

**Sygn. akt KIO 2280/13**

**WYROK**  
**z dnia 7 października 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2013 r. przez Sygnity S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Podlaski – Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego

przy udziale Maxto Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Krakowie oraz Comp S.A. w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddała odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Sygnity S.A. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Sygnity S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Województwo Podlaskie - Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego w Białymstoku - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie, dostawa, instalacja, wdrożenie Szyny Danych, Elektronicznego Zarządzania Dokumentami, Cyfrowego Urzędu oraz przeprowadzenie szkoleń.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 091-154954, dnia 11 maja 2013/2011/S 242-392692.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

13 września 2013 r. zamawiający przeprowadził procedurę prezentacji próbki systemu zaoferowanego przez Sygnity S.A. w Warszawie – wykonawcy, który następnie 23 września 2013 r. wniósł odwołanie. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z przeprowadzeniem demonstracji próbki z naruszeniem zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej również „specyfikacją” określających procedurę prowadzenia demonstracji;

art. 36 ust. 1 pkt 10 Pzp w związku z art. 38 ust. 4 Pzp przez nieuzasadnioną modyfikację treści specyfikacji w zakresie opisu przygotowania oferty i sposobu weryfikacji jej treści w związku z prowadzeniem procedury demonstracji próbki w sposób odbiegający od zasad określonych w Załączniku nr 7 do specyfikacji.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie unieważnienia czynności demonstracji próbki przeprowadzonych w odniesieniu do wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu;
- opracowanie jednego scenariusza testowego lub scenariuszy testowych identycznych dla wszystkich wykonawców w celu przeprowadzenia demonstracji próbki, która potwierdzi spełnianie zadeklarowanych wymagań w sposób równy przez wszystkich wykonawców;

- przeprowadzenie powtórnej demonstracji próbki według jednolitego lub jednolitych scenariuszy dla wszystkich wykonawców z uwzględnieniem procedury prowadzenia demonstracji opisanej w Załączniku nr 7 do specyfikacji.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że na podstawie całości Załącznika nr 7 można było założyć, że demonstracje będą prowadzone na podstawie scenariuszy testowych - jednego lub kilku - takich samych dla wszystkich wykonawców. Za niezgodne ze specyfikacją uznał przeprowadzenie demonstracji przez wykonawców na podstawie różnych scenariuszy testowych, jak również sposób przydzielenia scenariuszy testowych wykonawcom w drodze losowania, co do którego nie określono w Załączniku nr 7 żadnej procedury. Odwołujący ocenił, że przeprowadzenie demonstracji próbki w oparciu o różne scenariusze dla wykonawców, być może nieporównywalne co do skali trudności oraz ilości zadań i kroków, narusza nie tylko przyjęte i opisane przez zamawiającego zasady prowadzenia demonstracji, ale również wskazaną w art. 7 ust 1 Pzp, zasadę równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Wykonawcy MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Krakowie i COMP S.A. w Warszawie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, a zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Na podstawie specyfikacji oraz załącznika Nr 7 do specyfikacji Izba ustaliła, że w celu oceny zgodności ze specyfikacją oferowanego rozwiązania, każdy wykonawca, zobowiązany został do przeprowadzenia demonstracji próbki załączonej do oferty (pkt 16 specyfikacji).

Zamawiający wymagał, aby oferowane oprogramowanie spełniało minimalne wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia (parametry W). Wykonawca w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik Nr 3 do specyfikacji miał wskazać wymagania deklarowane przez siebie wymagania docelowe oprogramowania System Elektronicznego Obiegu Dokumentów (parametry D) i wymagania opcjonalne oprogramowania System Elektronicznego Obiegu Dokumentów (parametry O). W toku oceny ofert zamawiający przyzna punkty za wszystkie wskazane parametry. Łączna waga parametrów D i O wynosi 29,6% oceny oferty (pkt 15

specyfikacji).

Zamawiający wskazał, że celem przeprowadzenia demonstracji jest sprawdzenie, czy zadeklarowane przez wykonawcę w formularzu ofertowym funkcjonalności oferowanego systemu są zgodne ze stanem faktycznym, a sprawdzeniu podlegać miały jedynie te funkcjonalności, które na dzień składania ofert oferowany system posiada (pkt 2 rozdziału I Ogólne zasady).

Niepotwierdzenie w trakcie demonstracji oświadczeń wykonawcy co do właściwości (w tym funkcjonalności) oferowanego Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów, skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp (pkt 5, rozdział I Ogólne zasady). Zamawiający zastrzegł możliwość sprawdzenia jedynie części zadeklarowanych przez wykonawcę funkcjonalności (pkt 1 rozdziału VII Procedura przeprowadzania testów, zdanie drugie).

Kolejność demonstracji próbek przez wykonawców zamawiający wyznaczał, w drodze losowania, bezpośrednio po otwarciu ofert (pkt 7, rozdział I Ogólne zasady).

Zamawiający postanowił, że demonstracja próbek nastąpi przez realizację scenariuszy testowych i sprawdzenie, czy próbki cechują te funkcjonalności, które wykonawca potwierdził w formularzu oferty i które są wymagane w specyfikacji (pkt 1 rozdziału VII Procedura przeprowadzania testów, zdanie pierwsze).

Nadto zamawiający w rozdziale I Ogólne zasady, w pkt 9 zastrzegł, iż z uwagi na równe traktowanie wszystkich wykonawców zamawiający nie dopuszcza żadnych odstępstw od opisanego sposobu prowadzenia demonstracji.

Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania dotyczące demonstracji (pismo z 25 czerwca 2013 r.) W odpowiedzi 57 wskazał, że demonstracja próbek będzie odbywała się na podstawie scenariuszy, które jednoznacznie wskażą czy próbka spełnia/nie spełnia wymagane przez zamawiającego i zadeklarowane przez wykonawcę właściwości. Natomiast na pytanie 264 w brzmieniu, czy zamawiający potwierdza, że demonstracja próbek dla wszystkich wykonawców dokonywana będzie poprzez realizację tych samych scenariuszy testowych (opracowanych na podstawie zadeklarowanych przez wykonawców funkcjonalności z oznaczeniem „W” oraz wspólnej dla wszystkich wykonawców puli funkcjonalności z oznaczeniem „D”), zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, odpowiedział, że demonstracja próbek dokonana będzie poprzez realizację scenariuszy testowych, opartych na funkcjonalnościach „W” oraz „D” i „O”, a demonstracja zostanie przeprowadzona zgodnie z zasadą równego traktowanie wykonawców.

Na podstawie protokołów demonstracji Izba ustaliła, że zamawiający przed przystąpieniem do demonstracji prosił o wylosowanie scenariusza testowego demonstracji próbek, a każda z próbek została zabezpieczona, w ten sposób, że nie była dostępna zamawiającemu do dnia prezentacji.

Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że scenariusze demonstracji zawierały takie samego funkcjonalności W w stosunku do wszystkich wykonawców oraz funkcjonalności D wybrane spośród funkcjonalności zadeklarowanych przez danego wykonawcę.

Oświadczenie to znajduje potwierdzenie w zestawieniu scenariuszy demonstracji złożonym na rozprawie (zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa).

### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego oraz przystępujących i uznała, że odwołujący wykazał przesłanki wymagane przez art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Skoro demonstracja próbki oprogramowania ma na celu sprawdzenie zgodności oferty ze specyfikacją oraz weryfikacji prawdziwości oświadczeń wykonawcy co do deklarowanych parametrów oprogramowania, to wadliwość jej przeprowadzenia może doprowadzić do odrzucenia oferty odwołującego oraz wykluczenie go z postępowania, co uniemożliwi odwołującemu uzyskanie zamówienia.

Nie ma znaczenia, że wyniki demonstracji nie zostały jeszcze upublicznione przez zamawiającego. W myśl art. 179 ust. 1 Pzp wystarczająca jest hipotetyczna możliwość poniesienia szkody przez wykonawcę, co może nastąpić, jeśli w czasie demonstracji próbki odwołujący zostanie potraktowany gorzej niż konkurenci.

Niewątpliwie demonstracja stanowi element formalnej oceny ofert. Słusznym prawem wykonawcy jest domaganie się, aby czynność badania ofert była przeprowadzana z poszanowaniem zasady równego traktowania.

Możliwość wniesienia odwołania wobec czynności badania ofert, w terminie liczonym od powzięcia przez wykonawcę wiedzy o okolicznościach uzasadniających wniesienie odwołania, wynika z art. 182 ust. 3 Pzp.

Izba rozpoznała zatem odwołanie co do istoty i uznała je za bezzasadne.

Odwołujący nie trafnie zarzuca zamawiającemu dokonanie zmiany postanowień załącznika nr 7 do specyfikacji skutkiem dokonanych czynności faktycznych (sposobu przeprowadzenia demonstracji).

Przede wszystkim, zgodnie z art. 9 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w formie pisemnej, więc ewentualne zmiany postanowień ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonane *per facta concludentia* nie mogą wywierać skutków prawnych.

Oceniając czynności dokonane przez zamawiającego Izba bada, czy zamawiający postąpił

zgodnie z wymaganiami opisanymi w dokumentach postępowania. W kontekście zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji ocenie podlega zasadniczo to, czy zamawiający w taki sam sposób zastosował postanowienia ogłoszenia lub specyfikacji wobec wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zasada równego traktowania wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione (tak m.in. w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości z 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 Manova, z 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 Fabricom, wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 r. sygn. akt VII Ga 22/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 25 marca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 291/09).

Izba zważyła, że zamawiający jednakowo potraktował wszystkich wykonawców. W toku demonstracji zbadał bowiem funkcjonalności (parametry) wymagane (W) takie same w odniesieniu do ofert wszystkich wykonawców, natomiast w odniesieniu do funkcjonalności deklarowanych (D) badał tylko funkcjonalności zadeklarowane przez danego wykonawcę.

Nie można oczekiwać, że zamawiający pozwala na całkowicie indywidualny dobór funkcjonalności docelowych i opcjonalnych oprogramowania System Elektronicznego Obiegu Dokumentów i jednocześnie wybiera funkcjonalności, które będzie badał podczas demonstracji. Skoro zamawiający do dnia demonstracji nie miał wiedzy, jakie funkcjonalności docelowe i opcjonalne wybiorą poszczególni wykonawcy, wskazanie niektórych z nich nie tylko byłoby nielogiczne, ale też mogłoby narazić zamawiającego na zarzut preferowania określonego rozwiązania.

Brak naruszenia zasady równego traktowania wykonawców przez zamawiającego wyraża się również w tym, że zbadanie przez zamawiającego różnych funkcjonalności deklarowanych nie ma znaczenia dla oceny punktowej. Ocena merytoryczna, która nastąpi w stosunku do ofert nieodrzuconych z postępowania, polegać będzie na przyznaniu wykonawcy punktów za wszystkie funkcjonalności zadeklarowane w formularzu oferty.

Zamawiający nie przeprowadził demonstracji według innych reguł, niż ustalone w specyfikacji. Możliwość zbadania wybranych funkcjonalności i posłużenia się kilkoma scenariuszami wynika wprost z postanowienia załącznika Nr 7 do specyfikacji. Jeśli zatem, zdaniem odwołującego, realizacją zasady równego traktowania wykonawców byłby scenariusz demonstracji taki sam dla wszystkich wykonawców, powinien bezpośrednio po zamieszczeniu specyfikacji na stronie zamawiającego domagać się zmiany lub doprecyzowania postanowienia pkt 1 rozdziału VII załącznika Nr 7 do specyfikacji.

Stanu sprawy nie zmieniły odpowiedzi zamawiającego z 25 czerwca 2013 r. Zamawiający nie

potwierdził, że demonstracja poszczególnych wykonawców będzie przebiegać według takiego samego scenariusza i konsekwentnie mówił o scenariuszach demonstracji (liczba mnoga). W takiej sytuacji wykonawca, który domaga się prowadzenia demonstracji przy zastosowaniu scenariusza wspólnego dla wszystkich wykonawców, winien wnieść odwołanie najpóźniej po udzieleniu przez zamawiającego odpowiedzi na pytanie 264.

Sposób prowadzenia przez zamawiającego procedury demonstracji w istocie wyeliminował element subiektywizmu, który był wpisany w literalne brzmienie postanowienia pkt 1 rozdziału VII załącznika Nr 7 do specyfikacji. Zamawiający zbadał takie same funkcjonalności wymagane w odniesieniu do wszystkich wykonawców, a przez dopuszczenie możliwości losowania scenariuszy zawierających różne funkcjonalności deklarowane przez danego wykonawcę, wyłączył możliwość stronniczego potraktowania wykonawcy, zwłaszcza, że nie miał możliwości zapoznania się zawartością próbki przed demonstracją.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła, jak w pkt 1 sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp. Orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego zapadło na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp – stosownie do wyników postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:.....**