

Sygn. akt: KIO 72/18

WYROK
z dnia 29 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2018 r. przez wykonawcę Dahliamatic sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, ul. Gothlieba Daimlera 2, 02 – 460 Warszawa w postępowaniu prowadzonym wspólnie przez zamawiających Jednostki Administracji Państwowej:

- Centralna Komisja Egzaminacyjna z siedzibą w Warszawie,
- Centrum Informatyki Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu,
- Centrum Obsługi Kancelarii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z siedzibą w Warszawie,
- Centrum Projektów Polska Cyfrowa z siedzibą w Warszawie,
- Dolnośląski Urząd Wojewódzki we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu,
- Generalną Dyрекcyję Ochrony Środowiska z siedzibą w Warszawie,
- Główny Inspektorat Farmaceutyczny z siedzibą w Warszawie,
- Główny Inspektorat Ochrony Środowiska z siedzibą w Warszawie,
- Główny Inspektorat Transportu Drogowego z siedzibą w Warszawie,
- Główny Inspektorat Weterynarii z siedzibą w Warszawie,

- Główny Urząd Miar z siedzibą w Warszawie,
- Główny Urząd Nadzoru Budowlanego z siedzibą w Warszawie,
- Główny Urząd Statystyczny z siedzibą w Warszawie,
- Instytut Pamięci Narodowej - Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu z siedzibą w Warszawie,
- Izbę Administracji Skarbowej w Białymstoku z siedzibą w Białymstoku,
- Izbę Administracji Skarbowej w Szczecinie z siedzibą w Szczecinie,
- Kancelarię Prezesa Rady Ministrów z siedzibą w Warszawie,
- Kancelarię Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z siedzibą w Warszawie,
- Krajową Informację Skarbową w Bielsku- Białej z siedzibą w Bielsku Białej,
- Kujawsko - Pomorski Urząd Wojewódzki z siedzibą w Bydgoszczy,
- Lubelski Urząd Wojewódzki z siedzibą w Lublinie,
- Lubuski Urząd Wojewódzki z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim,
- Łódzki Urząd Wojewódzki z siedzibą w Łodzi,
- Małopolski Urząd Wojewódzki z siedzibą w Krakowie,
- Ministerstwo Cyfryzacji z siedzibą w Warszawie,
- Ministerstwo Edukacji Narodowej z siedzibą w Warszawie,
- Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego z siedzibą w Warszawie,
- Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego z siedzibą w Warszawie,
- Ministerstwo Obrony Narodowej z siedzibą w Warszawie,
- Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z siedzibą w Warszawie,
- Ministerstwo Rozwoju z siedzibą w Warszawie,
- Ministerstwo Sportu i Turystyki z siedzibą w Warszawie,
- Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Warszawie,
- Ministerstwo Środowiska z siedzibą w Warszawie,
- Ministerstwo Zdrowia z siedzibą w Warszawie,
- Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych z siedzibą w Warszawie,
- Okręgowa Komisja Egzaminacyjna z siedzibą w Warszawie
- Opolski Urząd Wojewódzki w Opolu z siedzibą w Opolu,
- Ośrodek Rozwoju Edukacji z siedzibą w Warszawie,
- Ośrodek Rozwoju Polskiej Edukacji za Granicą z siedzibą w Warszawie,
- Państwową Agencję Atomistyki z siedzibą w Warszawie,
- Podkarpacki Urząd Wojewódzki z siedzibą w Rzeszowie,
- Podlaski Urząd Wojewódzki z siedzibą w Białymstoku,
- Pomorski Urząd Wojewódzki z siedzibą w Gdańsku,

- Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa z siedzibą w Warszawie,
- Prokuraturę Okręgową we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu,
- Rządowe Centrum Legislacji z siedzibą w Warszawie,
- Śląski Urząd Wojewódzki z siedzibą w Katowicach,
- Świętokrzyski Urząd Wojewódzki z siedzibą w Kielcach,
- Urząd do Spraw Cudzoziemców z siedzibą w Warszawie,
- Urząd do Spraw Kombatantów i Osób Represjonowanych z siedzibą w Warszawie,
- Urząd Komunikacji Elektronicznej z siedzibą w Warszawie,
- Urząd Lotnictwa Cywilnego z siedzibą w Warszawie,
- Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów z siedzibą w Warszawie,
- Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej z siedzibą w Warszawie,
- Urząd Regulacji Energetyki z siedzibą w Warszawie,
- Urząd Transportu Kolejowego z siedzibą w Warszawie,
- Warmińsko-Mazurski Urząd Wojewódzki z siedzibą w Olsztynie,
- Wielkopolski Urząd Wojewódzki z siedzibą w Poznaniu,
- Wojewódzką Stację Sanitarno- Epidemiologiczną w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu,
- Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Katowicach z siedzibą w Katowicach,
- Wyższa Szkoła Oficerska Sił Powietrznych z siedzibą w Dęblinie,
- Wyższy Urząd Górniczy z siedzibą w Katowicach,
- Zachodniopomorski Urząd Wojewódzki z siedzibą w Szczecinie,

w imieniu i na rzecz których działa Centrum Obsługi Administracji Rządowej z siedzibą w Warszawie, ul. Powsińska 69/71, 02 - 903 Warszawa

przy udziale wykonawcy „EB2B SERVICE” Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, Aleja Komisji Edukacji Narodowej 51 lok. U21, 02 - 797 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 29 ust. 1 p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności sposobu dokonania weryfikacji oświadczenia wykonawcy, którego wzór stanowi załącznik nr 7a do SIWZ, potwierdzającego że oferowana platforma realizuje funkcjonalności, o których mowa

w załączniku nr 2 do SIWZ oraz spełnia wymagania dotyczące bezpieczeństwa, o których mowa w pkt 3 ppkt 9) lit. a, c, d, f, h, j, m, o, q tego załącznika, w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, który nie uwzględnia wszystkich wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób który nie wpływa na przejrzystość postępowania;

2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Dahliamatic sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Gothlieba Daimlera 2, 02 – 460 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 29 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 72/18

Zamawiający – Jednostki Administracji Państwowej, w imieniu i na rzecz których, zgodnie z art. 16 p.z.p., działa Centrum Obsługi Administracji Rządowej - prowadzą wspólne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa dostępu do platformy zakupowej dla Jednostek Administracji Państwowej”, o numerze postępowania nadanym przez zamawiającego 2017/36, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 listopada 2017 r. pod numerem 2017/S 221 – 459511, dalej zwane jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej jako „p.z.p.”

W dniu 4 grudnia 2017 r. zamawiający przekazał wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”). Odwołanie od tej czynności zamawiającego, w dniu 15 grudnia 2017 r., wniósł wykonawca Dahliamatic sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Gothlieba Daimlera 2, 02 – 460 Warszawa, dalej zwany jako „odwołujący”.

W odwołaniu, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 p.z.p., zarzucono zamawiającemu naruszenie (pisownia oryginalna):

- 1) art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z przepisem art. 7 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady jawności i przejrzystości w zakresie zmienionych zapisów SIWZ dotyczących braku jawności prowadzenia prezentacji – stanowiącej weryfikację oświadczenia wykonawcy, którego wzór stanowi Załącznik nr 7a do SIWZ, podczas gdy brak jest przesłanek dla ograniczenia jawności, co może spowodować brak możliwości wniesienia odwołania względem nieprawidłowej czynności oceny prezentacji oferty konkurencyjnej w stosunku do Odwołującego;
- 2) art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w tym w szczególności sposobu dokonania weryfikacji oświadczenia wykonawcy, którego wzór stanowi Załącznik nr 7a do SIWZ, potwierdzającego że oferowana platforma realizuje funkcjonalności, o których mowa

w Załączniku nr 2 do SIWZ oraz spełnia wymagania dotyczące bezpieczeństwa, o których mowa w pkt 3 ppkt 9) lit a, c, d, f, h, j, m, o, q tego Załącznika, w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, który nie uwzględnia wszystkich wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób który nie wpływa na przejrzystość postępowania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu zmiany treści SIWZ, w zakresie Rozdziału V SIWZ pkt 12 i 13, w sposób określony w treści uzasadnienia odwołania oraz przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania.

Uzasadniając wniesiony środek ochrony prawnej odwołujący przywołał treść pkt 11 i 12 rozdziału V SIWZ, dotyczącego wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, w ich brzmieniu pierwotnym – udostępnionym przez zamawiającego dnia 17 listopada 2017 r., następnie wskazano na treści zmodyfikowanego, w trybie udzielenia wyjaśnień przez zamawiającego na mocy art. 38 ust. 1 p.z.p., pkt 12 i nowo dodanego pkt 13 w rozdziale V SIWZ.

W zakresie zarzutu oznaczonego nr 1, sformułowanego jako naruszenie przez zamawiającego art. 8 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 1 p.z.p. - poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady jawności i przejrzystości w zakresie zmienionych zapisów SIWZ dotyczących braku jawności prowadzenia prezentacji - stanowiącej weryfikację oświadczenia wykonawcy, którego wzór stanowi załącznik nr 7a do SIWZ, podczas gdy brak jest przesłanek dla ograniczenia jawności, co może spowodować brak możliwości wniesienia odwołania względem nieprawidłowej czynności oceny prezentacji oferty konkurencyjnej w stosunku do odwołującego - odwołujący wskazał jak niżej.

W ocenie odwołującego, w odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczących treści SIWZ, zamawiający pismem z dnia 04.01.2018 roku (sygn. WZP/11/2018/PK) wyłączył jawność prezentacji platformy wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona. Co więcej, zamawiający ograniczył sferę dowodową w zakresie protokołowania prezentacji do sporządzania protokołu - odmówił utrwalenia prezentacji w formie audiowizualnej. Następnie odwołujący zacytował pytanie nr 2 wraz z odpowiedzią udzieloną przez zamawiającego, które stanowią treść ww. wyjaśnień z 04.01.2018 r.

W dalszej kolejności odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 8 ust. 1 i 2 p.z.p. podstawową zasadą jest jawność prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś zasada ta może doznać ograniczeń jedynie w przypadkach określonych

w ustawie. W przedmiotowej sprawie, zdaniem odwołującego, nie zachodzi żaden przypadek określony w ustawie, bowiem p.z.p. przewiduje wyłączenie zasady jawności wyłącznie w art. 8 ust. 3 p.z.p. (tajemnica przedsiębiorstwa zastrzeżona i wykazana przez wykonawcę na etapie składania ofert) lub art. 8 ust. 4 p.z.p., który dotyczy postępowań w trybie „z wolnej ręki”. Zatem w opinii odwołującego, oczywistym jest, że zamawiającemu nie przysługuje uprawnienie do wyłączenia jawności prezentacji wykonywanej przez jednego z wykonawców, w dodatku gdy takie wyłączenie następuje na etapie SIWZ, ponieważ brak jest dla takiego działania podstawy prawnej. Co więcej, przy próbie objęcia prezentacji tajemnicą przedsiębiorstwa przez wykonawcę, działanie takie byłoby nieskuteczne i nie zasługiwałoby na ochronę.

Ponadto odwołujący przypomniał, że przedmiotem weryfikacji oświadczenia wykonawcy złożonego w oparciu o zapis pkt 11 rozdziału V SIWZ jest prezentacja platformy zakupowej dostępnej za pośrednictwem sieci internet i zacytował pierwsze zdanie zmodyfikowanego pismem z 04.01.2018 r. pkt 12 SIWZ. W konsekwencji zestawienia powyższej treści SIWZ, w ocenie odwołującego oznacza to, że zamawiający z naruszeniem przepisu art. 8 ust. 1 i 2 p.z.p. prowadzi postępowanie, którego zasady nie mają charakteru transparentnego, sprzeczne są również z wyrażonymi zasadami jawności i przejrzystości postępowania. Zatem odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez dopuszczenie do udziału w prezentacji platformy przedstawicieli innych wykonawców oraz konieczność uwiecznienia owej prezentacji w formie audiowizualnej, jako załącznik do protokołu postępowania dla celów dowodowych.

Zarzut oznaczony przez odwołującego nr 2, tj. naruszenie przez zamawiającego art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 29 ust. 1 p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności sposobu dokonania weryfikacji oświadczenia wykonawcy, którego wzór stanowi załącznik nr 7a do SIWZ, potwierdzającego że oferowana platforma realizuje funkcjonalności, o których mowa w załączniku nr 2 do SIWZ oraz spełnia wymagania dotyczące bezpieczeństwa, o których mowa w pkt 3 ppkt 9) lit. a, c, d, f, h, j, m, o, q tego załącznika, w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, który nie uwzględnia wszystkich wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób który nie wpływa na przejrzystość postępowania, uzasadniono w sposób następujący.

W odpowiedzi na pytania do SIWZ (pismo z dnia 04.01.2018 r.), w ocenie odwołującego, zamawiający odmówił sporządzenia scenariuszy testowych, które umożliwiłyby obiektywny i przejrzysty sposób oceny prezentowanego systemu w kontekście spełnienia wszystkich wymagań określonych w pkt 2 i pkt 3 ppkt 9 lit. a, c, d, f, h, j, m, o i q załącznika nr 2 do SIWZ. Następnie odwołujący zacytował pytanie

nr 1 i odpowiedź udzieloną przez zamawiającego, będące treścią rzeczowego wyjaśnienia specyfikacji.

Wobec powyższego stwierdzono, iż zamawiający pozostawia sobie w przedmiotowym zakresie zbyt daleko posuniętą dowolność w przeprowadzaniu oceny prezentowanej platformy zakupowej, zwłaszcza że opis przedmiotu zamówienia nie jest uszczegółowiony w takim stopniu, aby było możliwe 0:1 określenie sposobu dokonania oceny spełnienia konkretnych wymagań, a większość funkcjonalności może być zapewniona w różny sposób i w szczególności zależeć od interpretacji zamawiającego.

„Przykłady:

1. Kontroluje poprawność wprowadzanych przez użytkownika danych. W wybranych polach wymusza poprawność wprowadzanych danych poprzez odpowiedni komunikat – spełnia/nie spełnia

W tym przykładzie - nie wiadomo w jakich polach Zamawiający wymaga, aby była robiona walidacja i w jakim zakresie?

2. Możliwość zamieszczania dokumentów w różnym formacie – spełnia/nie spełnia

W tym przykładzie nie wiadomo w jakich formatach?

3. Możliwość dokonywania zmian terminów określanych w danym postępowaniu i możliwość ich aktualizacji w innych powiązanych dokumentach, zakładkach Platformy - spełnia/nie spełnia

W tym przykładzie - nie wiadomo czy platforma ma zapewnić możliwość automatycznej zmiany terminu np. w załączonym do postępowania własnoręcznie przygotowanym SIWZ?”

Odwołujący dodał również, iż zamawiający ustanowił bardzo dotkliwą sankcję z tytułu nie posiadania przez platformę choćby jednej funkcjonalności, której spełnienie ocenia według własnego uznania - sankcją tą jest odrzucenie oferty: „W przypadku, gdy Centrum Obsługi Administracji Państwowej stwierdzi, że udostępniana platforma nie posiada choćby jednej funkcjonalności opisanej w Załączniku nr 2 lub nie spełnia co najmniej jednego wymagania dotyczącego bezpieczeństwa, o których mowa w pkt 3 ppkt 9 Załącznika nr 2 do SIWZ, odrzuci ofertę na podstawie art 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.”

Ponadto odwołujący podkreślił, że przedmiot zamówienia dotyczy platformy zakupowej, która realizuje wszystkie tryby ustawy p.z.p. i wskazał na treść pierwszego wersu opisującego moduł o nazwie „POSTĘPOWANIA” z tabeli z załącznika nr 8 do SIWZ dotyczącego funkcjonalności platformy zakupowej, gdzie w opisie modułu zamawiający wskazał na możliwość elektronicznej obsługi procesu udzielania we wszystkich dostępnych trybach udzielania zamówień i inne wymagania dla przedmiotowego modułu, co oznacza w ocenie odwołującego, że wykonawca w ogóle nie wie czego może się spodziewać podczas prezentacji, nie wie jak poszczególne pokazywane czynności będą oceniane przez zamawiającego. Odwołujący dodał, że „Zamawiający wskazał, że podczas prezentacji

dokona weryfikacji wszystkich funkcjonalności określonych w pkt 2 Załącznika nr 2 do SIWZ i zapytał czy to oznacza że zweryfikuje każdy z trybów we wszystkich możliwych wariantach?”

Następnie odwołujący podniósł, że przy tak skonstruowanych zasadach oceny wykonawca będzie pozbawiony możliwości odwołania się od krzywdzącej decyzji zamawiającego, ponieważ nie wskazuje on punktu odniesienia, względem którego będzie oceniał spełnienie poszczególnych wymagań. Z prezentacji zamawiający sporządzi protokół, gdzie według własnego uznania stwierdzi że platforma spełnia albo nie spełnia wymagań, które nie zostały uszczegółowione, zaś wykonawca nie może być narażony na sytuację, w której będzie zgadywał jak zamawiający sobie pewne funkcjonalności wyobraża, pod sankcją odrzucenia oferty. Odwołujący wskazał również, iż zamawiający odmówił sporządzenia zapisu audiowizualnego prezentacji, co w rażący sposób narusza zasadę przejrzystości postępowania wyrażoną w art. 7 ust. 1 p.z.p.

Odwołujący podkreślił, że nie zgadza się z twierdzeniem zamawiającego (odpowiedź na pytanie nr 1 z dnia 04.01.2018 r.) jakoby nie było możliwe sporządzenie uniwersalnego scenariusza do przeprowadzenia podczas prezentacji, bez względu na to na której platformie będzie prezentowane spełnienie wymagań. Czynności zamawiającego w konkretnym trybie postępowania mają charakter uniwersalny, a zamawiający w scenariuszu prezentacji zobligowany jest wskazać, które funkcjonalności i jak będą weryfikowane. W scenariuszach prezentacji nie chodzi bowiem o to, żeby zamawiający przykładowo wskazał kolejność przyciskania konkretnych przycisków na konkretnych interfejsach, ale o czynności, jakie będzie musiał zaprezentować wykonawca i sposób dokonania oceny.

W związku z powyższym, w celu zachowania przejrzystości i transparentności postępowania, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany treści specyfikacji w zakresie przekazania wszystkim wykonawcom biorącym udział w postępowaniu załącznika do SIWZ w postaci szczegółowego scenariusza czynności, które będzie musiał wykonać wykonawca podczas prezentacji i jasnych zasad oceny zgodności z SIWZ.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł organ uprawniony do reprezentacji podmiotu wskazując, iż zamawiający wnosi o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 p.z.p., gdyż odwołanie w przedstawionym zakresie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie na jego wniesienie, a także, z ostrożności procesowej, w przypadku nieodrzucenia odwołania, zamawiający oświadcza, że nie uwzględni zarzutów zawartych w odwołaniu, ze względu na ich bezzasadność i wnosi o jego oddalenie.

Tak określone na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p. zarzuty i stanowiska stron określiły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem *a contrario* musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu zostały zawarte.

Izba jest zatem związana przedstawionymi zarzutami i co do zasady nie może orzekać w zakresie szerszym niż wskazano w odwołaniu, co jednak nie oznacza związania Izby podstawą prawną wskazaną przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Izba jest zatem uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechania Zamawiającego wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy i nie budzą jakichkolwiek wątpliwości (*vide* wyrok KIO z 26.04.2012 r., sygn. akt KIO 711/12).

Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związane go bezpośrednio z zarzutami, które odwołujący stawia zachowaniu zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby (tak KIO w wyrokach: z 08.12.2015 r., sygn. akt KIO 2598/15; z 09.09.2016 r., sygn. akt KIO 1610/16) jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 17 lutego 2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15).

W toku postępowania odwoławczego do udziału w sprawie, wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 p.z.p. oraz braku zgłoszenia opozycji stron, dopuszczono do udziału w sprawie, po stronie zamawiającego, wykonawcę „EB2B SERVICE” Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, Aleja Komisji Edukacji Narodowej 51 lok. U21, 02 - 797 Warszawa (dalej zwany jako "przystępujący").

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną w formie oryginału przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowieniami siwz, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska przedstawione pisemnie, zaś przystępujący poparł stanowisko zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony i dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., skutkująca odrzuceniem odwołania w całości.

Izba stwierdziła, że zarzut oznaczony przez odwołującego nr 2, tj. naruszenie przez zamawiającego art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 29 ust. 1 p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności sposobu dokonania weryfikacji oświadczenia wykonawcy, którego wzór stanowi załącznik nr 7a do SIWZ, potwierdzającego że oferowana platforma realizuje funkcjonalności, o których mowa w załączniku nr 2 do SIWZ oraz spełnia wymagania dotyczące bezpieczeństwa, o których mowa w pkt 3 ppkt 9) lit. a, c, d, f, h, j, m, o, q tego załącznika, w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, który nie uwzględnia wszystkich wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób który nie wpływa na przejrzystość postępowania - został postawiony z przekroczeniem terminu zawitego, określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1 p.z.p., zatem na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 p.z.p. odwołanie w tym zakresie należało odrzucić, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 1 p.z.p. „Odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie: 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;”.

Izba stwierdziła, że SIWZ została udostępniona wykonawcom poprzez zamieszczenie jej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 17 listopada 2017 r. i kilkakrotnie modyfikowana poprzez dokonywanie wyjaśnień w trybie art. 38 ust. 1 p.z.p., w tym zmiana SIWZ z dnia 4 stycznia 2018 r., która była podstawą do wniesienia odwołania, nie dotyczyła w żaden sposób treści SIWZ, którą jako wadliwą w treści zarzutu wskazał odwołujący tj. – zamawiający nie zmienił sposobu dokonania weryfikacji oświadczenia wykonawcy, którego wzór stanowi załącznik nr 7a do SIWZ, zatem podniesiona przez odwołującego okoliczność, iż za pośrednictwem modyfikacji z 4 stycznia 2018 r. powziął informację co do „wskazania sposobu oceny prezentacji, który nie opiera się o scenariusz systemu”, nie znajduje potwierdzenia w ustalonym stanie sprawy. Izba stwierdziła, że sposób oceny był znany

wykonawcom od momentu zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej zamawiającego, od 17 listopada 2017 r. i od tego dnia należy liczyć zawity termin na składanie środków ochrony prawnej w tym zakresie.

Ponadto zaznaczyć należy, że okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, są znacznie węższe niż sama treść postawionego zarzutu, który odwołujący oparł o wymagania zamawiającego określone w załączniku nr 2 do SIWZ oraz treść zapisów dotyczących bezpieczeństwa, o której mowa w pkt 3 ppkt 9) lit. a, c, d, f, h, j, m, o, q ww. załącznika, bowiem odwołujący w treści odwołania wskazał istniejącą w jego ocenie dowolność w przeprowadzaniu oceny prezentowanej platformy zakupowej i brak możliwości określenia dokonania oceny spełnienia konkretnych wymagań, przy swobodnej interpretacji zamawiającego, wskazując wyłącznie na następującą treść SIWZ, która jak stwierdziła Izba, opierając się na aktach postępowania, została udostępniona wykonawcom od 17.11.2017 r., tj.:

1. „Kontroluje poprawność wprowadzanych przez użytkownika danych. W wybranych polach wymusza poprawność wprowadzanych danych poprzez odpowiedni komunikat” – jest to lit. a) pkt 3.9 załącznika nr 2 do SIWZ – *vide* str. 24 SIWZ z dnia 17.11.2017 r.;
2. „Możliwość zamieszczania dokumentów w różnym formacie” – jest to pkt 2 załącznika nr 2 do SIWZ, w tabeli opisującej funkcjonalność platformy zakupowej, w zakresie modułu o nazwie postępowania - dokumentacja zamówienia, w opisie modułu – dokumentacja zewnętrzna - tiret 9 - *vide* str. 22 SIWZ z dnia 17.11. 2017 r.;
3. „Możliwość dokonywania zmian terminów określanych w danym postępowaniu i możliwość ich aktualizacji w Innych powiązanych dokumentach, zakładkach Platformy” - jest to pkt 2 załącznika nr 2 do SIWZ, w tabeli opisującej funkcjonalność platformy zakupowej, w zakresie modułu o nazwie postępowania – karta postępowania zamówienia - tiret 4 - *vide* str. 22 SIWZ z dnia 17.11. 2017 r.;
4. treść pierwszego wersu opisującego moduł o nazwie „POSTĘPOWANIA” z tabeli z załącznika nr 8 do SIWZ dotyczącego funkcjonalności platformy zakupowej, gdzie w opisie modułu zamawiający wskazał na możliwość elektronicznej obsługi procesu udzielania we wszystkich dostępnych trybach udzielania zamówień i inne wymagania dla przedmiotowego modułu, tj.:
„Nazwa Modułu – POSTĘPOWANIA, za pośrednictwem Modułu możliwość prowadzenia całego procesu związanego z udzielaniem zamówień publicznych (w szczególności od momentu ogłoszenia postępowania do momentu jego udzielenia) wg wymagań określonych w Opisie funkcjonalności platformy zakupowej oraz zgodnie z wymaganiami określonymi w przepisach o zamówieniach publicznych (ustawie Pzp)

Moduł:

- Moduł dostosowany do wymagań prowadzenia postępowania w każdym z trybów określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych.
- Możliwość elektronicznej obsługi procesu udzielenia zamówienia we wszystkich dostępnych trybach udzielania zamówień:
Przetarg nieograniczony; Przetarg ograniczony; Negocjacje z ogłoszeniem; Negocjacje bez ogłoszenia; Zamówienie z wolnej ręki; Zapytanie o cenę; Licytacja elektroniczna; Partnerstwo Innowacyjne; Dialog konkurencyjny, tryb przewidziany w art. 101 a ust. 1 ustawy PZP; o usługi społeczne;
- Możliwość ustanowienia dynamicznego systemu zakupów;
- Możliwość prowadzenie dialogu technicznego;
- Za pośrednictwem Modułu dostęp do informacji o wszystkich realizowanych zamówieniach w zakresach wskazanych w Opisie Funkcjonalności, w zależności od uprawnień Użytkowników Platformy”
- jest to pkt 2 załącznika nr 2 do SIWZ, w tabeli opisującej funkcjonalność platformy zakupowej, w zakresie modułu o nazwie postępowania oraz opis tego modułu - *vide* str. 21 SIWZ z dnia 17.11. 2017 r.;

Zatem mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że treść SIWZ co do której odwołujący podniósł zarzut, którego substratem są okoliczności faktyczne wskazane w odwołaniu, była mu znana już od dnia udostępnienia SIWZ, czyli od 17.11. 2017 r. więc zawity termin na jej zaskarżenie skutecznie upłynął 27.11.2017 r. Zaznaczyć również należy, akceptując twierdzenia zamawiającego, że na obecnym etapie postępowania, poprzez dokonanie wyjaśnień SIWZ w dniu 04.01.2018 r., zamawiający nie dokonał jakiegokolwiek zmiany SIWZ skutkującej możliwością przywrócenia terminu na skarżenie jej treści w tym zakresie, gdyż jak już wyżej wykazano, każdy element kwestionowany przez odwołującego w zakresie omawianego zarzutu istniał w dacie udostępniania SIWZ wykonawcom.

Wykonawcy posiadali również wiedzę, że ich oferta będzie badana co do spełnienia wymagań określonych przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p.) na podstawie dołączonego do oferty oświadczenia wykonawcy, którego wzór stanowi załącznik nr 7a do SIWZ, co do spełniania funkcjonalności z załącznika nr 2 do SIWZ oraz wymagań dotyczących bezpieczeństwa, o których mowa w pkt 3 ppkt 9) tego załącznika, zgodnie z pkt 11 rozdziału V SIWZ (*vide* str. 11 SIWZ z 17.11.2017 r.), zaś sama „Weryfikacja przez zamawiającego dokumentu, o którym mowa w punkcie 11 nastąpi na podstawie wskazanego w Załączniku nr 7a do SIWZ adresu strony www (...) pod którym dostępna jest oferowana przez Wykonawcę platforma zakupowa (...) podczas prezentacji platformy pod wskazanym przez Wykonawcę linkiem w wyznaczonym terminie w siedzibie Centrum Obsługi

Administracji Państwowej przez Wykonawcę. Zamawiający wyjaśnia, że jedyną dopuszczalną formą prezentacji platformy jest bezpośrednie połączenie on-line za pośrednictwem sieci Internet pod linkiem wskazanym w załączniku nr 7a do SIWZ, na komputerze przygotowanym przez Centrum Obsługi Administracji Państwowej zgodnie z konfiguracją wskazaną w Załączniku nr 7a do SIWZ i wskazanie każdej z funkcjonalności w czasie rzeczywistym, co dotyczy także zaprezentowania zamawiającemu funkcjonalności umożliwiającej wykonawcom złożenie oferty i jej zaszyfrowania, a następnie jej otwarcie przez Zamawiającego (...)” (vide str. 11 SIWZ z 17.11.2017 r.), zatem stwierdzić należy, że żadnych nowych informacji poprzez wyjaśnienie treści SIWZ wykonawcy nie uzyskali.

Zamawiający udostępnił wykonawcom nowo dodany załącznik nr 8, który zawiera funkcjonalności platformy zakupowej, które będzie oceniał – jednakże nie można pominąć, jak wyżej wykazano, że są to te same funkcjonalności, zgodnie z literalnym brzmieniem treści ww. SIWZ z 17.11.2017 r., które istniały od momentu jej udostępnienia, zaś samo odmienne co do formy przedstawienie treści SIWZ – zamawiający zrobił to w formie nowo dodanej tabeli - bez dokonywania jakichkolwiek merytorycznych zmian, nie skutkuje przywróceniem terminu, któremu odwołujący uchybił.

Dodatkowo Izba zwraca uwagę, że przyjęcie przez odwołującego formy wskazywania wybranych „przykładów” z treści SIWZ i podnoszenie zarzutów co do wadliwości całej procedury dokonywania oceny prezentowanej platformy zakupowej, przy twierdzeniu, że opis przedmiotu zamówienia nie jest uszczegółowiony w takim stopniu, aby było możliwe binarne określenie sposobu dokonania oceny spełnienia konkretnych wymagań, jak wskazywał odwołujący, nie może prowadzić do obejścia zakazu sformułowanego w art. 192 ust. 7 p.z.p., gdyż odwołanie rozpoznawane jest wyłącznie w granicach zarzutów, które były w odwołaniu zawarte.

Zatem skoro dla prawidłowego sformułowania zarzutu przez odwołującego, konieczne jest precyzyjne wskazanie czynności zamawiającego w formie działania lub zaniechania którą odwołujący kwestionuje (art. 180 ust. 3 p.z.p), a także wskazanie okoliczności faktycznych, na których odwołujący opiera swój pogląd o niezgodności z przepisami ustawy tejże czynności, przybranie formy podawania „przykładów z SIWZ” nie zmieni w żaden sposób, że Izba rozpozna wyłącznie okoliczności faktyczne wprost wskazane w odwołaniu. Nazwanie podanych przez odwołującego okoliczności faktycznych zarzutu odwołania przykładami nie może skutkować poddaniu przez Izbę subsumpcji jakichkolwiek innych elementów treści SIWZ, co do których odwołujący podniósł, że były wadliwe, ale ich w żaden sposób nie uszczegółowił ani nie wskazał.

W konsekwencji powyższego, pomimo, że zarzut został sformułowany poprzez zarzucenie naruszenia prawa w stosunku co do wszystkich wymagań zamawiającego

z załącznika nr 2 do SIWZ oraz spełniania wymagań dotyczące bezpieczeństwa, o których mowa w pkt 3 ppkt 9) lit. a, c, d, f, h, j, m, o, q tego załącznika, to okoliczności faktyczne zarzutu zostały sformułowane w sposób wąski, gdyż ograniczyły się wyłącznie do lit. a) pkt 3.9 załącznika nr 2 do SIWZ i trzech wybranych tiretów z wymagań pkt 2 załącznika nr 2, opisanych przez Izbę szczegółowo w ww. pkt 1 - 4 i wyłącznie te okoliczności faktyczne podane w odwołaniu, zgodnie z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba mogła, *ex lege*, poddać w jakikolwiek sposób rozpoznaniu.

Rekapitulując powyższy wywód, wskazać należy, że tak sformułowany zarzut zmierza do obejścia prawa poprzez nieuprawnioną próbę doprowadzenia w sposób pośredni do przywrócenia zawitego terminu na wniesienie odwołania i jako taki został przez Izbę odrzucony. Sposób dokonania oceny ofert był znany wykonawcom od momentu opublikowania SIWZ, w szczególności każdy z punktów który zdaniem odwołującego wskazywał na dowolność w przeprowadzaniu oceny prezentacji platformy i możliwość dyskrecjonalnej interpretacji wymagań SIWZ przez zamawiającego, był znany wykonawcom od 17.11.2017 r., zaś na obecnym etapie próba przeforsowania dokonywania oceny ofert poprzez scenariusze testowe, które to w ocenie odwołującego w sposób wyłączny mogłyby umożliwić obiektywną i przejrzystą ocenę prezentowanego systemu, nie zasługuje na aprobatę, z racji przedstawienia takiego żądania odwołania na etapie postępowania, kiedy to możliwość składania środków ochrony prawnej od wybranego przez zamawiającego sposobu oceny jest spóźniona. Na marginesie Izba wskazuje, iż sam sposób sformułowania takiego wniosku w postępowaniu kontradyktoryjnym, choć formalnie prawidłowy, materialnie jest wadliwy, gdyż odwołujący nie podając żadnych informacji, które uszczegółowiłyby chociaż w minimalnym stopniu jak zamawiający miałby stworzyć postulowane scenariusze testowe i w jaki sposób ocena ofert miałaby z ich uwzględnieniem wyglądać, uczynił swoje żądanie niewykonalnym. W istocie bowiem, odwołujący pragnął uzyskać, formułując wniosek w tym zakresie, nie orzeczenie, które byłoby wykonalne, a deklaratoryjną ocenę i nakaz działania skierowany do zamawiającego, którego sposób wykonania pozostawiałby pole do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą co do formuły scenariuszy – i jako taki stałby się podstawą do wnoszenia kolejnych środków ochrony prawnej. Uwzględnieniu takiego wniosku sprzeciwiałyby się zatem również fundamentalne zasady prawa zamówień publicznych.

Wobec nie potwierdzenia się okoliczności, że zamawiający dokonując wyjaśnienia treści SIWZ w dniu 04.01.2018 r. w jakikolwiek sposób zmienił wybrany przez siebie model oceny ofert czy merytoryczne wymagania co do ich ocenianej treści, a także iż dopiero na tym etapie odwołujący uzyskał informację, że ocena nie oprze się na scenariuszu testowym - a *contrario* odwołujący posiadał taką wiedzę od momentu opublikowania SIWZ, bowiem zamawiający wybrał do oceny prezentację w związku z czym logicznym jest, że nie

forsowane przez odwołującego scenariusze – w zakresie określonym przez rozpoznawany zarzut, Izba zobligowana była, na kanwie art. 189 ust. 2 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 1 p.z.p., na obecnym etapie postępowania zarzut nr 2 odrzucić jako wniesiony po terminie określonym w ustawie.

Jedynie na marginesie można dodać, iż również materialnie zarzut ten nie posiada uzasadnionych podstaw, w szczególności wobec brzmienia art. 192 ust. 2 p.z.p., odwołujący w żaden sposób nie wykazał, ani nawet nie wskazał na czym zarzucana dowolność w ocenie ofert mogłaby polegać, przy czym formułowanie szeregu pytań retorycznych stawianych czterem fragmentom załącznika nr 2 nie może świadczyć o możliwości dokonywania arbitralnej oceny przez zamawiającego, skoro odwołujący tego nie wykazał, zaś w ocenie Izby, przy funkcjonalnym sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia, co wynika literalnie z SIWZ – zamawiający opisał funkcjonalności, których oczekuje, a nie gotowy produkt – pewna swoboda oceny umożliwiająca objęciem nią szerszej palety produktów mogących spełnić oczekiwany przez zamawiającego cel jest logiczna i wymagana. Tym niemniej, zakreślenie ram zarzutu wobec czterech wybranych przez odwołującego punktów z wymagań zamawiającego nie mogło odnieść oczekiwanego skutku, gdyż nie świadczy o możliwej dowolności interpretacji zamawiającego przy ocenie ofert, a o braku dokonania przez odwołującego literalnej wykładni treści SIWZ, bowiem z zarzucaną dowolnością w ocenie ofert nie zostało to w żaden sposób powiązane. Zatem zarzut ten nie mógłby zostać uwzględniony, bo odwołujący nie wykazał zarzucanej nieobiektywnej i nieprzejrzystej oceny, a ponadto nie powiązał tego z możliwym istotnym wpływem na wynik postępowania, wynikającym z normy 192 ust. 2 p.z.p., zaś jak już wcześniej wskazano żądanie odwołania w tym zakresie byłoby niewykonalne. W istocie, odwołujący, choć zarzucał możliwość dokonania oceny arbitralnej, nie poddającej się weryfikacji i niemożliwej do zakwestionowania, kwestionował nie tyle model tej oceny, co funkcjonalne określenie wymagań opisu przedmiotu zamówienia, które mogą doprowadzić do poszerzenia potencjalnego kręgu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia – działanie to, choć niewątpliwie podyktowane interesem odwołującego przejawiającym w zawężeniu kręgu potencjalnych konkurentów, w świetle samych przepisów przywołanych w odwołaniu nie zasługiwałoby na ochronę.

W zakresie wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 p.z.p. w stosunku co do zarzutu nr 1 odwołania, Izba stwierdziła, iż okoliczności wskazane we wniosku nie znajdują odzwierciedlenia w ustalonym stanie sprawy, w związku z czym wniosek ten został oddalony.

Izba stwierdziła, że okoliczności faktyczne zarzutu nr 1 odwołania odnoszą się bezpośrednio do treści wyjaśnień zamawiającego z 4 stycznia 2018 r. – odpowiedzi na

pytanie nr 2, w przedmiocie odmowy udziału innych wykonawców, niż wykonawca, którego prezentacja będzie oceniana w czynności prezentacji platformy zakupowej oraz informacji o braku możliwości utrwalenia prezentacji na filmie.

Takie postanowienie czy jakakolwiek informacja w tym przedmiocie, w momencie sprzed zadania pytania przez wykonawcę, w ocenie Izby nie znajdowała się w ani w treści SIWZ ani ogłoszenia o zamówieniu, zaś zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnej. Zatem wobec wcześniejszego braku postanowień, w postaci treści odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 2 wyjaśnień, które zostały dodane do SIWZ przedmiotową modyfikacją, stwierdzić należy, iż dopiero od dnia 04.01.2018 r. odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia zarzutu nr 1, szczegółowo rozpoznanego w poniższej części uzasadnienia, zatem to od tej daty zaczął biec termin na wniesienie odwołania zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 p.z.p., czego skutkiem jest, że odwołanie wniesione 15.01.2018 r., w tym zakresie, zostało wniesione w ustawowym terminie i podlegało merytorycznej ocenie Izby.

Przystępując do rozpoznania odwołania, w części nieodrzuconej, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia materialnoprawnych przesłanek z art. 179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak wskazał odwołujący w wyniku czynności zarzucanych zamawiającemu jego interes w uzyskaniu zamówienia może ponieść szkodę, gdyż obecne sformułowanie treści SIWZ w zakresie jawności postępowania, które powodują że dokonywana ocena prezentacji nie jest transparentna, a bezprawne wyłączenie jawności uniemożliwia weryfikację prawidłowości czynności dokonywanych przez zamawiającego oraz ewentualne skorzystanie przez odwołującego ze środków ochrony prawnej, do czego jest uprawniony na podstawie art 180 ust. 1 p.z.p., przez co może negatywnie wpłynąć na możliwość złożenia oferty i uzyskania zamówienia przez odwołującego.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał, a zamawiający nie zakwestionował legitymacji materialnej odwołującego we wniesieniu odwołania, przejawiającego się możliwością poniesienia przez odwołującego szkody, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia", uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, a opisany w dalszej części uzasadnienia, w szczególności ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego oraz zważając

na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowany przez odwołującego zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 1 p.z.p. - poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady jawności i przejrzystości, w zakresie zmienionych zapisów SIWZ dotyczących braku jawności prowadzenia prezentacji - stanowiącej weryfikację oświadczenia wykonawcy, którego wzór stanowi załącznik nr 7a do SIWZ, podczas gdy brak jest przesłanek dla ograniczenia jawności, co może spowodować brak możliwości wniesienia odwołania względem nieprawidłowej czynności oceny prezentacji oferty konkurencyjnej w stosunku do odwołującego - nie znajduje oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie w tym zakresie zostało przez Izbę oddalone jako bezzasadne.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia sprawy:

1. wraz z ofertą wykonawcy są zobligowani do złożenia wypełnionego załącznika nr 7a do SIWZ, który to jest oświadczeniem, iż oferowana przez wykonawcę platforma spełnia funkcjonalności, o których mowa w załączniku nr 2, a także wymagania bezpieczeństwa z pkt 3 ppkt 9 załącznika nr 2, a tym samym na podstawie wypełnionego oświadczenia zamawiający dokona badania czy oferta wykonawcy spełnia jego wymagania, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p. (pkt 11 rozdział V SIWZ);
2. załącznik nr 7a do SIWZ posiada następującą treść:

„Składając ofertę w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na usługę dostępu do platformy zakupowej dla Jednostek Administracji Państwowej, nr zamówienia 2017/36, oświadczam, że:

 - 1) będę świadczył usługi będące przedmiotem zamówienia za pośrednictwem platformy dostępnej pod adresem internetowym (link):
Dane uwierzytelniające do konta użytkownika stworzonego na potrzeby oceny ofert są następująceWymagania względem stacji roboczej do prezentacji zapewnianej przez Centrum są następujące
 - 2) platforma spełnia wszystkie funkcjonalności, o których mowa w Załączniku nr 2 do SIWZ, w szczególności określonych w punkcie 3 ppkt 9) tego Załącznika;
 - 3) zapoznałem się z zasadami weryfikacji przedmiotowego oświadczenia określonymi w punkcie 12 Rozdziału V SIWZ i w pełni je akceptuję;
 - 4) zobowiązuję się do stawienia w siedzibie Centrum Obsługi Administracji Rządowej w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego w celu dokonania prezentacji, o której mowa w punkcie 12 Rozdziału V SIWZ pod rygorem odrzucenia mojej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. (...)

3. „Weryfikacja przez Zamawiającego dokumentu, o którym mowa w punkcie 11, nastąpi przez członków Komisji przetargowej według ich kompetencji, na podstawie wskazanego w Załączniku nr 7a do SIWZ adresu strony www (będącej linkiem do strony - zamawiający przeprowadzi weryfikację na podstawie skopiowanego linku do przeglądarki internetowej bez żadnej możliwości zmiany linku), pod którym dostępna jest oferowana przez Wykonawcę platforma zakupowa, wraz z danymi uwierzytelniającymi do konta użytkownika stworzonego na potrzeby oceny ofert, podczas prezentacji platformy pod wskazanym przez Wykonawcę linkiem. Zamawiający wyznaczy Wykonawcy termin prezentacji, która będzie miała miejsce w siedzibie Centrum Obsługi Administracji Rządowej. Niestawiennictwo Wykonawcy w wyznaczonym terminie będzie skutkowało odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający wyjaśnia, że jedyną dopuszczalną formą prezentacji platformy jest bezpośrednio połączenie on-line za pośrednictwem sieci Internet pod linkiem wskazanym w załączniku nr 7a do SIWZ, na komputerze przygotowanym przez Centrum Obsługi Administracji Rządowej zgodnie z konfiguracją wskazaną w Załączniku nr 7a do SIWZ i wskazanie każdej z funkcjonalności w czasie rzeczywistym, co dotyczy także zaprezentowania zamawiającemu funkcjonalności umożliwiającej wykonawcom złożenie oferty i jej zaszyfrowania, a następnie jej otwarcie przez Zamawiającego. Centrum informuje, że obowiązek prezentacji platformy zakupowej dotyczy jedynie Wykonawcy, którego oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza spośród złożonych ofert.” (pkt 12 rozdziału V SIWZ);
4. „Zamawiający dokona oceny prezentowanej platformy zakupowej zgodnie z zapisami pkt 12 powyżej, na zasadzie „spełnia/ nie spełnia”. Podczas prezentacji Zamawiający będzie sporządzać na bieżąco protokół z prezentacji platformy, który stanowi Załącznik nr 8 do SIWZ. Podczas prezentacji Centrum dokona weryfikacji wszystkich funkcjonalności określonych w Załączniku nr 2 do SIWZ oraz wymagań dotyczących bezpieczeństwa, o których mowa w pkt 3 ppkt 9 lit. a, c, d, f, h, j, m, o, q (numeracja zgodna z pierwotnym tekstem SIWZ) Załącznika nr 2 do SIWZ. Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w przypadku, jeżeli w trakcie prezentacji okaże się, że platforma nie spełnia choćby jednego z elementów wskazanych powyżej (określonych we wzorze protokołu z prezentacji platformy, który stanowi Załącznik nr 8 do SIWZ. Zamawiający informuje, że wymaga potwierdzenia spełniania wszystkich tych elementów).” (pkt 13 rozdział V SIWZ);
5. modyfikując SIWZ w dniu 04.01.2018 r. zamawiający dodał do niej załącznik nr 8 – protokół z prezentacji platformy i udostępnił jego treść do wykonawcom; (pytanie nr 2 lit. e wyjaśnienia z 04.01.2018 r.)

6. będąca podstawą postawienia zarzut treść modyfikacji SIWZ miała następujące brzmienie: „Pytanie nr 2: Z uwagi na fakt, że funkcjonalność platformy zakupowej została określona w załączniku nr 2 do SIWZ i Zamawiający będzie weryfikował spełnienie każdego wymagania to czy Zamawiający dla zachowania transparentności wyboru:
- a) dopuści udział innych wykonawców na prezentacji platformy zakupowej z oferty uznanej za najkorzystniejszą?
 - b) utrwali prezentacje na filmie, który zostanie udostępniony innym wykonawcom?
 - c) zapewni eksperckie (np. niezależna kancelaria specjalizująca się w prawie zamówień publicznych) niezależne wsparcie, które oceni prezentacje?

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie dopuści do udziału w prezentacji platformy zakupowej przedstawicieli innych Wykonawców biorących udział w postępowaniu. W prezentacji wezmą udział jedynie przedstawiciele Wykonawcy, którego oferta zostanie oceniona najwyżej oraz członkowie Komisji Przetargowej powołani do przeprowadzenia niniejszego postępowania, którzy dokonają oceny prezentowanej platformy. Ponadto Zamawiający informuje, że prezentacja nie będzie utrwalana na filmie oraz nie będzie zapewniony udział innych osób ponad wymienione w zdaniu pierwszym. Komisja Przetargowa powołana do przeprowadzenia postępowania składa się z osób, które posiadają doświadczenie w dziedzinie zamówień publicznych, informatyki oraz użytkowania platform zakupowych. Ocena spełnienia przez oferowaną platformę zakupową zostanie przeprowadzona zgodnie z pkt 12 i 13 Rozdziału V SIWZ. Podczas prezentacji zostanie sporządzony protokół z prezentacji platformy, który stanowi załącznik nr 8 do SIWZ.”

Odwołujący podniósł, iż obecnie sformułowana w ww. pkt 6 treść SIWZ spowodowała wyłączenie jawności prezentacji platformy wykonawcy ocenianego, w szczególności z racji braku podstawy prawnej do takiego działania, przy wskazaniu na wywód co do art. 8 ust. 1, 2 i 3 p.z.p., a tym samym „zamawiający z naruszeniem przepisu art. 8 ust. 1 i 2 p.z.p. prowadzi postępowanie, którego zasady nie mają charakteru transparentnego, sprzeczne są również z wyrażonymi zasadami jawności i przejrzystości postępowania”, co w konsekwencji spowodowało wniesienie przez odwołującego nakazania zamawiającemu „zmiany SIWZ poprzez dopuszczenie do udziału w prezentacji platformy przedstawicieli innych wykonawców oraz konieczność uwiecznienia owej prezentacji w formie audiowizualnej, jako załącznik do protokołu postępowania dla celów dowodowych”.

Z takimi twierdzeniami odwołującego nie sposób się zgodzić.

Na wstępie rozważań należy podkreślić, że zgodnie z treścią SIWZ podstawą oceny oferty, na kanwie art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p., co do spełnienia wymagań zamawiającego określonych w SIWZ dotyczących funkcjonalności i bezpieczeństwa oferowanej platformy, jest link wskazany w oświadczeniu – pkt 1 w załączniku nr 7a - które wykonawcy złożą wraz ofertą. (*vide* ww. pkt 1 i 2)

Na podstawie wskazanego linku, poprzez bezpośrednie połączenie on-line za pośrednictwem internetu, zamawiający zweryfikuje platformę wykonawcy najwyższej ocenionej, podczas prezentacji, gdzie dokonane zostanie sprawdzenie czy platforma posiada wszystkie funkcjonalności, zgodnie z treścią na bieżąco wypełnianego załącznika nr 8 do SIWZ – protokołu z prezentacji platformy - będącego również odzwierciedleniem treści opisu przedmiotu zamówienia co do pkt 2, pkt 3.9 lit. a, c, d, f, h, j, m, o, q. (*vide* ww. pkt 2, 3, 4). Zaś sama treść protokołu z prezentacji została udostępniona wykonawcom od 04.01.2018 r. (*vide* pkt 5).

W konsekwencji zestawienia treści SIWZ i prześledzenia czynności jakie zgodnie z nią będą wykonywane podczas prezentacji oraz sposobu w jaki prezentacja będzie dokumentowana, nie można zgodzić się ze stwierdzeniem odwołującego, że zamawiający poprzez brak zgody na udział konkurencji w prezentacji czy też poprzez brak zgody na jej filmowanie (czy to przez wykonawców czy przez zamawiającego), może spowodować brak możliwości wniesienia odwołania względem nieprawidłowej oceny czynności prezentacji oferty konkurencyjnej w stosunku do odwołującego.

Wykonawcy, zgodnie z treścią specyfikacji, będą dysponowali linkiem, który będzie oceniał zamawiający, i który nie może zostać w jakikolwiek sposób zmieniony, pod którym będzie dostępna oceniana platforma oraz pisemnym protokołem, na podstawie którego w toku prezentacji na bieżąco zamawiający będzie oceniał funkcjonalności i wymagania platformy, które stanowią opis przedmiotu zamówienia. Warto też zwrócić uwagę, że przyjęty sposób oceny platformy podczas prezentacji, poprzez sporządzenie protokołu, jest zgodny z zasadą pisemności postępowania, która jest jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych (art. 9 ust. 1 p.z.p.) Zatem wszystkie niezbędne informacje i dokumenty - te same według których oceni platformę zamawiający i te same dane, które będą przez zamawiającego oceniane, odwołujący, zgodnie z SIWZ, będzie posiadał. Dlatego też brak obecności podczas prezentacji innych wykonawców, niż ten, którego oferta będzie oceniana, w żaden sposób nie wpłynie negatywnie na możliwość złożenia środka ochrony prawnej, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Wykonawcy będą dysponowali zakresem informacji ocenianych przez zamawiającego i tożsamymi warunkami – nie tylko opisem przedmiotu zamówienia, ale także obecnie dysponują już treścią protokołu, który z prezentacji będzie przez zamawiającego sporządzony, a który to służy zamawiającemu do oceny czy oferta spełnia jego wymagania określone w SIWZ, na podstawie art. 25 ust. 1 pkt

2 p.z.p. Stwierdzić zatem należy, że twierdzenia odwołującego o ograniczeniu jego prawa do wniesienia odwołania czy weryfikacji oferty odwołującego, nie znajdują poparcia w literalnym brzmieniu SIWZ, a tym samym odwołujący nie wykazał, żeby jej obecna treść, zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 2 p.z.p., mogła mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba stwierdziła również, że nie można się zgodzić z twierdzeniami odwołującego, iż zamawiający nie dopuszczając do udziału w prezentacji innych wykonawców, niż oceniany, ukształtował zapisy SIWZ w sposób bezprawnie wyłączający jawność postępowania czy uniemożliwił weryfikację prawidłowości dokonywanej oceny prezentacji, gdyż takie stwierdzenia odwołującego, już wobec samego brzmienia treści SIWZ, pozostały gołosłowne i nieuprawnione.

Jak wyżej wykazano, na podstawie treści specyfikacji, wykonawcy otrzymali od zamawiającego narzędzia do weryfikacji oferty konkurencji, a także do sprawdzenia prawidłowości oceny prezentacji dokonanej przez zamawiającego, zatem brak obecności konkurencji na prezentacji nie może świadczyć o wyłączeniu jawności, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej, skupiając się na stawianiu zarzutów, bez jakiegokolwiek powiązania z treścią SIWZ, a opierając się na bezpodstawnych stwierdzeniach i próbie forsowania swojej tezy o konieczności dodatkowej kontroli czynności zamawiającego, w oparciu o zasadę jawności. Takie formułowanie zarzutów mogłoby wskazywać na podważanie, bez żadnych przyczyn, dobrej wiary zamawiającego i wynikać z przekonania odwołującego, że zamawiający nie jest w stanie samodzielnie dokonać prawidłowej oceny zgodności zaoferowanego przedmiotu zamówienia z treścią SIWZ, gdyż odwołujący nie wykazał, że dostęp do linku w ofercie i pisemny protokół z prezentacji są niewystarczające z punktu widzenia sporządzenia odwołania, a przy tym nie wykazano również, że wyłącznie obecność na prezentacji odwołującego jest niezbędna dla prawidłowości oceny oferty, czy sporządzeniu ewentualnego środka ochrony prawnej.

Dodać należy, że ewentualne, na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, objęcie przez wykonawców jakichkolwiek danych w ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa jest irrelewantne z punktu widzenia rozpoznania zarzutu, który dotyczy wyłącznie treści SIWZ, a sama skuteczność zachowania tajemnicy wynikającej z art. 11 ust. 4 z.n.k. oceniania jest *ad causum*, na podstawie okoliczności wskazanych i wykazanych przez wykonawcę zastrzegającego, co do zasady, bez bezpośredniego związku z brzmieniem specyfikacji.

Izba zweryfikowała również podnoszone przez odwołującego twierdzenia co do konieczności utrwalenia prezentacji w formie audiowizualnej, czy to przez wykonawcę czy przez zamawiającego.

Wskazać należy, mając na uwadze powyższy wywód uzasadnienia odwołania, że w tym przypadku odwołujący również nie wykazał, że brak możliwości sfilmowania prezentacji narusza jego prawa i mogłoby mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zadomowienia publicznego, na kanwie art. 192 ust. 2 p.z.p. Wprost przeciwnie – Izba stwierdziła, że żądanie nakazania sfilmowania prezentacji, stawiane przez odwołującego jest sprzeczne z prawem.

Umknęło uwadze odwołującego, że zgodnie z art. 23 Kodeksu cywilnego z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz. U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.) wizerunek stanowi dobro osobiste – „Dobra osobiste człowieka, jak w szczególności zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska, pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach.”

Zaś prawo do rozpowszechniania wizerunku, w tym postulowane przez odwołującego nagranie prezentacji, w której wezmą udział członkowie komisji przetargowej i przedstawiciele ocenianego wykonawcy, zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych z dnia 4 lutego 1994 r. (Dz. U. z 2017 r. poz. 880 ze zm.) wymaga zezwolenia osoby na nim przedstawionej (tzw. zgoda na rozpowszechnianie wizerunku). Ponadto na gruncie ustawy o ochronie danych osobowych z dnia 29 sierpnia 1997 r. (Dz. U. z 2016 r. poz. 922 ze zm.), wizerunek podlega ochronie, bowiem na jego podstawie możliwa jest identyfikacja człowieka (art. 6 ustawy). Zaś odwołujący nie wykazał, żeby w przypadku postulowanego nagrywania prezentacji doszło do wyłączenia ww. powszechnie obowiązujących norm prawnych i nie wskazał na żadne uzasadnienie, które skutkowałoby możliwością wartościowania konieczności ograniczenia powyższych uprawnień.

Zatem spełnienie żądania odwołującego stanowiłoby *de facto* zastąpienie orzeczeniem Izby wyrażenia zgody na utrwalenie i udostępnienie wizerunku przez osoby biorące udział w prezentacji, co jest sprzeczne z prawem i nie może być uzasadniane przez odwołującego powołaniem się na zasadę jawności wyrażoną w art. 8 p.z.p.

Jak stanowi art. 8 ust. 1 p.z.p. „Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.”, zaś zgodnie z ust. 2 te same normy „Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.” Na mocy art. 8 ust. 3 *in fine* p.z.p. „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Z zestawienia powyższych norm, powołując się na braku możliwości uczestnictwa w prezentacji i brak możliwości jej nagrywania, odwołujący wywiódł, iż zamawiający wyłączył jawność postępowania i ograniczył sferę dowodową co do oceny prezentacji, co w opinii odwołującego może doznać ograniczeń tylko przy objęciu informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Jednakże również umknęło uwadze odwołującego, że jego wywód nie wykazał ograniczenia zasady jawności, przejrzystości czy braku transparentności w zachowaniu zamawiającego, a prowadzi do wniosku, że odwołujący powołując się na zasadę ogólną chce w konkretnej formie uczestniczyć w prezentacji – wyłącznie poprzez swoją obecność bądź nagranie, kiedy to zamawiający udział wykonawców w prezentacji dopuszcza poprzez udostępnienie im pisemnego protokołu z oceny oferty i linku do ocenianego przedmiotu. Powyższe w żaden sposób nie świadczy o wadliwych zapisach SIWZ, gdyż odwołujący nie wykazał, żeby obecna treść specyfikacji naruszyła art. 8 p.z.p., zaś próbował wykazywać, w powołaniu się na zasady ogólne, że każda czynność zamawiającego wymaga podwójnej kontroli wykonawcy i niezależnie od tego, że zamawiający wybrał dla wykonawców formę pisemną dopuszczenia do udziału w prezentacji, to należy jeszcze poprzez dodatkowe instrumenty zamawiającego weryfikować – tylko i wyłącznie wskazane przez odwołującego. Tym niemniej nie wykazano, w oparciu o obecne brzmienie SIWZ dotyczące sposobu przeprowadzenia i oceny prezentacji, że w jakikolwiek sposób obecna jej treść może mieć istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności nie wykazano, że może to negatywnie wpłynąć na prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej, wskazywane przez odwołującego, bowiem twierdzenia te są na kanwie brzmienia SIWZ w ocenie Izby całkowicie nieuprawnione i odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia się naruszeń wskazanych w odwołaniu co do zarzutu nr 1, które mogłyby mieć istotny wpływ na wynik postępowania, powoduje iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., zaś w stosunku co do naruszenia zarzucanego zamawiającemu - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności sposobu dokonania weryfikacji oświadczenia wykonawcy, którego wzór stanowi załącznik nr 7a do SIWZ, potwierdzającego że oferowana platforma realizuje funkcjonalności, o których mowa w załączniku nr 2 do SIWZ oraz spełnia wymagania dotyczące bezpieczeństwa, w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, który nie uwzględnia wszystkich wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób który nie wpływa na przejrzystość postępowania – stanowiącego zarzut nr 2, uchybienie terminowi zawitemu określone w art. 182 ust. 2 pkt 1 p.z.p. uniemożliwiło merytoryczną ocenę czynności zamawiającego obligując Izbę do odrzucenia odwołania w tym zakresie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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 ze zm.), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez odwołującego wpis.

Przewodniczący:

.....