

Sygn. akt: KIO 1652/18

WYROK
z dnia 6 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę **SIMPLE S.A., ul. Bronisława Czecha 49/51, 04-555 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Warszawski Uniwersytet Medyczny ul. Żwirki i Wigury 61, 02-091 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *„Dostawa wraz z wdrożeniem aplikacji mobilnej dla studentów i pracowników Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego”* (nr. AEZ/S- 042/2018),

przy udziale wykonawcy **Zakład Systemów Komputerowych ZSK Spółka z o.o., ul. Wadowicka 12, 30-415 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **SIMPLE S.A., ul. Bronisława Czecha 49/51, 04-555 Warszawa** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SIMPLE S.A., ul. Bronisława Czecha 49/51, 04-555 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 20 lipca 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 6 września 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1652/18

Zamawiający – Warszawski Uniwersytet Medyczny ul. Żwirki i Wigury 61, 02-091 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Dostawę wraz z wdrożeniem aplikacji mobilnej dla studentów i pracowników Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego”*, nr. AEZ/S- 042/2018.

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 03.07.2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 576780-N-2018.

W dniu **10.08.2018** r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16.08.2018 r.** w formie pisemnej przez wykonawcę **SIMPLE S.A., ul. Bronisława Czecha 49/51, 04-555 Warszawa** od niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta ta podlegała odrzuceniu wobec jej niezgodności z treścią SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie przepisów art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2) oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP, poprzez dokonanie przez Zamawiającego, w dniu 10 sierpnia 2018 r., wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej również: ZSK) w sytuacji, gdy oferta tego Wykonawcy podlegać powinna odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ bowiem Wykonawca ZSK nie przewidział w niej wykonania należytej integracji oferowanej aplikacji mobilnej z posiadanym przez Zamawiającego systemem e- dziekanat Bazus, a także, w konsekwencji nie uwzględnił w ofercie kosztów wykonania tej integracji, w sytuacji, gdy z SIWZ jasno wynika, że wykonanie rzeczony integracji składa się na przedmiot zamówienia, a wszystkie koszty wykonania integracji obciążać mają Wykonawcę aplikacji mobilnej, co doprowadziło do naruszenia nakazu przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie

uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Legitymacja do wniesienia odwołania:

Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia bowiem złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która nie została odrzucona i została sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu ofert. Uwzględnienie odwołania może doprowadzić do dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, zwłaszcza, że oferta sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert cechuje się tożsamymi wadami jak oferta Wykonawcy ZSK. Szkoda Odwołującego jaką może ponieść w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy polega na utracie możliwości uzyskania zamówienia, na wykonanie którego złożył ofertę, która uwzględnia wszystkie wymagania SIWZ.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
 - a. unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy ZSK jako najkorzystniejszej,
 - b. odrzucenia oferty Wykonawcy ZSK jako niezgodnej z treścią SIWZ,
 - c. dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.
2. a ponadto, wnoszę o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Uzasadnienie

I W związku z opublikowaniem, w dniu 3 lipca 2018 r., na swojej stronie internetowej ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę wraz z wdrożeniem aplikacji mobilnej dla studentów i pracowników Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego”, nr AEZ/S- 042/2018.

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (załącznik nr 2 do SIWZ - formularz wymagań funkcjonalnych), na przedmiot zamówienia składa się m.in. wykonanie integracji dostarczanej aplikacji mobilnej z posiadany przez Zamawiającego systemem e-dziekanat Bazus. Co znalazło potwierdzenie w treści wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego odnośnie treści SIWZ z dnia 19 lipca 2018 r. (odpowiedź na pytanie nr 16), wszelkie koszty integracji aplikacji mobilnej z systemem e - dziekanat Bazus ponosić będzie

Wykonawca aplikacji mobilnej. Istotnym też jest, że dostawcą systemu e-dziekanat Bazus jest Odwołujący, który to system jest przedmiotem dostawy i wdrożenia w ramach zawartej z Zamawiającym umowy AEZ/365/S-015/192/2017.

W dniu 26 lipca 2018 r., Zamawiający dokonał otwarcia ofert złożonych w postępowaniu przez trzech wykonawców: Odwołującego, Wykonawcy ZSK oraz Wykonawcy e-MSI sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej również: e-MSI). Przed po złożeniem ofert, ani Wykonawca ZSK ani e-MSI, nie kontaktowali się z Odwołującym ani z Zamawiającym w kwestii ustalenia możliwości, czy zasad przeprowadzenia integracji aplikacji mobilnej z systemem e-dziekanat Bazus.

Odwołujący, w piśmie z dnia 3 sierpnia 2018 r. zwrócił Zamawiającemu uwagę, iż oferty Wykonawców ZSK oraz e-MSI niezgodne są z treścią SIWZ.

W dniu 10 sierpnia 2018 r., Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej datowaną na ten sam dzień informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Wykonawcy ZSK. Zamawiający, we wspomnianym piśmie zaprezentował też ranking ofert, zgodnie z którym, na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta Wykonawcy e-MSI, a na trzecim, oferta Odwołującego.

Opisana powyżej czynność Zamawiającego jest, zdaniem Odwołującego, sprzeczna z przepisami ustawy PZP, bowiem oferta Wykonawcy ZSK, zamiast uznania jej na najkorzystniejszą powinna zostać odrzucona z uwagi na sprzeczność z treścią SIWZ. Sprzeczność ta polega bowiem na nieobjęciu nią przeprowadzenia prac związanych z integracją aplikacji mobilnej z systemem e-dziekanat Bazus.

II W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przed wyborem oferty jako najkorzystniejszej, Zamawiający zobowiązany jest do zbadania jej pod kątem istnienia ewentualnych podstaw do odrzucenia. Jedną we wspomnianych podstaw, uregulowaną w art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP jest niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Należy więc przyjąć, zdaniem Odwołującego, że na Zamawiającym ciąży obowiązek merytorycznej oceny

oświadczenia Wykonawcy wyrażonego w ofercie, przeanalizowania go, ustalenia co w rzeczywistości zawiera w sobie, a następnie zestawienia z treścią opracowanej przez siebie dokumentacji postępowania. Jak podnosi się w orzecznictwie KIO: O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 k.c., czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia - w przedmiotowym postępowaniu. Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. - zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanemu przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 listopada 2017 r. KIO 2383/17). Jak wspomniano w przytoczonym orzeczeniu, analiza treści oferty pod kątem zgodności z SIWZ, musi mieć charakter merytoryczny, Zamawiający zobowiązany jest zbadać, co w rzeczywistości i w jakim wymiarze ma zamiar zaoferować wykonawca, którego oferta podlega weryfikacji pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP. Dla przykładu wskazać tu można kolejne stanowisko KIO: Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż niezgodność treści oferty ma dotyczyć wymagań merytorycznych, które zostały określone w SIWZ. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2018 r. KIO 206/2018).

Podsumowując, sprawdzenie treści oferty pod kątem zgodności z SIWZ jest obowiązkiem Zamawiającego, tak samo jak obowiązkiem jest odrzucenie tej oferty, gdy wynikiem tego sprawdzenia będzie stwierdzony rozdzźwięk pomiędzy wymaganiami Zamawiającego, a oświadczeniem woli Wykonawcy.

III Zestawiając zaistniały stan faktyczny z obowiązującym stanem prawnym należy, w ocenie Odwołującego, podnieść, że oferta Wykonawcy ZSK nie odpowiada swoją treścią wymaganiom SIWZ i powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na niezaoferowanie wymaganego przeprowadzenia procesu integracji aplikacji mobilnej z systemem e-dziekanat Bazu. Odwołujący, jako dostawca systemu e - dziekanat Bazu, jest w stanie stwierdzić tę okoliczność biorąc pod uwagę brak jakiegokolwiek inicjatywy Wykonawcy ZSK (podobnie

zresztą jak wykonawcy e-MSI) przy ustaleniu zakresu integracji, możliwości technicznych i warunków jej przeprowadzenia, a także przyszłej współpracy z Odwołującym w tym zakresie. Wyrażenie takiej inicjatywy warunkuje przewidzenie w treści SIWZ przeprowadzenia integracji.

Odwołujący wskazał, że wykonanie integracji dwóch systemów informatycznych, w tym wypadku zamawianej aplikacji mobilnej z systemem e - dziekanat Bazus, wymaga wykonania określonych czynności po stronie obydwu systemów. Dane z nowo dostarczanego systemu muszą zostać odpowiednio zebrane i zaprezentowane systemowi, z którym nastąpić ma integracja, a następnie zostać przez ten system odczytane i przetworzone. O ile więc, dostawca nowego systemu jest w stanie samodzielnie zebrać i zaprezentować wspomniane dane ze swojego systemu, to bez odpowiedniego wsparcia i wiedzy technicznej o drugim systemie, nie jest w stanie przeprowadzić skutecznej integracji. Wspomniane wsparcie i wiedzę techniczną może zagwarantować jedynie producent systemu, z którym nastąpić ma integracja lub ewentualnie jego użytkownik, o ile wcześniej zapewnił sobie dostęp do wspomnianej wiedzy technicznej. Zaplanowanie przeprowadzenia integracji dwóch systemów informatycznych, zwłaszcza, gdy, koszty integracji spoczywają na dostawcy nowego systemu, poprzedzone powinno być zwróceniem się do bądź to do producenta, bądź użytkownika (o ile to możliwe), o udzielenie informacji, po pierwsze, czy integracja taka z technicznego punktu widzenia jest możliwa, po drugie o ustalenie warunków, zasad i zakresu takiej integracji, a także kwestii przyszłej współpracy dostawców tych dwóch systemów.

Brak takiej inicjatywy, w ocenie Odwołującego, przekreśla w zasadzie widoki na wykonanie prawidłowej integracji.

Analiza treści SIWZ prowadzi do wniosku, że zakres integracji aplikacji mobilnej z systemem e-dziekanat Bazus jest znaczny, wręcz warunkujący funkcjonowanie aplikacji mobilnej (opis zakresu tej integracji zostanie wskazany w dalszej części odwołania). Mimo tak istotnego znaczenia prawidłowej integracji aplikacji mobilnej z systemem e-dziekanat Bazus, której bezwzględnie wymaga SIWZ i której koszty obciążać mają Wykonawcę wspomnianej aplikacji, Wykonawca ZSK (jak i Wykonawca e-MSI) przed złożeniem ofert, nie podjął nawet próby kontaktu z Odwołującym - producentem systemu e-dziekanat Bazus, ani nie próbował wyjaśnić tej kwestii w toku zadawania pytań do SIWZ Zamawiającemu. Prowadzić to powinno do stwierdzenia, że Wykonawca ZSK nie ustalili w jakim wymiarze i skali przebiegać powinna integracja aplikacji mobilnej z systemem e-dziekanat Bazus, nie mówiąc o zagwarantowaniu sobie, chociażby w minimalnym stopniu, ewentualnych warunków współpracy z Odwołującym celem należytego wykonania przyszłego zamówienia.

Konstatując powyższe Odwołujący wskazał, że w ofercie Wykonawcy ZSK (jak i Wykonawcy e-MSI) nie została przewidziana należyta integracja aplikacji mobilnej z systemem e-dziekanat Bazus, a co za tym idzie koszty takiej integracji. Podkreślić z całą stanowczością trzeba, że nieprawidłowe przeprowadzenie integracji wspomnianego Oprogramowania lub pominięcie takiej integracji, jest sprzeczne z wymaganiami SIWZ i przekreśli możliwość poprawnego funkcjonowania aplikacji mobilnej w zakładanej przez Zamawiającego postaci. Konieczność i istotność przeprowadzenia integracji aplikacji mobilnej z systemem e-dziekanat wynika z wielu postanowień SIWZ, a jak wspomniano, ich spełnienie warunkować będzie prawidłowe funkcjonowanie aplikacji. Rzeczne postanowienia zostaną wskazane poniżej.

Zgodnie z § 7 ust. 1 wzoru umowy (stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ), jeżeli w okresie obowiązywania Umowy do upływu (minimum 12 miesięcy), licząc od dnia sporządzenia Protokołu Odbioru Końcowego zostaną stwierdzone Błędy niezawinione przez Zamawiającego, Wykonawca usunie takie Błędy w ramach wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 1 (gwarancja jakości), przy czym w odniesieniu do prac odebranych w ramach poszczególnych Etapów, usługi gwarancji jakości będą świadczone od dnia podpisania Protokołu Odbioru każdego z tych Etapów. Czasy reakcji i naprawy dotyczące Błędów krytycznych i ważnych wynoszą odpowiednio 4h i 8h oraz 8h i 24h. Bez wątpienia, wspomniane czasy reakcji i naprawy są bardzo krótkie, a ich dotrzymanie wymaga sprawnego i nienapotykanego niepotrzebnych przeszkód działania. Biorąc pod uwagę fakt, że aplikacja mobilna zintegrowana ma być z systemem e-dziekanat Bazus, naprawy Błędów wymagać będą wsparcia dostawcy tego systemu. Jak wspomniano wcześniej, Wykonawca ZSK nie podjął żadnych kroków mających na celu zapewnienie sobie rzeczonych wsparcia ze strony Odwołującego, co świadczy o nieobjęciu jego ofertą przeprowadzenia prawidłowej integracji oraz czyni dotrzymanie umownych terminów czasów reakcji i naprawy wysoce nieprawdopodobnym. Wystąpienie rzeczonych błędów i to w znacznej ilości, jest w ocenie Odwołującego nieuchronne z poniższych względów.

Zwrócić należy uwagę, że jakiegokolwiek zmiany w systemie e-dziekanat Bazus, podejmowane przez Odwołującego w celu wykonania wiążącej go z Zamawiającym umowy AEZ/365/S-015/192/2017 (jak chociażby usuwanie błędów tego systemu, czyjego rozwój - tj. świadczeń wprost wskazanych we wspomnianej umowie), których podjęcie nie jest przecież na ten moment uwarunkowane poczynieniem uzgodnień z przyszłym Wykonawcą aplikacji mobilnej, może mieć krytyczny wpływ na działanie tej aplikacji, a nawet na całkowite zaprzestanie jej funkcjonowania. Podnieść trzeba, że wobec niepodjęcia żadnych działań przed złożeniem ofert w niniejszym postępowaniu przez Wykonawcę ZSK, Odwołujący nie jest zobowiązany do uwzględniania potrzeb komunikacyjnych aplikacji mobilnej pochodzącej od podmiotu trzeciego, które to potrzeby nie zostały ponadto w żaden sposób wyartykułowane przez

Wykonawcę ZSK, przez co nie wiadomo nawet, czy możliwe będą one do spełnienia, biorąc pod uwagę brak znajomości rozwiązań jakie planuje on wdrożyć.

Wynika z tego, że gdyby Wykonawca ZSK objął w rzeczywistości swoją ofertą przeprowadzenie integracji, musiałby uprzednio zwrócić się do Odwołującego chociażby z zapytaniem o techniczne możliwości zintegrowania systemu e-dziekanat Bazus.

Kolejno naprowadzić trzeba, na zawarte w pkt 34 wymaganie funkcjonalne (zawarte w Załączniku nr 2 do SIWZ), zgodnie z którym: Funkcjonalność (mechanizm, aplikacja) pośrednicząca w wymianie wszystkich danych między bazą danych systemu, a aplikacją mobilną. Aplikacja nie może mieć bezpośredniego dostępu do bazy danych ze względów bezpieczeństwa, jednak wszystkie dane wysyłane i odbierane przez aplikację pochodzą z lub trafiają do bazy danych właśnie przez warstwę pośrednią. Wymaganie to, ma na celu odseparowanie mechanizmów integracyjnych aplikacji mobilnej od bazy danych systemu e - dziekanat Bazus. Wspomniane mechanizmy integracyjne, zgodnie z SIWZ, zostały m.in. zawarte w pkt 21 wymagań funkcjonalnych jako: Jednolity protokół przekazywania i pobierania danych umożliwiający m.in. właściwą obsługę błędów (w tym przekazywania informacji o treści błędów), przekazywanie danych według struktury wskazanej przez Zamawiającego umożliwiającej zunifikowaną obsługę wszystkich funkcji API. Wspomniane w tym wymaganiu API (Application Programming Interface - ang.

Interfejs Programowania Aplikacji), to narzędzie pozwalające na komunikowanie się aplikacji pomiędzy sobą, a dla prawidłowej integracji dwóch systemów, potrzebne jest zastosowanie funkcji API obydwu z nich. W przypadku niniejszego zamówienia, wykorzystanie API systemu e-dziekanat Bazus zagwarantuje, że jakakolwiek jego zmiana, nie będzie skutkowałą zmianą formy danych jakie będzie on przekazywał do aplikacji mobilnej (lub stamtąd pobierał), mimo wewnętrznych zmian jego systemu źródłowego (jak wspomniano wyżej, API to swojego rodzaju tłumacz z języka danego systemu na język rozumiały ogólnie, także przez API innych systemów - w tym wypadku przez API aplikacji mobilnej). Przykładem takiego przepływu danych z systemu e-dziekanat Bazus do aplikacji mobilnej, którego prawidłowe działanie zapewnia stosowanie API obydwu systemów jest zawarte w pkt 38 wymaganie: Push Notification - Informowanie użytkownika np. o nowej ocenie. Modyfikacja systemu e-dziekanat Bazus w zakresie związanym z wprowadzaniem ocen do systemu bez stosowania API tego systemu może uniemożliwić otrzymanie powiadomienia przez użytkownika za pomocą aplikacji mobilnej. Mimo tak istotnej, z punktu widzenia integracji systemu, potrzeby korzystania z API systemu e-dziekanat Bazus,

Wykonawca ZSK nie podjął nawet próby ustalenia u Zamawiającego, czy posiada takie API (o czym świadczy brak wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ w tym zakresie), a tym bardziej próby uzyskania od Odwołującego dostępu do API systemu e-dziekanat Bazus. Świadczy to dobitnie, że Wykonawca ten bądź to nie planował, bądź nie miał świadomości potrzeby

korzystania z opisywanego API, co nieść za sobą będzie wspomniane wyżej skutki dla funkcjonowania jego aplikacji mobilnej oraz świadczy

Zdaniem Odwołującego o niezgodności jego oferty z treścią SIWZ. Nie da się bowiem przeprowadzić integracji za pomocą API, bez posiadania dostępu do API systemu, z którym ma nastąpić integracja.

Kolejno podnieść trzeba, że również i próba właściwej integracji systemu e- dziekanat Bazus z aplikacją mobilną za pomocą „widoków” nie jest możliwa bez współpracy z Odwołującym (ten sposób integracji również wskazany został w treści Załącznika nr 2 do SIWZ). Do prawidłowej integracji w ten sposób wymagana jest bowiem wiedza o strukturze baz danych i logice działania wspomnianego systemu. O możliwość zapewnienia sobie uzyskania tej niezbędnej wiedzy, nie zadbał przed złożeniem ofert Wykonawca ZSK, konsekwencją czego jest fakt, że Wykonawcy temu nie pozostało nic innego jak tylko oparcie się przy przeprowadzeniu integracji za pomocą „widoków” na analizie danych odkładanych w bazie danych systemu e - dziekanat Bazus bez znajomości zarządzania tymi danymi, co niemalże nieuchronną czyni nieprawidłową interpretację tych danych, skutkującą ich niewłaściwą prezentacją w aplikacji mobilnej, a więc rozdziwieniem pomiędzy rzeczywistymi informacjami zawartymi w systemie e-dziekanat Bazus, a pojawiającymi się w aplikacji mobilnej (dla przykładu, jako ostatnia ocena studenta może zostać wyświetlona ocena wcześniejsza, z innego przedmiotu lub w ogóle inna dana). Również i w tym wypadku powtórzyć trzeba uwagę, że wobec nieuregulowania zasad przyszłej współpracy pomiędzy Odwołującym, a pozostałymi Wykonawcą ZSK, prowadzony rozwój systemu e-dziekanat Bazus, nie będzie uwzględniał potrzeb komunikacyjnych obcej aplikacji, o ile będzie to w ogóle możliwe (czego nie można stwierdzić wobec braku znajomości planowanych reguł funkcjonowania aplikacji mobilnej, która miałyby być dostarczona przez Wykonawcę ZSK). Wysoce prawdopodobne wystąpienie omawianych tu nieprawidłowości, zapewne nie było przewidziane przez Zamawiającego, a wyeliminowanie ryzyka ich powstania gwarantować miało należyte przeprowadzenie integracji dostarczanego systemu przewidziane w SIWZ. Wykonawca ZSK przeprowadzenia takiej, prawidłowej integracji nie przewidział co świadczy o niezgodności treści jego oferty z wymaganiami zawartymi w dokumentacji postępowania.

Na zakończenie należy też wyjaśnić, że Odwołujący nie jest też zobowiązany, a także uprawniony, do podejmowania działań niezbędnych w zakresie integracji aplikacji mobilnej z systemem e - dziekanat Bazus na podstawie Umowy zawartej z Zamawiającym na dostawę i wdrożenie tego systemu nr AEZ/365/S-015/192/2017, a kwestia ta powinna być przedmiotem zobowiązania zawartego między Odwołującym a dostawcą aplikacji mobilnej (a zawarcia którego to zobowiązania zaniechał Wykonawca ZSK). Zarówno bowiem w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ani w zawartej w jego skutek wspomnianej umowie, brak jest postanowień obligujących Odwołującego do udostępnienia

mechanizmów integrujących system z innymi systemami (poza oczywiście integracją dostarczanego systemu z systemami posiadanymi przez Zamawiającego, wskazanymi w Załączniku nr 2 do Umowy, w którym brak aplikacji mobilnej). Zasady realizacji zamówienia na dostawę i wdrożenie systemu e - dziekanat Bazus nie przewidują też udostępniania przez Odwołującego dokumentacji w zakresie integracji systemu, ani w zakresie struktury bazy danych. Zapewnienie przez Wykonawcę Odwołującego integracji systemu e - dziekanat Bazus z aplikacją mobilną nie będzie też możliwe w ramach Asysty Technicznej pełnionej zgodnie ze wspomnianą wyżej Umową. Wskazać bowiem należy, że zgodnie z § 10 ust. 1 pkt 2 Umowy, Asysta Techniczna wykonywana będzie odpłatnie i na koszt Zamawiającego, a zgodnie warunkami niniejszego postępowania, koszt integracji aplikacji mobilnej ponosić ma Wykonawca, a nie Zamawiający. Gdyby nawet dopuścić pośrednie finansowanie integracji aplikacji mobilnej z systemem e - dziekanat Bazus przez przyszłego Wykonawcę wykonywanej w ramach Asysty Technicznej przez Odwołującego, Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia musiałaby nakazywać Wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia na dostawę i wdrożenie aplikacji mobilnej uwzględnienia kosztów tej Asysty Technicznej w treści składanych ofert.

dowód:

- umowa nr AEZ/365/S-015/192/2017,
- dokumentacja postępowania nr AEZ/365/ S-015/192/2017.

Wskazane w niniejszym odwołaniu zarzuty dodatkowo zdaje się, zdaniem Odwołującego, potwierdzać fakt, że zawarta w ofercie Wykonawcy ZSK cena odbiega od zaoferowanej przez Odwołującego o blisko 50 tys. zł, mimo, że (co oczywiste) koszty Odwołującego wobec obowiązku integrowania aplikacji mobilnej i systemu e - dziekanat Bazus kształtować się powinny na niższym poziomie.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że oferta Wykonawcy ZSK nie przewiduje przeprowadzenia należytej integracji aplikacji mobilnej z systemem e - dziekanat Bazus - o czym świadczy nie tylko brak podjęcia próby uregulowania przyszłej współpracy w tym zakresie z Odwołującym ale nawet ustalenia możliwości technicznych jej wykonania. Tym samym, rzeczona oferta nie zawiera też kosztów przeprowadzenia integracji, które również mogłyby być ustalone wyłącznie przez skontaktowanie się z Odwołującym, a które obciążać mają przecież Wykonawcę aplikacji mobilnej. Zakres czynności niezbędnych do podjęcia w celu należytego wykonania integracji, jak wykazano wyżej, bezwzględnie warunkuje potrzebę uprzedniego ustalenia możliwości, zasad i warunków jej przeprowadzenia. Ustalenia te w niniejszym stanie faktycznym dokonane powinny zostać z Odwołującym (ewentualnie z Zamawiającym), a ich zaniechanie świadczy, że Wykonawca ZSK nie objął swoją ofertą wykonania integracji wymaganej przez SIWZ. Okoliczność ta prowadzić powinna do

odrzućenia oferty Wykonawcy ZSK na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP. Zamawiający, poprzez zaniechanie dokonania tej czynności, a zamiast tego wybór tej oferty jako najkorzystniejszej naruszył przepisy ustawy PZP. Wszystko to czyni zasadnymi poniesiony zarzut i postulowane wnioski.

Na zakończenie Odwołujący wskazał, że wartość przedmiotowego zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP, tzw. kwoty europejskie. Konsekwencją tego, zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy PZP jest możliwość zaskarżenia jedynie czynności wskazanych w treści tego przepisu. Jedną z tych czynności jest wybór oferty najkorzystniejszej. Jak jednak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego:

Zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu, (por. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2017 r. III CZP 58/17). Stanowisko to zostało przyjęte przez orzecznictwo KIO, czego wyrazem jest choćby Wyrok KIO z dnia 27 listopada 2017 r. KIO 2383/17. Odwołujący więc w sposób prawidłowy oparł swoje odwołanie na zarzucie zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy ZSK, co prowadziło do jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Zamawiający pismem z dnia 03.09.2018 r. wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Przystępujący pismem z dnia 04.09.2018 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego, w pierwszej kolejności wskazując na brak wypełnienia przesłanek wynikających z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie brak możliwości uwzględnienia odwołania w świetle przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Z ostrożności Przystępujący wniósł o oddalenie merytoryczne zarzutów jako nie zasługujących na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego. Izba dopuściła również dowód złożony na rozprawie przez Zamawiającego w postaci pisma o wyborze oferty najkorzystniejszej z innego postępowania, której dotyczyła umowa w ramach, której Przystępujący dokonuje samodzielnej integracji oraz transferu danych. Dowód na okoliczność, że w tym postępowaniu również oferty złożyło kilku wykonawców. Jak wskazał Zamawiający w stosunku do tego dowodu pismo o wyborze oferty najkorzystniejszej dotyczy postępowania, dla którego Przystępujący złożył wraz ze swoim pismem procesowym jako dowód odpis umowy.

Izba dopuściła również i przeprowadziła dowody z dokumentów zawnioskowane i złożone przez Przystępującego w postaci kopii umowy nr AEZ/365/S-129/109/17/2018 z dnia 19.02.2018 r. oraz pisma BCODERS S.A. z dnia 29.08.2018 r. z którego wynika, że podmiot ten jest producentem zaoferowanego przez Przystępującego oprogramowania potwierdzając możliwość integracji systemów w sposób zaoferowany przez Przystępującego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający w treści SIWZ z Rozdziale II zatytułowanym „Informacje ogólne, tryb udzielenia zamówienia” wskazał w pkt 2, że postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, oraz że w prowadzonym postępowaniu, w oparciu o art. 24aa ust. 1 ustawy, najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ) w pkt 7 tego formularza Zamawiający zawarł następujące postanowienie: „Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) i wzorem umowy i przyjmujemy je bez zastrzeżeń.

W wyniku modyfikacji z dnia 18.07.2018 r. doszło do modyfikacji punktu 22 załącznika nr 2 do SIWZ zatytułowanego „Formularz wymagań funkcjonalnych”, gdzie w zakresie wymagań dotyczących procesu integracji Zamawiający usunął postanowienie „Integracja z aplikacją Zamawiającego (e-dziekanat) poprzez warstwę usług Web Services systemu dziekanatowego BazuS” zastępując ten wymóg następującym postanowieniem „Integracja z aplikacją Zamawiającego (e-dziekanat) poprzez widoki lub szynę ESB”. Jednocześnie Zamawiający w tabeli obok tego postanowienia (punkt 22 tabeli) zaznaczył, iż wymóg takiej realizacji integracji uznaje za konieczny (kolumna zatytułowana „Status wymagania”).

Przystępujący w złożonej ofercie wykorzystał jako formularz ofertowy wzór stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ oraz dołączył do oferty zmodyfikowany formularz wymagań funkcjonalnych zgodny z treścią zmodyfikowanego w dniu 18.07.2018 r. załącznika nr 2 do SIWZ.

Zamawiający pismem z dnia 10.08.2018 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający za taką ofertę uznał ofertę złożoną przez Przystępującego – Zakład Systemów Komputerowych ZSK Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie, która otrzymała łącznie 100 pkt w ramach kryteriów oceny ofert. Na drugim miejscu uplasowała się oferta złożona przez wykonawcę e-MSI uzyskując łącznie 88,55 pkt. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na 3 miejscu uzyskując łącznie 82,80 pkt.

Na powyższą czynność Odwołujący w dniu 16.08.2018 r. wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że jest z urzędu zobligowana do badania spełnienia przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W niniejszym wypadku dodatkowo w tym zakresie został zgłoszony wniosek ze strony Przystępującego oraz Zamawiającego.

Interes w uzyskaniu zamówienia jest przesłanką materialnoprawną co oznacza, iż odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu danego zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone, gdyż w przypadku istnienia jego braku podmiot wnoszący odwołanie nie posiada legitymacji czynnej do wniesienia odwołania.

Ocena istnienia lub braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia następuje na moment wniesienia odwołania – w przeciwieństwie do przesłanki z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, której spełnienie podlega ocenie na moment wyrokowania (uwzględnienia zarzutów odwołania i sformułowania jego sentencji).

Ustawodawca posługuje się pojęciem „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”, co oznacza że Odwołujący zobowiązany jest do wykazania, że obiektywnie w konkretnym postępowaniu ma realną możliwość uzyskania danego zamówienia, będącego przedmiotem prowadzonego postępowania. Interes w uzyskaniu zamówienia musi odnosić się do konkretnego postępowania w konkretnym stanie faktycznym. Ponadto, na co wskazuje treść art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołujący jednocześnie zobowiązany jest do wykazania, że poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Jednakże w ostatnim czasie, w związku z orzecznictwem Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej „TSUE”) oraz na skutek zmiany przepisów regulujących procedurę w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego doszło do zmiany podejścia do kwestii interesu w uzyskaniu zamówienia.

Orzecznictwo TSUE (wyrok z dnia 5 kwietnia 2016 r. sygn. akt C-689/13 Puligenica Facility Esco oraz wyrok Fastweb C-100/12 (EU:C 2013:448)) - TSUE stoi na stanowisku, że interes w uzyskaniu danego zamówienia należy rozumieć jako interes w zawarciu umowy na konkretny przedmiot zamówienia i nie ma znaczenia, czy wykonawca dąży do uzyskania tego zamówienia w bieżącym czy w przyszłym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak długo się o nie ubiega i dąży do zawarcia umowy, to ma interes i może dążyć do wyeliminowania wszystkich wykonawców i unieważnienia postępowania, tak aby móc wystartować w nowym postępowaniu.

W odniesieniu do kwestii zakresu zaskarżenia czynności w drodze środków ochrony prawnej w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości poniżej progów UE wypowiedziały się niejednokrotnie sądy okręgowe rozpoznające skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Ukształtowana linia orzecznicza wskazywała na tzw. szerokie rozumienie przesłanki ujętej w treści art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. W ramach tak ukształtowanej linii orzeczniczej Sąd Okręgowy w Lublinie IX Wydział Gospodarczy w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie prowadzonej pod sygn. akt IX Ga 502/16 wskazane, że: *W konkluzji należy uznać, że dokonując wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, iż zaskarżeniu odwołaniem w postępowaniach przed (...) podlegają wszystkie zachowania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert (podkreślenie Izby) prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami prawa - ustawy Pzp wyboru najkorzystniejszej*

oferty, w tym również zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego zamawiający zobowiązany był wykluczyć, a także zaniechania odrzucenia oferty, która winna była zostać przez niego odrzucona.

Zwieńczeniem linii orzeczniczej sądów okręgowych jest fakt wydania w dniu 17 listopada 2017 r. przez Sąd Najwyższy po rozpoznaniu w Izbie Cywilnej zagadnienia prawnego w sprawach o sygn. III CZP 56/17 oraz III CZP 58/17 dwóch jednobrzmiących uchwał.

Zgodnie z komunikatem ze strony Sądu Najwyższego zatytułowanym „Sąd Najwyższy wzmocnił środki ochrony prawnej uczestników przetargu” z dnia 20 listopada 2017 r. w odniesieniu do spraw rozpoznawanych pod sygn. akt III CZP 56/17 oraz III CZP 58/17 *W dniu 17 listopada br. Sąd Najwyższy po rozpoznaniu w Izbie Cywilnej zagadnienia prawnego w sprawach o sygn. III CZP 56/17 oraz III CZP 58/17 podjął dwie jednobrzmiące uchwały następującej treści:*

1. Zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu.

Sąd Najwyższy wskazał, że dla zamówień podprogowych, czyli o pewnej wartości zamówienia, art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych identyfikuje przedmiot zaskarżenia, czyli to, co mogą zainteresowani zaskarżyć. Przedmiotem zaskarżenia jest wybór najkorzystniejszej oferty, ale ten wybór najkorzystniejszej oferty może być skarżony z rozmaitych powodów. W niniejszych sprawach, zarzuty dotyczyły tego, że wbrew stanowi faktycznemu zamawiający nie odrzucił oferty, lub nie wykluczył oferenta z przetargu. Sąd Najwyższy sprecyzował, że ta kategoria zarzutów także determinuje ocenę czy wybór najkorzystniejszej oferty został zgodnie ze standardami Prawa zamówień publicznych dokonany przez zamawiającego.

Dodatkowo dokonana, w wyniku nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), która weszła w życie z dniem 28 lipca 2016 r. zmiana art. 92 ust. 1 ustawy Pzp przez usunięcie z jego treści zwrotu „jednocześnie” powoduje, że zamawiający nie mają obowiązku jednoczesnego informowania wykonawców o czynnościach wykluczenia wykonawcy z postępowania, odrzucenia oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Zmiana ta ma wpływ na proces skarżenia czynności i zaniechań podmiotów zamawiających – zarówno w postępowaniach poniżej, jak i powyżej progów UE. Tym samym brak skumulowanego obowiązku informacyjnego przekłada się na kwestię interesu i ekonomiki

postępowania. Wynika to z możliwości sekwencyjnego (etapowego) badania ofert i oceny podmiotowej wykonawców, zaś sama możliwość zaskarżenia np. zaniechań podmiotu zamawiającego materializuje się dopiero na etapie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Konsekwencją tej zmiany może być nie tylko swego rodzaju „przywracanie” terminów do wnoszenia środków ochrony prawnej wobec zaniechań podmiotów zamawiających ale również, i przede wszystkim, rysuje się w tym zakresie konieczność przemodelowania podejścia do kwestii interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W postępowaniach o wartości poniżej progów UE kwestia zaniechania wykluczenia konkurenta lub braku odrzucenia jego oferty będzie się materializowała dopiero na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej, przy czym w przypadku gdy podmiot zamawiający nie dokonał oceny podmiotowej wszystkich wykonawców (np. przy procedurze odwróconej – art. 24aa ustawy Pzp) czynność wyboru oferty najkorzystniejszej będzie mogła być kwestionowana przez niemal każdego uczestnika postępowania – bez względu na ranking ofert. Jest to wynikiem braku obowiązku weryfikacji podmiotowej wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu. W ramach procedury odwróconej brak weryfikacji podmiotowej wszystkich wykonawców otwiera szerokie możliwości kwestionowania czynności podmiotu zamawiającego w drodze środków ochrony prawnej. Wszakże niemal każdy wykonawca jest w stanie wykazać interes w uzyskaniu zamówienia ze względu na możliwość wykluczenia innych wykonawców w dalszych etapach postępowania – co jest wynikiem braku badania sytuacji podmiotowej wykonawców i oparcia rozstrzygnięcia na oświadczeniach własnych ujętych w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia.

Tym samym w kontekście interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przy kwestionowaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ze względu na ograniczony zakres podmiotowej weryfikacji wykonawców, należy rozważyć szerokie jego rozumienie i dopuścić zaskarżenie takiej czynności przez niemal wszystkich uczestników postępowania.

Poddając ocenie istnienie prawa do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp (legitymacja czynna) należy uwzględnić wszystkie wskazane wyżej zmiany związane z obowiązującymi przepisami prawa, jak również kierunki nadane temu pojęciu w ramach orzecznictwa TSUE przy jednoczesnym uwzględnieniu innych okoliczności związanych z przemodelowaniem zakresu zaskarżenia w ramach środków ochrony prawnej (w postępowaniach poniżej progów UE) oraz orzecznictwa krajowego związanego z zakresem zaskarżenia w ramach środków ochrony prawnej.

W kontekście oceny spełnienia wymagań ujętych w treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wnioski jakie nasuwają się z analizy zmian legislacyjnych oraz orzecznictwa nie są spójne i nierzadko można odnieść wrażenie, że pozostają wobec siebie w opozycji.

Z jednej strony ustawodawca krajowy rozszerzył zakres zaskarżenia w postępowaniach o wartości poniżej progów UE, której to przesłance (art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp) w ramach orzecznictwa nadano szerokie znaczenie powodujące, że w tzw. postępowaniach podprogowych, zaskarżeniu podlega niemal każda czynność i zaniechanie podmiotu zamawiającego. Stąd też konsekwencją tego faktu winno być uznanie, w odniesieniu do sytuacji Odwołującego, że nic nie stało na przeszkodzie aby przedmiotem zaskarżenia objął on również zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, którego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji w ramach rankingu ofert.

Z drugiej zaś strony dostrzegalna jest tendencji w orzecznictwie TSUE preferująca tzw. szerokie podejście do kwestii interesu w uzyskaniu zamówienia. Jednocześnie w związku z przemodelowaniem procesu oceny ofert i badania kwestii podmiotowych wykonawców (wprowadzenia tzw. procedury odwróconej z art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp oraz rezygnacji z tzw. skumulowanego obowiązku informacyjnego na skutek zmiany treści art. 92 ust. 1 ustawy Pzp) wykonawcy nie mając pełnego obrazu sytuacji istniejącej w postępowaniu będą nierzadko zmuszeni wielokrotnie podważać czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w odrębnych postępowaniach odwoławczych, wbrew wypracowanej w orzecznictwie zasadzie kumulacji środków ochrony prawnej. Rozbieżności te powodują, że w ramach oceny istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia, konieczne jest wypracowanie w orzecznictwie takiego rozwiązania, które nie spowoduje naruszenia zasad efektywności postępowania odwoławczego oraz będzie ono jednocześnie respektowało wyrażoną wyżej zasadę kumulacji środków ochrony prawnej i efektywności ich rozpoznania. Rysuje się również konieczność każdorazowo indywidualnej oceny spełnienia przesłanek wynikających z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, na którą mogą mieć wpływ (jak dotychczas) nie tylko czynności podmiotu zamawiającego i sformułowane w odwołaniu zarzuty, ale obecnie również tryb postępowania, jego szacunkowa wartość oraz sposób realizacji w postępowaniu obowiązku informacyjnego.

Kolejnym problemem praktycznym, który nasuwa się w ramach tzw. postępowań podprogowych jest fakt, iż w odniesieniu do tych postępowań nie będą miały zastosowania przepisy dyrektywy Rady 89/665/EWG oraz dyrektywy Rady 92/13/EWG. Obie te dyrektywy zostały znowelizowane *dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych*, w ramach których Państwa Członkowskie mają zagwarantować rozwiązania legislacyjne respektujące zasadę efektywności (skuteczność) i szybkości postępowania.

Mając na uwadze powyższe Izba w niniejszym składzie uznała, kierując się wyłącznie przepisami prawa krajowego (ze względu na wartość szacunkową postępowania), które umożliwiają wykonawcom w postępowaniach o wartości poniżej progów UE zaskarżenia każdej czynności i zaniechania podmiotu zamawiającego, że Odwołujący celem wypełnienia przesłanki ujętej w treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp winien objąć zakresem zaskarżenia także zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty sklasyfikowanej na drugiej pozycji w rankingu ofert.

Stąd też Izba uznała, że Odwołującemu nie przysługiwało w tych określonych okolicznościach prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej, gdyż nie wykazał on istnienia po jego stronie interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż na skutek wskazanego powyżej zaniechania nie ma on szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia w związku zakresem podniesionych zarzutów. Na powyższe rozstrzygnięcie wpływ miała również okoliczność, że Zamawiający w piśmie z dnia 10.08.2018 r. przedstawił wykonawcom pełny ranking ofert, z którego wynikało, że oferta Odwołującego została uplasowana na 3 pozycji (liczba punktów 82,80), zaś ofertą sklasyfikowaną na drugim miejscu w tym rankingu była oferta wykonawcy e-MSI Spółka z o.o., która uzyskała łącznie 88,55 punktów. Jak wynika zaś z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej do rankingu ofert w ramach tzw. procedury odwróconej (art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp) powinny być zaliczone te oferty, które zdaniem podmiotu zamawiającego nie podlegają odrzuceniu. Zamawiający w takiej procedurze nie ma zatem obowiązku badania sytuacji podmiotowej wykonawców. W odniesieniu do powyższego wskazać należy, że Odwołujący we wniesionym odwołaniu zakwestionował zaniechanie odrzucenia oferty najkorzystniejszej – a zatem mając na uwadze ranking ofert powinien analogiczny zarzut sformułować wobec wszystkich ofert sklasyfikowanych na wyższych pozycjach w tym rankingu. Tym samym, mając na uwadze orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz sądów okręgowych dopuszczające możliwość wniesienia odwołania także wobec zaniechań podmiotu zamawiającego, termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy e-MSI Spółka z o.o. rozpoczął swój bieg od czynności ujawnionej wykonawcom pismem z dnia 10.08.2018 r.

Dodatkowo jak słusznie wskazał w toku rozprawy Zamawiający *„W zakresie interesu i jego braku wskazuje, że ustalenia poczynione w ramach tej rozprawy nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy, do której nie sformułowano zarzutów.”*

Tym samym Odwołujący na skutek nieprawidłowego zakresu zaskarżenia nie wykazał istnienia po jego stronie interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Co do zarzutów podniesionych przez Odwołującego w treści odwołania Izba, jedynie na marginesie, wskazuje, iż zostały one oparte jedynie na twierdzeniach i brak jest jakichkolwiek dowodów potwierdzających tezy zawarte w odwołaniu.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Zdaniem Izby Odwołujący nie sprostął wymogom związanym z procesem dowodzenia ujętym w przywołanej wyżej regulacji art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Przede wszystkim Odwołujący nie wykazał, że istnieją prawne lub techniczne przeszkody uniemożliwiające Przystępującemu dokonanie integracji obu systemów. Wprost przeciwnie, w toku rozprawy wskazywał, że integracja polegająca na analizie widoków jest możliwa z technicznego punktu widzenia. W tym zakresie wskazał jedynie, że jest to metoda nieudolna mogąca spowodować wystąpienie błędów w migrowanym zbiorze danych. W odpowiedzi na powyższe Przystępujący i Zamawiający wskazali, że właścicielem danych jest Zamawiający, mogą one zostać pobrane bezpośrednio z tabel bazy danych, zaś w finalnym etapie integracji systemów może dojść do testów pozwalających na weryfikację poprawności merytorycznej tych danych.

Jak wskazał Zamawiający w toku rozprawy, co Izba uznała za najdonioślejszy z argumentów, wykonawcy nie mieli swobody w wyborze metody wykonania integracji obu systemów (zamawianej aplikacji mobilnej z budowanym obecnie systemem e-dziekanat Bazu), gdyż sposób dokonania tej czynności został wykonawcom narzucony przez Zamawiającego. W wyniku modyfikacji z dnia 18.07.2018 r. doszło do zmiany punktu 22 załącznika nr 2 do SIWZ zatytułowanego „Formularz wymagań funkcjonalnych”, gdzie w zakresie wymagań dotyczących procesu integracji Zamawiający usunął postanowienie „Integracja z aplikacją Zamawiającego (e-dziekanat) poprzez warstwę usług Web Services systemu dziekanatowego Bazu” zastępując ten wymóg następującym postanowieniem „Integracja z aplikacją Zamawiającego (e-dziekanat) poprzez widoki lub szynę ESB”.

Jednocześnie Zamawiający w tabeli obok tego postanowienia (punkt 22 tabeli) zaznaczył, iż wymóg takiej realizacji integracji uznaje za konieczny (kolumna zatytułowana „Status wymagania”). Powyższe oznacza, że ten sposób integracji był jedynym dopuszczonym przez Zamawiającego.

Brak modyfikacji załącznika stanowiącego formularz ofertowy (załącznik nr 1 do SIWZ) przez Przystępującego powoduje, że zaakceptował on sposób realizacji przedmiotu zamówienia – a zatem należy uznać, że jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ i odpowiada wprost wymaganiom Zamawiającego w tym zakresie (vide pkt 7 formularza ofertowego). Tym samym treść oferty Przystępującego należy oceniać przez pryzmat wymagań postawionych przez Zamawiającego w załączniku nr 2 do SIWZ zawierającym wymagania funkcjonalne wobec zamawianej aplikacji mobilnej, w tym szczegółowo określone i narzucone wykonawcom wymagania co do sposobu przeprowadzenia jej integracji z aplikacją e-dziekanat Bazus. Dodatkowo Przystępujący w złożonej przez siebie ofercie załączył (str. 4 – 5 oferty) zmodyfikowany formularz pt.: „Formularz wymagań funkcjonalnych” – a zatem tym oświadczeniem woli dookreślił sposób realizacji świadczenia.

Poddając analizie argumentację Odwołującego zawartą w treści odwołania oraz przedstawioną w toku rozprawy można odnieść wrażenie, że Odwołujący kwestionuje *de facto* sposób realizacji świadczenia narzucony wykonawcom przez Zamawiającego. Kwestionowanie tego sposobu na tym etapie postępowania jest z oczywistych względów niemożliwe, ze względu na upływ terminu na wniesienie odwołania wobec postanowień treści SIWZ.

Mając na uwadze powyższe nie doszło do wykazania przez Odwołującego, że oferta złożona przez Przystępującego nie odpowiada wymaganiom określonym w treści SIWZ – a więc nie potwierdziły się także zarzuty zawarte w odwołaniu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji. W pierwszej kolejności Izba uznała, że Odwołującemu nie przysługiwało prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, ze względu na sformułowanie zarzutów w sposób uniemożliwiający rozstrzygnięcie postępowania odwoławczego w sposób, który umożliwiłby uzyskanie przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia.

W drugiej kolejności Izba poddała ocenie merytorycznej zarzuty zawarte w odwołaniu uznając jednocześnie, że nie zasługują one na uwzględnienie.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w

odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Izba mając na uwadze, że Odwołujący wniósł wpis w wysokości 15 000 złotych zaliczyła w poczet kosztów kwotę 7 500 zł – zgodnie z powołanymi wyżej regulacjami. Pozostała część kwoty winna zostać zwrócona Odwołującemu.

Przewodniczący:

.....

