

Sygn. akt: KIO 1626/10

WYROK
z dnia 13 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Anna Chudzik

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 30 lipca 2010 r. przez **ACCREO TAXAND Sp. z o.o., 00-132 Warszawa, ul. Grzybowska 5a** w postępowaniu prowadzonym przez **TAURON Polska Energia S.A., 40-389 Katowice, ul. Lwowska 23**

przy udziale wykonawcy **TPA Horwath Sztuba Kaczmarek Sp. z o.o., 61-761 Poznań, ul. Żydowska 1**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części I postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
- 2. kosztami postępowania obciąża TAURON Polska Energia S.A., 40-389 Katowice, ul. Lwowska 23 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ACCREO TAXAND Sp. z o.o., 00-132 Warszawa, ul. Grzybowska 5a tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) dokonać wpłaty przez **TAURON Polska Energia S.A., 40-389 Katowice, ul. Lwowska 23** na rzecz **ACCRESO TAXAND Sp. z o.o., 00-132 Warszawa, ul. Grzybowska 5a** kwoty **18 050 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Skład orzekający Izby:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – TAURON Polska Energia S.A. – prowadzi postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem na *Usługi doradztwa podatkowego dla spółek Grupy Kapitałowej TAURON*.

W dniu 30 lipca 2010 r. wykonawca – Accreo Taxand Sp. z o.o. wniósł odwołanie dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części I zamówienia *Doradztwo podatkowe w zakresie bieżącej (operacyjnej) działalności*, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy TPA Horwath Sztuba Kaczmarek Sp. z o.o. (dalej: Horwath) z naruszeniem prawa, ponieważ powyższa oferta winna zostać odrzucona jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż w pkt 1.d Załącznika nr 1 do Umowy, stanowiącym integralną część SIWZ i zawierającym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie Części I, Zamawiający zapisał, że *zakres usług świadczonych przez Wykonawcę obejmuje w szczególności (...) wsparcie Zamawiającego w budowaniu bazy wiedzy podatkowej w oparciu o wewnętrzną sieć intranetową*. Tymczasem z analizy treści oferty złożonej przez Horwath (Koncepcja funkcjonowania systemu doradztwa podatkowego w Grupie TAURON oraz propozycja możliwych działań optymalizacyjnych – Załącznik nr 2, pkt 3) wynika, że wykonawca ten oferuje realizację usługi przy wykorzystaniu „Centrum komunikacji” stworzonego na dedykowanej platformie internetowej.

Odwołujący podniósł, że zaoferowany „Model systemu organizacji współpracy i komunikacji” został oparty na trzech podstawowych narzędziach komunikacyjnych, z których jedno stanowi Centrum Komunikacji zlokalizowane na specjalnie w tym celu utworzonej stronie WWW. Powyższe świadczy – zdaniem Odwołującego – że Horwath zaoferował realizację usługi, wbrew wymaganiom SIWZ, nie przy wykorzystaniu wewnętrznej, czyli intranetowej sieci, ale przy wykorzystaniu sieci powszechnie dostępnej, jaką jest Internet.

Odwołujący podkreślił, że kwestia sposobu świadczenia usługi, w tym problem wykorzystania Internetu lub intranetu był przedmiotem rozmów prowadzonych z Zamawiającym w trakcie negocjacji. Zamawiający poinformował wówczas, że oczekuje zapewnienia maksymalnej ochrony danych wrażliwych oraz że konieczna jest minimalizacja ryzyka związanego z prawem własności do zbudowanej wspólnie bazy danych. Zamawiający dokonał

modyfikacji postanowień zawartych uprzednio we wstępnej wersji SIWZ i zażądał, aby usługa była świadczona wyłącznie przy wykorzystaniu sieci intranetowej, która daje Zamawiającemu pełną kontrolę zarówno nad dostępem do niej, jak również nad zawartością i własnością dokumentów w tej sieci umieszczanych i wykorzystywanych.

Odwołujący podniósł, że w zaistniałej sytuacji wykluczona jest omyłka wykonawcy, która mogłaby podlegać poprawieniu oraz możliwość wyjaśnienia treści oferty na gruncie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż wskazana niezgodność nie budzi wątpliwości, a w wyniku wyjaśnień składanych na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp mogłoby dojść do niedozwolonej zmiany treści oferty.

Ponadto Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasadę przejrzystości, w trakcie dokonywania czynności oceny ofert w kryterium *zawartość merytoryczna oferty*, w efekcie czego oferta Odwołującego przegrała z ofertą spółki Horwath różnicą zaledwie 0,45 punktu. Zdaniem Odwołującego przy ocenie ofert w tym kryterium wystąpiła niedopuszczalnie duża uznaniowość członków komisji przetargowej w przydzielaniu ocen, objawiająca się m.in. w tym, że uzasadnienia o jednakowej treści skutkują różną punktacją u poszczególnych członków komisji.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z SIWZ w kryterium *zawartość merytoryczna oferty* Zamawiający zobowiązany był dokonywać oceny wyłącznie w oparciu o dokumentację zawartą w ofercie wykonawcy, a ponadto winien był wziąć pod uwagę dwa odrębne podkryteria, z których każde posiadało własną maksymalną liczbę punktów możliwych do uzyskania. Tymczasem Zamawiający – wbrew postanowieniom SIWZ – sporządził i przedstawił dla kryterium *zawartość merytoryczna oferty* jedynie sumaryczne oceny, bez podziału na przyjęte podkryteria, którymi powinien był się kierować. W związku z tym nie można wywnioskować, jak przebiegała ocena w poszczególnych podkryteriach i za co zostały przydzielone poszczególnym ofertom punkty, co świadczy – zdaniem Odwołującego – o braku przejrzystości ocen.

Odwołujący zwrócił uwagę na przyznanie ofercie spółki Horwath większej sumarycznej liczby punktów niż ofercie Odwołującego, mimo że oferta Horwath nie zawiera szeregu elementów, które winny podlegać ocenie. Jako okoliczności uzasadniające tezę, że oferta Odwołującego powinna zostać oceniona wyżej w przedmiotowym kryterium niż oferta spółki Horwath, Odwołujący wskazał:

- brak w ofercie Horwath opisu modelu organizacji systemu podatkowego (zostały przedstawione cele do osiągnięcia, planowane korzyści i usprawnienia, jednak brakuje opisu samego modelu),

- z oferty Horwath wynika, że model organizacji systemu podatkowego składa się jedynie z zespołu roboczego i osób wytypowanych do akceptacji zleceń, podczas gdy Odwołujący zaprezentował w swojej ofercie, poza najniższym poziomem organizacyjnym zespołu roboczego, także inne koordynujące struktury pokazujące klarownie miejsce i udział poszczególnych spółek Zamawiającego w oferowanym modelu,

- brak w ofercie Horwath odniesienia się do specyfiki działalności Grupy TAURON.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie Części I, powtórzenia badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego.

W dniu 5 sierpnia 2010 r. wykonawca – TPA Horwath Sztuba Kaczmarek Sp. z o.o., zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

W ocenie Przystępującego Zamawiający prawidłowo dokonał czynności oceny ofert. Czynności te zostały przeprowadzone w pełnej zgodności z opublikowanym przez Zamawiającego ogłoszeniem o zamówieniu oraz SIWZ. W szczególności Przystępujący zakwestionował stanowisko Odwołującego, jakoby dokonując oceny ofert przy zastosowaniu kryteriów podanych w ogłoszeniu o zamówieniu, Zamawiający naruszył zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Ocena ta – zdaniem Przystępującego – została dokonana w sposób przejrzysty, obiektywny i z zachowaniem zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji. Przystępujący podniósł, iż ewentualne kwestionowanie przyjętych kryteriów oceny ofert powinno mieć miejsce na wcześniejszym etapie postępowania, a obecnie są to zarzuty spóźnione.

Przystępujący nie zgodził się również z zarzutem, że wystąpiły jakiegokolwiek przesłanki odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, podnosząc, że oferta ta jest w pełni zgodna z treścią dokumentacji przetargowej, zarówno pod względem formalnym, jak i merytorycznym oraz spełnia wszelkie oczekiwania Zamawiającego i gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób profesjonalny i przy zastosowaniu najwyższych standardów.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp

poniesie szkodę. Ponadto Izba stwierdziła, że wykonawca Horwath – który w ustawowym terminie zgłosił przystąpienie do postępowania – posiada interes prawny w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść Zamawiającego (ze względu na fakt, że oddalenie odwołania skutkować będzie otrzymaniem przez tego wykonawcę zamówienia) i dopuściła ww. Wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym.

W ocenie Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego o niezgodności treści oferty Przystępującego z wymaganiami określonymi w SIWZ. W punkcie 1.d. załącznika do projektu umowy został ustanowiony wymóg, że baza wiedzy podatkowej ma być zbudowana w oparciu o wewnętrzną sieć intranetową, natomiast Przystępujący zaoferował model systemu organizacji współpracy i komunikacji oparty *na trzech podstawowych narzędziach komunikacyjnych, w tym na specjalnej internetowej platformie „Centrum Komunikacji”*. W koncepcji przedłożonej przez Przystępującego stwierdzono, że ośrodek zarządzania komunikacją i współpracą pomiędzy Grupą TAURON i TPA Horwath *zostałby zlokalizowany na specjalnie w tym celu utworzonej stronie WWW dostępnej dla autoryzowanych użytkowników na podstawie przydzielonych identyfikatorów i haseł*. Z powyższego wynika – w ocenie Izby – że Przystępujący zaoferował utworzenie bazy wbrew wymogom Zamawiającego, w oparciu o sieć internetową. Tymczasem w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostało wyraźnie określone, że proponowane rozwiązanie ma być oparte o wewnętrzną sieć intranetową, co – w ocenie Izby – wyklucza możliwość realizacji zamówienia z wykorzystaniem Internetu.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego i Przystępującego, że mimo wskazania w ofercie Przystępującego platformy internetowej, jako narzędzia komunikacyjnego, zaoferowane zostało stworzenie bazy w oparciu o intranet.

Przede wszystkim nie można zgodzić się z argumentem, że ograniczenie dostępu do bazy za pomocą haseł daje podstawy do stwierdzenia, że baza działa w sieci wewnętrznej. Intranet, to z definicji wewnętrzna sieć firmy lub instytucji, a nie sieć zewnętrzna z ograniczonym dostępem. O tym, że zaoferowane rozwiązanie opiera się na intranecie, w żadnym wypadku nie może świadczyć powoływana przez Zamawiającego definicja, zgodnie z którą intranet to sieć, do której można się zalogować również z Internetu, np. poprzez login lub hasło. W definicji tej jest bowiem mowa o samym sposobie dostępu do zasobów sieci wewnętrznej (czyli do intranetu) z zewnątrz (z Internetu). W ocenie Izby wykonawca zaoferował rozwiązanie odwrotne – dostęp z komputerów Zamawiającego do zasobów umieszczonych w Internecie, co jest niezgodne z wymogami SIWZ.

Nie można również zgodzić się ze stanowiskiem Przystępującego, że: *oferta nie określa w żaden sposób lokalizacji sieciowej dla oferowanego rozwiązania. Z treści oferty nie wynika, że wykonawca planuje ulokowanie centrum komunikacji w publicznej sieci internet. W ocenie Izby zawarte w ofercie określenie oparte na specjalnej internetowej platformie jednoznacznie wskazuje lokalizację sieciową, niezgodnie z wymogami SIWZ.*

Nawet jeśli przyjąć, że Przystępujący ma możliwość umiejscowienia systemu zarówno w sieci wewnętrznej, jak i zewnętrznej, a wybór tej sieci jest obojętny z punktu widzenia sprawności i kosztów realizacji zamówienia, to już w chwili składania ofert wykonawca zobowiązany był wskazać rozwiązanie zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego, a nie dostosowywać je do tych oczekiwań w trakcie wykonywania zamówienia. Dlatego nie można uznać za przesadzający o prawidłowości złożonej oferty argumentu Przystępującego, że *to w jakim środowisku sieciowym taki system zostanie udostępniony, stanowi odrębne zagadnienie podlegające rozstrzygnięciu w dowolnym momencie po jego opracowaniu. Wykonawca zakładał możliwość bieżącego dostosowania swej usługi do aktualnych wymagań zamawiającego już na etapie realizacji umowy.*

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, że cel, jaki Zamawiający chciał osiągnąć, tj. bezpieczeństwo danych, został zapewniony poprzez zabezpieczenie dostępu do bazy za pomocą identyfikatorów i haseł. Po pierwsze, żądanie Zamawiającego było sformułowane wyraźnie – system ma być stworzony w oparciu o sieć wewnętrzną i wyłącznie takie rozwiązanie powinno być zaoferowane przez wykonawców. Po drugie trudno zgodzić się z tezą, że rozwiązanie oparte na platformie internetowej zapewnia taki sam poziom bezpieczeństwa danych, zatem należy je przyjąć jako zgodne z celem i intencjami Zamawiającego. Dane umieszczone w sieci wewnętrznej mogą być lepiej zabezpieczone, niż dane umieszczone w Internecie, nawet jeśli dostęp do nich wymaga zalogowania identyfikatorem i hasłem. Baza działająca w sieci wewnętrznej znajduje się pod pełną kontrolą jej właściciela, w tym w zakresie osób uprawnionych do dostępu do danych, natomiast do bazy umieszczonej w Internecie, czyli poza siecią wewnętrzną, dostęp jest szerszy (może obejmować nie tylko uprawnionych użytkowników, ale również pracowników dostawcy, administratorów serwerów), a jego ochrona słabsza.

Wobec powyższego należy uznać, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie podkreślić należy, że niezgodność ta nie ma charakteru omyłki możliwej do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, stanowisko Odwołującego świadczy bowiem o tym, że taka forma organizacji bazy zaproponowana została świadomie i celowo, nie zaś omyłkowo, a ewentualne dokonanie poprawek powodowałoby istotną zmianę w treści oferty.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego oceny ofert w kryterium *zawartość merytoryczna oferty*, Izba na wstępie ustaliła, zarzut nie dotyczy opisu przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, ale sposobu dokonania oceny ofert. Nie można więc go uznać – jak twierdził Przystępujący – za zarzut spóźniony.

Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ (pkt XVIII) jako drugie (obok ceny) kryterium oceny ofert określił zawartość merytoryczną oferty, przypisując mu wagę 30% i stanowiąc, że ocena ofert w ww. kryterium nastąpi w oparciu o przedłożoną przez wykonawcę koncepcję funkcjonowania systemu doradztwa podatkowego w Grupie TAURON oraz propozycję możliwych działań optymalizujących w obszarze podatkowym Grupy TAURON. Jednocześnie Zamawiający uszczegółowił powyższe kryterium, stanowiąc, że ocena uzależniona będzie od:

- oceny propozycji zasad i modelu organizacji systemu podatkowego uwzględniającego specyfikę Grupy Kapitałowej,
- oceny proponowanego systemu organizacji współpracy, w tym: komunikacji pomiędzy wykonawcą a Spółkami Grupy TAURON, sposobu przekazywania informacji, możliwych rozwiązań technicznych w zakresie potwierdzania konsultacji, raportowania, dokumentowania itp.

Zgodnie z SIWZ punktacja w ramach przedmiotowego kryterium miała być przyznawana w wysokości do 18 punktów za pierwsze podkryterium oraz do 12 punktów za drugie.

Izba ustaliła, że druki ZP-20 *Karty indywidualnej oceny oferty*, wypełnione przez członków komisji przetargowej, przedstawiają punktację w kryterium *zawartość merytoryczna oferty* bez wskazania punktów uzyskanych w poszczególnych podkryteriach. Nie sporządzono również żadnych innych dokumentów odzwierciedlających ocenę ofert w tym zakresie. W ocenie Izby taki sposób oceny i jej dokumentacji należy uznać za nieprzejrzysty oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający uszczegółowił kryterium zawartości merytorycznej ofert nie tylko podając, jakie cechy oferty będą oceniane, ale również przypisując im wagę punktową. Takie sformułowanie zasad oceny ofert jest dla Zamawiającego wiążące i nie może on w toku postępowania zmieniać poziomu szczegółowości oceny przyjętego w SIWZ. Celem opisanie w specyfikacji zasad oceny ofert jest nie tylko poinformowanie wykonawców o okolicznościach istotnych dla przygotowania oferty, ale także umożliwienie ustalenia *ex post* prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny. Przyjęte zasady oceny muszą mieć następnie odzwierciedlenie w dokumentacji z postępowania.

Nie oceniając prawidłowości ustalonych kryteriów należy stwierdzić, że muszą być one tak stosowane, a ocena na ich podstawie tak udokumentowana, aby umożliwić późniejszą

weryfikację prawidłowości czynności Zamawiającego. Sposób, w jaki w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał oceny ofert, należy uznać za nieprawidłowy. Wniosku tego nie zmienia fakt, że – jak twierdzi Zamawiający – przy ocenie ofert brano pod uwagę wszystkie aspekty opisane w specyfikacji, nie przedstawiono jedynie punktacji częściowej przyznanej za poszczególne podkryteria. W SIWZ zamieszczono nie tylko opis elementów wpływających na ocenę, ale określono też dla tych elementów punktację, zatem po stronie Zamawiającego istniał obowiązek przedstawienia tej punktacji w dokumentacji z postępowania. Wykonawcy mają bowiem pełne prawo do informacji o liczbie punktów przyznanych za poszczególne aspekty podlegające ocenie.

Fakt, że przyjęte w niniejszym postępowaniu kryterium *zawartości merytorycznej oferty*, należy do tzw. kryteriów miękkich, cechujących się pewnym stopniem uznaniowości, tym bardziej zobowiązywał Zamawiającego nie tylko do ich szczegółowego opisanie, ale również do zastosowania szczegółowej oceny i podania jej wyników do wiadomości wykonawców, co służyłoby zachowaniu przejrzystości działań Zamawiającego.

Ocena na podstawie *kryterium zawartości merytorycznej* ofert spowodowała minimalną różnicę w punktacji ogólnej, przesądzającą o wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołujący, któremu nie przedstawiono szczegółowych wyników oceny, ma podstawy do formułowania zarzutów o nierównym traktowaniu wykonawców, nie ma bowiem wiedzy, czy ocena dokonana została prawidłowo.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego różnic w liczbie punktów przyznanych przez poszczególnych członków komisji przetargowej przy powołaniu się na takie same uzasadnienia, należy stwierdzić, że żaden przepis ustawy nie nakazuje jednomyślności członków komisji, jednakże ocena powinna przebiegać w sposób zapewniający, że oferty wszystkich wykonawców są oceniane wg tych samych zasad określonych w SIWZ. Różnice w ocenach powinny być zminimalizowane poprzez wystarczająco precyzyjne opisanie kryteriów na etapie opracowywania specyfikacji (co jednak nie podlega ocenie w niniejszym postępowaniu odwoławczym) oraz obowiązek wyczerpującego uzasadnienia przyznanych ocen, z odniesieniem oferowanych rozwiązań do oczekiwań Zamawiającego.

Ocena ofert została w niniejszym postępowaniu dokonana na tyle nieprzejrzysto, że zweryfikowanie jej prawidłowości jest utrudnione. Należy więc stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie oceny ofert i przedstawienie jej wyników w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców. Na podstawie dokumentacji przetargowej nie można bowiem stwierdzić, czy oferty o takiej samej wartości merytorycznej zostały ocenione tak samo oraz czy przyznane punkty odpowiadają wartości

oferty w poszczególnych podkryteriach. W związku z tym Izba uznała za konieczne powtórzenie czynności oceny ofert.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby:

.....