszych 10 i ostatnich 10 treści każdego kursu (jeśli jest mniej niż 20 treści - należy wyświetlić wszystkie treści); treści muszą wyświetlać poprawnie test i obrazy w nich umieszczone</p> <p>W stosunku do każdego pliku w formacie QTI wymagane jest:</p> <p>a) wczytanie testu</p> <p>b) w roli studenta odpowiedzenie na wszystkie pytania</p> <p>c) w roli nauczyciela odczytanie wyników</p>
--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Odwołujący 4 System w odwołaniu wywiódł, że w trakcie prezentacji przystępującego, zostały obcięte części tekstu, gdyż nie wyświetlono wszystkich treści. Powyższe miało wystąpić w próbce SCORM 1.2 jak i SCORM 2004. Uważał, że wykonawca powinien dostać 1 pkt za próbki Common Cartridge i QTI, a nie powinien dostać punktu za próbki w formatach Scorm. W trakcie rozprawy, w celu wykazania swych twierdzeń przedstawił rzut ekranu z prezentacji przystępującego oznaczony symbolem WP 6 – K1.

Przystępujący w trakcie rozprawy oświadczył, że przedstawiony przez odwołującego 4 System ww. rzut ekranu nie dotyczył próbki Scorm 1.2. ani Scorm 2004. Podniósł, że na zrzucie ekranu zaprezentowana jest próbka formatu Common Cartridge, której prawidłowości odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu.

Izba stwierdziła, że na zrzucie ekranu oznaczonym symbolem WP 6 – K1 istotnie widoczne jest obcięcie części tekstu. Jednakże Izba na podstawie przedstawionego zrzutu nie była w stanie stwierdzić, czy jest to próbka w formacie Scorm 1.2. i Scorm 2004. W sytuacji gdy przystępujący zaprzeczył, aby była to próbka Scorm 1.2. czy Scorm 2004 odwołujący winien sporną okoliczność wykazać. Dowodu takiego odwołujący nie przeprowadził, a zatem Izba nie mogła wykluczyć, że na zrzucie ekranu uwidoczniono próbkę w formacie Common Cartridge. Skoro zatem odwołujący nie wykazał, aby na zrzucie zaprezentowano nieprawidłowe próbki w formacie Scorm 1.2. czy Scorm 2004, to zarzut należało uznać za chybiony. Natomiast Izba, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie

mogła oceniać prawidłowości próbki w formacie Common Cardridge, skoro odwołujący w odwołaniu jej nie zakwestionował twierdząc, że przystępujący za tę próbkę prawidłowo otrzymał 1 pkt.

Izba na podstawie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie wzięła pod uwagę sformułowanego dopiero w trakcie rozprawy przez odwołującego 4 System nowego zarzutu dotyczącego oceny prezentacji przystępującego w zakresie przypadku testowego WP6. Odwołujący w trakcie rozprawy powołał się na złącznik nr 1 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia, pkt 10.5, ppkt SCCC.02, oraz SCCC.03. W oparciu o powyższe wywiódł, że w plikach Scorm 1.2 oraz Scorm 2004 o których mowa w opisie przypadku WP 6, powinna istnieć możliwość przełączania pomiędzy trybami wyświetlania, wraz ze spisem treści i bez spisu treści. Powołując się na zrzut z ekranu prezentacji przystępującego WP 6 – K1 podniósł, że widać na nim tylko treść szkoleń bez spisu treści, bez możliwości przełączania pomiędzy tymi trybami. Z kolei na zrzucie z ekranu o symbolu WP6 – K6 widać tylko spis treści, ale nie widać obiektu treści.

Izba stwierdziła, że zarzutu takiego odwołujący 4 System nie sformułował w treści odwołania. Stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu. Przypomnienia wymaga, że za zarzut uznaje się przedstawienie określonych okoliczności faktycznych, które mają świadczyć o niezgodności czynności lub zaniechań zamawiającego z przepisami ustawy. Wskazanie nowych okoliczności faktycznych, świadczących o naruszeniu tego samego przepisu ustawy Pzp uznaje się zatem za nowy zarzut. Odwołujący nie podniósł w odwołaniu, że oferta przystępującego nie powinna otrzymać punktów za prezentację przypadku WP6 z ww. powodu. Powyższe skutkowało koniecznością pozostawienia tego zarzutu bez rozpoznania.

5. Zarzut dotyczący oceny oferty odwołującego 4 System w kryterium oceny ofert „Koncepcja architektury rozwiązania”

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

Ustalono, że zamawiający w załączniku nr 7 do SIWZ opisał sposób dokonywania oceny ofert w kryterium oceny ofert „Koncepcja architektury rozwiązania” w sposób następujący.

1 Kryterium oceny: Koncepcja architektury rozwiązania

W ramach tego kryterium ustalona zostanie wartość punktowa oceny O₂ poszczególnych ofert z punktu widzenia architektury oferowanego rozwiązania, na podstawie opisu

zawartego w „Koncepcji architektury rozwiązania”, o której mowa Rozdziale XI ust. 3 w pkt 4) SIWZ zgodnie z Tabelą 1. Punkty za podkryteria O_2^1 i O_2^2 przydzielane są oddzielnie za każdy z 3 wymienionych komponentów systemu (serwery aplikacyjne, serwery audio-wideo, bazy danych) wg podziału podanego w kolumnie “Podział”

Przydzielenie punktów (do liczby podanej w kolumnie “Maks. liczba pkt.” Tabeli 1) odbywa się poprzez pomnożenie maksymalnej liczby punktów z Tabeli 1 przez wartość z kolumny “Procent” maksymalnego stopnia spełnienia danej pozycji podkryterium z Tabeli 1.1.

Tabela 1 Podkryteria oceny kryterium: Koncepcja architektury rozwiązania

Symbol	Opis podkryterium	Maks. liczba pkt.	Podział
O_2^1	Mechanizm umożliwiający realizację skalowalności (w tym zrównoważenia obciążenia - load balancing) komponentów systemu:	5	
	- serwery aplikacyjne		2
	- serwery audio-wideo		2
	- bazy danych		1
O_2^2	Mechanizm umożliwiający realizację redundancji (w tym automatycznego przełączania między zduplikowanymi instancjami komponentów w przypadku awarii (fail over) oraz przywracania stanu sprzed awarii) komponentów systemu	5	
	- serwery aplikacyjne		2
	- serwery audio-wideo		1
	- bazy danych		2
O_2^3	Mechanizm realizujący funkcjonalność wirtualnej klasy wg opisu jak w SIWZ	5	

Jednocześnie ustalono, że zamawiający wskazał, że punkty w ramach podkryteriów będą przyznawane na zasadach, określonych w tabeli 1.1 w sposób następujący:

Stopień	Opis	Procent
1	Brak odniesienia w się w <i>Koncepcji architektury rozwiązania</i> do sposobu realizacji danego podkryterium	0 %
2	Wskazanie w <i>Koncepcji architektury rozwiązania</i> planowanych do wykorzystania technologii umożliwiających realizację podkryterium	50 %
3	Przedstawienie w <i>Koncepcji architektury rozwiązania</i> szczegółowego opisu projektu / realizacji funkcjonalności rozwiązania (wraz z wskazaniem technologii) zapewniających spełnienie podkryterium	100 %

Odwołujący złożył wraz z ofertą koncepcję architektury rozwiązania. Zamawiający zwrócił się do odwołującego o wskazanie miejsca w koncepcji, w którym znajduje się opis projektu / realizacji funkcjonalności rozwiązania. W wyjaśnieniach z 26 lipca 2013 r., odwołujący oświadczył, że sporządził koncepcję zgodnie z zapisami załącznika nr 8 do SIWZ. Wyjaśnił m.in., że nie miał obowiązku przygotowywania żadnych opisów poza te wskazane przez zamawiającego w SIWZ. Wywiódł, że zamawiający nie zdefiniował w SIWZ, że wykonawca nie może przygotować dokumentu Koncepcji architektury rozwiązania w formie deklaracji.

Zamawiający, w rozstrzygnięciu postępowania z 31 lipca 2013 r. przyznał ofercie odwołującego 0 pkt w omawianym kryterium oceny ofert.

Odwołujący w odwołaniu domagał się przyznania mu maksymalnej liczby punktów, tj. 15.

Izba stwierdziła, że przywołane postanowienia załącznika nr 7 do SIWZ w sposób jednoznaczny przesądzały, że aby uzyskać maksymalną liczbę punktów należało przedstawić w koncepcji architektury rozwiązania szczegółowy opis projektu/ realizacji funkcjonalności rozwiązania, które gwarantować będą spełnienie podkryteriów. Słowo szczegółowo oznacza inaczej ściśle, dogłębnie, całkowicie, dokładnie, od początku do końca, wnikliwie. Antonimy słowa szczegółowo to min. ogólnie, ogólnikowo itd. Ponadto owa „szczegółowość” miała służyć przesłedzeniu przez zamawiającego, czy projekt, funkcjonalność i technologia zapewnią spełnienie wymogów opisanych w podkryterium. A zatem, dla uzyskania maksymalnej liczby punktów niewystarczającym było nie tylko

powielenie wymogów z opisu przedmiotu zamówienia, ale nawet sporządzenie opisu ogólnego. Powyższej interpretacji postanowień załącznika nr 7 do SIWZ nie zmieniały postanowienia załącznika nr 8 do SIWZ, na które powoływał się odwołujący w odwołaniu. W załączniku tym zamawiający określił wzór koncepcji. W pkt 1 istotnie wskazał, że koncepcja architektury rozwiązania powinna zawierać „ogólną koncepcję dostarczanego rozwiązania”. Jednakże z żadnego postanowienia SIWZ nie wynikało, że za złożenie ogólnej koncepcji, stanowiącej powielenie wymogów SIWZ wykonawca ma otrzymać dodatkowe punkty, a w szczególności maksymalną ich liczbę. W ocenie Izby z postanowień tych wynikało jedynie, że złożenie ogólnej koncepcji gwarantuje, że oferta nie zostanie odrzucona (parametr wymagany), nie gwarantowało natomiast przyznania maksymalnej liczby punktów (parametr oceniany). Ponadto absurdalnym byłoby przyznawanie maksymalnej liczby punktów za zwykłe powielenie wymagań SIWZ. W ten sposób kryterium jakościowe w ogóle pozbawione byłoby jakiegokolwiek znaczenia. Podkreślenia wymaga, że istotą kryterium jakościowego jest to, że wykonawcy otrzymują dodatkowe punkty nie za spełnienie minimalnych wymagań zamawiającego, lecz za wykazanie spełnienia wymagań w wyższym stopniu niż to jest wymagane. Skoro zamawiający zdecydował, że będzie premiował szczegółowość opisu projektu / realizacji funkcjonalności i wskazanie technologii, które gwarantować będą spełnienie wymogów SIWZ, to nielogicznym byłoby przyznanie jakiegokolwiek punktu za powielenie wymagań określonych w SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo ocenił, że próżno szukać w koncepcji przedstawionej przez odwołującego opisów projektów czy realizacji funkcjonalności, które w sposób dogłębny i wnikliwy prezentowały oferowane rozwiązanie. Co więcej, zamawiający aby upewnić się, czy jego stanowisko jest prawidłowe, zwrócił się do wykonawcy o wskazanie w koncepcji miejsca, w którym ujęto opis projektu / funkcjonalności i wskazano na konkretne technologie. Wykonawca zaś przyznał, że opisu takiego nie zawarł, gdyż tak interpretował postanowienia SIWZ.

We wniesionym odwołaniu odwołujący 4 System podniósł ponadto, że mechanizm umożliwiający realizację skalowalności (w tym zrównoważenia obciążenia - loadbalancing) komponentów systemu: serwery aplikacyjne, serwery audio-wideo, bazy opisał na stronach 34, 35, 74 koncepcji. Z kolei mechanizm umożliwiający realizację redundancji (w tym automatycznego przełączania między zduplikowanymi instancjami komponentów w przypadku awarii (failover) oraz przywracania stanu sprzed awarii) komponentów systemu: serwery aplikacyjne, serwery audio-wideo, bazy danych strony miał znajdować się na stronach 34, 35, 74, 75. Wreszcie mechanizm realizujący funkcjonalność wirtualnej klasy wg opisu jak w SIWZ miał być umieszczony na stronach 58, 59, 71, 75, 76 koncepcji.

Izba po analizie ww. stron koncepcji doszła do przekonania, że zamawiający prawidłowo ocenił, iż nie zawiera ona szczegółowych opisów projektów czy realizacji funkcjonalności, która miałyby zapewniać spełnienie wymagań opisanych w podkryterium. W ocenie Izby nie stanowi szczegółowego opisu ani podania technologii postępowanie się sformułowaniami o oferowanych „najnowocześniejszych rozwiązaniach”, które zagwarantują, że wymogi SIWZ zostaną zapewnione. W istocie, przywoływane fragmenty koncepcji stanowiły jedynie powtórzenie wymagań zamawiającego opisanych w konkretnych postanowieniach opisu przedmiotu zamówienia. Tytułem przykładu jedynie można wskazać, że postanowienie pkt 5.1 zdanie 1 str. 34 koncepcji odwołującego to wymóg ARS.01, z kolei zdanie drugie to wymóg ARS.02 (s. 8 załącznika nr 1 do SIWZ), akapit drugi to wymóg ARS.03, akapit trzeci to wymóg ARS.04 itd. Wymóg obsługi określonych systemów operacyjnych (s. 35 akapit 3), to postanowienie pkt ARS.10 itd. Wymogi co do wirtualnej klasy (pkt 10.4., str. 38 i 39 załącznika nr 1 do SIWZ), stanowią odpowiednik opisu na str. 58 koncepcji. Z kolei fragmenty na str. 74 koncepcji stanowią jedynie przywołanie opisu podkryterium oceny ofert z załącznika nr 7, str. 18 tabela 1.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że zamawiający zasadnie nie przyznał odwołującemu 4 System maksymalnej liczby punktów, albowiem jego koncepcja architektury rozwiązania nie zawierała szczegółowego opisu projektu / realizacji funkcjonalności rozwiązania (wraz z wskazaniem technologii) zapewniających spełnienie podkryterium. Zaś tylko taka zawartość koncepcji i w takiej szczegółowości w świetle tabeli z załącznika nr 7 do SIWZ umożliwiały uzyskanie maksymalnej liczby punktów. Zarzut należało zatem ocenić jako niezasadny.

6. Zarzut dotyczący oceny oferty odwołującego 4 System w kryterium oceny ofert „Wykonalność koncepcji architektury rozwiązania”

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie, w jakim zamawiający zaniechał poinformowania odwołującego 4 System o liczbie punktów przyznanych jego ofercie w ramach kryterium „Wykonalność koncepcji architektury rozwiązania”. W pozostałym zakresie zarzut okazał się chybionym.

Ustalono, że zamawiający opisał w załączniku nr 7 do SIWZ iż punkty w ramach ww. kryterium oceny ofert będą przyznawane następująco.

W ramach tego kryterium ustalona zostanie wartość punktowa oceny O_3 poszczególnych ofert z punktu widzenia sposobu realizacji oferowanego rozwiązania, wg Tabeli 2, na podstawie opisu zawartego w Koncepcji architektury rozwiązania, o której mowa

w Rozdziale XI ust 3 pkt 4) SIWZ, Prezentacji oraz ewentualnych raportów z przejścia przez produkt testów certyfikacyjnych standardów SCORM. W tabeli 2 uszczegółowiono, że punkty będą przydzielane następująco.

Symbol	Opis	Maks. liczba pkt.	Podział
O ₃ ¹	Zgodność ze standardami SCORM - wskazanie w <i>Koncepcji architektury rozwiązania</i> użytego rozwiązania produktu: <ul style="list-style-type: none"> • albo posiadającego certyfikat zgodności z jednym lub więcej z wymienionych poniżej standardów SCORM • albo udokumentowanie pozytywnego przejścia testów certyfikacyjnych wskazanych standardów, przez oferowane rozwiązanie / produkt. 	8	
a)	- standard SCORM 1.2		4
b)	- standard SCORM 2004 3 th Edition		4
O ₃ ²	Realizacja podczas prezentacji scenariuszy testowych	12	
WP1	- scenariusz WP1 (Tworzenie kursu i treści)		2
WP2	- scenariusz WP2 (Udział studenta w kursie / komunikacja z nauczycielem)		2
WP3	- scenariusz WP3 (Ocena studenta przez nauczyciela / powiadamianie studenta o wydarzeniach)		2
WP4	- scenariusz WP4 (Korzystanie z wirtualnej klasy)		2
WP5	- scenariusz WP5 (Czynności administratora)		2
WP6	- scenariusz WP6 (Wczytywanie kursów w standardzie SCORM / CC / QTI)		2
O ₃ ³	Użycie gotowego (COTS*) rozwiązania klasy LMS (wg zapisów w <i>Koncepcji architektury rozwiązania</i>)	5	

Zamawiający, w rozstrzygnięciu postępowania z 31 lipca 2013 r., poinformował odwołującego 4 System, że w kryterium oceny ofert „Wykonalność koncepcji architektury rozwiązania” otrzymał on 15 pkt.

Izba stwierdziła, że w świetle przywołanego opisu wykonawcy mogli uzyskać maksymalnie 25 punktów, jednakże punktacja w kryterium nie była jednolita. Kryterium obejmowało bowiem de facto szereg podkryteriów i dopiero ocena oferty względem tych podkryteriów stanowiła o sumarycznej liczbie punktów uzyskanych w kryterium.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty m.in. o punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację.* Dostrzeżenia wymaga, że celem powołanego przepisu jest zapewnienie wykonawcom minimalnej informacji na temat tego, w jaki sposób zamawiający ocenił ich oferty. Ocena taka, przy znajomości treści oferty umożliwia następnie skorzystanie ze środków ochrony prawnej. W ocenie Izby z powyższego przepisu wynika obowiązek przesłania wykonawcom punktacji w każdym elemencie, za który przyznawano odrębnie punkty (kryterium oceny ofert). Winno to nastąpić niezależnie od tego, czy dany element nazywany jest „kryterium”, czy tylko „podkryterium”. Używane w SIWZ nazewnictwo kryteriów oceny ofert nie może prowadzić do ograniczenia obowiązku informacyjnego nałożonego na zamawiającego przez ustawodawcę. Jeżeli oferta podlega ocenie pod kątem spełniania wielu elementów, to każdy z nich jest kryterium oceny ofert w rozumieniu art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W tej sytuacji obowiązkiem zamawiającego jest przesłanie wykonawcy informacji o ocenie w każdym z nich. W analizowanej sprawie zamawiający przesłał wykonawcy jedynie informację, że otrzymał on 15 pkt z 25 pkt maksymalnie możliwych w kryterium „Wykonalność koncepcji architektury rozwiązania”. Jednakże informacja nie wyczerpała obowiązku informacyjnego wynikającego z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Na podstawie bowiem tej informacji wykonawca nie mógł ustalić, w którym z 8 różnych elementów podlegających odrębnej ocenie (kryteriów oceny ofert) jego ofercie nie przyznano punktów. Potwierdził się zatem zarzut naruszenia przez zamawiającego naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Jednakże w ocenie Izby ww. naruszenie przez zamawiającego nie miało i nie może już mieć wpływu na wynik postępowania. Zaś tylko takie naruszenie, w świetle art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, skutkuje uwzględnieniem odwołania. Dostrzeżenia wymagało, że nawet uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu przesłania odwołującemu informacji o punktacji we wszystkich elementach różnicujących odnoszących się do wykonalności koncepcji architektury rozwiązania nie może doprowadzić do zmiany wyniku postępowania. Nawet gdyby przyjąć najdalej idące założenie, a mianowicie, że odwołujący po zapoznaniu się z brakującą informacją wnosi skuteczne odwołanie, to i tak mógłby uzyskać dodatkowo jedynie 10 pkt (25 pkt zamiast przyznanych 15 pkt). Natomiast - jak wynika z rozstrzygnięcia postępowania z 31 lipca 2013 r. – oferta odwołującego 4 System otrzymała łącznie 67,16 pkt. Przy ewentualnym uwzględnieniu dodatkowych 10 pkt jego oferta mogłaby uzyskać maksymalnie 77,16 pkt, co nie prowadziłoby do uzyskania przez niego zamówienia. Oferta przystępującego, która - jak stwierdzono - została prawidłowo oceniona i nie podlegała odrzuceniu, otrzymała bowiem większą liczbę punktów, tj. 85,5 pkt. A zatem należało dojść do wniosku, że naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie może mieć już jakiegokolwiek

wpływu na wynik postępowania, który rozumiany jest jako wybór danej oferty jako najkorzystniejszej.

W ocenie Izby niezasadnym okazał się natomiast zarzut zaniechania przyznania odwołującemu maksymalnej liczby punktów w kryterium „wykonalność koncepcji architektury rozwiązania”. Odwołujący, choć domagał się przyznania jego ofercie 25 pkt, nie przywołał w odwołaniu jakichkolwiek okoliczności faktycznych, które świadczyłyby o tym, że jego oferta w tym kryterium została nieprawidłowo oceniona. Przyznał sam w odwołaniu, że brak informacji o punktacji nie pozwala mu na precyzyjne sformułowanie zarzutów. Zarzuty takie sformułował dopiero w trakcie rozprawy. Jednakże zarzuty te nie mogły być przez Izbę rozpoznane, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”*

Izba nie rozpoznawała zarzutu zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego ze względu na to, że zawiera ona cenę rażąco niską, gdyż odwołujący 4 System w trakcie rozprawy cofnął ten zarzut.

KIO 1921/13

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył: kwotę 2 147 758,17 zł brutto.

Za wykonanie zamówienia wykonawcy zaoferowali następujące ceny brutto:

- 1) odwołujący online-skills – 627.669,00 zł,
- 2) przystępujący – 1.533.298,32 zł,
- 3) wykonawca 4 System Polska sp. z o.o. - 1.763.820,00 zł.

Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego online-skills do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący online-skills, pismem z dnia 27 lipca 2013 r., złożył wyjaśnienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzuty nie potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący zaoferował cenę na poziomie 30 % wartości szacunkowej zamówienia, która była ponadto o odpowiednio 2,4 i 2,8 razy niższa od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców w tym postępowaniu. A zatem zamawiający słusznie powziął wątpliwości co do rzetelności skalkulowania ceny i wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, że z momentem wezwania to na wykonawcy spoczywa obowiązek ujawnienia czynników, które umożliwią zamawiającemu prawidłową weryfikację ceny ofertowej, biorąc również pod uwagę wskazówki wynikające z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Ustawa określa również sposób dokonywania oceny wyjaśnień wskazując, że oceniając je zamawiający powinien brać pod uwagę czynniki o charakterze obiektywnym, wymieniając przykładowo takie czynniki jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Norma prawna wynikająca z art. 90 ust. 2 Pzp skierowana jest do zamawiającego. Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach wymieniać wprost czynników, o których mowa w przywołanym przepisie. Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować. Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienia za oszacowaną przez siebie cenę. Jak wynika z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Co do konieczności złożenia przez wykonawcę wyczerpujących i konkretnych wyjaśnień podzielono stanowisko wyrażane wcześniej w orzecznictwie. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (tak

też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r., sygn. akt V Ca 2214/06). „Ogólnikowe twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach i brak dokładnych danych co do uzyskiwanej pomocy publicznej uznać należy za niedostateczne i zasługujące na zastosowanie art. 90 ust.3 pzp”. (por. Wyrok SO w Poznaniu z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08). Z omawianego powodu uznaje się także, że wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy uznać za niezłożone (tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2010r. sygn. akt: KIO/2498/10).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanego stanu faktycznego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że opisanych wyżej wymogów dot. konkretności, szczegółowości, umotywowania i precyzji nie spełniły wyjaśnienia, które odwołujący złożył zamawiającemu.

Odwołujący online-skills w pierwszej kolejności powołał się na to, że oparł się na rozwiązaniu System EIS 6.0 , którego dystrybutorem jest od wielu lat. Wywodził, że w wyniku tej wieloletniej współpracy wypracował u producenta znaczne upusty na dostarczane oprogramowanie oraz obsługę i wsparcie techniczną. W ocenie Izby powyższe stanowisko odwołującego co do najważniejszego elementu cenotwórczego nie rozwiąło w żaden sposób wątpliwości co do rzetelności skalkulowania ceny. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że ofertę w postępowaniu złożył również producent zaoferowanych przez odwołującego online-skills licencji – tj. wykonawca 4 System Polska sp. z o.o. Izba uznała, że argumentacja przedstawiona na rozprawie przez odwołującego, jakoby producentem był inny podmiot z grupy 4 system, tj. 4 System GmbH, a nie 4 System Polska sp. z o.o. nie została poparta żadnym dowodem. Ponadto pozostawała w sprzeczności z oświadczeniem złożonym tak przez 4 System Polska w jego ofercie, gdzie licencje te określono jako jego własny produkt (s. 23 oferty), jak i z oświadczeniem samego odwołującego online-skills, który w swej ofercie jako producenta wskazał 4 System Polska sp. z o.o. (s. 73 oferty).

Izba stwierdziła, że producent nie był w stanie zapewnić zamawiającemu tak korzystnej ceny jak odwołujący online-skills, będący jedynie dystrybutorem. Co więcej, cena jaką odwołujący zaproponował zamawiającemu była dwukrotnie niższa od ceny, którą zaoferował producent. Zasady doświadczenia życiowego podpowiadają, że jeśli podmiot będący producentem ubiega się o udzielenie zamówienia w warunkach konkurencyjnych to oferuje swe produkty za cenę konkurencyjną, tak aby uzyskać zamówienie. Jednocześnie za niewiarygodne Izba uznała stanowisko odwołującego, jakoby dwaj konkurencji odwołującego tj. 4 system Polska sp. z o.o. i przystępujący mieli zawyżyć ceny ofertowe zaproponowane zamawiającemu. Odwołujący online-skills wywiódł, że zawyżenie cen przez obu wykonawców miało być wynikiem postawionego przez zamawiającego wymogu posiadania przez System certyfikatu zgodności z jednym ze standardów SCORM, co miało doprowadzić

do zmniejszenia konkurencji w postępowaniu. Jednakże uszło uwadze odwołującego, że posiadanie przez system ww. certyfikatu nie było wymogiem zamawiającego (parametrem odcinającym), a jedynie umożliwiało uzyskanie pewnej, dodatkowej liczby punktów w jednym z kryteriów oceny ofert. Ponadto owe dodatkowe punkty przyznawano nie tylko za posiadanie certyfikatu, ale również za przejście testów certyfikacyjnych przez system. Reasumując Izba stwierdziła, że teza jakoby o możliwości zaoferowania tak niskiej ceny miały świadczyć opusty na dostarczane oprogramowanie oraz obsługę i wsparcie techniczne zaoferowane przez producenta okazała się niewiarygodna. Podkreślenia wymaga również to, że odwołujący nie tylko w wyjaśnieniach, ale nawet w toku postępowania odwoławczego nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, jakoby rzeczywiście otrzymał tak wysoki opust.

Odwołujący online-skills w wyjaśnieniach wskazał ponadto, że obniżenie ceny było wynikiem jego wieloletniego doświadczenia. Izba wskazuje, że doświadczenie wykonawcy badane jest przez zamawiającego w postępowaniu za pomocą innych dokumentów (wykaz dostaw i referencje). Po drugie, nawet gdyby przyjąć, że czynnik ten aż w tak istotny sposób mógł wpłynąć na oferowaną cenę, iż umożliwił obniżenie jej o połowę, to należało w wyjaśnieniach wskazać, z czego to wynika. Tymczasem oświadczenie wykonawcy było nad wyraz lakoniczne i obejmowało jedynie wyżej wymienioną i niczym niepopartą deklarację. Dostrzeżenia wymaga ponadto, że wyjaśniania składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ze swej istoty odnoszą się do aspektu ekonomicznego oferty. Zatem ich częścią winno być co najmniej omówienie, na ile wskazywany czynnik umożliwia obniżenie ceny, czego jednak w wyjaśnieniach zabrakło.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący w wyjaśnieniach nie wskazał, jaki wpływ na możliwość obniżenia ceny ma kolejny przywoływany przez niego czynnik. Odwołujący wywiódł, że jego „pracownicy są specjalistami, z którymi pracujemy już wiele lat, nie ponosimy więc też kosztów ryzyka związanego, ze zlecaniem prac tzw. <wolnym strzelcom>”. W ocenie Izby ogólnikowość tych stwierdzeń uniemożliwiła zamawiającemu ocenę, czy, a jeżeli tak, to w jakim stopniu okoliczność ta umożliwia obniżenie ceny.

W dalszej części wyjaśnień odwołujący podniósł, że jest firmą poznańską, zaś jego programiści/wdrożeniowcy to w większości osoby z województwa wielkopolskiego, gdzie stawki utrzymania firmy jak i wynagrodzenia są znacznie niższe niż w woj. mazowieckim czy w Warszawie. Zdaniem Izby podkreślenia wymaga, że nie wiadomo jaka jest różnica w wysokości stawek wynagrodzenia specjalistów odwołującego i stawek specjalistów z Warszawy, co uniemożliwiło zamawiającemu zbadanie, czy czynnik ten obiektywnie umożliwia obniżenie ceny do poziomu oferowanego. Poza tym na czynnik ten mogli powołać się również dwaj pozostali wykonawcy, mający siedzibę w Zielonej Górze i Sopocie.

Niezasadnym było powoływanie się przez odwołującego w piśmie procesowym na ceny uzyskiwane w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia dotyczących platformy e-learningowej. Ceny uzyskiwane w tych postępowaniach były wynikiem opisów przedmiotu zamówienia, co do którego nie wiadomo czy był choćby zbliżony do dokonanego w analizowanym postępowaniu. Stąd za bardziej wiarygodne punkty odniesienia należało uznać ceny ofertowe zaoferowane w tym postępowaniu, gdyż przystępujący i 4 System Polska sp. z o.o. wyceniali w warunkach konkurencji identyczny zakres prac i w tym samym czasie.

Reasumując Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo ocenił złożone mu przez odwołującego online-skills wyjaśnienia uznając, że w żaden sposób nie usuwają one wątpliwości co do prawidłowości skalkulowania ceny. W konsekwencji zasadnie ustalił, że wykonawca zaoferował cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, co skutkowało koniecznością odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w obu sprawach. Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 i 2 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

W obu sprawach Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość kosztów do kwoty 3.600,00 zł maksymalnie dopuszczalnej w myśl przywołanego przepisu.

Przewodniczący: