

Sygn. akt: KIO 1347/19

POSTANOWIENIE
z dnia 29 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 29 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2019 r. przez **Odwołującego – SIMPLE Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Bronisława Czecha 49/51 (04-555 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Akademię Pomorską w Słupsku**, ul. Krzysztofa Arciszewskiego 22A (76-200 Słupsk)

postanawia:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze.**
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – Simple Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwoty **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Słupsku.**

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1347/19

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego Akademię Pomorską w Słupsku na świadczenie *usługi wdrożenia nowego lub modernizacja posiadanego systemu dziekanatowo – dydaktycznego obsługi studiów dla Akademii Pomorskiej w Słupsku wraz z dostawą niezbędnego sprzętu IT i oprogramowania oraz szkoleniem użytkowników systemu* (nr postępowania: ZP/777/2019), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.07.2019 r., 2019/S 126-308666, wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia oraz określenia pozacenowych kryteriów oceny ofert, a także opisu sposobu przeprowadzenia próbki, Wykonawca Simple S.A. z/s w Warszawie (dalej jako Odwołujący) wniósł w dniu 15 lipca 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1347/19).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 91 ust. 1, 2 i 2d w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez określenie kryterium oceny ofert „Funkcjonalność/Prezentacja”, zgodnie z którym, ocena próbki systemu złożonej przez Wykonawcę oceniana będzie indywidualnie przez członków komisji w skali od 1-5, według scenariusza prezentacji pod kątem spełniania 32 wymogów, by następnie sumę punktów z 32 wymogów uśrednić między wszystkich oceniających członków komisji, przemnażając średnią ocenę dla każdego z wymogów, co sprowadza się do ustanowienia arbitralnego sposobu oceny wymaganych funkcjonalności na podstawie subiektywnych opinii każdego z członków komisji w sytuacji, gdy spełnienie danego wymagania jest kwestią obiektywną, która nie może podlegać ocenie innej niż „spełnia/nie spełnia” i co rodzi poważne zastrzeżenia w zakresie przeprowadzenia oceny ofert w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zachowania zasad przejrzystości, zwłaszcza, że przypisana przez Zamawiającego waga tego kryterium wynosi aż 50%;
- 2) art. 91 ust. 1, 2 i 2d i art. 7 ustawy Pzp poprzez ustanowienie wymagań dotyczących próbki, podlegającej ocenie w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, w ten sposób, iż każdy z Wykonawców zobowiązany jest dostarczyć dysk twardy, na którym znajdował się będzie obraz maszyny wirtualnej z zainstalowaną wersją demonstracyjną/testową systemu, która to próbka zainstalowana będzie na dostarczonej przez Zamawiającego platformie Citrix Hypervisor w celu przeprowadzenia prezentacji, w sytuacji gdy wspomniana platforma nie gwarantuje porównywalności próbek, co rodzi poważne zastrzeżenia w zakresie przeprowadzenia oceny ofert w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zachowania zasad przejrzystości, zwłaszcza, że przypisana przez Zamawiającego waga tego kryterium wynosi aż 50%;

- 3) art. 91 ust. 1, 2 i 2d i art. 7 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w regulaminie prezentacji próbki postanowienia, zgodnie z którym wykonawcy podczas prezentacji będą mieli dostęp do sieci Internet, zapewnionej przez Zamawiającego, w sytuacji gdy przeprowadzenie prezentacji próbki nie wymaga dostępu do Internetu, a dostęp taki może zostać wykorzystany przez wykonawców do komunikacji z serwerami zewnętrznymi, ingerującymi w sposób prezentacji systemu, wspomagającymi prezentowane rozwiązania, co rodzi poważne zastrzeżenia w zakresie przeprowadzenia oceny ofert w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zachowaniu zasad przejrzystości, zwłaszcza, że przypisana przez Zamawiającego waga tego kryterium wynosi aż 50%;
- 4) art. 91 ust. 1, 2 i 2c w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w regulaminie prezentacji próbki postanowienia, zgodnie z którym wszystkie badane na potrzeby pozacenowego kryterium oceny ofert Funkcjonalności/Prezentacja funkcjonalności systemu, podane w scenariuszu prezentacji, muszą być uruchomione przez przeglądarkę www (Internet Explorer, Chrome, FireFox) – tj. Zamawiający wymaga wszystkich funkcjonalności próbki, zbudowanych w oparciu o architekturę trójwarstwową w sytuacji, gdy opis przedmiotu zamówienia nie wymaga, aby dostęp do funkcjonalności zamawianego systemu możliwy był wyłącznie przez przeglądarkę www, a więc możliwy będzie również z poziomu aplikacji zainstalowanej na urządzeniu roboczym (np. komputerze) – tj. możliwe jest dostarczenie systemu działającego w oparciu o architekturę dwuwarstwową, a systemy części wykonawców (w tym Odwołującego) są skonstruowane właśnie o architekturę dwuwarstwową, co powoduje, że treść kryterium nie odnosi się w znacznej części do przedmiotu zamówienia oraz bezzasadnie stawia w korzystniejszej sytuacji tych wykonawców, których systemy funkcjonują w oparciu o architekturę trójwarstwową;
- 5) art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, w którym Zamawiający nie określił pełnej listy systemów wraz z dokumentacją ich interfejsów wymiany danych, z którymi ma nastąpić integracja, wraz ze wskazaniem wszystkich technicznych informacji, dzięki którym możliwa będzie integracja oraz poprzez brak deklaracji Zamawiającego, że pozyska we własnym zakresie i na własny koszt wszelkie niezbędne do przeprowadzenia integracji informacje, dane od producentów lub autorów eksploatowanych systemów i baz danych, z którymi integracja ma nastąpić;
- 6) art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie migracji danych w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także nieuwzględniający wszystkich wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty

(zwłaszcza pod kątem zwymiarowania prac koniecznych do wykonania zamówienia i ich wyceny) z uwag na:

- a) zawarcie w opisie przedmiotu zamówienia ogólnych klauzul zgodnie z którymi zakres zamówienia w zakresie migracji danych zostanie ustalony przez Wykonawcę i to na etapie analizy przedwdrożeniowej, a więc na etapie po zawarciu umowy o udzielenie zamówienia publicznego,
 - b) nieokreślenie przez Zamawiającego rodzaju danych podlegających migracji, informacji o ich strukturze oraz sposobie przedstawienia,
 - c) wymuszenie na wykonawcy zamówienia podjęcia współpracy z dostawcą dotychczas stosowanego systemu w celu pozyskania danych do przeprowadzenia migracji,
- co prowadzi do wniosku, że zidentyfikowaniem przedmiotu zamówienia zostanie w sposób niedozwolony obciążony przyszły wykonawca zamówienia na etapie jego realizacji, co uniemożliwia złożenie prawidłowo skonstruowanej i konkurencyjnej oferty;
- 7) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wewnętrznie niespójny oraz sprzeczny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa w zakresie ochrony danych osobowych oraz ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce poprzez:
- a) Ustalenie, że moduł opisany w pkt 5.5.25 OPZ musi pobierać informacje o danych osobowych i innych danych ukończenia studiów, w tym informacje o średniej za studia z systemu obsługi studiów, w sytuacji gdy:
 - 1) Zezwolenie kandydata na przetwarzanie danych osobowych zgodnie z RODO i ustawie o ochronie danych osobowych udzielane jest jedynie w zakresie procesu rekrutacji, a Studenta/Absolwenta w procesie obsługi studiów,
 - 2) Jednocześnie pkt 5.5.20 OPZ stanowi, że moduł przechowywać ma tylko dane osobowe kandydatów – co stanowi wewnętrzną sprzeczność wymagań OPZ,
 - b) Ustalenie, że moduł opisany w pkt 5 scenariusza prezentacji próbki (załącznik nr 4 do siwz) zapewniać ma wyświetlenie przez system wszystkich danych istniejących w bazie bez konieczności ponownego wprowadzania ich przez kandydata, tj. dane osobowe, ukończenie studiów, w tym informacje o średniej wobec osoby, która była lub jest studentem Uczelni) w sytuacji gdy, zezwolenie kandydata na przetwarzanie danych osobowych zgodnie z RODO i ustawie o ochronie danych osobowych udzielane jest jedynie w zakresie procesu rekrutacji, a Studenta/Absolwenta w procesie obsługi studiów,
 - c) Wymaganie, by obsługa w systemie prac dyplomowych zapewniała pełną współpracę z systemem plagiat.pl w sytuacji, gdy od roku akademickiego 2018/19 ustawodawca nałożył obowiązek sprawdzania przez uczelnie wyższe prac dyplomowych z

wykorzystaniem JSA – Jednolitego Systemu Antyplagiatowego, tj. rozwiązania udostępnianego nieodpłatnie wszystkim uczelniom wyższym w kraju;

- 8) Art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z treścią wzoru umowy w zakresie zapewnienia utrzymania Systemu,
- 9) Art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedoprecyzowanie co wchodzi w skład opisu przedmiotu zamówienia w zakresie liczby stanowisk wskazanych przez Zamawiającego, stacji roboczych, na których zainstalowany ma zostać system dziekanatowo-dydaktyczny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentacji postępowania w sposób wskazany w odniesieniu do opisu kryteriów (rozdział XIII siwz), próbki i regulaminu jej prezentacji (rozdział VI.3.1)h siwz oraz załącznik nr 4 do siwz), opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2 do swiz), wzoru umowy oraz formularza cenowego (załącznik nr 1 do swiz).

W dniu 16.07.2019 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej treść odwołania. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden z wykonawców.

Zamawiający w piśmie wniesionym do akt sprawy drogą elektroniczną w dniu 26 lipca 2019 r., przed otwarciem posiedzenia wyznaczonego na dzień 29 lipca 2019 r., złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu.

Izba stwierdziła, iż w świetle oświadczenia Zamawiającego zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie z art. 186 ust. 2 Ustawy.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 Ustawy, W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 2 lit b) Ustawy koszty postępowania odwoławczego *znosi się wzajemnie, jeżeli zamawiający uwzględnił w całości lub w części zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy.*

Na podstawie § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), Izba orzekła o dokonaniu Odwołującemu zwrotu z rachunku Urzędu kwoty 15.000 zł. uiszczonej tytułem wpisu od

odwołania. Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów poniesionych w związku z przygotowaniem i reprezentacją na posiedzeniu Izby, gdyż zgodnie z przepisami rozporządzenia koszty na rzecz Odwołującego mogą być zasądzone, jeżeli uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło po otwarciu rozprawy.

Przewodniczący: