

Sygn. akt: **KIO 2473/18**

**KIO 2478/18**

## **WYROK**

**z dnia 17 grudnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Jan Kuzawiński**

**Luiza Łamejko**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 30 listopada 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – Konsorcjum w składzie: **NMG S.A., Control Sp. z o.o., ul. Fordońska 246, 85-766 Bydgoszcz,**

B. w dniu 30 listopada 2018 r. przez wykonawcę: **Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”, ul. Wykopy 24, 60-001 Poznań,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o., ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **Control Process IT Sp. z o.o., Mikołajowice 221, 22-121 Bogumiłowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2478/18 po stronie odwołującego,

### **orzeka:**

1. uwzględni odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert wstępnych, w tym unieważnienie czynności odrzucenia ofert wstępnych złożonych przez Konsorcjum: NMG S.A., Control Sp. z o.o. i wykonawcę Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” oraz powtórzenie prezentacji przez ww. wykonawców uzupełnionej próbki Systemu i powtórzenie czynności oceny ofert wstępnych; w pozostałym zakresie oddala zarzuty zawarte w odwołaniach;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o., ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa**, i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w wysokości **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez odwołujących się, w tym:
  - A wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – Konsorcjum w składzie: **NMG S.A., Control Sp. z o.o., ul. Fordońska 246, 85-766 Bydgoszcz** (sygn. akt KIO 2473/18);
  - B wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę: **Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”, ul. Wykopy 24, 60-001 Poznań** (sygn. akt KIO 2478/18),
  
- 2) zasądzić kwotę **37 991 zł 90 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt jeden złotych dziewięćdziesiąt groszy) od zamawiającego: **Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o., ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa** na rzecz odwołujących, w tym:
  - A. kwotę w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o., ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – Konsorcjum w składzie: **NMG S.A., Control Sp. z o.o., ul. Fordońska 246, 85-766 Bydgoszcz** (sygn. akt KIO 2473/18), stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
  - B. kwotę w wysokości **19 391 zł 90 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt jeden złotych dziewięćdziesiąt groszy) od zamawiającego: **Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o., ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”, ul. Wykopy 24, 60-001 Poznań** (sygn. akt KIO 2478/18), stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie i opłaty skarbowej.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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:** .....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 2473/18**

**KIO 2478/18**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający, Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie negocjacji z ogłoszeniem w przedmiocie: „Dostawa, wdrożenie oraz usługa utrzymania systemu SCADA w Polskiej Spółce Gazownictwa Sp. z o.o.". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S 001-001453 z dnia 03.01.2017 r.

Pismem z dnia 19 listopada 2018 r. (przesłanym wykonawcom w dniu 20 listopada 2018 r.) Zamawiający powiadomił wykonawców wynikach oceny ofert wstępnych złożonych w postępowaniu, w tym o odrzuceniu ofert wstępnych złożonych przez: Konsorcjum firm: NMGS.A., Control Sp. z o.o., (zwane dalej „Konsorcjum NMG”), wykonawcę Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” (zwanego dalej „MIKRONIKA”), wykonawcę Control Process IT Sp. z o.o., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

### **KIO 2473/18**

Konsorcjum NMG wniosło odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty wstępnej złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty wstępnej Odwołującego, pomimo braku istnienia ku temu podstawy prawnej i faktycznej,
2. art. 26 ust 3 Pzp, poprzez uznanie, że złożona i zaprezentowana próbka nie spełnia wymogów Zamawiającego wyłącznie na podstawie wyczerpania czasu przeznaczonego na prezentację bez jednoczesnej oceny funkcjonalności oferowanego systemu, a tym samym na przedwczesnym wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia próbki,
3. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty wstępnej Odwołującego,
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty wstępnej Odwołującego, w zakresie złożonej próbki i oferowanej przez nią funkcjonalności,
3. ponownego poinformowania o wynikach oceny ofert wstępnych złożonych w postępowaniu oraz zaproszenia Odwołującego do negocjacji.

Odwołujący wskazał, że prawidłowa ocena oferty wstępnej Odwołującego oraz złożonej próbki pociągnie za sobą konieczność zaproszenia Odwołującego do negocjacji, a po ich przeprowadzeniu - zaproszenia do złożenia oferty, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 6.3 SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli wraz z ofertą złożyć „Próbkę oferowanego systemu/rozwiązania, zgodnie ze szczegółowym opisem określonym w Załączniku nr 3 do SIWZ.”

W treści Załącznika nr 3 do SIWZ Zamawiający sprecyzował zarówno wymogi co do próbki systemu i jego wymaganej funkcjonalności, jak i przebiegu prezentacji oferowanego systemu. Były to jedyne wymagania dotyczące oferowanego systemu i jego funkcjonalności znane wykonawcom na tym etapie postępowania i z tego względu tylko w stosunku do warunków jasno sprecyzowanych w treści Załącznika nr 3 do SIWZ winny być ocenianie oferty wstępne, jak i złożone próbki. Celem złożenia próbki, zgodnie z pkt. 1.1. Załącznika nr 3 do SIWZ było wykazanie i potwierdzenie, że złożone oferty odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w pkt 3 Załącznika nr 3 do SIWZ.

W przedmiotowym postępowaniu próbka złożona przez Odwołującego została zaprezentowana dwukrotnie. Pierwsza prezentacja miała miejsce dnia 10 lipca 2018 r. Prezentacja próbki, zgodnie z treścią PROTOKOŁU Z PREZENTACJI PRÓBKII z dnia 10 lipca 2018 r. została zakończona o godz. 16:30, „ze względu na wyczerpanie czasu przeznaczonego na prezentację”. Odwołujący nie mógł więc dokończyć prezentacji próbki zgodnie ze złożonym wraz z próbką scenariuszem czynności, co nie jest równoznaczne z faktem, że ofertowany system jest niezgodny z wymogami Zamawiającego określonymi w pkt. 3 Załącznika nr 3 do SIWZ. Czym innym jest bowiem wyczerpanie czasu przeznaczonego na prezentację (pkt. 1.7 załącznika nr 1 do SIWZ), a czym innym zaoferowanie systemu niezgodnego z wymogami Zamawiającego (pkt 3 załącznika nr 3 do SIWZ). Zdaniem Odwołującego, „łączny czas prezentacji Próbkii wynoszący 8 godzin”, określony w pkt 1.7 Załącznik nr 3 do SIWZ miał wyłącznie charakter quasi instrukcyjny, a więc jego przekroczenie nie powinno wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców m.in. poprzez uznanie, że oferowany system nie spełnia wymogów Zamawiającego. Czas ten nie stanowi treści złożonej oferty wstępnej, co oznacza, że do jej oceny nie ma zastosowania art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Nie bacząc na powyższe okoliczności po pierwszej prezentacji próbki Zamawiający pismem z dnia 3 września 2018 r. wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust 3 Pzp, do „uzupełnienia Próbkii Systemu przedstawionej na potwierdzenie, że oferowany system spełnia wymagania określone w SIWZ”. Jednocześnie w treści ww. wezwania Zamawiający wskazał, że „poniżej wskazane funkcjonalności Sytemu wymagane według SIWZ nie zostały objęte prezentacją (...)”. Tym samym Zamawiający potwierdził, że na moment wezwania nie miał wiedzy, że złożona próbka nie potwierdziła spełnienia przez oferowany system wymogów

określonych w treści SIWZ, a samo wezwanie wykonawcy na podstawie art. 26 ust 3 Pzp było przedwczesne. W treści wezwania Zamawiający nie sprecyzował, które wymogi nie zostały wykazane ze względu na wyczerpanie czasu przeznaczanego na prezentację, a których spośród wymaganych funkcjonalności nie spełnił zaoferowany przez wykonawcę system, objęty zakresem pierwszej prezentacji. Powyższe informacje nie wynikają również z udostępnionego po przesłaniu Informacji o wynikach oceny ofert wstępnych, załącznika do PROTOKOŁU Z PREZENTACJI PRÓBKII, w którym w kolumnie pn. „Ocena” wskazano wyłącznie „NIE” bez dodatkowej adnotacji wskazującej na motywy, którymi kierował się Zamawiający.

Ponadto, w treści ww. wezwania do uzupełniania próbki, Zamawiający doprecyzował żądane funkcjonalności, w stosunku do tych wskazanych w tabeli pkt 3 Załącznika nr 3 do SIWZ, co nie powinno mieć miejsca na tym etapie postępowania. Doprecyzowane wymagania co do żądanych funkcjonalności nie powinny być podstawą do określenia, że oferowany przez Odwołującego system jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi pierwotnie wyłącznie w pkt 3 Załącznika nr 3 do SIWZ. Odwołujący przedstawił w tabeli różnice co do wymaganych funkcjonalności systemu, z czego najbardziej istotna, bo mająca bezpośredni wpływ na odrzucenie oferty wstępnej Odwołującego jest modyfikacja wprowadzona w pkt 9 tabeli.

Druga prezentacja próbki odbyła się dnia 1 października 2018 r. Jak wskazano w PROTOKOLE Z PREZENTACJI UZUPEŁNIONEJ PRÓBKII SYSTEMU WYKONAWCY prezentacja dotyczyła „zakresu w jakim Próbkka Systemu podczas pierwszej prezentacji w dniu 10 lipa 2018 r. nie potwierdziła wymogów określonych w SIWZ”. W dalszej części ww. protokołu wskazano, że przedstawiciel Zamawiającego odczytywał każde z wymagań dotyczące Próbkki Systemu „które nie zostały zaprezentowane podczas pierwszej prezentacji próbki”. Dokument ten jest zatem wewnętrznie sprzeczny, a z jego treści nie sposób wywnioskować, co do których spośród wymaganych funkcjonalności wykonawca mógł zostać wezwany do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust 3 Pzp, tj. wyłącznie tych, co do których podczas pierwszej prezentacji stwierdzono jakąkolwiek niezgodność z wymogami Zamawiającego opisanymi w pkt. 3 Załącznika nr 3 do SIWZ.

W zakresie funkcjonalności, które podczas drugiej prezentacji były prezentowane po raz pierwszy i zdaniem Zamawiającego nie były zgodne z wymaganiami opisanymi w pkt 3 Załącznika nr 3 do SIWZ, Zamawiający zobowiązany był ponownie wezwać do ich uzupełnienia, a czynność ta nie byłaby sprzeczna z obowiązującą linią orzecniczą w zakresie jednokrotności wezwania na podstawie art. 26 ust 3 Pzp (w zakresie funkcjonalności, które nie były prezentowane podczas pierwszej prezentacji byłoby to pierwsze wezwanie na podstawie art. 26 ust 3 Pzp).

Ponadto, okoliczności leżące u podstaw odrzucenia oferty wstępnej Odwołującego opisane w ww. protokole, a następnie powtórzone w informacji o wynikach oceny ofert wstępnych z dnia 19 listopada 2018 r. budzą zdziwienie Odwołującego z uwagi na fakt, że bezpośrednio po zakończeniu prezentacji w dniu 1 października 2018 r. Odwołujący uzyskał ustne zapewnienie ze strony obecnych podczas prezentacji przedstawicieli Zamawiającego, że druga prezentacja potwierdziła, że oferowany system spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego opisane w treści SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp

Abstrahując od powyższego Zamawiający w piśmie z dnia 19 listopada 2018 r., pn. „Informacja o wynikach oceny ofert wstępnych” wskazał następujące powody odrzucenia oferty wstępnej Odwołującego, z którymi nie sposób się zgodzić:

„1 Zgodnie z ww. Załącznikiem nr 3 do SIWZ, punkt 3.1. „Niezbędny zakres prezentacji próbki — Interfejs użytkownika

a) Próbka Systemu powinna spełniać wymaganie z ppkt. 9 tabeli - „Sterowanie”, Wykonawca zobowiązany był do zaprezentowania m.in. funkcjonalności umożliwiającej: wizualizację parametrów składu gazu na schemacie technologicznym, na którym widoczne będą dane bieżące (online), zmianę składu gazu, która musi być dostępna z poziomu schematu technologicznego stacji lub schematu dedykowanego do zmiany składu gazu, Próbka Systemu nie zawierała powyższej funkcjonalności i nie zostały one zaprezentowane zgodnie z wymaganiami scenariusza prezentacji Próbką Systemu. Powyższa funkcjonalność nie została zaprezentowana podczas Prezentacji, złożonej wraz z ofertą wstępną, jak również uzupełnionej Próbką. Wizualizacja pełnej listy składu gazu powinna być prezentowana bezpośrednio na schemacie technologicznym. Funkcjonalność zmiany składu gazu oraz prezentacja danych bieżących (online) nie jest dostępna na schemacie technologicznym ale wymaga dodatkowego, oddzielnego kreatora, w którym konieczne jest każdorazowo określanie, które składniki małą być wyświetlane lub zmieniane. W kolejnym kroku dopiero istnieje możliwość prezentacji aktualnych danych oraz ewentualna ich zmiana co nie spełnia wymagania przedstawionego w ppkt 9 tabeli.”

Wymóg w zakresie tego parametru, określony w treści tabeli znajdującej się w pkt 3, załącznika nr 3 do SIWZ brzmiał:

„Schemat technologiczny powinien prezentować aktualne wartości składu gazu zapisane w przeliczniku. Zmiana poszczególnych parametrów składu gazu w „Przeliczniku A ” z poziomu schematu stacji lub dedykowanego schematu. Żądanie zmiany zostanie potwierdzone przez dodatkowe okno dialogowe.”

Odwołujący podniósł, że powyższy wymóg, określony pierwotnie w tabeli znajdującej się w pkt 3 Załącznika nr 3 do SIWZ, spełnia próbka złożona przez Odwołującego. Odwołujący wskazał, że ścieżka dostępu do ww. funkcjonalności została szczegółowo opisana w

„Scenariuszu czynności niezbędnych do wykonania prezentacji Próbką Systemu” złożonym wraz z uzupełnioną próbką (str. 28-30) oraz zaprezentowana podczas Prezentacji. Odwołujący potwierdził, że jest gotowy do odtworzenia kwestionowanego zakresu prezentacji podczas rozprawy, na próbce będącej w posiadaniu Zamawiającego, a tym samym wykazania, że oferowany system spełnia wymogi Zamawiającego określone w pkt. 3 Załącznika nr 3 do SIWZ.

b) Próbką Systemu powinna spełniać wymaganie z ppkt 13 tabeli — „progi alarmowe” „Wykonawca zobowiązany był do zaprezentowania m.in. funkcjonalności: powodującej, że wartość, która jest alarmowana miga na czerwono, Próbką Systemu nie zawierała powyższej funkcjonalności i nie została ona zaprezentowana zgodnie z wymaganiami scenariusza prezentacji Próbką Systemu. Powyższa funkcjonalność nie została zaprezentowana podczas Prezentacji, złożonej wraz z ofertą wstępną, jak również uzupełnionej Próbką. Próbką Systemu nie sygnalizuje na czerwono migającej wartości, która jest alarmowana.”

Odwołujący wskazał, że ścieżka dostępu do ww. funkcjonalności została szczegółowo opisana w „Scenariuszu czynności niezbędnych do wykonania prezentacji Próbką Systemu” złożonym wraz z uzupełnioną próbką (str. 38 - 41) oraz zaprezentowana podczas Prezentacji. Odwołujący potwierdził, że jest gotowy do odtworzenia kwestionowanego zakresu prezentacji podczas rozprawy na próbce będącej w posiadaniu Zamawiającego, a tym samym wykazania, że oferowany system spełnia wymogi Zamawiającego określone w pkt. 3 Załącznika nr 3 do SIWZ.

2. Zgodnie z ww. Załącznikiem nr 3 do SIWZ, punkt 3.2. „Niezbędny zakres prezentacji próbki - Interfejs administratora”

a) Próbką Systemu powinna spełniać wymaganie z ppkt. 1 tabeli—„Szablon schematu”, „Próbka Systemu powinna zawierać wymaganą funkcjonalność umożliwiającą wyświetlenie wartości danych bieżących z przeliczników wyświetlanych na schemacie stacji poprzez zagnieżdżony szablon okna pomiarowego, każdy przelicznik posiada oddzielne okno i Wykonawca zobowiązany był do jej zaprezentowania. Okno pomiarowe powinno zawierać dane: strumień gazu, ciśnienie, temperatura.

Do szablonu należy dodać przycisk otwierający wykres zarchiwizowanych danych bieżących oraz symbol statusowy, widoczny we wszystkich powiązanych oknach pomiarowych, którego kolory zmieniają się w zależności od stanu: zielony — wszystko sprawne, pomarańczowy: strumień gazu = 0, czerwony: brak komunikacji, czerwony wykrzyknik: aktywny jest jakikolwiek alarm.

Próbka Systemu nie zawierała powyższej funkcjonalności nie została ona zaprezentowana zgodnie z wymaganiami scenariusza prezentacji Próbką Systemu. Powyższa funkcjonalność nie została zaprezentowana podczas Prezentacji, złożonej wraz z ofertą wstępną, jak również uzupełnionej Próbką. Prezentowane wykresy nie umożliwiały wyświetlenia danych bieżących



zarchiwizowanych w Systemie z powodu braku funkcjonalności archiwizacji danych bieżących.”

Odwołujący wskazał, że ścieżka dostępu do ww. funkcjonalności została szczegółowo opisana w „Scenariuszu czynności niezbędnych do wykonania prezentacji Próbkę Systemu złożonym wraz z uzupełnioną próbką (str. 55-57) oraz zaprezentowana podczas Prezentacji. Odwołujący potwierdził, że jest gotowy do odtworzenia kwestionowanego zakresu prezentacji podczas rozprawy na próbce będącej w posiadaniu Zamawiającego, a tym samym wykazania, że oferowany system spełnia wymogi Zamawiającego określone w pkt. 3 Załącznika nr 3 do SIWZ.

b) Próbkę Systemu powinna spełniać wymaganie z ppkt 3 tabeli — „Szablon pobieranych parametrów”

„Wykonawca zobowiązany był do zaprezentowania funkcjonalności umożliwiającej zbudowanie szablonu pobieranych parametrów. Szablon „Przelicznik V pobiera dane: strumień, ciśnienie absolutne gazu, temperatura z urządzenia. Z szablonu tego korzystają „Przelicznik A” i „Przelicznik B”. Szablon należy rozbudować o pobieranie danych o numerze seryjnym przelicznika / jego typie, obliczenie nadciśnienia gazu, nazwę przelicznika wpisaną przez użytkownika, datę i czas pracy przelicznika, temperaturę pobieraną z wejścia rezerwowego 4-20mA (przetwornik AC 16-bit, zakres pomiaru -30C, +70C), funkcję umożliwiającą odpytanie urządzenia w dowolnej chwili. Wszystkie zmiany wprowadzone w szablonie przelicznika są widoczne w konfiguracji wszystkich obiektów korzystających z tego szablonu.

Próbka Systemu nie zawierała powyższej funkcjonalności nie została ona zaprezentowana zgodnie z wymaganiami scenariusza prezentacji Próbkę Systemu. Powyższa funkcjonalność nie została zaprezentowana podczas Prezentacji, złożonej wraz z ofertą wstępną, jak również uzupełnionej Próbkę. Rozbudowa szablonu pobieranych parametrów przelicznika nie uwzględniała możliwości pobierania informacji o dacie i czasie pracy przelicznika.”

Odwołujący wskazał, że ścieżka dostępu do ww. funkcjonalności została szczegółowo opisana w „Scenariuszu czynności niezbędnych do wykonania prezentacji Próbkę Systemu złożonym wraz z uzupełnioną próbką (str. 60-61) oraz zaprezentowana podczas Prezentacji. Odwołujący potwierdził, że jest gotowy do odtworzenia kwestionowanego zakresu prezentacji podczas rozprawy, na próbce będącej w posiadaniu Zamawiającego, a tym samym wykazania, że oferowany system spełnia wymogi Zamawiającego określone w pkt. 3 Załącznika nr 3 do SIWZ.

c) Próbkę Systemu powinna spełniać wymaganie z ppkt 6 tabeli — „Diagnostyka Systemu”

„Wykonawca zobowiązany był do zaprezentowania funkcjonalności umożliwiającej diagnostykę stanu zasobów sprzętowych i działania wszystkich modułów składowych z

poziomu Systemu.

Próbka Systemu nie zawierała powyższej funkcjonalności nie została ona zaprezentowana zgodnie z wymaganiami scenariusza prezentacji Próbki Systemu. Powyższa funkcjonalność nie została zaprezentowana podczas Prezentacji złożonej wraz z ofertą wstępną, jak również uzupełnionej Próbki. Prezentowana próbka nie umożliwia diagnostyki stanu zasobów sprzętowych zgodnie z wymaganiami. Zaprezentowano jedynie możliwość monitorowania działania pracy części modułów składowych Systemu oraz urządzeń komunikujących się z Systemem.”

Odwołujący wskazał, że ścieżka dostępu do ww. funkcjonalności została szczegółowo opisana w „Scenariuszu czynności niezbędnych do wykonania prezentacji Próbki Systemu złożonym wraz z uzupełnioną próbką (str. 63-64) oraz zaprezentowana podczas Prezentacji. Odwołujący potwierdził, że jest gotowy do odtworzenia kwestionowanego zakresu prezentacji podczas rozprawy, na próbcie będącej w posiadaniu Zamawiającego, a tym samym wykazania, że oferowany system spełnia wymogi Zamawiającego określone w pkt. 3 Załącznika nr 3 do SIWZ.

Z uwagi na powstałe pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym różnice w ocenie spełniania przez oferowany system wymogów (funkcjonalności) szczegółowo określonych w Załączniku nr 3 do SIWZ, których powtórzona prezentacja na rozprawie może definitywnie nie rozstrzygnąć, Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, w stosunku do wszystkich kwestionowanych w informacji o wynikach oceny ofert wstępnych, funkcjonalności. W ocenie Odwołującego, wyłącznie opinia niezależnego eksperta, który na podstawie przekazanych dokumentów (SIWZ wraz z Załącznikiem nr 3 do SIWZ) oraz próbki oceni czy oferowany przez Odwołującego System jest zgodny z wskazanymi w pkt 3 Załącznika nr 3 do SIWZ wymaganiami Zamawiającego, pozwoli jednoznacznie rozstrzygnąć kwestię braku zasadności odrzucenia oferty Odwołującego.

## **KIO 2478/18**

Wykonawca, Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”, wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia w dniu 19 listopada 2018 r. (doręczonym w dniu 20 listopada 2018 r.) oferty wstępnej Odwołującego i niezaproszenia Odwołującego do negocjacji.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 ust. 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty wstępnej Odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ, podczas gdy oferta wstępna Odwołującego odpowiada treści SIWZ;
- 2) art. 58 ust. 1 Pzp, poprzez niezaproszenie Odwołującego do negocjacji, pomimo że

Odwołujący złożył ofertę wstępną niepodlegającą odrzuceniu;

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 1 i 2f w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegające na odrzuceniu oferty wstępnej Odwołującego w oparciu o przedwczesne badanie oferty w zakresie dokumentów przedmiotowych;

4) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty wstępnej Odwołującego,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert wstępnych, z uwzględnieniem oferty wstępnej Odwołującego, w celu zakwalifikowania do kolejnego etapu postępowania - zaproszenia do negocjacji,
- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny systemów SCADA, celem wykazania podnoszonych w odwołaniu twierdzeń i okoliczności, w szczególności na okoliczność spełnienia przez ofertę wstępną Odwołującego wymogów SIWZ.

Odwołujący wyjaśnił, że na podstawie ogłoszenia o zamówieniu złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W dniu 29 listopada 2017 r. Zamawiający dopuścił Odwołującego do udziału w postępowaniu, a następnie, pismem z dnia 3 kwietnia 2018 r., zaprosił Odwołującego do złożenia oferty wstępnej, przesyłając specyfikację istotnych warunków zamówienia. Odwołujący złożył ofertę wstępną w dniu 14 czerwca 2018 r.

W dniu 4 lipca 2018 r. w siedzibie Zamawiającego odbyła się prezentacja Próbkę Systemu złożonej wraz z ofertą wstępną Odwołującego. Pismem z dnia 3 września 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia Próbkę Systemu, co nastąpiło w terminie, a jej prezentacja odbyła się w dniu 4 października 2018 r.

Pismem z dnia 19 listopada 2018 r., doręczonym Odwołującemu w dniu 20 listopada 2018 r., Zamawiający przesłał do Odwołującego Informację o wynikach oceny ofert wstępnych, obejmującą wskazanie ofert wstępnych odrzuconych na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (w tym oferty wstępnej Odwołującego) oraz wskazanie wykonawców zaproszonych do dalszego etapu postępowania, tj. do negocjacji.

Zamawiający w ww. piśmie poinformował o wynikach oceny ofert wstępnych, w tym o odrzuceniu oferty wstępnej Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wskazując, że „treść oferty wstępnej nie odpowiada treści SIWZ”. Zamawiający stwierdził, że: „Próbka Systemu nie zawierała wszystkich wymaganych funkcjonalności określonych w SIWZ. Nie została ona zaprezentowana zgodnie z wymaganiami scenariusza prezentacji Próbkę Systemu opisanego w Załączniku nr 3 do SIWZ - „Opis przygotowania i prezentacji Próbkę Systemu”, tj.

podczas prezentacji Próbki Systemu, złożonej wraz z ofertą wstępną, jak również podczas ponownej prezentacji dla uzupełnionej Próbki, Wykonawca nie zaprezentował wszystkich wymaganych zgodnie z SIWZ funkcjonalności Systemu.” W dalszej kolejności Zamawiający przytoczył, jakie jego zdaniem funkcjonalności nie zostały zaprezentowane zgodnie z wymaganiami scenariusza prezentacji Próbki Systemu.

Zdaniem Odwołującego, powyższa decyzja Zamawiającego i jej uzasadnienie nie znajduje podstaw w treści SIWZ ani w treści przepisów ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że zgodnie z ukształtowanymi poglądami orzecznictwa i doktryny próbka w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego:

- a. może mieć charakter dokumentu potwierdzającego zgodność z wymogami SIWZ (a tym samym w takim przypadku podlega uzupełnieniu)
- b. albo może stanowić treść czy też element oferty (w tym przypadku nie podlega uzupełnieniu).

W niniejszym postępowaniu Zamawiający uznał Próbkę Systemu za dokument potwierdzający zgodność z wymaganiami SIWZ (podlegający uzupełnieniu). Wynika to jednoznacznie z postanowień SIWZ, a mianowicie z:

a) pkt 1.1 Załącznika nr 3 do SIWZ, zgodnie z którym: *„Wykonawca w celu wykazania i potwierdzenia, że złożona przez niego oferta odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, zobligowany jest do przedłożenia wraz z ofertą, próbki Systemu (dalej zwana „Próbką”), która zostanie zweryfikowana w ramach prezentacji przez Zamawiającego.”*

b) pkt 1.6 Załącznika nr 3 do SIWZ, zgodnie z którym jeśli „(...) weryfikowana próbka nie spełnia zadeklarowanych przez Wykonawcę w Ofercie wymagań zgodnie z pkt.3 „Wymagania dla prezentacji Systemu” próbka będzie podlegała uzupełnieniu na podstawie przepisów Ustawy Prawo Zamówień Publicznych”.

c) odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 166 do SIWZ, zgodnie z którą: *„(...) próbka Systemu traktowana jako dokument, zostanie uzupełniona na podstawie przepisów art. 26 ust. 3 Ustawy (...).”*

Możliwość żądania przez Zamawiającego takiej próbki wynika z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz z rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126), wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp. W myśl przepisu §13 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia *„W celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: 1) próbek, opisów, fotografii, planów, projektów, rysunków, modeli, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie*

*zamawiającego; (...)*"

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp, Zamawiający może wymagać od wykonawcy dokumentów potwierdzających zgodność z wymaganiami SIWZ dopiero po ustaleniu rankingu ofert i to tylko w przypadku, gdy jego oferta została oceniona najwyżej. Tym samym wcześniejsze badanie takich dokumentów i wiązanie z tym skutków prawnych należy uznać za niedopuszczalne.

Przewidziana w art. 26 ust. 2f Pzp możliwość wcześniejszego żądania określonych rodzajów dokumentów nie obejmuje dokumentów przedmiotowych, a za taki niewątpliwie należy uznać Próbkę Systemu. Próbka nie stanowi bowiem dokumentu lub oświadczenia potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji czy też braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, do których odnosi się przepis art. 26 ust. 2f Pzp.

Wobec powyższego, na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie był uprawniony do wyciągania jakichkolwiek skutków prawnych wobec Odwołującego związanych z dołączoną do jego oferty wstępnej próbką, wobec uznania jej za dokument potwierdzający zgodność z wymaganiami SIWZ. Oznacza to, że Zamawiający naruszył przepisy Pzp oraz ww. rozporządzenia, w konsekwencji czego zaskarżone czynności Zamawiającego (polegające na odrzuceniu oferty wstępnej, a w konsekwencji niezaproszeniu Odwołującego do negocjacji) uznać należy za bezpodstawne.

Zaskarżone czynności Zamawiającego są tym bardziej niezasadne, że Zamawiający w żadnym fragmencie SIWZ ani ogłoszenia o zamówieniu nie wskazał, iż negatywna ocena Próbkę Systemu będzie skutkować odrzuceniem oferty wstępnej. Zamawiający przewidywał możliwość odrzucenia oferty wstępnej jedynie w przypadku niestawienia się wykonawcy w celu prezentacji próbki (punkt 1.5 załącznika nr 3 do SIWZ). Na obecnym etapie postępowania ocena Próbkę Systemu i jej wpływ na dalszy udział wykonawcy w postępowaniu byłby - z powodu jej właściwości - całkowicie bezpodstawny.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie żądał złożenia w charakterze próbki konkretnego produktu, o określonej wersji, który to produkt wykonawca miałby obowiązek dostarczyć w trakcie realizacji zamówienia. Próbka Systemu w rozumieniu niniejszego postępowania nie jest nawet próbką jakiegokolwiek systemu, a na pewno nie dedykowanego systemu docelowego, gdyż ten nie został jeszcze określony. Dokładne właściwości i środowisko docelowego systemu będzie dopiero podlegało ustaleniu, co w pełnym wymiarze nastąpi nawet dopiero na etapie realizacji (Załącznik nr 3 do Umowy, zawierający opis przedmiotu zamówienia, który obejmuje w większości czynności polegające na wcześniejszym wykonaniu przez dostawcę szeregu prac analitycznych, koncepcyjnych i dostosowawczych, w tym ustaleniu wymagań i specyfikacji dla komponentów i środowisk aplikacyjnych). Zamawiający dopuszczał również przy realizacji zamówienia wykorzystanie rozwiązań

równoważnych (Załącznik nr 3a do Umowy). Wynika to także z zastosowanego trybu postępowania, co zostało potwierdzone w pkt 4 Protokołu postępowania, zawierającym uzasadnienie wyboru trybu, gdzie wskazuje się, że ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia wybrany tryb jest konieczny ze względu na potrzebę „doprecyzowania i uzupełnienia” opisu przedmiotu zamówienia na etapie negocjacji. Powiela to Zamawiający w „Protokole z Prezentacji Próbk Wykonawcy”, gdzie wyraźnie zaznacza, iż etap negocjacji w celu modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia dopiero nastąpi, tym samym przyznając, iż na etapie prezentacji „Próbki Systemu” opis przedmiotu zamówienia nie jest ustalony.

Odwołujący zauważył, że wskazane w Załączniku nr 3 do SIWZ funkcjonalności nie pokrywają się z opisem przedmiotu zamówienia przedstawionym w innych zapisach SIWZ. Ponadto, w „Protokole z Prezentacji Próbk Wykonawcy” Zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do opisu przedmiotu zamówienia z Załącznika nr 3 do Umowy, co wskazuje, że ocena próbki została dokonana przy braku jego uwzględnienia (co powinno być w takim przypadku niezbędne).

Dokonując na obecnym etapie oceny Próbk Systemu załączonej do oferty wstępnej, Zamawiający nie dokonuje oceny przedmiotu zamówienia (co jest istotą żądania próbki i w ogóle oceny dokumentów na potwierdzenie spełniania wymogów SIWZ), a tym samym nie może wyciągać z tejże przedwcześnie oceny na obecnym etapie jakichkolwiek skutków. Nie ma bowiem racjonalnego sensu wiązanie jakichkolwiek skutków z oceną elementu, który nie będzie przedmiotem zamówienia (podobnie w wyroku KIO z dnia 30.04.2018 r., sygn. KIO 733/18). Tym samym dokonana przez wykonawców prezentacja i załączona próbka może mieć jedynie charakter poglądowy, stanowiący pomoc w ustaleniu programu i zakresu przyszłych negocjacji zmierzających do doprecyzowania przedmiotu zamówienia. Nie może natomiast stanowić podstaw do odrzucenia oferty wstępnej Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, iż nawet w przypadku uznania, że Zamawiający mógł żądać Próbk Systemu i jej uzupełnienia w zakresie przez siebie opisanym i przede wszystkim dokonywać na obecnym etapie jej oceny, to w przypadku próbki przedstawionej przez Odwołującego nie mógłby wiązać z tym negatywnych dla Odwołującego skutków, w szczególności związanych z odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Zamawiający nie wykazał, aby próbka (rozwiązanie) załączona przez Odwołującego wraz ofertą wstępną nie zawierała wszystkich wymaganych funkcjonalności określonych w SIWZ. Zamawiający ograniczył się jedynie do stwierdzenia braku funkcjonalności w informacji o wynikach oceny ofert wstępnych oraz słowa „NIE” przy wskazanych funkcjonalnościach w „Protokole z Prezentacji Próbk Wykonawcy”. Nie może to być uznane za wystarczające i - zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu - obciąża Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie zgodził się na utrwalanie przebiegu prezentacji ani nie pozwolił

Odwołującemu na jakiegokolwiek uwagi do protokołu (z którym Odwołujący nie mógł się zapoznać). Odwołujący nie był również informowany o jakichkolwiek brakach czy wątpliwościach w trakcie przebiegu prezentacji.

Odwołujący oświadczył, że złożona przez niego oferta wstępna spełnia wymagania SIWZ, a załączona do oferty wstępnej próbka (rozwiązanie) i jej prezentacja potwierdzają spełnienie wymagań Zamawiającego, w tym wszystkie wymagane funkcjonalności.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Oznacza to w szczególności konieczność przestrzegania zasad i reguł postępowania tak, aby zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp, udzielić zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp. Poprzez odrzucenie oferty wstępnej Odwołującego Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Control Process IT Sp. z o.o., z siedzibą w Bogumiłowicach zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2478/18 po stronie Odwołującego. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający złożył na posiedzeniu pisma z dnia 12 grudnia 2018 r. przedstawiające odpowiedzi na wniesione odwołania. Wniósł o oddalenie obu odwołań, jako niezasadnych. Wyjaśnił, że pełni funkcję krajowego operatora systemu dystrybucyjnego, którego kluczowym zadaniem jest niezawodny i bezpieczny transport paliw gazowych siecią dystrybucyjną na terenie całego kraju. Do głównych jego zadań należy prowadzenie ruchu sieciowego, dokonywanie pomiarów jakości i ilości transportowanego gazu.

Objęty przedmiotem zamówienia System SCADA ma być wykorzystywany przez Zamawiającego w procesie zarządzania ruchem sieci gazowej, w szczególności w zakresie:

1. Monitowania najważniejszych parametrów pracy sieci, tj.; ciśnienie, strumień gazu temperatura.
2. Sterowania urządzeniami na stacjach.
3. Monitowania jakości i składu gazu.
4. Archiwizacji wszystkich monitorowych parametrów.
5. Generowania al ów informujących o przekroczeniach dopuszczalnych parametrów pracy.
6. Wizualizacji na ekranach systemu najważniejszych parametrów pracy w sposób intuicyjny dla użytkowników.

Z uwagi na ryzyko związane z uszkodzeniem infrastruktury Zamawianego (stacje, gazociągi) oraz potencjalnym niebezpieczeństwem dla użytkowników i osób przebywających

w pobliżu infrastruktury, konieczne jest, aby objęty przedmiotem zamówienia system SCADA spełniał najwyższe standardy niezawodności oraz jednoznaczności działania.

Celem przedmiotowego postępowania jest zastąpienie obecnie funkcjonujących sześciu różnych systemów informatycznych typu SCADA, nadzorujących przebieg procesu technologicznego dystrybucji gazu, przez jeden system SCADA, który pozwoli na pełniejszą współpracę wszystkich dyspozycji gazu oraz zwiększy bezpieczeństwo prowadzenia ruchu sieci gazowych obsługiwanych przez Zamawiającego

Intencją Zamawiającego jest zawarcie w wyniku prowadzonego postępowania umowy zapewniającej wdrożenie jednolitego dedykowanego systemu SCADA, który pozwoli jednocześnie monitorować i archiwizować dane z około 8 tys. obiektów na terenie całej Polski. Specyfika branży gazowniczej wymaga wdrożenia systemu SCADA z wykorzystaniem dedykowanych protokołów komunikacyjnych, które nie są wykorzystywane w innych dziedzinach przemysłu. Protokoły te służą do komunikacji systemu SCADA z urządzeniami na stacjach.

W świetle powyższego, złożoność i specyfika przedmiotu zamówienia w pełni uzasadniają przeprowadzenie przedmiotowego postępowania etapowo - w trybie negocjacji z ogłoszeniem.

Zamawiający wskazał, że w SIWZ przedstawił szczegółowo wymogi, jakie musi spełniać objęty przedmiotem zamówienia System SCADA, uwzględniając potrzebę zapewnienia poprawnej obsługi wymaganych dedykowanych protokołów komunikacyjnych. Szczegółowy opis wymagań Zamawiającego dotyczących funkcjonalności oferowanego na etapie składania ofert wstępnych rozwiązania, w tym wymogi w zakresie komunikacji z urządzeniami współpracującymi z systemem SCADA określa Załącznik nr 3a do wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ.

Mając świadomość, że nie wszystkie systemy SCADA dostępne na rynku spełniają wymagania wynikające ze specyfiki przeznaczenia systemu SCADA objętego przedmiotem zamówienia, Zamawiający uznał za konieczne przeprowadzenie wstępnej weryfikacji oferowanych rozwiązań przez zaproszonych do złożenia ofert wstępnych wykonawców, na drodze analizy i oceny próbek złożonych wraz z ofertą wstępną.

Zamawiający, dokonując weryfikacji ofert wstępnych, przez pryzmat prezentowanych próbek oceniał najważniejsze, podstawowe i absolutnie niezbędne funkcjonalności, które powinien spełniać przedmiot zamówienia na etapie poprzedzającym negocjacje.

W treści Załącznika nr 3 do SIWZ Zamawiający sprecyzował wymagania co do próbki systemu, jak i podstawowych funkcjonalności, w jakie musi być wyposażony oferowany system. Przedmiot próbek wskazany w treści ust. 3 Załącznika 3 SIWZ dotyczy wyłącznie podstawowych funkcjonalności uwzględniających specyfikę przeznaczenia systemu objętego



przedmiotem zamówienia wskazanych w opisie przedmiot zamówienia (Załącznik nr 3a do wzoru Umowy stanowiący Załącznik nr 2 do SIWZ).

W świetle powyższego, przedmiotem postępowania, a tym samym przedmiotem oferty jest dostawa, wdrożenie i utrzymanie zbudowanego przez wykonawcę systemu informatycznego wyposażonego w funkcjonalności wymagane dla Systemu SCADA dedykowanego dla potrzeb Zamawiającego. Na obecnym etapie postępowania znane już były wymogi minimalne, progowe dla przedmiotu zamówienia — potwierdzenie ich spełniania wynikać powinno z próbki oraz prezentacji wykonawcy.

W odniesieniu do odwołania o sygn. akt KIO 2473/18 Zamawiający wyjaśnił, co następuje.

Charakter składanych w toku postępowania próbek pozostaje między stronami bezsporny i uznany został za dokument przedmiotowy w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. składany na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy, wymagań określonych przez zamawiającego.

W istocie Załącznik nr 3 do SIWZ, określający opis przygotowania i prezentacji Próbkę Systemu, w zakresie wymagań stawianych systemowi docelowemu, którego dostawa jest przedmiotem zamówienia, pokrywa się z wymogami opisanymi w Załączniku nr 3a do wzoru umowy „OPIS PRZEDMIOTU UMOWY W POSTĘPOWANIU NA DOSTAWĘ, WDROŻENIE ORAZ USŁUGĘ UTRZYMANIA SYSTEMU SCADA W PSG SP. Z O.O.”, który to wzór umowy stanowi załącznik nr 2 do SIWZ, stanowi część opisu przedmiotu zamówienia, względem którego Zamawiający miał określone oczekiwania, znane mu na tym etapie postępowania, stanowi częściowo uszczegółowiony opis przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w sposób nie budzący wątpliwości określił charakter próbki i jej prezentacji w niniejszym postępowaniu, czemu dał wyraz w treści dokumentacji postępowania i następnie w wyjaśnieniach udzielanych wykonawcom na zadane przez nich pytania w trybie art. 38 ust. 1 Pzp. Próbkę miały zostać złożone, jako dokumenty przedmiotowe, celem potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego — art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający podniósł, że Odwołujący mija się z prawdą wskazując upływ czasu jako jedyną przesłankę do odrzucenia oferty wstępnej Odwołującego. Próbkę systemu i jej prezentacja nie potwierdzały wprost części wymagań określonych w Załączniku nr 3 do SIWZ, co wynika z protokołu oceny próbek oraz opisu sposobu dokonania tej oceny. Ponadto, z uwagi na nieobjęcie prezentacją części funkcjonalności systemu, Zamawiający wezwał

Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia próbki i przeprowadzenia ponownej prezentacji w zakresie funkcjonalności, których Odwołujący nie wykazał w trakcie pierwszej prezentacji.

Już sam fakt wezwania Odwołującego, ponowna negatywna ocena w zakresie części funkcjonalności Próbkki Systemu determinuje konieczność odrzucenia oferty z uwagi na utrwaloną w orzecznictwie zasadę „jednokrotności wezwania”. Treść protokołu oceny próbki, w kolumnie pn. „Ocena”, w którym Zamawiający zerojedynkowo wskazywał czy próbka spełnia określone funkcjonalności, poprzez użycie sformułowań „TAK”, „NIE” była identyczna dla każdego wykonawcy. Uszczegółowienie i rozwinięcie powodów odrzucenia oferty wstępnej znajdowało się w treści informacji o wynikach oceny ofert wstępnych z dnia 19 listopada 2018 r. Dodatkowo, Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie tabelę opracowywaną przez członków komisji przetargowej i jednostki merytorycznej, odpowiadającej za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w tym przygotowanie OPZ, która „przedstawia szczegółowe uzasadnienie dla poszczególnych pozycji wymaganych w załączniku nr 3 pkt 3 do SIWZ, których próbka i prezentacja odwołującego nie spełniła.”

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3, art. 92 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, Zamawiający wskazał, że skoro Odwołujący w dwóch terminach wyznaczonych na prezentację próbki nie wykazał spełniania wymogów określonych SIWZ, w szczególności w zakresie Załącznika nr 3 pkt 3 do SIWZ, to powyższe przesądza o zasadności odrzucenia oferty wstępnej tego wykonawcy.

Zamawiający zaprzeczył, jakoby zapewnił Odwołującego w formie ustnej (po zakończeniu prezentacji w ramach drugiego terminu), że prezentacja potwierdziła, że oferowany system spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego opisane w treści SIWZ. Twierdzenia powyższe są gołosłowne i niepoparte jakimkolwiek materiałem dowodowym. Odnosząc się do wniosku Odwołującego o przeprowadzenie ponownej prezentacji próbki w toku rozprawy, Zamawiający wskazał, że w przypadku stwierdzenia przez Izbę zasadności czy też potrzeby ponownej prezentacji lub powołania biegłego na okoliczność wykazania spełniania przez oferowaną próbkę wymogów określonych w SIWZ, Zamawiający jest gotów do jej ponownej analizy, która z pewnością potwierdzi zasadność odrzucenia oferty wstępnej Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 7 Pzp, Zamawiający podniósł, że każdy z wykonawców dostał taką samą ilość czasu na prezentację próbki, a gdyby wykonawca dostał dodatkowy czas na prezentację próbki, to zasada wyrażona w treści powołanego przepisu zostałaby naruszona. Jednocześnie wskazał, że czas przeznaczony na prezentację był wystarczający dla innych wykonawców.

Kontestując stanowisko Odwołującego, Zamawiający przywołał stanowisko doktryny i orzecznictwa. Wskazał, że przeprowadzona prezentacja próbki, w zgodzie ze scenariuszem

prezentacji, doprowadziła do stwierdzenia, że oferowany przedmiot dostawy nie odpowiada wymogom określonym przez Zamawiającego, co prowadzi do stwierdzenia braku zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp).

Na zakończenie Zamawiający podniósł, że zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, w przypadku niniejszego postępowania ewentualne naruszenie przepisów ustawy nie mogło prowadzić do istotnego wpływu na wynik postępowania — przeprowadzenie badania próbek bez względu na moment ich prezentacji i oceny, prowadziło by w istocie do rezultatu analogicznego, tj. odrzucenia oferty wykonawcy.

Odnosząc się do zarzutów odwołania o sygn.. akt KIO 2478/18 Zamawiający wskazał, że twierdzenie, jakoby oferta wstępna, jak i ostateczna miała dotyczyć wyłącznie „deklaracji wykonania dzieła z dobranych podczas realizacji komponentów” świadczyć może o niezapoznaniu się z treścią SIWZ lub niezrozumieniu wymagań Zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w związku z art. 26 ust 1 i 2f w związku z art. 25 ust. 1 pkt. 2 Pzp oraz §13 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Zamawiający wyjaśnił, że wprowadzając wymóg załączenia próbki do oferty wstępnej w sposób wyczerpujący określił jej rolę w postępowaniu, jako dokumentu mającego potwierdzać spełnienie przez oferowany system wymagań postawionych przez Zamawiającego na etapie poprzedzającym podjęcie negocjacji. Wskazał na treść pkt 6. 1 SIWZ w brzmieniu zmienionym w dniu 5 czerwca 2018 r.:

„Wykonawca winien załączyć - próbkę oferowanego systemu/rozwiązania, zgodnie ze szczegółowym opisem określonym w załączniku nr 3 do SIWZ, składanej w celu wykazania i potwierdzenia, że złożona przez niego oferta odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.” oraz na treść Załącznika nr 3 do SIWZ ust. 1.1 w brzmieniu:

„Wykonawca w celu wykazania i potwierdzenia, że złożona przez niego oferta odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, zobligowany jest do przedłożenia wraz z ofertą wstępną, próbki Systemu.”

Biorąc pod uwagę przypisaną w przedmiotowym postępowaniu rolę próbki, jako czynnika umożliwiającego Zamawiającemu skonfrontowanie postawionych przedmiotowi zamówienia wymagań opisanych w SIWZ z właściwościami oferowanego systemu, Zamawiający działając na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp był uprawniony do zażądania prezentacji, demonstracji próbki oferowanego systemu oraz jej uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (tak wyrok KIO z 16 października 2014 r., KIO 2034/14).

Zamawiający wyjaśnił, że komisja przetargowa, dokonując oceny próbek przedłożonych przez zaproszonych do składania ofert wstępnych wykonawców, stwierdziła, że wszystkie zaprezentowane próbki wymagają uzupełnienia.

Z ostrożności procesowej Zamawiający wskazał, że w przypadku stwierdzenia podstaw do odrzucenia oferty z powodu negatywnej weryfikacji Próbkę Systemu, dopiero po przeprowadzeniu negocjacji i wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. na etapie oceny dokumentów przedmiotowych wybranego wykonawcy, Zamawiający byłby zmuszony do powtórzenia całej procedury związanej z wezwaniem wykonawcy do złożenia dokumentów w tym próbki w trybie art. 26 ust. 1 Pzp oraz badaniem tych dokumentów. Z uwagi na wymogi związane z minimalnymi terminami na złożenie dokumentów czy choćby ryzyko związane z wnoszeniem odwołań od czynności odrzucenia oferty (w zasadzie każde kolejne odrzucenie oferty otwierałoby drogę do wniesienia odwołania) zastosowanie art. 26 ust. 1 Pzp do próbki, jako dokumentu przedmiotowego, doprowadziłoby do paraliżu niniejszego postępowania.

Zamawiający stwierdził także że w przedmiotowym postępowaniu „treść oferty wstępnej winna przedstawiać System SCADA uwzględniający dedykowane dla Zamawiającego funkcjonalności wskazane w SIWZ (załącznik nr 3a do wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ ) jako, wstępna propozycja rozwiązania oferowanego przez Wykonawcę przed podjęciem negocjacji. Przy czym zakres przedmiotowy składanych wraz z ofertą wstępną próbek odzwierciedla wymagania Zamawiającego stawiane w SIWZ wobec propozycji wykonawcy poprzedzających etap negocjacyjny postępowania. W świetle powyższego, zastosowanie dyspozycji z art. 26 ust. 1 pzp wobec niemożności zastosowania art. 26 ust. 2f w praktyce uniemożliwiłoby Zamawiającemu dokonanie pełnej oceny złożonych ofert wstępnych przed podjęciem dalszych czynności w postępowaniu.”

Zdaniem Zamawiającego, przedstawiony w ofercie wstępnej System, który zgodnie z wynikiem oceny próbek, nie spełniał podstawowych funkcjonalności objętych przedmiotem zamówienia, nie powinien zostać dopuszczony do dalszego postępowania, również z uwagi na zbyt duże ryzyko nieudanego wdrożenia Systemu zgodnego z potrzebami Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego, ze względu na przyjęty tryb postępowania, nie znajduje uzasadnienia zastosowanie wobec oferty wstępnej dyspozycji art.26 ust. 1 Pzp, warunkującej wezwanie do przedłożenia dokumentu określonego w art.25.ust.1 pkt 2 (tj. próbki Systemu) dopiero wobec wykonawcy składającego najkorzystniejszą ofertę, gdyż ocena ofert wstępnych nie skutkuje wyborem oferty najkorzystniejszej, o której mowa w art. 26.ust.1 Pzp Na tym etapie postępowania następuje jedynie kwalifikacja oferentów do udziału w negocjacjach w wyniku oceny ofert wstępnych. Przemawia to za zastosowaniem w stosunku do ww. przepisów wykładni celowościowej, skutkującej dopuszczeniem żądania przedłożenia dokumentów przedmiotowych - w tym próbki - wraz ofertą wstępną.

Zamawiający ponadto wskazał, że postawione przez Odwołującego zarzuty dotyczące braku podstaw do żądania przez Zamawiającego prezentacji próbki na etapie składania ofert wstępnych należy uznać za działanie spóźnione i niekonsekwentne, a tym samym nie zasługujące na uwzględnienie. Zamawiający wskazał, że wymóg złożenia próbki wraz z ofertą wstępną został zawarty w ust.6.1 SIWZ, zasady prezentacji próbki, jej zakres przedmiotowy, termin przeprowadzenia, tj. przed oceną ofert wstępnych oraz procedura oceny próbki zostały szczegółowo określone w Załączniku nr 3 do SIWZ, wykonawcy korzystając z dyspozycji art. 38 Pzp złożyli szereg zapytań dotyczących treści SIWZ, w tym wnosili o wyjaśnienia w zakresie wymogu składania próbek, momentu w którym mają być one składane oraz skutków negatywnej weryfikacji próbek, na które Zamawiający udzielił wyczerpujących odpowiedzi, wskazując jednoznacznie na wymóg złożenia próbek wraz z ofertą wstępną i konsekwencją odrzucenia oferty wstępnej w razie zarówno braku prezentacji, jak i negatywnej weryfikacji prezentowanej próbki (w szczególności w treści odpowiedzi na pytania wykonawców nr 86, 87 i 166). Tym samym nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołującego, jakoby Zamawiający w żadnym fragmencie SIWZ nie wskazał, iż negatywna ocena próbki systemu będzie skutkować odrzuceniem oferty wstępnej.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący złożył ofertę wstępną na formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ — wzór Formularza oferty wstępnej oraz w ramach oferty wstępnej złożył oświadczenie o następującej treści: „oświadczamy, że oferowany system spełnia wszystkie wymagania określone w załączniku nr 3 do SIWZ w pkt. „Wymagania do prezentacji Systemu” i wymaganą próbkę, dokonał prezentacji próbki, a następnie w wyniku wezwania do uzupełnienia próbki przystąpił do ponownej prezentacji próbki. Taka postawa wykonawcy wskazuje, że akceptował on przyjęte rozwiązanie i z własnej woli poddał się wskazanej w SIWZ procedurze badania próbek - celem ustalenia zgodności oferowanego systemu z wymaganiami Zamawiającego, stawianymi na tym etapie postępowania. Dopiero negatywna weryfikacja próbki i w konsekwencji odrzucenie oferty skłoniły Odwołującego do złożenia odwołania i podważania zasadności oceny próbek.

Zamawiający, oceniając ofertę Odwołującego przez pryzmat wyników badania próbki systemu przedłożonego wraz z ofertą wstępną, stwierdził, że oferowany przez wykonawcę system nie spełnia wszystkich wymagań określonych w Załączniku nr 3 do SIWZ wskazanych w pkt 3 „Wymagania dla prezentacji Systemu”. Tym samym Zamawiający stwierdził niezgodność treści oferty z zakresem zobowiązania, którego Zamawiający oczekuje dla spełnienia swoich uzasadnionych potrzeb, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Tym samym chybiony jest zarzut Odwołującego o braku związku pomiędzy zakresem przedmiotowym prezentowanej próbki a wymogami Zamawiającego wskazanymi w SIWZ. Wskazane w ust. 3 Załącznika nr 3 do SIWZ wymagania dla próbki odnoszą się wprost do poszczególnych funkcjonalności wymaganych dla systemu SCADA dedykowanego dla

Zamawiającego zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wskazanym we wzorze umowy (załącznik nr 2 do SIWZ).

W załączeniu do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przedłożył tabelę, która zawiera ocenę próbki Odwołującego ze wskazaniem funkcjonalności, których próbka nie spełnia, a które stanowią funkcjonalności wskazane, jako wymagane dla oferowanego Systemu w Załączniku nr 3a do wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ.

W odniesieniu do twierdzeń Odwołującego dotyczących rzekomych uchybień w przeprowadzeniu badania i oceny prezentowanych próbek, Zamawiający stwierdził, co następuje:

Za bezpodstawny należy uznać zarzut Odwołującego, że Zamawiający nie wykazał, iż zaprezentowana próbka nie zawiera wymaganych funkcjonalności systemu określonego w SIWZ. Zamawiający wyjaśnił, że scenariusz przeprowadzenia prezentacji oraz zasady oceny prezentowanych próbek zostały określone w sposób precyzyjny w Załączniku nr 3 do SIWZ. Ocena próbek została przeprowadzona przez komisję przetargową w sposób prawidłowy, zgodnie ze scenariuszem postępowania zawartym w SIWZ.

Protokół z prezentacji próbki złożonej przez Odwołującego sporządzony w dniu 4 lipca 2018r. jak również protokół z prezentacji uzupełnionej na wezwanie Zamawiającego próbki sporządzony w dniu 4 października 2018 r. zawierają wszystkie określone w Załączniku nr 3 do SIWZ parametry wymagane dla przeprowadzenia pełnej analizy i skutecznej oceny prezentowanych w ramach próbki funkcjonalności Systemu wymaganych przez Zamawiającego, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ (Załącznik nr 3a do wzoru Umowy). W treści sporządzonych protokołów z prezentacji Próbkę Systemu wykonawcy szczegółowo określono niezbędny zakres prezentacji próbki odpowiednio w poszczególnych kolumnach: Wymagania, Opis sposobu realizacji wymagania, Kryteria uznania wymagania ze spełnione, Ocena TAK/NIE. Tym samym chybiony jest również zarzut niedostatecznej oceny próbki przez wstawienie określenia TAK/NIE dla oceny spełnienia przez próbkę wymaganej funkcjonalności, zważywszy, że Zamawiający w ust. 2.4 w Załączniku nr 3 do SIWZ wskazał, że spełnienie przez Próbkę Systemu poszczególnych funkcjonalności podstawowych będzie weryfikowane przez Zamawiającego na zasadzie „jest/brak (TAK/NIE)”.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że obaj Odwołujący wykazali posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wykazali, że uwzględnienie odwołań w zakresie zarzutów dotyczących nieprawidłowości oceny ofert wstępnych złożonych przez Odwołujących, w tym złożonych wraz z ofertą wstępną Próbek Systemu, może prowadzić do zaproszenia Odwołujących do negocjacji, a po ich przeprowadzeniu – do zaproszenia wykonawców do złożenia oferty, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez każdego z Odwołujących.

Wykonawca Control Process IT Sp. z o.o. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2478/18, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. Izba oceniła, że ww. wykonawca posiada interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego z uwagi na okoliczność, że w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp w ramach dokonanej oceny ofert wstępnych, Zamawiający będzie mógł, przy poszanowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, powtórzyć czynności także w zakresie badania i oceny oferty wstępnej Przystępującego.

#### **KIO 2473/18 (Konsorcjum w składzie: NMGS.A., Control Sp. z o.o.)**

W danym stanie faktycznym potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty wstępnej Odwołującego oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niezachowanie w przedmiotowym postępowaniu zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Okoliczność, że zgodnie z pkt 6.3 SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli wraz z ofertą złożyć „Próbkę oferowanego systemu/rozwiązania, zgodnie ze szczegółowym opisem określonym w Załączniku nr 3 do SIWZ” nie była przedmiotem sporu pomiędzy stronami. Zamawiający opisał w Załączniku nr 3 do SIWZ (pkt 3) wymagania co do próbki Systemu (wymaganych funkcjonalności) oraz warunki dotyczące przebiegu prezentacji próbek. Spełnienie tych wymagań powinno być przedmiotem oceny próbek złożonych przez wykonawców w ramach oferty wstępnej. Zamawiający jednoznacznie wskazał w pkt. 1.1. Załącznika nr 3 do SIWZ, że celem złożenia próbki było wykazanie i potwierdzenie, że złożone oferty odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w pkt 3 Załącznika nr 3 do SIWZ. Wymagania określone w Załączniku nr 3 do SIWZ znajdują odzwierciedlenie w Załączniku nr 3a do Wzoru umowy, stanowiącym opis przedmiotu zamówienia, jednak podstawą oceny próbek powinny być wyłącznie wymagania określone jednoznacznie przez Zamawiającego w Załączniku nr 3 do SIWZ. Oczywistym jest, że interpretacja tych wymagań,

o ile jest konieczna powinna być spójna z treścią opisu przedmiotu zamówienia zawartym w Załączniku 3a.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący przeprowadził pierwszą prezentację złożonej w ofercie wstępnej Próbką Systemu w dniu 10 lipca 2018 r. Prezentacja nie objęła całego zakresu funkcjonalności badanych w ramach prezentacji – zakończyła się o godz. 16:30, „ze względu na wyczerpanie czasu przeznaczanego na prezentację”. Fakt, że został wyczerpany czas na przeprowadzenie prezentacji wyznaczony w SIWZ (pkt. 1.7 załącznika nr 3 do SIWZ), a prezentacja nie została ukończona oznacza, że Próbką Systemu i jej prezentacja podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, co Zamawiający przewidział w SIWZ. Niewykonanie całej prezentacji próbki w wyznaczonym czasie 8 godzin, zgodnie ze złożonym wraz z próbką scenariuszem czynności, należy traktować jako niewykazanie spełnienia wszystkich wymagań Zamawiającego określonych w pkt. 3 Załącznika nr 3 do SIWZ. Zamawiający w sposób jednoznaczny określił „łączny czas prezentacji Próbką wynoszący 8 godzin” w pkt 1.7 Załącznik nr 3 do SIWZ. Czas ten był określony tak samo dla wszystkich wykonawców i oczywistym jest, że nie mógł być wydłużony dla niektórych wykonawców - ze względu na obowiązek zachowania przez Zamawiającego w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, żaden z wykonawców nie przeprowadził prawidłowo prezentacji w pierwszym terminie w ciągu 8 godzin, wobec czego wszyscy wykonawcy zostali wezwani przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia próbki i ponownej prezentacji. Zamawiający uznał, że czas wystarczający na przeprowadzenie prezentacji w ramach uzupełnienia próbki będzie wynosił 5 godzin dla wszystkich wykonawców. Na marginesie tylko Izba wskazuje, gdyż nie było to przedmiotem zarzutów odwołania, że Zamawiający nie przewidział w SIWZ czasu 5 godzin na przeprowadzenie prezentacji uzupełniającej. Czas ten został ustalony przez Zamawiającego dopiero po przeprowadzeniu prezentacji przez wszystkich wykonawców i ustalony w sposób arbitralny, niezależnie od zakresu prezentacji podlegającej uzupełnieniu w przypadku konkretnego wykonawcy. W ocenie Izby, w oparciu o daną treść SIWZ, skoro Zamawiający nie przewidział odpowiednich regulacji w powyższym zakresie, to powinien wezwać wykonawców do uzupełnienia prezentacji, umożliwiając im powtórzenie prezentacji ponownie w czasie 8 godzin, który to czas został przewidziany w SIWZ. Jednakże wobec braku zarzutów w rozpoznawanych odwołaniach co do czasu przewidzianego na uzupełnienie prezentacji oraz wobec równego potraktowania przez Zamawiającego wszystkich wykonawców w tym zakresie, Izba nie orzekała w tej kwestii w ramach niniejszego postępowania.

Pismem z dnia 3 września 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust 3 Pzp, do „uzupełnienia Próbką Systemu przedstawionej na potwierdzenie, że oferowany system spełnia wymagania określone w SIWZ”. W ocenie Izby, Zamawiający nie



naruszył przepisu art. 26 ust. 3 Pzp w okolicznościach niniejszej sprawy, poprzez uznanie, że złożona i zaprezentowana przez Odwołującego Próbkę Systemu nie spełnia wymogów Zamawiającego wyłącznie na podstawie wyczerpania czasu przeznaczanego na prezentację bez jednoczesnej oceny funkcjonalności oferowanego systemu i w konsekwencji przedwczesne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia próbki.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zarzut kierowany wobec czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia Próbkę Systemu z dnia 3 września 2018 r. zawarty w niniejszym odwołaniu został podniesiony po upływie ustawowego terminu, wynikającego z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp. Podkreślić należy, że czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów (lub próbki) podlega zaskarżeniu w postępowaniu odwoławczym w określonym w ustawie terminie, jeśli wykonawca kwestionuje zasadność wezwania. W okolicznościach tej sprawy Odwołujący powinien zatem wnieść odwołanie na czynność wezwania z dnia 3 września 2018 r. w terminie 10 dni, licząc od tego dnia. Zarzut ten jako spóźniony nie podlegał rozpoznaniu.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że w świetle art. 26 ust. 3 Pzp, wyczerpanie czasu określonego w SIWZ na przeprowadzenie prezentacji próbki wywołuje takie same skutki jak niewykazanie spełnienia wymogów określonych w SIWZ, a zatem w obu przypadkach próbka (oraz prezentacja) podlega uzupełnieniu, jeśli Zamawiający przewidział możliwość uzupełnienia próbki w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, tak jak w przedmiotowym postępowaniu. Zatem wskazanie w treści ww. wezwania, że „wskazane funkcjonalności Sytemu wymagane według SIWZ nie zostały objęte prezentacją (...)” nie jest sprzeczne ze stwierdzeniem braku potwierdzenia spełnienia przez oferowaną próbkę systemu wymogów określonych w SIWZ. Tym samym treść wezwania mogło obejmować wymogi zarówno te, które nie zostały wykazane ze względu na wyczerpanie czasu przeznaczanego na prezentację, jak i te funkcjonalności, których nie spełniła zaoferowana Próbkę Systemu w ramach pierwszej prezentacji.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz utrwaloną linię orzeczniczą w zakresie jednokrotności wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust 3 Pzp, co do wykazania spełnienia przez przedłożoną Próbkę Systemu funkcjonalności, zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt 3 Załącznika nr 3 do SIWZ, nie jest możliwe kolejne wezwanie Odwołującego do ponownego uzupełnienia próbki systemu.

W ocenie Izby, na uwzględnienie zasługuje zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty wstępnej Odwołującego w okolicznościach, w których Zamawiający nie jest w stanie wykazać w sposób niezbity przeprowadzenia obiektywnej oceny oferty wstępnej – w zakresie oceny prezentacji Próbkę Systemu. Chociaż twierdzenie Odwołującego, że bezpośrednio po zakończeniu prezentacji w dniu 1 października 2018 r. Odwołujący uzyskał ustne zapewnienie ze strony obecnych podczas prezentacji przedstawicieli Zamawiającego,

że druga prezentacja potwierdziła, że oferowany system spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego opisane w treści SIWZ, nie znalazło potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym, to wystąpiły jednak uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości i obiektywizmu oceny prezentacji w zakresie spełnienia poszczególnych funkcjonalności, dokonanej przez Zamawiającego. Z treści złożonych przez Zamawiającego na rozprawie wyjaśnień wynika jednoznacznie, że protokół z wykonanej prezentacji został sporządzony dopiero po jej zakończeniu, tj. po upływie pięciu godzin trwania prezentacji. Jak wyjaśnił sam Zamawiający, członkowie komisji przetargowej dopiero po zakończeniu prezentacji uzgodnili i spisali w formie protokołu swoją ocenę.

W ocenie Izby, protokół z prezentacji sporządzony w sposób, jak to przedstawił Zamawiający, nie spełnia wymów przejrzystości postępowania, może budzić uzasadnione wątpliwości co do tego, czy odzwierciedla on w pełni obiektywnie wyniki przeprowadzonej przez Odwołującego prezentacji. Protokół powinien być bowiem sporządzany na bieżąco w trakcie przeprowadzanej prezentacji, bezpośrednio po każdej czynności opisanej w scenariuszu złożonym przez wykonawcę. Protokół powinien być sporządzany przy obecności przedstawicieli wykonawcy i przez nich także podpisany. Wykonawca powinien mieć prawo do zgłoszenia ewentualnych uwag do protokołu. Powyższe wynika z samej istoty prowadzenia protokołu, a także z celowości sporządzania protokołu z prezentacji próbki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym zarówno zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i zasada przejrzystości postępowania mają podstawowe znaczenie dla prawidłowości postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, należało uznać, że Zamawiający nie wykazał w sposób niebudzący wątpliwości, że Próbką Systemu złożona przez Odwołującego w ramach uzupełnienia nie spełnia wymagań określonych w pkt 3 Załącznika nr 3 do SIWZ, w szczególności wymagań punktu 3.1. „Niezbędny zakres prezentacji próbki — Interfejs użytkownika w zakresie ppkt 9 tabeli — „Sterowanie”, ppkt. 13 tabeli — „progi alarmowe” oraz punktu 3.2. „Niezbędny zakres prezentacji próbki — Interfejs administratora” w zakresie ppkt. 1 tabeli - „Szablon schematu”, ppkt. 3 tabeli — „Szablon pobieranych parametrów”, ppkt 6 tabeli — „Diagnostyka Systemu”. Odwołujący potwierdził przy tym, zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie, że jest gotowy do odtworzenia kwestionowanego zakresu prezentacji na próbce będącej w posiadaniu Zamawiającego, a tym samym do wykazania, że oferowany system spełnia wymogi Zamawiającego określone w pkt. 3 Załącznika nr 3 do SIWZ.

W świetle powyższego, Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność spełnienia przez oferowaną Próbkę Systemu wymagań określonych w Załączniku nr 3 do SIWZ, o których mowa w informacji o wynikach oceny oferty wstępnej złożonej przez Odwołującego. Izba wzięła pod uwagę, że biegły nie może zastępować Zamawiającego w prawidłowym wykonaniu czynności

przewidzianych w SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu, wobec niezachowania zasady przejrzystości, to Zamawiający ma obowiązek powtórzyć czynności oceny ofert wstępnych – w zakresie oceny prezentacji Próbkę Systemu Odwołującego i oceny spełniania przez ww. Próbkę wymagań określonych w pkt 3 Załącznika nr 3 do SIWZ.

**KIO 2478/18 (Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”).**

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację przedstawioną w odniesieniu do odwołania Konsorcjum NMG, należało stwierdzić, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty wstępnej Odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ oraz naruszenie zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stwierdzając, że odrzucenie oferty wstępnej Odwołującego nastąpiło z naruszeniem zasady przejrzystości, a tym samym oferta wstępna podlegać powinna ponownej ocenie, za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 58 ust. 1 Pzp, poprzez niezaproszenie Odwołującego do negocjacji. Dopiero bowiem powtórna ocena oferty wstępnej przesądzi o tym, czy Odwołujący zostanie zaproszony do etapu negocjacji.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na fakt, że Odwołujący nie wniósł w ustawowym terminie odwołania wobec czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Odwołującego z dnia 3 września 2018 r. do uzupełnienia Próbkę Systemu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Brak zaskarżenia tej czynności przez Odwołującego oznacza, że zarówno sam fakt wezwania do uzupełnienia próbki, jak i zakres wezwania został przyjęty przez Odwołującego jako słuszny, zasadny i zrozumiały, a zatem został zaakceptowany przez Odwołującego. W związku z upływem terminu na wniesienie odwołania w tym zakresie, podnoszenie tego zarzutu na obecnym etapie jest spóźnione. Zarówno Próbkę Systemu jak i prezentacja zostały uzupełnione przez Odwołującego. Powtórna prezentacja została przeprowadzona w dniu 4 października 2018 r.

Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 1 i 2f w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegający na odrzuceniu oferty wstępnej Odwołującego w oparciu o przedwczesne badanie oferty w zakresie dokumentów przedmiotowych.

Izba zważyła, że możliwość żądania przez Zamawiającego próbki wynika z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz z rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie

zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126), wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp. W myśl przepisu §13 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia, „W celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: 1) próbek, opisów, fotografii, planów, projektów, rysunków, modeli, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego; (...)”

Zgodnie z art. 57 ust. 2 Pzp, do oferty wstępnej zastosowanie mają przepisy art. 82 - 84, art. 89 ust. 1 pkt 1 - 3, 5 i 8 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1, 6 i 7 i ust. 2 - 4 Pzp, które stosuje się odpowiednio. Z treści art. 57 ust. 2 Pzp wynika, że ustawodawca przewidział badanie przez zamawiającego ofert wstępnych przez pryzmat art. 82 - 84, art. 89 ust. 1 pkt 1 - 3, 5 i 8 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1, 6 i 7 i ust. 2 Pzp, a także odrzucenie ofert wstępnych w przypadku, gdy zostaną spełnione przesłanki określone w art. 89 ust. 1 pkt 1 - 3, 5 i 8 Pzp. Obowiązek odrzucenia ofert wstępnych wynika wprost z art. 58 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu. Obowiązkiem zamawiającego jest zatem zbadanie złożonych ofert wstępnych z uwzględnieniem przepisów, do których odsyła art. 57 ust. 2 Pzp, które należy stosować odpowiednio. W przypadku zatem ustalenia, że treść oferty wstępnej nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta taka podlega odrzuceniu.

Przepis art. 26 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może wymagać od wykonawcy dokumentów potwierdzających zgodność z wymaganiami SIWZ dopiero po ustaleniu rankingu ofert i to tylko w przypadku, gdy jego oferta została oceniona najwyżej, nie może mieć zastosowania na obecnym etapie przedmiotowego postępowania, które jest prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem, w którym mamy do czynienia z etapem oceny ofert wstępnych, po którym nastąpi etap negocjacji i dopiero po zakończeniu negocjacji i ustaleniu ostatecznej treści SIWZ nastąpi złożenie ofert ostatecznych. Podobnie nie może też mieć zastosowania w omawianym trybie przepis art. 26 ust. 2f Pzp, który przewiduje możliwość wcześniejszego żądania określonych rodzajów dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji czy też braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Ponadto, podkreślić należy, że, wszyscy wykonawcy zaproszeni do składania ofert wstępnych, w tym Odwołujący, otrzymali SIWZ, w której zawarte zostały jednoznaczne wymagania dotyczące ofert wstępnych, a treść postanowień SIWZ nie została zaskarżona w postępowaniu odwoławczym przez żadnego z wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu charakter próbki, jej prezentacja oraz zakres wymagań nie był kwestionowany na etapie przekazania wykonawcom przez Zamawiającego SIWZ i odpowiedzi na pytania wykonawców.

Charakter próbki podlegającej badaniu na etapie ofert wstępnych został określony przez Zamawiającego w Załączniku nr 3 do SIWZ. Jak wynika z tych postanowień Próbką Systemu ma charakter wstępny, gdyż dokładne właściwości i środowisko docelowego systemu będzie dopiero podlegało szczegółowemu ustaleniu na etapie negocjacji. Jak zauważył sam Odwołujący, w pkt 4 Protokołu postępowania, zawierającym uzasadnienie wyboru trybu postępowania, Zamawiający wskazał, że ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia wybrany tryb jest konieczny ze względu na potrzebę „doprecyzowania i uzupełnienia” opisu przedmiotu zamówienia na etapie negocjacji. Prezentacja próbki na etapie oferty wstępnej może służyć wstępnemu zbadaniu oferowanych rozwiązań systemu informatycznego i przewidzianych w jego ramach wymaganych funkcjonalności oraz pośrednio zbadaniu także umiejętności wykonawcy w zakresie świadczenia stanowiącego przedmiot zamówienia. Oferta wstępna, na co wskazuje sama nazwa, zawiera pewne wstępne propozycje w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, które podlegają ocenie na tym etapie postępowania. Tylko rozwiązania spełniające wstępne wymagania Zamawiającego będą podlegały dalszym negocjacom z wykonawcami, a podstawę negocjacji będzie stanowiła treść oferty wstępnej. Fakt, że opis przedmiotu zamówienia będzie obiektem negocjacji nie odbiera Zamawiającemu uprawnienia do określenia pewnych wstępnych wymagań w tym zakresie na etapie oferty wstępnej oraz dokonania oceny propozycji wykonawców w odniesieniu do tych wymagań.

Zamawiający mógł zatem żądać próbki systemu i jej uzupełnienia oraz dokonywać jej oceny na etapie oferty wstępnej. Dokonując jednak oceny prezentacji w ramach oferty wstępnej Zamawiający był zobowiązany przestrzegać zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności zasady przejrzystości postępowania, którą w ocenie Izby Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu naruszył. Dokonana przez Zamawiającego ocena prezentacji nie spełnia wymagań przejrzystości. Protokół sporządzony z prezentacji próbki nie był prowadzony na bieżąco w trakcie czynności prezentacji przez wykonawcę Próbką Systemu. Zamawiający nie wykazał, że poszczególne czynności były oceniane bezpośrednio po ich wykonaniu, a wykonawca faktycznie nie miał żadnej wiedzy, czy wykonywane czynności są wyczerpujące w świetle wymagań Załącznika nr 3 do SIWZ. Zamawiający nie wykazał w sposób transparentny, aby Próbką Systemu złożona (uzupełniona) przez Odwołującego w ramach oferty wstępnej była oceniona w pełni obiektywnie, biorąc pod uwagę fakt, że ocena dokonana przez członków komisji przetargowej nastąpiła dopiero po pięciu godzinach prezentacji. Dowód na okoliczność przeprowadzenia rzetelnej i obiektywnej oceny prezentacji, skutkującej w szczególności odrzuceniem oferty wykonawcy obciąża Zamawiającego. Jak wyjaśnił natomiast Odwołujący, Zamawiający nie zgodził się na utrwalanie przebiegu prezentacji ani nie pozwolił Odwołującemu na jakiegokolwiek uwagi do protokołu (z którym Odwołujący nie mógł się zapoznać) i nie był informowany o jakichkolwiek brakach, czy wątpliwościach w trakcie przebiegu prezentacji, czemu

Zamawiający nie zaprzeczył.

Mając na uwadze powyższe, nie sposób uznać na obecnym etapie postępowania, że oferta wstępna (Próbka Systemu) Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający jest zobowiązany umożliwić Odwołującemu powtórzenie prezentacji, zachowując przy tym pełną przejrzystość postępowania, w tym dokonanej oceny prezentacji, która powinna być sporządzona w formie protokołu z poszczególnych czynności wykonanych w ramach scenariusza prezentacji. Wykonawca powinien mieć także możliwość śledzenia protokołu na bieżąco oraz wniesienia swoich ewentualnych uwag do protokołu.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny systemów SCADA na okoliczność spełnienia przez oferowaną próbkę systemu wymagań określonych w Załączniku nr 3 do SIWZ, o których mowa w informacji o wynikach oceny oferty wstępnej złożonej przez Odwołującego. Izba wzięła pod uwagę, że biegły nie może zastępować Zamawiającego w prawidłowym wykonaniu czynności przewidzianych w SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu, wobec niezachowania zasady przejrzystości to Zamawiający ma obowiązek powtórzyć czynności oceny ofert wstępnych – prezentacji próbki systemu Odwołującego i oceny spełnienia przez ww. próbkę wymagań określonych w pkt 3 Załącznika nr 3 do SIWZ.

Reasumując, Izba stwierdziła w okolicznościach tej sprawy naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

.....

.....

.....