

WYROK

z dnia 27 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu: 22 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2017 r. przez **wykonawcę Q. S. A. z siedzibą w W.** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Miasto B. – B. – Miejski Zarząd Dróg w B. – B.**

przy udziale **wykonawcy S. S. A. z siedzibą w O.** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Q. S. A. z siedzibą w W. i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Q. S. A. z siedzibą w W.** tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od **wykonawcy Q. S. A. z siedzibą w W.** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Zamawiającego: Miasta B. – B. – Miejskiego Zarządu Dróg w B. – B.** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bielsku – Białej**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto B. – B. – Miejski Zarząd Dróg w B. – B. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Zaprojektowanie, dostarczenie wykonanie i uruchomienie do działania w ruchu ulicznym miasta B.-B. Systemu ITS, w ramach zadania inwestycyjnego pn.: Rozwój Zrównoważonego Transportu Miejskiego w B. B.”*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 11 sierpnia 2016 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 sierpnia 2016 r. pod numerem ...

Wykonawca Q. S. A. z siedzibą w W. (zwany dalej „Odwołującym”) w dniu 2 czerwca 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy S. S. A. z siedzibą w O., zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, 92 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp i w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, t.j.:

- Art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp - poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez:
 - nieprzyznanie ofercie Q. S.A. większej ilości punktów za poddawane ocenie punktowej przez Zamawiającego dokumenty w zakresie „Oceny Technicznej”,
 - dokonanie subiektywnie, nieuzasadnionej w świetle wymagań SIWZ oceny oferty Q. S.A. w zakresie „Oceny Technicznej”, podczas, gdy przy pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej, którą wówczas została oferta Q. S.A., Odwołujący uzyskał w danym kryterium o 15 punktów więcej i żadne okoliczności w tym zakresie co do przedkładanych dokumentów przez Q. S.A. nie uległy zmianie pomiędzy datą pierwszego wyboru a datą drugiego wyboru oferty najkorzystniejszej;

- nieuzasadnienie w sposób obiektywny i wyczerpujący decyzji Zamawiającego, co do obniżenia Q. S.A. punktacji za kryterium „Ocena Techniczna”, w sytuacji, gdy stan faktyczny nie uległ zmianie pomiędzy datą pierwszego wyboru a datą drugiego wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - bezkrytyczne przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień i dokumentów Sprint, co do doświadczenia i wiedzy, którą dysponuje Wykonawca, a która nie spełnia wymagań Ogłoszenia i SIWZ;
 - bezkrytyczne przyjęcie przez Zamawiającego zastrzeżeń S. w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz;
- Art. 92 ust. 1 Pzp w zw. z 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez brak w decyzji Zamawiającego z dnia 23 maja 2017 r. jak i w pozostałej dokumentacji z postępowania uzasadnienia faktycznego punktacji przyznanej Odwołującemu w kryterium „Ocena Techniczna”,
 - Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art.7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego, a mianowicie:
 - a) nieprawidłowej ocenie oferty Odwołującego w zakresie kryterium „Ocena techniczna” Opis Techniczny (OT) z pkt I *„Rozwiązania aplikacyjne poszczególnych podsystemów (wraz z przykładami graficznymi)”* i przyznanie niższej niż wynika z treści złożonej oferty liczby punktów, a w konsekwencji zaniechania dokonania oceny oferty Odwołującego w zakresie przywołanego opisu danego Kryterium Oceny Oferty na 10 punktów.
 - b) nieprawidłowej ocenie oferty Odwołującego w zakresie kryterium „Ocena techniczna” Opis Techniczny (OT) z pkt IV *„Podsystem Monitoringu Wizyjnego”* i przyznanie niższej niż wynika z treści złożonej oferty liczby punktów, a w konsekwencji zaniechania dokonania oceny oferty Odwołującego w zakresie przywołanego opisu danego Kryterium Oceny Oferty na 10 punktów
 - c) nieprawidłowej ocenie oferty Odwołującego w zakresie kryterium „Ocena techniczna” Opis Techniczny (OT) z pkt VI *„Szczegółowy opis rozwiązań sprzętowych, urządzeń wykonawczych poszczególnych podsystemów”* i przyznanie niższej niż wynika z treści złożonej oferty liczby punktów, a w konsekwencji zaniechania dokonania oceny oferty Odwołującego w zakresie przywołanego opisu danego Kryterium Oceny Oferty na 10 punktów
 - d) nieprawidłowej ocenie oferty Odwołującego w zakresie kryterium „Ocena techniczna” Opracowanie modelu mikrosymulacyjnego (OTmikro) w zakresie „Dodatkowy element dla odwzorowania modelu wizualizacji avi 3D w postaci ortofotomapy jako

podkład zamiennie dla schematu Zamawiającego oraz logo MZD B. B. i Programu Dofinansowania" i przyznanie niższej niż wynika z treści złożonej oferty liczby punktów, a w konsekwencji zaniechania dokonania oceny oferty Odwołującego w zakresie przywołanego opisu danego Kryterium Oceny Oferty na 5 punktów;

- Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art.7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty S. w zakresie kryterium „Ocena techniczna” - Opracowanie modelu mikrosymulacyjnego (OTmikro) w zakresie „Dodatkowe zamodelowanie oraz wykonanie analizy efektywności (wariant istniejący do inwestycyjnego) w ciągu ul. ... dla skrzyżowania z ul. ... pod kątem wdrożenia sygnalizacji świetlnej” i przyznanie S. wyższej niż wynika z treści złożonej oferty liczby punktów- w ramach tego elementu S. powinien otrzymać „0” punktów a nie 10,
- Art. 26 ust 3 Ustawy Pzp oraz 26 ust 4 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Q. S.A. do uzupełnienia brakujących opisów w sytuacji, gdy Zamawiający miał wątpliwości, co do zakresu przedkładanych dokumentów w zakresie kryterium „Ocena Techniczna”,
- Art. 87 ust 1 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Q. S.A. do wyjaśnień co do opisów w sytuacji, gdy Zamawiający miał wątpliwości, co do zakresu przedkładanych dokumentów w zakresie kryterium „Ocena Techniczna”,
- Art. 24 ust 1 pkt 16) oraz art. 24 ust 1 pkt 17) Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia S. z Postępowania, pomimo, że podmiot ten złożył informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do przedkładanych dokumentów w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia;
- Art. 24 ust 1 pkt 12) Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia S. z Postępowania, pomimo, że podmiot ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w-Postępowaniu- Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że wykonawca S. spełnił warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, pomimo że nie posiada odpowiedniej wiedzy i doświadczenia i nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu- doświadczenie, którym dysponuje S. nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego bowiem nie zostało wykonane należycie;
- Art. 26 ust 3 Ustawy Pzp oraz 26 ust 4 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania S. do uzupełnienia i wyjaśnień, co do przedkładanego doświadczenia, w sytuacji, gdy wskazane

doświadczenie z dostawy dla Miasta Ł. nie zostało wykonane należycie przez S. S.A.

- art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 Ustawy Pzp i wz. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia całości uzasadnienia i wyjaśnień S., co do objęcia danych części oferty Tajemnicą Przedsiębiorstwa oraz zaniechanie odtajnienia Wykazu dostaw, zgodnego z załącznikiem nr 1 do SIWZ (pkt 7.6.1.) oraz referencji na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 6.1.1. lit A) pkt 3 SIWZ; zaniechanie odtajnienia Wykazu osób, zgodnego z załącznikiem nr 2 do SIWZ (pkt 7.6.2.); w sytuacji gdy przedmiotowe dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a utajnienie uzupełnianego wykazu usług ma na celu jedynie utrudnienie zachowania uczciwej konkurencie w postępowaniu.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty wykonawcy S. S. A. jako najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert i zależności od ustaleń: 1) dokonanie ponownej oceny ofert i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i sporządzenie przez Zamawiającego szczegółowego, obiektywnego opisu, mającego odzwierciedlenie w wymogach SIWZ, co do punktacji przyznanej oferentom za poszczególne kryteria oceny ofert, 2) wykluczenie wykonawcy S. S. A. oraz w konsekwencji odrzucenie oferty S. S. A. jako oferty złożonej przez podmiot podlegający wykluczeniu ze względu m. in. Na złożenie błędnych informacji oraz niewykazanie spełnienia warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia, 3) skorzystanie przez Zamawiającego wobec Q. S. A. z przepisu art. 26 ust. 3 i/lub art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wobec oferty Odwołującego, 4) przyznanie Q. S. A. maksymalnej oceny punktowej za: a) kryterium „Ocena techniczna” Opis Techniczny (OT) z pkt I „Rozwiązania aplikacyjne poszczególnych podsystemów (wraz z przykładami graficznymi) – t.j. 10 pkt, b) kryterium „Ocena techniczna” Opis Techniczny (OT) z pkt IV „Podsystem Monitoringu Wizyjnego” – t.j. 10 pkt, c) kryterium „Ocena techniczna” Opis Techniczny (OT) z pkt VI „Szczegółowy opis rozwiązań sprzętowych, urządzeń wykonawczych poszczególnych podsystemów” – t.j. 10 pkt, d) kryterium „Ocena techniczna” Opracowanie modelu mikrosymulacyjnego (OTmikro) w zakresie „Dodatkowy element dla odwzorowania modelu wizualizacji avi 3D w postaci ortofotomapy jako podkład zamiennie dla schematu Zamawiającego oraz logo MZD B. B.i Programu Dofinansowania – t.j. 5 pkt, 5) obniżenie punktacji oferty wykonawcy S. S. A. na zero „0” punktów w zakresie kryterium „Ocena techniczna” – opracowanie modelu mikrosymulacyjnego (OTmikro) w zakresie „Dodatkowe zamodelowanie oraz wykonanie analizy efektywności (wariant istniejący do inwestycyjnego) w ciągu ul. ... dla skrzyżowania z ul. ... pod kątem wdrożenia

sygnalizacji świetlnej, dokonanie wyboru oferty Q. S. A. jako najkorzystniejszej w ramach niniejszego postępowania, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie rachunków.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców: Q. S. A. z siedzibą w W. oraz S.S. A. z siedzibą w O. jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 5 czerwca 2017 r.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 8 czerwca 2017 r. zgłosił przystąpienie wykonawca S. S. A. z siedzibą w O.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy S. S. A. z siedzibą w O. (zwanego dalej: „Przystępującym S.”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *„Zaprojektowanie, dostarczenie wykonanie i uruchomienie do działania w ruchu ulicznym miasta B.-B. Systemu ITS, w ramach zadania inwestycyjnego pn.: Rozwój Zrównoważonego Transportu Miejskiego w B. B.”.*

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

- Pkt 6 Warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

6.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące w szczególności:

6.1.1. Zdolności technicznej lub zawodowej

A. Wykonawca musi posiadać stosowne doświadczenie i wykazać, iż:

1. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał (zakończył) w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki inżynierskiej, co najmniej jedno zamówienie . obejmujące zaprojektowanie, wdrożenie i uruchomienie Systemu Zarządzania Ruchem, który obejmował i integrował w ramach Centrum Zarządzania Ruchem łącznie co najmniej następujące podsystemy i funkcjonalności: a. System Sterowania Ruchem z funkcją optymalizacji obszarowej oraz priorytetu dla komunikacji publicznej, obejmujący minimum 15 skrzyżowań z sygnalizacją świetlną, dla co najmniej 100 pojazdów komunikacji publicznej (tramwaj, autobus lub trolejbus), b. System tablic informacji pasażerskiej na co najmniej 20 przystankach transportu publicznego, c. System nadzoru wizyjnego obejmujący co najmniej 15 kamer zlokalizowanych w ramach pasa ruchu drogowego lub skrzyżowań z sygnalizacją świetlną, d. System łączności (przewodowej, bezprzewodowej lub mieszanej) dla potrzeb zarządzania ruchem na drogach, e. Portal internetowy z informacjami o ruchu drogowym wraz z planerem podróży, f. Centrum sterowania ruchem wraz z wyposażeniem,

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 9/.

- Instrukcja przygotowania opisu technicznego – warunek konieczny do spełnienia oraz punktowany – zadanie nr 1 kryterium techniczne (eksperyment) znajduje się w załączniku 1 do Rozdziału I – pkt 8.3.3.

I. Rozwiązania aplikacyjne poszczególnych podsystemów (wraz z przykładami graficznymi)

Należy przedstawić opis techniczny rozwiązań aplikacyjnych stanowiących warstwę systemu nadrzędnego oraz poszczególnych podsystemów integrowanych. Należy opisać nazwy producentów poszczególnych rozwiązań aplikacji systemowych oraz ich nazwy handlowe jak również poszczególne ich powiązania w ramach oferowanych otwartych standardów wymiany danych. Należy opisać przynajmniej następujące elementy:

- System Zarządzania Ruchem (SZR) wraz z aplikacją centralną

- Podsystem Sterowania Ruchem
- Podsystem Monitoringu Wizyjnego
- Podsystem Zarządzania Transportem Publicznym z dynamiczną informacją pasażerską
- Centrum zarządzania Ruchem

Wymagane jest dołączenie schematu obrazującego logikę współdziałania podsystemów w warstwach systemu nadrzędnego SZR. Należy zamieścić w formie tabelarycznej opisy protokołów i standardy wymiany danych z przypisaniem do dedykowanym im rozwiązaniom Systemowym. Wszystkie opisywane oferowane rozwiązania muszą spełniać wymagania Opisu Przedmiotu Zamówienia, Programu Funkcjonalno-Użytkowego wraz z załącznikami
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 22/.

- Pkt 14 Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej

14.1.2. **Ocena techniczna (OT) - 40%, w tym:**

i. Opis techniczny proponowanego systemu (OT_{nnis}) - 60%

0 pkt. - otrzyma oferta, której opis realizacji danego rozwiązania (każdego z wymaganych osobno) pomija sposób jej wdrożenia i/albo przedstawione rozwiązanie nie w pełni pokrywa/opisuje oczekiwania Zamawiającego określone w wymaganiach

5 pkt - otrzyma oferta, której opis realizacji danego wymagania (każdego z wymaganych osobno) przedstawia sposób wdrożenia opisanej funkcjonalności oraz pokrywa/opisuje oczekiwania Zamawiającego określone w wymaganiach

10 pkt - otrzyma oferta, której opis realizacji danego wymagania (każdego z wymaganych osobno) przedstawia sposób wdrożenia opisanej funkcjonalności oraz pokrywa/opisuje oczekiwania Zamawiającego określone w wymaganiach a iakże uzasadnia że przedstawiony sposób wdrożenia pozwala zrealizować w pełni opisane wymaganie, wskazując szczegóły tego rozwiązania.

Opracowanie wymaganego opisu technicznego zgodnie z poniższymi wytycznymi, zawierającego szczegółowe opisy oferowanych rozwiązań aplikacyjnych i sprzętowych oraz ich powiązań z określeniem charakterystyki i specyfikacji (OT_{opjs}).

•i.1 Za „Rozwiązania aplikacyjne poszczególnych podsystemów (wraz z przykładami graficznymi) ” Wykonawca może otrzymać do 10 pkt.

i.2. Za „System Zarządzania Ruchem wraz z aplikacją centralną” Wykonawca może otrzymać do 10 pkt.

i.3. Za „Podsystem Sterowania Ruchem” Wykonawca może otrzymać do 10 pkt.

i.4. Za „Podsystem Monitoringu Wizyjnego” Wykonawca może otrzymać do 10 pkt.

i.5. Za „Podsystem Zarządzania Transportem Publicznym i dynamiczną informacją pasażerską” Wykonawca może otrzymać do 10 pkt.

i.6. Za „Szczegółowy opis rozwiązań sprzętowych, urządzeń wykonawczych poszczególnych podsystemów” Wykonawca może otrzymać do 10 pkt.

Łącznie Wykonawca w kryterium „Opis techniczny proponowanego systemu” może otrzymać do 60 pkt.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 33/.

- Rozdział I Instrukcja dla Wykonawców

- opis mikrosymulacji, plik elektroniczny tekstowy oraz w formie papierowego wydruku (ma być to plik zawierający kompleksowy opis całego przebiegu wykonanego testu przez Wykonawcę ze szczególnym opisem poszczególnych rozwiązań w punktach związanych z oferowanymi metodami sterowania ruchem i optymalizacji parametrów sterowania jak również związanych z zaproponowanymi zmianami w organizacji ruchu. W ramach opisów Wykonawca musi opisać wykorzystane w celu przeprowadzenia testu, mikrosymulacji środowisko testowe, typ programu lub programów, w tym programu dedykowanego do celów inżynierii ruchu drogowego, testowania i generowania kodów sterownika lub wirtualnych kodów sterujących - systemowych. Opis wniosków Wykonawcy jak również zaleceń dla Zamawiającego w zakresie możliwości podniesienia wykorzystania efektywności wyznaczonego ciągu ulicy G., (przynajmniej dla podstawowego odcinka testowego).

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Instrukcja dla Wykonawców, str. 13/.

- Instrukcja przygotowania opisu technicznego – warunek konieczny do spełnienia oraz punktowany – zadanie nr 1 kryterium techniczne (eksperyment)

- Pkt 5 – Kryterium Oceny dla Zadania nr 1 :

Dodatkowy element dla odwzorowania modelu wizualizacji avi 3D w postaci ortofotomapy jako podkład zamiennie dla schematu Zamawiającego oraz loga MZD B. B. i Programu Dofinansowania, oznaczenia/punktacja: orto – 5 pkt

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Instrukcja dla Wykonawców, str. 16/.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu m. in. oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. Q. S. A. z siedzibą w W.,
2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: K. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz V. Sp. z o.o. z siedzibą we W.,
3. S. S. A. z siedzibą w O.,

4. K. N. Sp. z o.o. z siedzibą w G.

/dokumentacja postępowania: Protokół postępowania o udzielenie zamówienia, pkt 12: Zestawienie ofert, str. 10 /.

W dniu 27 stycznia Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Q. S. A. z siedzibą w W.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 27 stycznia 2017 r./.

W dniu 28 lutego 2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wykonawcy S. S. A. z siedzibą w O. i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert po uprzednim odtajnieniu oferty wykonawcy Q. S. A. z siedzibą w W. w zakresie opisu technicznego w części dotyczącej opisu protokołów i standardów wymiany danych oraz po wezwaniu Q. S. A. z siedzibą w W. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie wyceny pozycji kamieni milowych XIX i XXI w dokumencie oferty pn. Tabela Elementów Rozliczeniowych.

/dokumentacja postępowania: Wyrok KIO z dnia 28 lutego 2017 r., sygn.. akt KIO 256/17/.

Zamawiający – wobec zobowiązania go przez Izbę do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu dokonał ponownego badania i oceny ofert (w tym oferty wykonawcy Q. S. A. z siedzibą w W.).

/dokumentacja postępowania: Protokół z ustaleń komisji przetargowej powołanej do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia/.

Zamawiający w dniu 4 maja 2017 r. wezwał wykonawcę S. S. A. z siedzibą w O. w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu.

/dokumentacja postępowania: Pismo Zamawiającego z dnia 4 maja 2017 r. /

W dniu 16 maja 2017 r. wykonawca S. S. A. z siedzibą w O. złożył Zamawiającemu stosowne dokumenty, zastrzegając część dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź wykonawcy S. S. A. z siedzibą w O. z dnia 16 maja 2017 r., częściowo zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa /

W dniu 23 maja 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy S. S. A. z siedzibą w O.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 23 maja 2017 r. /

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca: Q. S. A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie w dniu 2 czerwca 2017 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy S. S. A. z siedzibą w O. z dnia 2 czerwca 2017 r. /.

Zamawiający pismami z dnia 22 czerwca 2017 r. złożył odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie wykonawcy Q. S. A. z siedzibą w w. z dnia 22 czerwca 2017 r./.

Ponadto Przystępujący S. pismem z dnia 22 czerwca 2017 r. złożył również odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź Przystępującego S. na odwołanie wykonawcy Q. S. A. z siedzibą w w. z dnia 22 czerwca 2017 r./.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego S. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16, 17 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego S. sprowadza się do próby przekonania Izby, co do wyciągnięcia wobec tego wykonawcy negatywnych konsekwencji – w zakresie przedstawienia przez niego nadmiarowego – co do postawionych wymagań SIWZ – dokumentu protokołu odbioru, który miał w ocenie Odwołującego potwierdzać nienależyte wykonanie zamówienia na rzecz miasta Ł.

Na wstępie należy dodać, że obecnie odpowiednikiem – znowelizowanego ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. – przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - odnoszącego się do złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji - jest przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 i

oraz pkt 17 ustawy Pzp. Nieprawdziwe informacje – oraz skutek ich złożenia – opisane poprzednio w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, obecnie podzielone zostały na dwie kategorie przypadków.

Pierwsza z nich opisana została w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu oraz 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.

Przepis ten zatem zakłada kwalifikowaną postać wprowadzenia Zamawiającego w błąd, t.j. zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że w niniejszym postępowaniu doszło do zamierzonego wprowadzenia Zamawiającego w błąd lub rażącego niedbalstwa. W ocenie Izby – w tym stanie faktycznym – owe zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo – opisane w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp – nie zostało w żaden sposób wykazane w postępowaniu odwoławczym przed Izbą.

Po drugie w przepisie tym – art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp – mowa jest o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wobec powyższego podstawą wykluczenia wykonawcy – na podstawie tego przepisu – nie może być jakiegokolwiek wprowadzenie Zamawiającego w błąd, ale wprowadzenie w błąd co do braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Nie można w ocenie Izby uznać – że złożenie namiarowego dokumentu w postaci protokołu odbioru – wobec wykazania spełnienia warunku udziału i złożenie referencji potwierdzającej należyte wykonanie zamówienia na rzecz miasta O. - jako wprowadzenie Zamawiającego w błąd, skoro wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.1.1. lit. A. – pkt 1 SIWZ, a jednocześnie okoliczności tej Odwołujący nie kwestionował w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Skoro informacja wprowadzająca Zamawiającego w błąd musi odnosić się do spełnienia warunku udziału i braku podstaw wykluczenia – co nie miało miejsca w tym stanie faktycznym, gdyż Przystępujący S. wykazał się innym zamówieniem – zrealizowanym na

rzecz miasta O. – zatem nie można zakwalifikować jako taką informację – okoliczność naliczenia przez Zamawiającego w innym postępowaniu – jakichkolwiek kar umownych.

Nie można również zgodzić się z Odwołującym, że wypełniona została przesłanka zatajenia tych informacji, gdyż kary te zostały naliczone, ale w ocenie wykonawcy naliczenie kar nie było uzasadnione i wykonawca kwestionował obciążenie go karami, gdyż opóźnienie w realizacji umowy – w jego ocenie – nie było przez niego zawinione a wynikało z przyczyn od niego niezależnych, a projekt umowy podwykonawczej został złożony. W orzecznictwie przyjmuje się, że jakiegokolwiek naliczenie kar umownych nie może być automatycznie utożsamiane z nienależytym wykonaniem zamówienia, gdyż w przypadku nienależytego wykonania zamówienia musi dojść do poważnego naruszenia obowiązków – za nienależyte wykonanie zamówienia nie można uznać jakichkolwiek uchybień ze strony wykonawcy, a w tym stanie faktycznym Odwołujący nie wykazał, że takowe poważne naruszenie obowiązków wykonawcy miało miejsce. Powyższego nie mogą potwierdzać doniesienia prasowe, czy też samo wystąpienie Odwołującego o udostępnienie informacji publicznej.

Druga kategoria przypadków wprowadzenia Zamawiającego w błąd – w świetle znowelizowanych przepisów ustawy Pzp – opisana została przez Ustawodawcę w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Z przepisu tego wynika, że Zamawiający wyklucza 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.

Analizując treść tego przepisu należy dojść do wniosku, że odpowiedzialność wykonawcy w tym przepisie w sposób odmienny – porównując jego treść z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp – została ukształtowana przez Ustawodawcę. Przepis ten dopuszcza wykluczenie wykonawcy w sytuacji wprowadzenia Zamawiającego w błąd w wyniku nieumyślnych zachowań wykonawcy, t.j. lekkomyślności lub niedbalstwa. Ponadto przepis ten odnosi się do wprowadzenia Zamawiającego w błąd informacjami – obejmującymi swym zakresem nie tylko informacje dotyczące braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania warunków udziału – ale szeroko obejmując swym zakresem również wszelkiego rodzaju informacje. Rozszerzając zakres informacji, jakimi Zamawiający może być wprowadzony przez wykonawcę w błąd, Ustawodawca w przepisie tym przewidział granicę tej odpowiedzialności – zastrzegając, że informacje te muszą być informacjami mogącymi mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Nawet gdyby uznać, że ziściła się przesłanka lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy, to bez wątplenia nie zaistniała – w tym

stanie faktycznym – przesłanka istotności wpływu składanych informacji na decyzje Zamawiającego w tym postępowaniu – gdyż wykonawca wykazał się zgodnie z wymaganiem pkt 6.1.1. lit. A pkt 1 SIWZ – odpowiednią ilością zrealizowanych zamówień (t.j. zamówienia zrealizowanego na rzecz miasta Olsztyn).

W konsekwencji również nie można zgodzić się z Odwołującym, że wykonawca nie wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Izba nie dopatrzyła się w działaniu Zamawiającego – wobec poczynionych ustaleń – naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Zarzut dokonania nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego, przyznania odpowiedniej ilości punktów – naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Pkt 7. a uzasadnienia odwołania - (ocena w zakresie opisu rozwiązań aplikacyjnych)

- pkt 1.1 uzasadnienia przyznanej punktacji

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie stwierdził, że „nie wykazano szczegółów dla rozwiązań aplikacyjnych (systemowych)” co było podstawą do obniżenia punktacji. Zgodnie z wymaganiami (pkt 8.3.3. I Instrukcji) Zamawiający oczekiwał przedstawienia opisu technicznego rozwiązań aplikacyjnych. Brak przedstawienia szczegółów oferowanego rozwiązania uniemożliwił przyznanie 10 pkt. Ponadto w pkt 14.1.2 i) SIWZ Zamawiający wskazał w sposób jednoznaczny, iż warunkiem przyznania 10 pkt jest:

- opisanie realizacji danego wymagania (zadeklarowanie jego spełnienia);
- przedstawienie sposobu wdrożenia danego wymagania, pokrywającego/spełniającego oczekiwania Zamawiającego określone w wymaganiach;
- uzasadnienie, że przedstawiony sposób wdrożenia pozwalał będzie zrealizować w pełni opisane wymaganie - wskazanie szczegółów oferowanego rozwiązania.

Jak wynika z pkt 8.3.3 I. Instrukcji Zamawiający sprecyzował m.in., iż oczekuje opisanie powiązań poszczególnych rozwiązań aplikacji systemowych w ramach oferowanych otwartych standardów wymiany danych. Zatem aby otrzymać maksymalną ilość punktów należało uzasadnić, że przedstawiony sposób wdrożenia tych wymagań pozwalał będzie w pełni zrealizować wymagania Zamawiającego w tym zakresie. Wykonawca zobowiązany był wskazać szczegóły realizacji przedstawionego sposobu wdrożenia tych wymagań. Ponadto Zamawiający w pkt 8.3.3 Instrukcji wyraźnie wskazał, że dla oceny danego punktu nie będą brane pod uwagę opisy zawarte w innych punktach opisu technicznego. Zatem aby otrzymać dodatkową ilość punktów nie można było powołać się na zawartość opisów znajdujących punktach, co Odwołujący uczynił.

- pkt 1.2 uzasadnienia przyznanej punktacji

W ocenie Izby Odwołujący w zakresie opisu powiązań poszczególnych podsystemów nie wykazał szczegółowych diagramów powiązań poszczególnych elementów. Zatem słusznie Zamawiający nie przyznał wykonawcy dodatkowej ilości punktów. Jak wynikało z pkt 14.1.2 lit. i.I w zw. z pkt 8.3.3. Instrukcji maksymalną ilość punktów za „rozwiązania aplikacyjne” można było otrzymać pod warunkiem przedstawienia szczegółów w zakresie powiązań poszczególnych aplikacji systemowych stanowiących uzasadnienie, że przedstawiony sposób wdrożenia wymagań Zamawiającego pozwalał będzie w pełni zrealizować te wymagania. Jak wynika z pkt 8.3.3. I Instrukcji Zamawiający wymagał przedstawienia opisu powiązań rozwiązań aplikacji systemowych. Oczywistym jest, że te połączenia winny były być przedstawione w formie graficznej, w tym przypadku w formie diagramów (prezentacja graficzna). Z pkt 14.1.2 i. SIWZ wprost wynikało, że przyznanie 10 pkt warunkowane jest przedstawieniem przykładów graficznych.

- pkt 1.3 uzasadnienia przyznanej punktacji

W ocenie Izby w zakresie schematu obrazującego logikę współdziałania podsystemów w warstwach systemu nadrzędnego SZR – brak zobrazowania logiki połączeń/warstw Zamawiający zasadnie nie przyznał Odwołującemu dodatkowej punktacji. Jak zostało wyżej wskazane, zgodnie z opisem (pkt 8.3.3. I Instrukcji) Zamawiający wymagał przedstawienia m.in. powiązań aplikacji systemowych. Zamawiający wprost wskazał, iż wymaga dołączenia schematu obrazującego logikę współdziałania podsystemów w warstwach systemu nadrzędnego SZR. Brak zobrazowania logiki połączeń/warstw tych podsystemów uniemożliwiało przyznanie Odwołującemu maksymalnej ilości punktów.

Pkt 7. b uzasadnienia odwołania - (ocena w zakresie Podsystemu Monitoringu Wizyjnego)

- pkt IV. 1 Uzasadnienia przyznanej punktacji (zarządzanie priorytetami)

W zakresie funkcji oferowanego podsystemu Zamawiający analogicznie – z czym Izba się zgodziła - nie przyznał Odwołującemu dodatkowej ilości punktów. Zgodnie z opisem zawartym w pkt 14.1.2 lit. i SIWZ 10 pkt można było otrzymać jedynie za wskazanie szczegółów opisywanego rozwiązania stanowiących uzasadnienie, że przedstawiony sposób wdrożenia wymagań dotyczących zarządzania priorytetami pozwala w pełni zrealizować wymagania Zamawiającego, czego Odwołujący nie uczynił.

- pkt IV.2 Uzasadnienia przyznanej punktacji (sposób rejestracji)

Podobnie w zakresie sposobu rejestracji Zamawiający zasadnie nie przyznał Odwołującemu dodatkowej ilości punktów. Odwołujący przedstawił jedynie podstawowe

informacje w zakresie opisu jednej z funkcji oferowanego podsystemu monitoringu wizyjnego tj. rejestracji materiału niezależnie dla każdej kamery co uniemożliwiało przyznanie wykonawcy maksymalnej ilości punktów. Zgodnie z opisem zawartym w pkt 14.1.2 lit. i SIWZ 10 pkt można było otrzymać jedynie za wskazanie szczegółów opisywanego rozwiązania, uzasadniających, że przedstawiony sposób wdrożenia wymagań dotyczących rejestracji materiału niezależnie dla każdej kamery pozwala w pełni zrealizować wymagania Zamawiającego.

- pkt IV.3 Uzasadnienia przyznanej punktacji (sposób i zakres rejestrowanych informacji o zdarzeniach wyjątkowych).

W ocenie Izby Zamawiający w zakresie sposobu i zakresu rejestrowanych informacji o zdarzeniach wyjątkowych zasadnie nie przyznał Odwołującemu dodatkowej punktacji. Odwołujący przedstawił jedynie podstawowe informacje w zakresie opisu jednej z funkcji oferowanego podsystemu monitoringu wizyjnego tj. rejestracji informacji o zdarzeniach wyjątkowych co uniemożliwiało przyznanie wykonawcy maksymalnej ilości punktów. Zgodnie z opisem zawartym w pkt 14.1.2 lit. i SIWZ 10 pkt można było otrzymać jedynie za wskazanie szczegółów opisywanego rozwiązania, uzasadniających, że przedstawiony sposób wdrożenia wymagań dotyczących rejestracji informacji o zdarzeniach pozwala w pełni zrealizować wymagania Zamawiającego.

- pkt IV.4 Uzasadnienia przyznanej punktacji (integracja podsystemu z aplikacją centralną i prezentacja obrazów z kamer).

W ocenie Izby Zamawiający w zakresie sposobu integracji z aplikacją centralną zasadnie nie przyznał Odwołującemu dodatkowej punktacji. Odwołujący potwierdził jedynie podstawowe informacje w zakresie opisu jednej z funkcji oferowanego podsystemu monitoringu wizyjnego tj. integracji z aplikacją centralną i prezentacji obrazów z kamer co uniemożliwiało przyznanie wykonawcy maksymalnej ilości punktów. Zgodnie z opisem zawartym w pkt 14.1.2 lit. i SIWZ 10 pkt można było otrzymać jedynie za wskazanie szczegółów opisywanego rozwiązania, uzasadniających, że przedstawiony sposób wdrożenia wymagań dotyczących integracji podsystemu monitoringu z aplikacją centralną i prezentacji obrazów pozwala w pełni zrealizować wymagania Zamawiającego. Zgodzić należało się z Przystępującym S. że stwierdzony brak szczegółów w zakresie integracji z aplikacją centralną oraz prezentacji obrazów z kamer uniemożliwia ustalenie, że opisane wymaganie pozwoli w pełni zrealizować oczekiwania Zamawiającego i deklarowane przez Wykonawcę funkcje Systemu.

Pkt 7. C uzasadnienia odwołania - (ocena w zakresie szczegółowego opisu rozwiązań

sprzętowych, urządzeń wykonawczych poszczególnych podsystemów)

- pkt VI.1 Uzasadnienia przyznanej punktacji.

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie nie przyznał Odwołującemu dodatkowej liczby punktów w zakresie szczegółowego opisu rozwiązań sprzętowych, gdyż wykonawca nie zawarł opisu protokołów oraz standardów wymiany danych w formie tabelarycznej z określeniem dedykowanych im rozwiązań systemowych (sprzętowych), zatem powyższe uniemożliwiało przyznanie Odwołującemu maksymalnej ilości punktów (10 pkt). Zgodnie z opisem zawartym w pkt 14.1.2 lit. i SIWZ 10 pkt można było otrzymać jedynie za wskazanie szczegółów opisywanego rozwiązania, uzasadniających, że przedstawiony sposób wdrożenia wymaganej funkcjonalności (wymagania dotyczące sprzętu/urządzeń w tym w zakresie ich powiązań w ramach systemu za pomocą otwartych protokołów) pozwala w pełni zrealizować wymagania Zamawiającego.

- pkt VI.2 Uzasadnienia przyznanej punktacji

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie nie przyznał Odwołującemu dodatkowej liczby punktów w zakresie opisu rozwiązań sprzętowych dla serwerów CZR co uniemożliwiało przyznanie wykonawcy maksymalnej ilości punktów. Zgodnie z opisem zawartym w pkt 14.1.2 lit. i SIWZ 10 pkt można było otrzymać jedynie za wskazanie szczegółów opisywanego rozwiązania tj. uzasadnienia, że przedstawiony sposób wdrożenia określonych w SIWZ wymagań dotyczących rozwiązań sprzętowych dla serwerów CZR pozwala w pełni zrealizować wymagania Zamawiającego, do czego Odwołujący się nie zastosował.

- pkt VI.3 Uzasadnienia przyznanej punktacji

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie nie przyznał Odwołującemu dodatkowej liczby punktów w zakresie schematów obrazujących logikę współdziałania gdyż stwierdził brak schematów obrazujących logikę współdziałania z opisami protokołów i standardów wymiany danych w ramach systemu i rozwiązań sprzętowych, urządzeń wykonawczych, co uniemożliwiało przyznanie 10 pkt w ramach pkt VI tj. szczegółowego opisu rozwiązań sprzętowych, urządzeń wykonawczych poszczególnych podsystemów. Zgodnie z opisem wymagań dotyczących pkt VI opisu (pkt 8.3.3 pkt VI instrukcji przygotowania opisu technicznego) Zamawiający wymagał przedstawienia poszczególnych powiązań rozwiązań sprzętowych, urządzeń wykonawczych w ramach otwartych standardów wymiany danych. Zamawiający wymagał przedstawienia schematów obrazujących logikę współdziałania (powiązań) z opisami protokołów i standardów wymiany danych w ramach Systemu i rozwiązań sprzętowych, urządzeń wykonawczych.

Odnosząc się do zarzutu nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego w zakresie

kryterium „Ocena techniczna” opracowanie modelu mikrosymulacyjnego (OTmikro) w zakresie „Dodatkowy element dla odwzorowania modelu wizualizacji avi 3D w postaci ortofotomapy jako podkład zamiennie dla schematu Zamawiającego oraz logo MZD B.B. i Programu Dofinansowania” Zamawiający nie przyznał dodatkowej punktacji, gdyż wykonawca nie zawarł żadnego z wymienionych elementów, nie pojawiło się również logo, co Zamawiający wykazał przed Izbą, wobec tego zasadnym było również nieprzyznanie Odwołującemu dodatkowej ilości punktów, jak żądał tego Odwołujący.

Zarzut dokonania nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy Sprint S. A., przyznania zawyżonej ilości punktów – naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Izba nie zgodziła się z Odwołującym, że należało Przystępującemu S. ująć określoną liczbę punktów. Jak zostało wykazane Przystępujący S. zrealizował „dodatkowe zamodelowanie”, a analiza efektywności została zawarta na stronach 29, 48, 49 i 50. Zatem Izba uznała zarzut za niezasadny, podlegający oddaleniu.

Odnosząc się jeszcze na marginesie do przyznawania punktacji oraz argumentacji Odwołującego, że w poprzedniej ocenie dokonanej przez Zamawiającego Odwołujący otrzymał większą ilość punktów, należy zauważyć, że wskutek poprzedniego postępowania odwoławczego Izba nakazała Zamawiającemu ponowną ocenę ofert, co Zamawiający uczynił, weryfikując swoje poprzednie stanowisko. Weryfikacja stanowiska – w postaci unieważnienia wyboru i dokonanie ponownej oceny ofert (dokonana samoczynnie) jest również dopuszczalna. Dodatkowo, co należy uznać za istotne w tej sprawie, przedmiotem oceny niniejszego postępowania odwoławczego jest ponowna ocena dokonana przez Zamawiającego (w konsekwencji wybór z dnia 23 maja 2017 r.), nie zaś poprzednia ocena. Wobec powyższego Izba co do poprzedniej oceny Zamawiającego i przyznanej punktacji na tym etapie postępowania nie może się odnieść.

Dodatkowo odnosząc się jeszcze do argumentacji Odwołującego dotyczącej zmiany członka komisji przetargowej - który zmienił się pomiędzy poprzednią oceną a powtórnią oceną ofert - należy zauważyć, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą zaistnieć przypadki szczególne - w postaci rozwiązania kontraktu (tak jak wskazał Zamawiający) czy też inne niezależne od niego, np. śmierć członka komisji. Wobec tego logicznym jest, w takich sytuacjach dojdzie do zmiany członka komisji przetargowej na inną osobę.

Ponadto na marginesie również należy dodać, że każda ocena rozwiązań

technicznych zawiera w sobie pewien element uznaniowy, a jak wskazał Przystępujący S. wprowadzenie szczegółowego szablonu oceny (pewnego wzorca oceny) przyjętych rozwiązań – w tym stanie faktycznym – nakierowałyby wykonawców na konkretne rozwiązania i przyznawanie dodatkowej punktacji w konsekwencji straciłoby sens i istotę w tym postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp i w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – tajemnica przedsiębiorstwa

W ocenie Izby Przystępujący S. w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykazał wszystkie przesłanki, które uprawniały go do dokonania takiej czynności – do stosownego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto treść zastrzeżonych dokumentów niewątpliwie wskazuje, że wykonawca zasadnie dokonał niniejszego zastrzeżenia. Dodatkowo – co niejednokrotnie zdarza się w praktyce wykonawcy zastrzegają również uzasadnienie, stanowiące integralną część tajemnicy przedsiębiorstwa i informacji zawartych w dokumentach zastrzeżonych - co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym, co Izba uznała za zasadne. Niewątpliwie dokumenty zastrzeżone przez wykonawcę – spełniają przesłanki wynikające z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto zauważenia wymaga, że wykonawca nie zastrzegł wszystkich informacji (nie nadużywając swojego prawa) – zastrzegł tylko te informacje, które niewątpliwie mają dla niego dużą wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i posiadają znaczną wartość gospodarczą. Zamawiający badał skuteczność dokonanego zastrzeżenia i stosując zasadę równości wobec wszystkich wykonawców – uznał, że zastrzeżenia były skuteczne dokonane, z czym Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się na gruncie przedstawionego materiału dowodowego.

Zarzut braku należytego uzasadnienia przyznania określonej liczby punktów – naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

W ocenie Izby uzasadnienie niniejszego zarzutu, sprowadza się do stwierdzenia i kwestionowania pełności uzasadnienia zawartego w Załączniku nr 1 do Protokołu z ponownej oceny ofert.

W ocenie Izby uzasadnienie zawarte w tym protokole było jasne i wyczerpujące w swej treści. Wykonawca - wobec postanowień specyfikacji oraz opisu przedmiotu zamówienia - uzyskał pełną wiedzę na temat motywów Zamawiającego co przyznanej punktacji. Jednak należy dodać, że niniejszy Załącznik do protokołu nie został przesłany wykonawcom razem z

informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty. Wykonawcy jednak zapoznali się z tym protokołem po wyborze najkorzystniejszej – jednocześnie w terminie na wniesienie środków ochrony prawnej - co umożliwiło, w tym i Odwołującemu – sformułowanie i postawienie zarzutów w sposób wyczerpujący.

Zauważenia wymaga, że wobec nowelizacji przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,
- 2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,
- 3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,
- 4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,
- 5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,
- 6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,
- 7) unieważnieniu postępowania

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Analogicznie jak w orzeczeniu z dnia 5 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 517/17 stwierdzić należy, że intencją Ustawodawcy – zmieniającego ten przepis poprzez dodanie *in fine* sformułowania „*podając uzasadnienie faktyczne i prawne*” - było przesądzenie kwestii dotyczącej powinności Zamawiającego co do uzasadniania wszystkich dokonywanych przez niego czynności - w tym również czynności przyznawania punktacji poszczególnym wykonawcom. Powyższa zmiana – w ocenie Izby - miała zagwarantować wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia możliwość zapoznania się z pełnym rozstrzygnięciem Zamawiającego (oraz jego motywami). Z przepisu tego - i przyjętej przez Ustawodawcę konstrukcji tego przepisu - wynika zatem zamiar Ustawodawcy – również wobec wyartykułowanej w ustawie nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. zasadzie

przejrzystości – aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu uzyskali pełny zakres informacji co do rozstrzygnięcia wraz z jego uzasadnieniem - nie tylko co do czynności wykluczenia, odrzucenia i wyboru oferty, ale również co do przyznawanej przez Zamawiającego punktacji poszczególnym wykonawcom, - gdyż niewątpliwie uzasadnienie faktyczne i prawne przyznanej punktacji jest informacją istotną dla wykonawcy i wpływa chociażby na zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej.

Wobec powyższego - w ocenie Izby - Zamawiający zobowiązany był do przesłania uzasadnienia przyznanej punktacji wykonawcom (choćby tej, która została zawarta w Załączniku nr 1 do protokołu) wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty z dnia 23 maja 2017 r., jednak wobec okoliczności, które miały miejsce – z których wynikało, że wykonawcy zapoznali się z niniejszym protokołem, poznając niniejsze uzasadnienie decyzji Zamawiającego - mogli zatem sformułować zarzuty - co Odwołujący w sposób precyzyjny uczynił. W ocenie Izby niniejsze uchybienie nie ma zatem wpływu na wynik tego postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp), gdyż wykonawcy zapoznali się z uzasadnieniem podjętej przez Zamawiającego decyzji co do przyznanej punktacji, a wbrew temu co twierdził Odwołujący – członkowie komisji przetargowej Zamawiającego nie sporządzili indywidualnej oceny każdej z ofert, tym samym w tym stanie faktycznym prawo wykonawcy nie zostało w żaden sposób naruszone.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, oddalając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 lit. b) 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 (dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

Na marginesie należy dodać – z uwagi na złożenie przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1124/17 faktury dotyczącej postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1119/17 – że Izba zasądza koszty zgodnie z

przepisami 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), na podstawie § 3 pkt 2, od Odwołującego na rzecz Zamawiającego lub wnoszącego sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało cofnięte na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania, albo po otwarciu rozprawy. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że ziszcza się przesłanka cofnięcia odwołania (o sygn. akt KIO 1119/17) na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania, jednak wobec niezłożenia faktury przez Zamawiającego do zamknięcia niniejszego posiedzenia w sprawie o sygn. akt KIO 1119/17 Izba nie była uprawniona do zasądzenia Zamawiającemu niniejszych kosztów. Postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 1119/17 zakończono z momentem zamknięcia posiedzenia i umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie, zaś złożenie faktury na rozprawie (w sprawie o sygn. akt KIO 1124/17) odnoszącej się do innej sprawy – już zakończonej - należało uznać za spóźnione. Dodatkowo należy dodać, że przepis § 3 pkt 2 niniejszego rozporządzenia odnosi się ogólnie w swej treści do różnych przypadków cofnięcia odwołania (również cofnięcia na rozprawie) - ale niewątpliwie owe cofnięcie dotyczyć musi danego postępowania odwoławczego, odnosić się do danej sprawy, – co oznacza, że przepisu § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia nie można było zastosować w sytuacji, gdy Zamawiający – wobec cofnięcia odwołania w innej sprawie i zamknięcia posiedzenia – złożył fakturę potwierdzającą poniesione koszty w innej sprawie.

Przewodniczący:

.....