

Sygn. akt: KIO 2397/18

WYROK
z dnia 4 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aspello Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu i Magprojekt B.A. z siedzibą w Józefowie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Górnośląsko-Zagłębiowską Metropolię z siedzibą w Katowicach,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym ponowne przeprowadzenie testów oferowanych Zamawiającemu systemów w sposób zgodny z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Górnośląsko-Zagłębiowską Metropolię z siedzibą w Katowicach i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia: Aspello Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu i Magprojekt B.A. z siedzibą w Józefowie tytułem wpisu od odwołania,

- 3.2 zasądza od Zamawiającego – Górnośląsko-Zagłębiowskiej Metropolii z siedzibą w Katowicach na rzecz Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aspello Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu i Magprojekt B.A. z siedzibą w Józefowie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

.....

Uzasadnienie

Górnośląsko-Zagłębiowska Metropolia z siedzibą w Katowicach (dalej Zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na opracowanie, wykonanie i wdrożenie portalu internetowego wraz ze świadczeniem usług gwarancyjnych oraz asysty technicznej dla Górnośląsko-Zagłębiowskiej Metropolii (znak postępowania: ZA.270.126.2018) zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 września 2018 r. pod numerem 612366-N-2018. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 19 listopada 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Aspello Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu i Magprojekt B.A. z siedzibą w Józefowie (dalej Odwołujący), wnieśli odwołanie, w którym zaskarżyli niezgodne z przepisami czynności Zamawiającego i zarzucili mu naruszenie:

1. art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91. ust. 1 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp przez prowadzenie postępowania w zakresie oceny ofert w sposób odbiegający od określonych w SIWZ (i załącznikach do niej) kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium „jakość”, a w konsekwencji dokonanie w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp wyboru jako najkorzystniejszej, oferty Wykonawcy Euvic Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (dalej Euvic),
2. art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców tj. przyznanie Wykonawcy Euvic przez członków komisji przetargowej punktów w zakresie scenariuszy przeprowadzonych testów wersji demonstracyjnej systemu, które odbyły się niezgodnie z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego w SIWZ.
3. art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 i art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp, przez błędne uznanie przez Zamawiającego, że Wykonawca Euvic wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wykonania należycie co najmniej 2 usług, z których co najmniej jedna została wykonana dla jednostki sektora finansów publicznych - polegające

na zaprojektowaniu, wykonaniu i wdrożeniu portalu lub serwisu internetowego, każda o wartości co najmniej 300 000 zł,

4. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez naruszenie obowiązku wykluczenia Wykonawcy Euvic, mimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w punkcie 3 powyżej,
5. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp lub 17 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, przez naruszenie obowiązku wykluczenia Wykonawcy Euvic, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, mimo, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje mogące wprowadzać w błąd Zamawiającego i mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
6. art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Euvic, mimo, że oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,
7. art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Euvic mimo, że Wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp lub art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp, a jego oferta odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym zestawów testowych zawierających wersję demonstracyjną systemu,
3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z udziału w postępowaniu Wykonawcy Euvic,
4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

W postępowaniu złożone zostały 2 oferty. W wyniku ich oceny przez Zamawiającego oferta Odwołującego otrzymała 98,32 punktu, a oferta Wykonawcy Euvic otrzymała 98,35 punktu i 14 listopada 2018 r. została wybrana jako najkorzystniejsza.

Zgodnie z punktem 8 Rozdziału VI SIWZ, Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą zestawu testowego: „Wykonawca jest zobowiązany do dołączenia do oferty wersji

demonstracyjnej systemu. Zestaw musi być przygotowany i dostarczony zgodnie z wymogami zawartymi w załączniku nr 4 do SIWZ. Brak załączonego zestawu testowego skutkować będzie odrzuceniem oferty, zgodnie z postanowieniami art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp".

Zarówno Odwołujący jak i Wykonawca Euvic przygotowali zestawy testowe i dostarczyli je Zamawiającemu. Zamawiający w punkcie 1 Rozdziału XIII SIWZ wskazał, że udzieli zamówienia Wykonawcy, którego oferta odpowiada wszystkim wymaganiom określonym przez Zamawiającego w niniejszej SIWZ, jest zgodna z obowiązującymi przepisami prawa oraz uzyska maksymalną ocenę w stosunku do ustalonych przez Zamawiającego kryteriów, tj.:

1. Cena oferty brutto,
2. Jakość prezentowanej oferty (scenariusze),
3. Czas realizacji.

W przypadku kryterium „Jakość prezentowanej oferty” oferty miały zostać ocenione na podstawie załączonego do oferty zestawu testowego. Zestaw musiał być przygotowany i dostarczony zgodnie z wymogami zawartymi w załączniku nr 4 do SIWZ. Sposób oceny zestawu testowego tj. scenariusze przeprowadzania testów oraz opis sposobu przyznawania punktów został opisany w załącznikach nr 4a i 4b do SIWZ.

Według punktu 2 Załącznika nr 4 do SIWZ wykonawcy mieli dokonać prezentacji Systemu na podstawie scenariuszy opisanych przez Zamawiającego z wykorzystaniem zestawu testowego, który wykonawcy musieli dołączyć do ofert. Zgodnie z punktem 23 Załącznika nr 4 do SIWZ Zamawiający był zobowiązany rejestrować przebieg prezentacji za pomocą rejestrujących urządzeń audiowizualnych. Podczas prezentacji mieli być obecni członkowie komisji przetargowej, a także eksperci powołani przez Zamawiającego (punkt 24 Załącznika nr 4 do SIWZ). Z każdej prezentacji miał zostać sporządzony pisemny protokół, zawierający opis przebiegu prezentacji.

Wedle punktu 28 Załącznika nr 4 do SIWZ w trakcie prezentacji do komputera z zestawem testowym nie mogły być podłączone żadne urządzenia zewnętrzne (z wyjątkiem projektora), jak np. nośniki danych z wyłączeniem klawiatury oraz urządzenia wskazującego („myszy”). Przed rozpoczęciem prezentacji, Zamawiający miał przekazać na zewnętrznym nośniku materiały niezbędne do przeprowadzenia testów tj. scenariusze przeprowadzania testów w ramach oceny ofert w kryterium „Jakość zaprezentowanej oferty” proponowanego rozwiązania, a Wykonawca przekopiować je na dysk komputera z zestawu testowego i następnie zwrócić nośnik Zamawiającemu. Kolejno, punkt 29 Załącznika nr 4 do SIWZ stanowił: „Wykonawca w trakcie przygotowania się do prezentacji oraz w jej trakcie nie może dokonywać żadnych zmian w Systemie wynikającym ze zmiany kodów źródłowych”.

W załączniku nr 4a do SIWZ Zamawiający określił „Scenariusze przeprowadzania testów

w ramach oceny ofert w kryterium „jakość prezentowanej oferty” proponowanego rozwiązania”. Załącznik ten obejmował 7 scenariuszy testowych z m. in. następującymi wymaganiami:

Scenariusz nr 1: Dodanie oraz publikacja nowego wydarzenia w ramach kalendarza wydarzeń w serwisie głównym:

„Podkategoria 1.1. Dodanie wydarzenia w ramach kalendarza: W obszarze obsługującym funkcjonalność „kalendarz wydarzeń” Tester dodaje nowe wydarzenie (wydarzenie nr 1) na podstawie przekazanego przez Zamawiającego materiału (zdjęcia, tekst z opisem wydarzenia, kategoria, data wydarzenia, czas trwania, planowana data publikacji, załącznik, hiperłącza). Nowe wydarzenie musi zawierać wszystkie elementy przekazanego materiału z wyjątkiem „kategorii”. Tester prezentuje podgląd wprowadzonego materiału przed publikacją, a następnie publikuje wydarzenie w Serwisie głównym”.

„Podkategoria 1.2. Określenie nowej kategorii wydarzenia dla dodawanego wydarzenia: W obszarze obsługującym funkcjonalność „kalendarz wydarzeń” Tester dodaje nowe wydarzenie (wydarzenie nr 2) na podstawie przekazanego przez Zamawiającego materiału (zdjęcia, tekst z opisem wydarzenia, kategoria, data wydarzenia, czas trwania, planowana data publikacji, załącznik, hiperłącza) oraz określa nową kategorię wydarzenia (wskazaną w przekazanym materiale) do której przyporządkowuje wprowadzane wydarzenie (nowa kategoria zapisuje się do bazy kategorii wydarzeń). Nowe wydarzenie musi zawierać wszystkie elementy z przekazanego materiału. Tester prezentuje podgląd wprowadzonego materiału przed publikacją, a następnie publikuje wydarzenie w Serwisie głównym”.

„Podkategoria 1.5. Możliwość wyświetlenia na widoku wydarzenia, odnośników do innych podobnych wydarzeń: W obszarze obsługującym funkcjonalność „kalendarz wydarzeń” Tester dodaje nowe wydarzenie (wydarzenia nr 3) na podstawie przekazane materiału (zdjęcia, tekst z opisem wydarzenia, daty trwania wydarzenia, kategoria wydarzenia). Nowe wydarzenie musi zawierać wszystkie elementy / przekazanego materiału. Tester prezentuje podgląd wprowadzonego materiału przed publikacją, a następnie publikuje wydarzenie w Serwisie głównym.

„Scenariusz nr 2: Dodanie nowego zdjęcia do bazy z komputera oraz podstawowa obróbka tego zdjęcia oraz śledzenie referencji pliku:

Podkategoria 2.1. Dodanie nowego zdjęcia do galerii: W obszarze obsługującym funkcjonalność „galerii zdjęć” Tester dodaje nowe zdjęcie (zdjęcie nr 1) na podstawie przekazanego materiału oraz wprowadza i edytuje metadane zdjęcia (część metadanych podpowiadana automatycznie min, tytuł, rozmiar, rozszerzenie, rozdzielczość, data wgrania do bazy)”.
„Scenariusz nr 5: Utworzenie i publikacja nowej podstrony oraz przesunięcie jej w ramach

struktury serwisu:

Podkategoria 5.1. Intuicyjność i prostota utworzenia podstrony za pomocą builderów: Tester dodaje nową podstronę na podstawie przekazanego materiału (tekst, zdjęcia, adresy linków, pliki) - utworzona podstrona ma się składać co najmniej z: bloku tekstowego, galerii zdjęć w formie slidera, galerii zdjęć (z opcją faceboxa"), 3 zagnieżdżonych linków oraz 2 plików do pobrania. Tester prezentuje podgląd wprowadzonego materiału przed publikacją, a następnie publikuje materiał".

Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający stawiał oferentom konkretne wymagania w zakresie scenariuszy testowych. Powyżej Odwołujący przedstawił te wymagania Zamawiającego w zakresie scenariuszy testowych, które zobowiązywały oferentów do posłużenia się w prezentacji materiałami przekazanymi przez Zamawiającego w postaci zdjęcia.

Jak wynika z protokołu z przeprowadzenia prezentacji jednostek testowych z dnia 22 października 2018 r. przygotowanym dla Zamawiającego przez Pana P. będącego biegłym i ekspertem Zamawiającego: „Prezentacja firmy Euvic Sp. z o.o. była drugą w kolejności i również odbyła się dnia 27.09.2018 r. Wykonawca przedstawił wszystkie scenariusze zgodnie z ich wytycznymi przedstawionymi przez Zamawiającego z zastrzeżeniem, iż materiałami które posłużyły do prezentacji oferty nie były materiały przekazane przez Zamawiającego, a materiałami własnymi Oferenta”. Pan P. poinformował Zamawiającego, o możliwych konsekwencjach dopuszczenia tego Wykonawcy Euvic do dalszej realizacji prezentacji oferty „gdyż na etapie konstruowania wymagań w zakresie prezentacji systemu testowego - Zamawiający zaznaczył, iż Wykonawca powinien pracować na materiałach przekazanych podczas prezentacji oferty. Wykonawca nie był w stanie wgrać jednego z materiałów tj. zdjęcia przekazanego przez Zamawiającego”. Powyższe potwierdzają nagrania audio-video z prezentacji zestawu testowego Wykonawcy Euvic.

Wykonawca Euvic nie przeprowadził prezentacji zestawu testowego zgodnie z wymaganiami Zamawiającego stawianymi w Załączniku nr 4a do SIWZ. Nie zdołał wgrać zdjęcia przekazanego przez Zamawiającego i korzystał z własnych materiałów, co nie było dopuszczalne. Wykonawca nie powinien być zatem dopuszczony do dalszej realizacji prezentacji zestawu testowego, a co najmniej w zakresie tych scenariuszy, które wymagały posłużenia się materiałami Zamawiającego w postaci zdjęcia powinien uzyskać 0 punktów od każdego z członków komisji przetargowej Zamawiającego. Zamawiający dokonał oceny prezentacji zestawu testowego zawierającego wersję demonstracyjną systemu Wykonawcy Euvic w sposób sprzeczny z wymogami SIWZ i błędnie uznał, że oferta Euvic spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego. Powyższe stanowiło naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 92 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Wykonawca Euvic założył bardzo małe parametry systemowe dotyczące wielkości plików jakie można wgrać do systemu. W demonstracyjnym systemie tego wykonawcy graniczną wartością (wagą) pliku było 2 MB, co biorąc pod uwagę charakterystykę i opis przedmiotu zamówienia było wartością o wiele za niską dla tego typu portali. Dlatego Wykonawca Euvic, nie będąc w stanie wgrać pliku do systemu posłużył się materiałami własnymi, co w ocenie Odwołującego naruszało również przepis art. 7 ust 1. ustawy Pzp w zakresie równego traktowania Wykonawców. Zamawiający, ani Odwołujący, nie byli w stanie więc ustalić czy plik wykorzystany przez Euvic, będący materiałem własnym Wykonawcy, rzeczywiście nie był wcześniej wgrany do systemu np. wraz z odwróconymi kolorami (co było jednym z zadań Oferentów podczas prezentacji systemu).

W zakresie scenariuszy przeprowadzonych testów wersji demonstracyjnej systemu, które odbyły się niezgodnie z wymogami SIWZ, za które Wykonawcy Euvic, wobec wskazanych wyżej argumentów dotyczących niewłaściwego przebiegu oceny Systemu, powinno być przyznane 0 punktów, Zamawiający przyznał ofercie Wykonawcy Euvic w kryterium „jakość” punkty w scenariuszach testowych (Wykonawcy Euvic przyznano punkty za scenariusze testowe: 1.3, 2.1, 2.2, 2.3.1, 2.3.2, 2.3.3 i 2.3.4. Wszystkie operacje w ramach ww. scenariuszy testowych miały zostać przeprowadzane w oparciu o materiały dostarczone przez Zamawiającego. Plik dostarczony przez Zamawiającego miał postać zdjęcia o wadze 2,5 MB czyli mieścił się parametrach standardowego zdjęcia.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o przeliczenie punktacji Wykonawcy Euvic jeszcze raz, z wyłączeniem ww. scenariuszy testowych, za które Euvic nie powinien otrzymać żadnych punktów z uwagi na fakt niespełnienia wymogów Zamawiającego stawianych w SIWZ.

Odwołujący zakwestionował również ocenę prezentacji systemu przez członka komisji przetargowej tj. Pana F., który nie był obecny na prezentacjach Odwołującego i Wykonawcy Euvic oraz nie uczestniczył w dalszym etapie oceny ofert, z uwagi na ustanie stosunku pracy z Zamawiającym. Zgodnie z protokołem postępowania komisja przetargowa została powołana w dniu 20 września 2018 r. i w jej skład wchodziły następujące osoby: Pan R.K., Pani K.C., Pan P.K., Pan M.F. oraz Pan M.M. (powołany w dniu 26 września 2018 r.). Jako biegły/ekspert został powołany Pan P. . Zgodnie z protokołami z dnia 27 września 2018 r. z prezentacji zestawu testowego Odwołującego oraz Wykonawcy Euvic po stronie Zamawiającego uczestniczyli w prezentacji: Pan R.K., Pani K.C., Pan P.K., Pan M.M. oraz biegły/ekspert Pan P.. Na prezentacji nie był obecny Pan F., mimo, że został powołany na członka komisji przetargowej. Potwierdzają to nagrania audio-video, a także protokół z prac komisji przetargowej z dnia 13 listopada 2018 r. wskazujący, że w prezentacji nie uczestniczył Pan F. oraz, że dokonał on oceny prezentacji

w oparciu o nagrania z przeprowadzonych prezentacji. Ponadto, jak wynika z uwag do protokołu, Pan F. nie zapoznał się z treścią protokołu, gdyż od 1 października 2018 r. nie uczestniczył w pracach komisji z uwagi na rozwiązanie stosunku pracy z Zamawiającym.

W ocenie Odwołującego punkt 24 Załącznika nr 4 do SIWZ stanowiący, że ze strony Zamawiającego podczas prezentacji będą obecni członkowie komisji przetargowej powołanej przez Zamawiającego, a także eksperci powołani przez Zamawiającego należy interpretować w ten sposób, że tylko obecni na prezentacji członkowie komisji przetargowej będą uprawnieni do oceny prezentacji. Pan F. nie był bowiem w stanie udowodnić, że faktycznie zapoznał się z nagraniami audio-video i na ich podstawie dokonał oceny prezentacji. Co więcej, wydaje się to mało prawdopodobne z uwagi na fakt, że ostatni dzień pracy u Zamawiającego Pana M. F. przypadła następnego dnia po przeprowadzonych prezentacjach.

Zamawiający winien odrzucić ocenę prezentacji dokonaną przez Pana F. a, z uwagi na fakt, że nie uczestniczył on w prezentacji zestawów testowych oferentów oraz nie uczestniczył w dalszych pracach komisji przetargowej Zamawiającego. Oceny prezentacji zestawów testowych oferentów powinni dokonywać tylko Ci członkowie komisji przetargowej, którzy byli obecni na prezentacjach. W innym bowiem wypadku nie można wykluczyć, że nieobecny członek komisji przetargowej nie zapoznał się z prezentacją zestawów testowych i dokonał oceny prezentacji w oparciu o ocenę innych członków komisji przetargowej.

Zamawiający zaniechał ponadto czynności wykluczenia Wykonawcy Euvic z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp lub 17 Pzp lub na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Zgodnie z pkt 1. ppkt 2) c) a. rozdziału V SIWZ: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 2 usługi, z których co najmniej jedna była wykonana dla jednostki sektora finansów publicznych, polegające na zaprojektowaniu, wykonaniu i wdrożeniu portalu lub serwisu internetowego, każda o wartości co najmniej 300 000 zł”.

Wykonawca Euvic w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym powyżej, w szczególności przez przedstawienie jako doświadczenia własnego, realizacji usługi dla Gminy Miasto Gdańsk. Zgodnie z zawartymi

informacjami w Biuletynie Informacji Publicznej Gminy Miasto Gdańsk zamówienie, na które powołał się Wykonawca Euvic nie obejmowało wykonania i wdrożenia portalu lub serwisu internetowego, a przygotowanie, wdrożenie i świadczenie usługi udostępniania systemu informatycznego służącego do obsługi Gdańskiego Centrum Kontakt (GCK) w modelu SaaS (nr postępowania BZP.271.9.2017.MSz), co nie pokrywało się z żądaniami Zamawiającego w zakresie stawianych wymagań podmiotowych dla Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W opisie przedmiotu ww. zamówienia znalazła się informacja, że Portal GCK wraz z Bazą wiedzy zostanie dostarczony w wyniku odrębnego postępowania. Powyższe dowodziło, że usługa na realizację której powołał się Wykonawca Euvic nie odpowiadała wymogom SIWZ w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na częściowe uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia:

- 1. art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91. ust. 1 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp przez prowadzenie postępowania w zakresie oceny ofert w sposób odbiegający od określonych w SIWZ (i załącznikach do niej) kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium „jakość”, a w konsekwencji dokonanie w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp wyboru jako najkorzystniejszej, oferty Wykonawcy Euvic,**
- 2. art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania**

wykonawców tj. przyznanie Wykonawcy Euvic przez członków komisji przetargowej punktów w zakresie scenariuszy przeprowadzonych testów wersji demonstracyjnej systemu, które odbyły się niezgodnie z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego w SIWZ, potwierdziły się.

Zamawiający w SIWZ wskazał następujące kryteria oceny ofert:

1. Cena oferty brutto - 40 % (40 punktów),
2. Jakość prezentowanej oferty (scenariusze) - 50 % (50 punktów),
3. Czas realizacji - 10 % (10 punktów).

Zarzuty Odwołującego dotyczą oceny oferty Wykonawcy Euvic, jakiej Zamawiający dokonał w ramach kryterium jakości prezentowanej oferty. W kryterium tym, oferty miały zostać ocenione na podstawie załączonych do nich zestawów testowych. SIWZ w Rozdziale XIII - Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert wskazywał m. in.: „Zestaw musi być przygotowany i dostarczony zgodnie z wymogami zawartymi w załączniku nr 4 do SIWZ. Sposób oceny zestawu testowego tj. scenariusze przeprowadzania testów oraz opis sposobu przyznawania punktów zawierają załączniki nr 4a i 4b do SIWZ.

Każda oferta otrzyma zaokrągloną do dwóch miejsc po przecinku ilość punktów wynikającą z działania:

$$P_i(JO) = 50 * (O_{oferty} / O_{max})$$

gdzie:

$P_i(JO)$ - Liczba punktów jakie otrzyma badana oferta za kryterium: „Jakość prezentowanej oferty”,

O_{oferty} - Ocena punktowa oferty badanej,

O_{max} - Maksymalna ocena punktowa spośród badanych ofert”.

Załącznik nr 4 do SIWZ określający zasady prowadzenia i oceny prezentacji systemów oferowanych przez Wykonawców stanowił m. in.:

„23. Zamawiający będzie rejestrować przebieg prezentacji za pomocą rejestrujących urządzeń audiowizualnych.

24. Ze strony Zamawiającego podczas prezentacji będą obecni członkowie komisji przetargowej powołanej przez Zamawiającego, a także eksperci powołani przez Zamawiającego. Zamawiający sporządzi listę obecności osób biorących udział w poszczególnych prezentacjach. (...)

26. Łączny czas prezentacji nie może przekroczyć 2 godzin zegarowych, w przypadku, gdy w tym czasie Wykonawca nie zaprezentuje wszystkich scenariuszy Zamawiający przyzna punkty wyłącznie za scenariusze zaprezentowane w całości w kryterium oceny: „jakość zaprezentowanej oferty” proponowanego rozwiązania.

27. W trakcie prezentacji komputer z zestawu testowego, nie może łączyć się bezprzewodowo/przewodowo z innymi komputerami i Internetem.

28. W trakcie prezentacji do komputera z zestawu testowego nie mogą być podłączone żadne urządzenia zewnętrzne (z wyjątkiem projektora), jak np. nośniki danych z wyłączeniem klawiatury oraz urządzenia wskazującego („myszy”). Przed rozpoczęciem prezentacji, Zamawiający przekaze na zewnętrznym nośniku materiały niezbędne do przeprowadzenia testów w ramach oceny ofert w kryterium „Jakość zaprezentowanej oferty” proponowanego rozwiązania, a Wykonawca przekopiuje je na dysk komputera z zestawu testowego i następnie zwróci nośnik Zamawiającemu.

29. Wykonawca w trakcie przygotowania się do prezentacji oraz w jej trakcie nie może dokonywać żadnych zmian w Systemie wynikającym ze zmiany kodów źródłowych”.

Załącznik nr 4, ani żadna inna część SIWZ, nie przewidywał odstępstw od powyższych zasad. Nie było też regulacji wskazujących na sposób postępowania Zamawiającego i Wykonawców w sytuacji wystąpienia problemów natury technicznej, uniemożliwiających prawidłowe przeprowadzenie prezentacji. Między Odwołującym, a Zamawiającym nie był sporny fakt, że ze względu na wielkość zdjęcia przekazaną Wykonawcy Euvic w trybie określonym w punkcie 28 załącznika nr 4 do SIWZ, niemożliwe było prawidłowe przeprowadzenie prezentacji. Przedmiotowe zdjęcie przekraczało 2,5 MB, podczas gdy system oferowany przez Euvic miał ograniczenie wielkości plików tego typu do 2,5 MB. SIWZ ani żaden z jej załączników nie informował wykonawców o oczekiwanych przez Zamawiającego parametrach dotyczących zdjęć, w szczególności ich wielkości (wadze) wyrażonej w MB. Z tego względu, w ocenie Izby postępowanie Zamawiającego polegające na umożliwieniu Wykonawcy Euvic wykorzystania innego, mniejszego zdjęcia było prawidłowe i uzasadnione okolicznościami, ale Zamawiający nie był uprawniony do odstępstwa od zasad wskazanych w punkcie 28 załącznika nr 4 do SIWZ. Łączna interpretacja zacytowanych wyżej postanowień załącznika nr 4 wskazuje, że intencją Zamawiającego było przeprowadzenie testu w sposób zapewniający wyizolowanie komputera z testowanym systemem od wpływu czynników zewnętrznych takich jak dostęp do Internetu, do innych komputerów oraz wykorzystania plików nie pochodzących od Zamawiającego. Z tego względu, w sytuacji, gdy przekazane Wykonawcy Euvic zdjęcie okazało się być zbyt duże, dopuszczalne było przekazanie mu innego zdjęcia, ale z zachowaniem zasad określonych w SIWZ. Nie mogło być to zatem zdjęcie pochodzące

z zasobów komputera, na którym znajdował się testowany system, nawet jeśli wyboru zdjęcia dokonał Zamawiający.

Ocena ofert w oparciu o kryteria określone w SIWZ ma kluczowe znaczenie dla zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców. Z tego względu obowiązkiem Zamawiającego jest przeprowadzenie oceny ściśle według zasad, które sam określił w SIWZ.

W zakresie zarzutów związanych z dokonaniem oceny systemów przez członka komisji przetargowej, który nie był obecny podczas prezentacji Izba stwierdziła, co następuje.

Punkt 24 załącznika nr 4 do SIWZ – „Ze strony Zamawiającego podczas prezentacji będą obecni członkowie komisji przetargowej powołanej przez Zamawiającego, a także eksperci powołani przez Zamawiającego. Zamawiający sporządzi listę obecności osób biorących udział w poszczególnych prezentacjach” nie wprowadził jednoznacznego obowiązku obecności wszystkich członków komisji przetargowej podczas prezentacji. Należy jednak wziąć pod uwagę, że punkt 23 („Zamawiający będzie rejestrować przebieg prezentacji za pomocą rejestrujących urządzeń audiowizualnych”) nie określa, że celem rejestrowania przebiegu prezentacji było prowadzenie oceny ofert w kryterium jakości. SIWZ nie określiła takiej formy przeprowadzenia oceny punktowej ofert. W tej sytuacji Izba uznała, że łączna interpretacja punktów 23 i 24 załącznika nr 4 prowadzi do wniosku, że stanowisko Odwołującego było słuszne – ocenę ofert związaną z przebiegiem prezentacji prowadzić powinni tylko ci członkowie komisji przetargowej, którzy byli obecni podczas tych prezentacji. Izba wzięła pod uwagę ponadto fakt, że jakość techniczna nagrań audio-video, o których mowa w punkcie 23 załącznika nie jest doskonała, zarówno pod względem dźwięku jak i ostrości obrazu. W tej sytuacji wątpliwości Odwołującego, co do prawidłowości oceny przeprowadzonej przez członka komisji przetargowej tylko w oparciu o nagrania audio-video są uzasadnione.

Art. 7 ust. 1 Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, art. 7 ust. 3 Pzp: Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Natomiast art. 91 ust. 1 Pzp wskazuje, że Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Okoliczności wskazane przez Odwołującego potwierdzają fakt naruszenia przez Zamawiającego przytoczonych przepisów Pzp.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzuty Odwołania we wskazanym wyżej zakresie potwierdziły się, a obowiązkiem Zamawiającego jest powtórzenie prezentacji i oceny

systemów oferowanych przez Wykonawców, w sposób zgodny z zasadami określonymi w załączniku nr 4 do SIWZ.

Zarzuty naruszenia:

- 1. art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 i art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp, przez błędne uznanie przez Zamawiającego, że Wykonawca Euvic wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej,**
- 2. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez naruszenie obowiązku wykluczenia Wykonawcy Euvic Sp. z o.o., mimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu,**
- 3. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp lub 17 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, przez naruszenie obowiązku wykluczenia Wykonawcy Euvic, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, mimo, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje mogące wprowadzać w błąd Zamawiającego i mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,**

nie potwierdziły się.

Rozdział V. SIWZ V. „Warunki udziału w postępowaniu” wskazywał m. in., że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, a Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 2 usługi, z których co najmniej jedna była wykonana dla jednostki sektora finansów publicznych - polegające na zaprojektowaniu, wykonaniu i wdrożeniu portalu lub serwisu internetowego, każda o wartości co najmniej 300 000 zł brutto.

SIWZ nie wprowadził żadnej definicji portalu i serwisu internetowego. Na ogół przyjmuje się, że serwis internetowy to grupa powiązanych ze sobą funkcjonalnie stron internetowych, a portal internetowy to internetowy serwis informacyjny zawierający różnorodne funkcje, dostępny z jednego adresu internetowego. Bez jednoznacznego doprecyzowania i określenia w SIWZ pojęć „serwis internetowy” i „portal internetowy” nie można przyjąć znaczenia tych pojęć węższego niż wynikające z powszechnie przyjętych definicji. Nie można wobec tego uznać, że usługa na realizację której powołał się Wykonawca Euvic nie wpisuje się w zakres znaczenia pojęć serwis internetowy i portal internetowy. Z tego

względu Izba uznała, że argumenty Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie. Wykonawca Euvic w prawidłowy sposób wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nie zachodziły też przesłanki obligujące Zamawiającego do wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania.

Art. 24 ust. 1 Pzp stanowi, że:

Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

Pkt 12 - wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;

Pkt 16 - wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

Pkt 17 - wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna ww. z przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 Pzp. W konsekwencji nie potwierdziły się też zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Euvic, mimo, że oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania oraz art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Euvic mimo, że Wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp lub art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp, a jego oferta odrzuceniu.

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

.....