

**WYROK**  
**z dnia 15 lutego 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2016 r. przez Odwołującego - **Apator Rector Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Dąbrowskiego 69 65-079 Zielona Góra w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **ENEA Operator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Poznaniu, ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań,

przy udziale wykonawcy **Schneider Electric Polska Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 12, 02-673 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności oceny wniosku Odwołującego w zakresie przyznanej liczby punktów oraz (2) ponowną ocenę tego wniosku i (3) przyznanie zgodnie z Sekcją VI.3) pkt 3 ppkt 4 Ogłoszenia o zamówieniu 0,3 punktu za wdrożenie wskazane pod pozycją 2 lit. E Wykazu wykonanych dostaw;
2. W pozostałym zakresie odwołanie nie podlega uwzględnieniu;
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 907 ze zm. w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostarczenie i wdrożenie Aplikacji Centralnej Systemu AMI (Aplikacji AMI) w Enea Operator Sp. z o. o.” Wnoszący odwołanie wykonawca - Apator Rector Sp. z o.o. z Zielonej Góry [Odwołujący] z uwagi na przyznaną mu punktację [0,0 punktów] podniósł zarzut naruszenia – jego zdaniem - w tym postępowaniu przez Zamawiającego - ENEA Operator sp. z o. o. z Poznania:

1. art. 7 ust 1 ustawy Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez nieobiektywne i dyskryminujące ocenienie jego oferty, w sposób niezgodny z treścią Ogłoszenia o zamówieniu i określoną przez Zamawiającego zasadą przyznawania punktów;
2. 48 ust. 2 pkt 8 ustawy Pzp z uwagi na niezastosowanie przez Zamawiającego kryteriów oceny kwalifikacji podanych w Ogłoszeniu i w rezultacie nie przyznanie Odwołującemu punktów, podczas gdy zgodnie z tymi kryteriami punkty te powinien otrzymać;
3. art. 51 ust. 2 ustawy Pzp, z uwagi na zaniżenie oceny kwalifikacji przyznanej Odwołującemu, pomimo, że zgodnie z obiektywnymi kryteriami podanymi w ogłoszeniu (pkt VI.3) pkt 3 ppkt 4), powinien być sklasyfikowany w piątce wykonawców zaproszonych do dalszego udziału w postępowaniu, a pozostali wykonawcy na dalszej, szóstej pozycji rankingowej.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zgodnie z treścią działu VI.3) pkt 3 ppkt 4 Ogłoszenia dokonania powtórnej oceny jego wniosku i przyznania 0,6 punktu oraz nakazanie Zamawiającemu prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania według spisu kosztów przedstawionego na rozprawie. Wykonawca stwierdził, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, podnosząc m.in., że wadliwa ocena wniosku odwołującego i nie przyznanie mu punktów prowadzi do sytuacji, w której Zamawiający w sposób

nieuprawniony i niezgodny z Ogłoszeniem doprowadził do rozszerzenia kręgu podmiotów zaproszonych do składania ofert pogarszając tym samym sytuację Odwołującego, który pomimo powinności zajęcia lepszej pozycji rankingowej może nie uzyskać zamówienia w związku z nieuprawnioną, większą ilością ofert w postępowaniu. Na zarzut zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy Schneider Electric Polska Sp. z o.o. z Warszawy sprostował na rozprawie oczywistą omyłkę pisarską z pkt 1 odwołania, wskazując na złożony na tym etapie postępowania wyłącznie wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów, powołując się na orzecznictwo i doktrynę w szczególności podał, co następuje:

Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu wskazał w Sekcji VI.3 pkt 3 (...) w przypadku; gdy w wyniku oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu będzie spełniać więcej niż 5 (pięciu) wykonawców, do składania ofert zaproszonych zostanie 5 (pięciu) wykonawców, którzy uzyskają najwyższą liczbę punktów zgodnie z poniższymi kryteriami: (...) K4. Liczba wykonanych wdrożeń systemu klasy AMS zgodnie z pkt 4 w sekcji III.2.3) /1 pkt za każde wdrożenie 30%. Zgodnie z treścią Ogłoszenia w sekcji III 2.3) pkt 4 wraz z pkt 6 warunkiem dopuszczenia do udziału w postępowaniu było legitymowanie się przez wykonawcę doświadczeniem polegającym na zrealizowaniu, co najmniej 2 zamówień polegających na wdrożeniu systemu lub modułu do zarządzania układami pomiarowymi klasy AMS obsługujących, co najmniej 100 000 liczników wraz z jego integracją z istniejącymi systemami w zakresie wymiany danych dla klienta z branży elektroenergetyki. W myśl zatem tych postanowień Zamawiający był zobowiązany przyznać punkt za każde własne wdrożenie wykazane w ramach spełnienia określonego warunku. Odwołujący w przedstawił we wniosku wymagane doświadczenie i wykazał dwie własne referencje - jedną na wdrożenie systemu, drugą zaś na wdrożenie modułu AMS oraz jedną użyczoną w ramach art. 26 ust 2b ustawy Pzp, na wdrożenie modułu AMS. Krajowa Izba Odwoławcza w postępowaniu o sygn. akt: KIO 2704/15, 2727/15 jednoznacznie uznała, że przedstawione przez Odwołującego, wskazane wyżej, referencje spełniały wymogi stawiane przez Zamawiającego w postępowaniu. Biorąc zatem pod uwagę treść ogłoszenia skonstruowaną przez Zamawiającego należy uznać, że zgodnie z sekcją VI.3) pkt 3 ppkt 4 Zamawiający powinien przyznać Odwołującemu 0,3 punktu za

każde przeprowadzone wdrożenie własne (zgodnie z zastrzeżeniem poczynionym przez Zamawiającego w ogłoszeniu sekcja VI.3) pkt 7). Z najwyższej ostrożności Odwołujący wskazuje, że gdyby KIO uznała że punkty należą się wyłącznie za wdrożenie Systemu ( a nie modułu AMS) - to Odwołujący powinien uzyskać 0,3 pkt, które również czyni niniejsze odwołanie uzasadnionym, prowadzi bowiem do sklasyfikowania Odwołującego na piątej pozycji rankingowej. Podkreślił, że Zamawiający jest związany postanowieniami ogłoszenia. Wykonawca ubiegający się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w dalszym etapie - o możliwość złożenia oferty, musi mieć pewność, że zamawiający będzie prowadził postępowanie w sposób przejrzysty, a jego czynności będą przewidywalne, i że istnieją niewzruszalne podstawy do ich weryfikacji - zatem możliwość weryfikacji kryteriów oceny wygasa z chwilą ogłoszenia, a już najpóźniej z chwilą upływu terminu do złożenia wniosków. Z powyższego wynika, że Zamawiający bez żadnej podstawy pozbawił Odwołującego punktów, które zgodnie z treścią Ogłoszenia był zobowiązany mu przyznać. Wdrożenie Systemu AMS przez odwołującego nie budzi żadnych wątpliwości i nigdy takiego wdrożenia Zamawiający nie kwestionował, zatem Odwołującemu należy się za to wdrożenie 0,3 pkt. W zakresie przyznania punktów za wdrożenie modułów AMS Odwołujący wskazuje, że skoro w treści ogłoszenia Zamawiający odwołuje się do sekcji, w której przy pomocy alternatywy określa, że warunkiem udziału w postępowaniu jest wdrożenie systemu lub modułu, byleby były one klasy AMS to powinien za każde takie wdrożenie przyznać punkt - do czego prowadzi literalna wykładania cytowanego wyżej punktu sekcji VI.3) pkt 3 ppkt 4 ogłoszenia. Odwołujący przedstawił jedno własne wdrożenie modułu klasy AMS, za co Zamawiający powinien przyznać mu również 0,3 pkt. Nie przyznanie Odwołującemu punktów w sytuacji spełnienia przez niego stawianych przez Zamawiającego warunków koniecznych do ich uzyskania, pozostaje w sprzeczności z art. 7 ustawy Pzp. Analizując bowiem czynności podejmowane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu należy uznać, że do tej zasady się nie stosuje. Działanie polegające na nieprzestrzeganiu ustalonych przez siebie zasad w stosunku do Odwołującego wskazuje, że Zamawiający nie traktuje Odwołującego na równi z innymi wykonawcami, którym punkty zostały przyznane, zachwiana zatem została równowaga w traktowaniu wykonawców, a w rezultacie także zasada uczciwej konkurencji - wobec uprzywilejowania jednych kosztem drugich - pomimo spełniania określonych przez Zamawiającego warunków koniecznych do zajęcia

punktowanej pozycji rankingowej. Wykonawca na rozprawie wniósł także o dopuszczenie dowodu z akt sprawy sygn. akt: KIO 2704/15 i KIO 2727/15 i dokonanych w niej ustaleń rozstrzygniętej wyrokiem z dnia 29 grudnia 2015 r.

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie** wnosząc o jego oddalenie w szczególności powołał się na postanowienie Sekcji VI. 3) pkt 3 ppkt 4 Ogłoszenia o zamówieniu stwierdzając, że powyższe odnosi się do wdrożonego Systemu klasy AMS a, nie modułu tej klasy. Tym samym nie mogło podlegać zaliczeniu wdrożenie wskazane pod pozycją 3 Wykazu wykonanych dostaw. W odniesieniu do pozycji 2 tego Wykazu przedstawił graficzne schematy systemu modułowego z modułem klasy AMS oraz graficzny schemat systemu klasy AMS oraz graficzny schemat referencji dla pozycji 2 Wykazu podał, a także wydruk ze strony internetowej Odwołującego oraz wyciąg z prezentacji w ramach dialogu technicznego. Powołał się także na orzeczenie KIO 2704/15 i 2727/15, stwierdzając, że dopiero w momencie zawiadomienia o ocenie wniosków wskazał, że nie uznaje przedmiotowego wdrożenia za wdrożenie systemu, a za wdrożenie modułu, któremu punktów nie może przyznać.

#### **Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba uznała, że wnoszący odwołanie wykonawca ma legitymację procesową wymaganą art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wniesienia tego odwołania. Wykonawca, zdaniem Izby, wykazał interes we wniesieniu niniejszego odwołania, albowiem wadliwa ocena wniosku Odwołującego i nie przyznanie mu punktów prowadzi do sytuacji, w której Zamawiający w sposób nieuprawniony i niezgodny z Ogłoszeniem doprowadziłby do rozszerzenia kręgu podmiotów zaproszonych do składania ofert. Wykonawca wykazał także możliwość poniesienia hipotetycznej szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp w związku z oceną jego wniosku, albowiem skutkiem tej oceny nastąpiło pogorszenie sytuacji Odwołującego, który hipotetycznie może ponieść szkodę w przypadku wyboru na dalszym etapie oferty jednego z czterech wykonawców zaproszonych do jej złożenia skutkiem wadliwej oceny wniosku Odwołującego. Izba zwraca uwagę, że przepis art. 179 ust.1 ustawy Pzp stanowi nie tylko o poniesionej szkodzie, ale także o zagrożeniu taką szkodą, co w okolicznościach tej sprawy, jak wskazano, jest hipotetycznie możliwe.

W odniesieniu do zarzutu wadliwej oceny złożonego przez Odwołującego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Izba miała na uwadze, że informacje dotyczące referencyjnych usług objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa. Z tego też względu Izba w uzasadnieniu, tak, aby nie ujawnić podmiotu oraz zakresu prac wykonywanych przez wykonawcę Apator Rector, przedstawiła opisowo wnioski, jakie wywiodła z treści dokumentów złożonych wraz z wnioskiem przez wnoszącego odwołanie wykonawcę.

Tak jak wskazano w Ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji VI.3 pkt 3 (...) w przypadku, gdy w wyniku oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu będzie spełniać więcej niż 5 (pięciu) wykonawców, do składania ofert zaproszonych zostanie 5 (pięciu) wykonawców, którzy uzyskają najwyższą liczbę punktów zgodnie z poniższymi kryteriami: (...) K4. Liczba wykonanych wdrożeń systemu klasy AMS zgodnie z pkt 4 w sekcji VI.2.3) za każde wdrożenie 30%”. Zgodnie z kolei z postanowieniem sekcji III 2.3) pkt 4 wraz z pkt 6 warunkiem dopuszczenia do udziału w postępowaniu wymagane było legitymowanie się przez wykonawcę doświadczeniem polegającym na zrealizowaniu, co najmniej dwóch zamówień, polegających na wdrożeniu systemu lub modułu do zarządzania układami pomiarowymi klasy AMS obsługujących, co najmniej 100.000 liczników wraz z jego integracją z istniejącymi systemami w zakresie wymiany danych dla klienta z branży elektroenergetyki.

W zakresie spornym zatem, postanowienie Sekcji VI. 3) pkt 3 ppkt 4 Ogłoszenia o zamówieniu – zgodnie z jego literalnym brzmieniem - odnosi się wyłącznie do wdrożonego Systemu klasy AMS, a nie modułu tej klasy. Tym samym żądanie przyznania 0,3 punktu dla wdrożenia podanego w pozycji 3 lit. E Wykazu wykonanych dostaw nie jest zasadne. Zasadne jest natomiast żądanie wykonawcy, co do przyznania 0,3 punktu za wdrożenie wskazane w poz. 2 lit. E Wykazu. W tym przypadku Izba miała na uwadze także ustalenie w sprawie o sygn. akt: KIO 2704/15 i KIO 2727/15 zgodnie, z którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Zamawiający w opisie warunku faktycznie poza wskazaniem na klasę systemu nie opisał w ogłoszeniu żadnych funkcjonalności tego systemu, które wskazywałyby na intencję Zamawiającego, aby przyjmować wyłącznie systemy wdrożone

kompleksowo, tj. realizujące wszystkie cele i zadania systemu do zarządzania majątkiem od jego zakupu do likwidacji/sprzedaży. Z opisu tego wymagania, podobnie ze stanowiska Zamawiającego przedstawionego w odpowiedziach na odwołanie, w tym, z dnia 28 grudnia 2015 r., nie wynika także, aby dla spornej punktacji mógł być przyjęty wyłącznie jednomodułowy System klasy AMS. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że także w tym postępowaniu zgodnie z postanowieniem Sekcji II.1.2 przedmiotem zamówienia jest dostarczenie i wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego (dalej Aplikacja AMI), który ma obejmować trzy systemy: system klasy HES, system klasy MDM oraz system klasy AMS w zakresie zarządzania układami pomiarowymi wraz z centralną bazą danych, realizujących łącznie procesy pozyskiwania, przetwarzania, gromadzenia oraz udostępniania danych ze wszystkich zainstalowanych na sieci ENEA Operator układów pomiarowych, w tym planowanych do wdrożenia układów pomiarowych wyposażonych w liczniki klasy AMI z dwukierunkową komunikacją wraz z zarządzaniem i obsługą tych układów pomiarowych. Wykonawca w pozycji 2 lit. E Wykazu wskazał na wdrożenie systemu w ramach, którego wykonane zostały i wdrożone aplikacje, w tym wdrożony został system do zarządzania układami pomiarowymi klasy AMS. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w liście referencyjnym wystawionym z datą 23.06.2015 r. przez dyrektora Pionu Informatyki i Telekomunikacji jednostki udzielającej referencji. Stąd powoływanie się na opinię z dnia 5.02.2016 r. kierownika Biura Usługi IT tej samej jednostki, w którym posłużono się w miejsce aplikacji pojęciem modułu nie może stanowić dowodu dla twierdzeń, że wdrażany system nie obejmował systemu AMS, a tylko jego moduł. Izba zwraca także uwagę, że moduł wskazany na wydruku ze strony internetowej, podobnie w piśmie z dnia 5.02.2016 r. oznaczony jest innym symbolem niż aplikacja wskazana w liście referencyjnym załączonym do oferty.

Mając powyższe na względzie Izba orzekła, jak w sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 oraz § 6 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).

**Przewodniczący:**

.....