

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 18 grudnia 2015 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia **25 listopada 2015 r.** zgłoszonych do **Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych** przez Zamawiającego, którym jest: **Główny Inspektor Transportu Drogowego, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa**, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia **18 listopada 2015 r.**, znak: **UZP/DKUE/KD/22/2015** w odniesieniu do zamówienia publicznego pn.: „Wytworzenie Studium Wykonalności i Koncepcji budowy, wdrożenia, utrzymania i rozwoju Krajowego Rejestru Elektronicznego Przedsiębiorców Transportu Drogowego”.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Renata Tubisz

wyraża następującą opinię:

Nie uwzględnia zastrzeżeń Głównego Inspektora Transportu Drogowego zgłoszonych pismem z dnia 25 listopada 2015 r. do stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), wymienionych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 18 listopada 2015r., znak: UZP/DKUE/KD/22/2015.

Uzasadnienie:

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, przeprowadził na zgłoszony

wniosek kontrolę doraźną następczą, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wytworzenie Studium Wykonalności i Koncepcji budowy, wdrożenia, utrzymania i rozwoju Krajowego Rejestru Elektronicznego Przedsiębiorców Transportu Drogowego”, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Główny Inspektorat Transportu Drogowego.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej UZP/DKUE/KD/22/2015 z dnia 18 listopada 2015 r. zostały wymienione stwierdzone w trakcie kontroli naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Naruszenie 1. W toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu powziął wątpliwości w kwestii prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia w omawianym postępowaniu. Wątpliwości dotyczyły kompletności opisu przedmiotu zamówienia, tzn. zawarcia w opisie wszystkich niezbędnych informacji pozwalających wykonawcy na sporządzenie oferty oraz na należyłą realizację zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wynika stąd, że opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z powyższym przepisem ma umożliwić wykonawcy bez żadnych wątpliwości i dodatkowych interpretacji zidentyfikowanie, z jakich elementów składa się zamówienie oraz co będzie konieczne i niezbędne do jego realizacji. Opis przedmiotu zamówienia sporządzany przez zamawiającego ma dostarczyć wykonawcom całość niezbędnych informacji potrzebnych do wykonania zamówienia.

Z uwagi na fakt, że ocena wymagań na koncepcję systemu informatycznego - Krajowego Rejestru Elektronicznego Przedsiębiorców Transportu Drogowego oraz na wykonanie Studium wykonalności wymagała wiadomości specjalnych, Prezes Urzędu powołał w tej sprawie biegłego z zakresu realizacji projektów informatycznych współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej.

Z opinii sporządzonej przez biegłego wynika, że opis przedmiotu zamówienia nie może być uznany za wyczerpujący, ponieważ zamawiający nie zawarł w nim informacji o:

- aktualnym stanie posiadanego systemu informatycznego. Jak stwierdził biegły, „Zamawiający wymaga (str. 48 SIWZ), aby Koncepcja systemu powstała w ciągu 20 dni. Określając swoje wymagania w zakresie zawartości koncepcji systemu Zamawiający wymaga, aby w tym czasie Wykonawca opracował m.in. specyfikację procesów biznesowych, listę i opis wymagań funkcjonalnych i poza funkcjonalnych systemu, dostarczył projekt architektury, zidentyfikował źródła danych, przedstawił listę produktów, określił mechanizmy bezpieczeństwa oraz mechanizmy interoperacyjności.

- w dokumentach przedstawianych Wykonawcom brak jest podstawowych informacji o Zamawiającym - nawet najprostszych o strukturze organizacyjnej, podstawowej infrastrukturze ICT (te informacje mogą być przekazywane tylko pod warunkiem uwzględnienia wszystkich zasad dotyczących bezpieczeństwa informacji), funkcjonujących u Zamawiającego systemach informatycznych, stosowanych technologiach, współdziałaniu z otoczeniem. Opracowanie koncepcji systemu mogłoby być skrócone gdyby informacje niezbędne do prac koncepcyjnych znajdowały się w materiałach udostępnianych przez Zamawiającego Wykonawcom.

W sytuacji, gdy Wykonawcy będą musieli przeprowadzić wszystkie te prace dopiero po podpisaniu umowy zrealizowanie tego zadania jest praktycznie niemożliwe. Na podstawie analizy dokumentów przetargowych Kontrolujący stwierdził, że nie jest możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z zasadami dobrych praktyk w założonym przez Zamawiającego terminie (...).

Wymienione przez Zamawiającego wymagania w odniesieniu do koncepcji systemu, harmonogramu i organizacji projektu Kontrolujący uznał za niewystarczające do sporządzenia oferty. Brak podstawowych informacji o Zamawiającym, strukturze organizacyjnej, misji, strategii, planach, współpracy z otoczeniem powoduje, że również w zakresie opracowania Studium wykonalności opis przedmiotu zamówienia nie zawiera wszystkich informacji niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia.

Kontrolujący w ślad za przytaczaną opinią biegłego - podtrzymał, że przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a więc przedmiot zamówienia został opisany niezgodnie z wymaganiami ust. 1 art. 29 Pzp. Z opinii biegłego wynika bowiem, że opis przedmiotu zamówienia powinien zawierać informacje dotyczące aktualnego stanu systemu informatycznego zamawiającego. Wiedza w tym zakresie stanowiła niezbędny warunek należytej realizacji zamówienia. Jednocześnie, zapewnienie kompletności opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu nabierało szczególnego znaczenia przy uwzględnieniu terminu wyznaczonego na realizację zamówienia, w tym zwłaszcza w zakresie wykonania Koncepcji systemu. Zgodnie z SIWZ, dostarczenie Koncepcji systemu w ramach I etapu zamówienia miało nastąpić w ciągu 20 dni od daty podpisania umowy. W tych okolicznościach pominięcie części istotnych informacji mogło nieść dla wykonawcy skutek w postaci zagrożenia niedotrzymania terminu ustalonego przez Zamawiającego.

Kontrolujący zwrócił uwagę, że zamawiający określił we wzorze umowy (§ 1 pkt 12 lit. d), w odniesieniu do etapu realizacji zamówienia, iż „wymagania i oczekiwania będą doszczegóławiane przez personel Wykonawcy Koncepcji i Studium Wykonalności poprzez przeprowadzenie wywiadów bezpośrednich z pracownikami Zamawiającego oraz przez toczącą się równolegle analizę systemów informatycznych udostępnionych przez Zamawiającego”.

Wynika z tego, że Zamawiający przeniósł na etap realizacji umowy zapoznanie wykonawcy z informacjami na temat posiadanego systemu informatycznego. Powyższy zapis potwierdza, że wiedza w tym zakresie była niezbędna dla wykonawcy realizującego zamówienie. Art. 29 ust. 1 ustawy Pzp statuuje nakaz, aby wszelkie informacje mające wpływ na wykonanie zamówienia były zawarte w SIWZ i udostępnione wszystkim wykonawcom zainteresowanym ubieganiem się o uzyskanie zamówienia. Ponadto, w okolicznościach niniejszego postępowania zagwarantowanie przekazania wykonawcy omawianych wyżej informacji na etapie realizacji zamówienia, w opinii Prezesa Urzędu również nie zapewniało należytego jego wykonania z uwagi na krótki termin realizacji koncepcji systemu w I etapie zamówienia, na co wskazał biegły w swojej opinii: „Należy jednak pamiętać, że w fazie analizy duża liczba analityków po stronie Wykonawcy będzie wymagała znacznego zaangażowania pracowników Zamawiającego, co w założonych terminach realizacji zamówienia będzie skutkowało znacznym obciążeniem po stronie Zamawiającego i również, nie gwarantuje, że w tak krótkim czasie Zamawiający będzie w stanie udzielić Wykonawcy wszystkich informacji niezbędnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia”. Przy tym zaznaczył, że już w I etapie realizacji zamówienia wykonawca został zobowiązany do wykonania znacznej części Koncepcji systemu, z uwzględnieniem projektu architektury systemu KREPTD zawierającego diagram komponentów, metamodel procesów, ogólny model ETL, model kluczowych komponentów systemu, ogólne modele baz systemów zasilających, wymagania z POPC, jak również listę i opis wymagań funkcjonalnych oraz pozafunkcjonalnych uwzględniających zagadnienia techniczne, jakościowe i wydajnościowe. Wobec tego - nieuwzględnienie w SIWZ całości istotnych informacji spowodowało, że opis przedmiotu zamówienia nie był wyczerpujący. Zaistniałe braki w opisie potwierdza pismo w aktach postępowania jednego z wykonawców kwestionujące ww. opis.

Z powyższych względów Kontrolujący stwierdził, że opisanie przedmiotu zamówienia, w odniesieniu do wymagań na koncepcję systemu i studium wykonalności, w sposób niekompletny, tj. bez uwzględnienia w niezbędnym zakresie informacji o aktualnym stanie posiadanego przez zamawiającego systemu informatycznego, stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut 2. W pkt 3.4.18 części III SIWZ termin wykonania zamówienia został wyznaczony w następujący sposób:

Lp. Nazwa; Etap; Termin odbioru

1. Koncepcja systemu - 20 dni od daty podpisania umowy
2. Studium wykonalności - 30 dni od daty podpisania umowy, jednak nie później niż do dnia 17.04.2015 r.
3. Uzupełnienie Koncepcji systemu - 50 dni od daty podpisania umowy.

Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty pismem z dnia 23.03.2015 r., natomiast umowa w sprawie realizacji zamówienia została podpisana w dniu 01.04.2015 r. Wynika stąd, że na wykonanie Studium wykonalności Krajowego Rejestru Elektronicznego Przedsiębiorców Transportu Drogowego wykonawca miał 16 dni. Jednocześnie, w pkt 3.1. części III SIWZ zamawiający wymienił kilkadziesiąt elementów, które wykonawca miał zawrzeć w tworzonym Studium. Znaczna część tych elementów dotyczyła merytorycznych aspektów projektowanego systemu informatycznego, w tym wymóg przedstawienia planu produktów, listy wymagań funkcjonalnych oraz pozafunkcyjnych uwzględniającej zagadnienia techniczne, jakościowe, wydajnościowe, jak również modeli kluczowych procesów biznesowych. Wykonawca został zatem zobowiązany do wykonania w ciągu 16 dni Studium wykonalności zawierającego szereg elementów związanych z projektowaniem koncepcji systemu. Ustalenie tak wymienionego terminu wywołuje wątpliwości w kontekście zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zgodnie bowiem z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Natomiast art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje generalną zasadę, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Długość terminu wyznaczonego w SIWZ do zrealizowania zamówienia Kontrolujący uznał za niewątpliwym element opisu przedmiotu zamówienia mogący wpłynąć na rozszerzenie bądź zawężenie kręgu wykonawców zainteresowanych realizacją zamówienia. Ustalenie zbyt rygorystycznych wymogów w tej kwestii może spowodować rezygnację znacznej liczby wykonawców obiektywnie zdolnych do wykonania zamówienia.

Określenie terminu na wykonanie Studium wykonalności w powyższym kształcie zostało uzasadnione przez zamawiającego w piśmie skierowanym do Prezesa Urzędu z dnia 19.05.2015 r. Zamawiający wskazał, że termin ten był ściśle związany z terminem składania wniosków o dofinansowanie, który upływał w dniu 4.05.2015 r. Jednocześnie Zamawiający, jak twierdził, nie mógł wszcząć postępowania wcześniej z uwagi na tok procesu legislacyjnego ustawy o zmianie ustawy o transporcie drogowym.

Do uzasadnienia Zamawiającego w tej kwestii odniósł się biegły w opinii dotyczącej kontrolowanego postępowania, cytowanej już w uzasadnieniu naruszenia nr 1. „W wyniku badania przedstawionych dokumentów należy stwierdzić, że argumentacja Zamawiającego nie ma potwierdzenia w faktach. Pierwszy termin składania wniosków w konkursie POPC upływał 4 maja br. Powszechnie było wiadomo, że będą ogłaszane następne konkursy i lepsze przygotowanie wniosku, m.in. poprzez zaproponowanie realnych terminów opracowania Studium wykonalności zmniejszyłoby ryzyko ewentualnego ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów niedopracowanych wniosków, nie do końca przemyślanych, powstających w pośpiechu Studium wykonalności i opracowywanych naprędce projektów systemów informatycznych. Potwierdzeniem błędnego podejścia Zamawiających do składania wniosków o dofinansowanie w ramach działania 2.1 POPC jest wynik pierwszego konkursu - jedynie 6 wniosków ze złożonych 39 zyskało dofinansowanie (...). W opinii biegłego, nie było zatem żadnych przeszkód, aby Zamawiający od początku założył, że będzie składał wniosek o dofinansowanie w drugim (a nie w pierwszym) konkursie. Jeśli Zamawiającemu zależało na złożeniu wniosku o dofinansowanie w pierwszym konkursie to powinien był postępowanie na przygotowanie studium wykonalności ogłosić znacznie wcześniej”.

Odnosząc się do możliwości wykonania Studium wykonalności w wyznaczonym wykonawcom terminie, biegły stwierdził: „Ustalony przez zamawiającego termin realizacji zamówienia w zakresie wykonania Studium wykonalności do dnia 17.04.2015 r., tj. 16 dni po podpisaniu umowy nie stanowi wystarczającego okresu na przygotowanie tego dokumentu zgodnie z wymaganiami SIWZ. Wyznaczona długość powyższego terminu stanowi nieuzasadnioną barierę utrudniającą potencjalnym Wykonawcom wzięcie udziału w postępowaniu”. Z opinii biegłego wynika, że zamawiający mógł ustalić dłuższy termin na wykonanie Studium wykonalności, zachowując przy tym wymogi związane z procedurą ubiegania się o dofinansowanie projektu z UE. Jak zostało wykazane, możliwe do zastosowania było bowiem rozwiązanie polegające na złożeniu wniosku o dofinansowanie w drugim, a nie w pierwszym konkursie wniosków. Pozwalało to na wydłużenie terminu na realizację Studium nawet przy - podnoszonym przez zamawiającego - braku możliwości wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia wcześniej z powodu toczącego się procesu legislacyjnego zmiany ustawy o transporcie drogowym, która dawała podstawy do stworzenia systemu KREPTD. Tym samym, 16-dniowy termin na wykonanie Studium wykonalności nie stanowił wystarczającego okresu zapewniającego należyłą realizację zamówienia. Zamawiający postawił w tym zakresie wymóg zbyt rygorystyczny, mogący prowadzić do pozbawienia dużej części wykonawców możliwości ubiegania się o uzyskanie zamówienia (w postępowaniu złożono tylko jedną ofertę). Jednocześnie, jak opisano wyżej,

zamawiający miał możliwość zaplanowania postępowania w taki sposób, aby pozostawić wykonawcy więcej czasu na wykonanie usługi.

Wobec powyższego Kontrolujący stwierdził, że określenie terminu na wykonanie studium wykonalności w powyższym kształcie stoi w sprzeczności z zakazem opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, jak również uchybia zasadzie przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a zatem stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Naruszenie 3. W części II SIWZ zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: cena - waga 50%, ocena funkcjonalna zaproponowanego rozwiązania - waga 50%.

Ocena funkcjonalna stanowiła sumę punktów uzyskanych po wypełnieniu tabeli zawartej w Formularzu numer OF.01. Liczba punktów w kryterium Ocena funkcjonalna zaproponowanego rozwiązania, jaką oferta otrzymywała od komisji przetargowej była obliczana na podstawie podanego wzoru.

W ramach zmiany SIWZ z dnia 16.03.2015 r. zamawiający dokonał modyfikacji Formularza OF.01. W nowej wersji formularza wykonawcy zostali zobligowani do opisu rozwiązania dla trzech zagadnień wymienionych w formularzu:

1. Propozycja organizacji usług utrzymania w zakresie obsługi incydentów,
2. Propozycja identyfikacji procesów biznesowych,
3. Propozycja obsługi procesu zmiany systemowej w ramach usług rozwoju Systemu.

W formularzu zamawiający zawarł również opis powyższych zagadnień.

W ramach oceny funkcjonalnej Zamawiający przyznawał 0, albo 5, albo 10 punktów wg poniższej zasady:

- 0 (zero) punktów otrzyma rozwiązanie, które nie spełnia warunków określonych w kolumnie „Opis zagadnienia”

- 5 (pięć) punktów otrzyma rozwiązanie, które w sposób częściowy spełnia warunki określone w kolumnie „Opis zagadnienia”

- 10 (dziesięć) punktów otrzyma rozwiązanie, które w pełni spełnia warunki określone w kolumnie „Opis zagadnienia”, opis rozwiązania jest zaś kompletny, spójny merytorycznie, przejrzysty, jednoznaczny i wyczerpujący (Wykonawca w sposób spójny i wyczerpujący przedstawił opracowanie dla każdego z wyżej wymienionych elementów Opisu rozwiązania).

W toku postępowania do zamawiającego wpłynął wniosek jednego z wykonawców o zmianę SIWZ w zakresie opisu kryterium sposobu oceny ofert w kryterium Ocena

funkcjonalna zaproponowanego rozwiązania z uwagi na fakt, że opis tego kryterium nie zapewnia obiektywnej oceny ofert.

W odpowiedzi, pismem z dnia 16.03.2015 r. zamawiający poinformował o zmianie treści formularza OF.01, poprzez zmianę jednego z zagadnień wymagających opisu na potrzeby powyższego kryterium oceny ofert.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W celu prawidłowego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, w myśl art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, SIWZ zawiera opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Oznacza to, iż zamawiający musi przedstawić w specyfikacji informację o sposobie oceny ofert, tzn. opisać sposób mierzenia stopnia spełniania przez ofertę preferencji zamawiającego wyrażonej w postaci określonych przez zamawiającego kryteriów. Natomiast zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, co stanowi fundamentalną zasadę Prawa zamówień publicznych. Możliwość oceny ofert w oparciu o sformułowane kryteria zaistnieje wyłącznie wtedy, gdy kryteria zostaną opisane w sposób skonkretyzowany, wymierny i zobiektywowany (umożliwiający dokonanie obiektywnej oceny ofert). Oznacza to, iż powinna zostać ograniczona możliwość całkowicie subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny dokonywanej przez zamawiającego. Osiągnąć można to w szczególności wówczas, gdy szczegółowość, kompletność i jednoznaczność opisu kryteriów oceny ofert umożliwia każdemu znającemu treść ofert dokonanie ich właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny i hierarchizacji w rankingu ofert najkorzystniejszych. Zasada powyższa znajduje swoje odpowiednie zastosowanie także w przypadku zastosowania przez zamawiającego kryteriów pozacenowych takich jak np. jakość czy funkcjonalność. Mimo że ocena dokonywana przez poszczególnych członków komisji przetargowej z natury rzeczy będzie miała charakter subiektywny, opis kryterium powinien wyznaczać granice warunkujące przyznanie określonej liczby punktów.

W niniejszym postępowaniu zamawiający warunkuje przyznanie odpowiednio 0, lub 5, lub 10 pkt od stwierdzenia, że zaproponowane przez wykonawcę rozwiązanie odpowiednio nie spełnia warunków określonych w kolumnie „Opis zagadnienia”, spełnia je częściowo lub spełnia je w pełni i opis rozwiązania jest kompletny, spójny merytorycznie, przejrzysty, jednoznaczny i wyczerpujący. Prawidłowość sposobu oceny ofert wg powyższego kryterium w kontekście wymogu zapewnienia obiektywizmu oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców została zweryfikowana przez biegłego.

W sporządzonej opinii biegły stwierdził, że „Tak sformułowane zasady oceny nie pozwalają na obiektywną ocenę ofert Wykonawców, gdyż w żadnych dokumentach przetargowych nie zostało określone:

- co Zamawiający rozumie przez kompletny, spójny merytorycznie, przejrzysty, jednoznaczny i wyczerpujący opis rozwiązania. Kryteria oceny ofert powinny być tak formułowane, żeby subiektywne odczucia oceniających pozostawały bez wpływu na ocenę. Wadliwe jest również przyjęcie przez Zamawiającego formuły „częściowego spełniania warunków opisu”. Takie sformułowanie również jest nieprecyzyjne, nie wiadomo w jaki sposób Zamawiający będzie oceniał stopień „częściowości” spełniania wymagań.

„W tym przypadku zaproponowany przez Zamawiającego sposób oceny nie spełnia tego wymogu. Zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców stwierdza, że nie ma obowiązku ani możliwości opisanego tego kryterium za pomocą wzorów matematycznych, wartości procentowych czy też zamkniętego katalogu podkryteriów (określenie używane przez Zamawiającego). Trudno się z tym stwierdzeniem Zamawiającego zgodzić. Wręcz przeciwnie, Zamawiający powinien dokonać takiej modyfikacji opisu sposobu oceny w ramach kryterium Ocena funkcjonalna rozwiązania, żeby zapewnić obiektywną i powtarzalną ocenę”.

Z przywoływanej opinii biegłego wynika - nieprawidłowe opisanie przez Zamawiającego funkcjonalnego kryterium oceny ofert. W nawiązaniu do wniosków przedstawionych przez biegłego Kontrolujący zauważył, że w formularzu OF.01 wykonawcy zostali zobowiązani do opisu proponowanego rozwiązania w odniesieniu do trzech zagadnień wyznaczonych przez zamawiającego, zgodnie z wymaganiami podanymi w tym dokumencie. Uogólniając, opis rozwiązania polegał na sporządzeniu listy:

- określonych procesów bądź na opisie procesów odnoszących się do projektowanej koncepcji systemu KREPTD.

Opis sposobu przyznawania punktów w omawianym kryterium nie stanowi jednak konkretnego wyznacznika wskazującego kiedy opis procesów zaproponowanych przez wykonawcę będzie kwalifikował się do danej kategorii punktowej. Z opisu kryterium nie wynika kiedy lista procesów i ich opis zostanie uznany za wyczerpujący i szczegółowy w wystarczającym stopniu. W szczególności, jak ocenił biegły nie sposób wskazać granicy między stwierdzeniem, że opis rozwiązania spełnia warunki w sposób pełny, bądź też jedynie w sposób częściowy.

Analiza opisu sposobu ofert w kryterium funkcjonalnym, poparta opinią biegłego, doprowadziła Kontrolującego do wniosku, że opis ten został sformułowany w sposób niezapewniający obiektywnej oceny ofert. Zamawiający posłużył się niedookreślonymi pojęciami, które jednocześnie stanowią kluczowy element oceny rozwiązań. Z opisu nie

można również wywieść granicy pomiędzy wyznaczonymi grupami punktowymi. Jednocześnie, jak stwierdził biegły, nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że w kontrolowanym postępowaniu nie było możliwe sformułowanie kryterium funkcjonalnego przewidującego bardziej skonkretyzowane przesłanki oceny oferty.

Charakter przyjętego przez Zamawiającego kryterium „Ocena funkcjonalna zaproponowanego rozwiązania”, przy uwzględnieniu charakteru przedmiotu zamówienia, zawiera ze swej istoty element subiektywności. Jednakże, analiza powyższego kryterium, poparta oceną biegłego, prowadzi do wniosku, że opis tego kryterium pozwalał w niedopuszczalnym stopniu na uznaniowość i dowolność w ocenie ofert. Rola omawianego kryterium, któremu przypisana została waga 50% była zatem znacząca. W konsekwencji opisanie kryterium „Ocena funkcjonalna zaproponowanego rozwiązania” w sposób, który nie zapewnia obiektywnej oceny ofert, stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Naruszenie 4. Zgodnie z treścią SIWZ w brzmieniu ustalonym po zmianie z dnia 16.03.2015 r. Zamawiający przewidział warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykazali, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej:

1. 10 (dziesięć) projektów systemów informatycznych polegających na zaprojektowaniu lub zaprojektowaniu i budowie systemu informatycznego o wartości nie mniejszej niż 150.000 PLN każdy,

2. 10 (dziesięć) projektów doradczych o wartości nie mniejszej niż 40.000 PLN każdy, polegających na przygotowaniu wniosku o dofinansowanie z funduszy UE projektu dotyczącego zaprojektowania lub budowy systemu informatycznego, które zakończyły się przyznaniem dofinansowania w wysokości minimum 400.000 PLN każdy, lub 10 (dziesięć) projektów doradczych o wartości nie mniejszej niż 40.000 PLN każdy, polegających na przygotowaniu studium wykonalności do wniosku o dofinansowanie projektu dotyczącego budowy systemu informatycznego, które zakończyły się przyznaniem dofinansowanie w wysokości minimum 400.000 PLN każdy.

Przed dokonaniem zmiany opis warunku zawierał wymóg wykazania 15 projektów systemów informatycznych oraz 15 projektów doradczych opisanych wyżej. Zmiana nastąpiła w wyniku wniosku jednego z wykonawców, który żądał zmniejszenia liczby wymaganych projektów do dwóch. W uzasadnieniu dokonanej zmiany Zamawiający wskazał: „W związku z pytaniem Wykonawcy Zamawiający dokonuje modyfikacji powyższego warunku z 15 projektów na 10 projektów, co faktycznie w okresie 18.03.2012 - 31.12.2013 oznacza ok. 5 projektów rocznie. Mając na uwadze przedmiot zamówienia, a przede wszystkim napięty harmonogram prac,

Zamawiający ustalił liczbę zamówień, która jego zdaniem będzie wystarczającym dowodem posiadania przez wykonawcę wiedzy, know-how, doświadczenia i ciągłości działania o charakterze wystarczających do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia”.

W toku postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu wezwał Zamawiającego do uzasadnienia konieczności postawienia w postępowaniu wymogów w odniesieniu do doświadczenia na wyżej przedstawionym poziomie. Wezwano do wyjaśnienia, w jaki sposób charakter przedmiotu zamówienia, jego specyfika techniczna, stopień złożoności, warunki realizacji, bądź wyjątkowość rozwiązania niezbędnego dla zamawiającego uzasadniły postawienie wymogu posiadania doświadczenia.

W odpowiedzi, pismem z dnia 19.05.2015 r., Zamawiający w pierwszej kolejności podniósł, że postawione wymagania były konieczne ze względu na ustalony krótki termin na wykonanie przedmiotu zamówienia. Ponadto, zwrócono uwagę na wysokie wymagania merytoryczne dotyczące przygotowania wniosku w ramach osi nr 2 POPC - „W konsekwencji, w przedmiotowym postępowaniu Wykonawca musiał posiadać taki know-how, który pozwoli mu oprzeć wykonanie przedmiotu zamówienia na samodzielnie przygotowanych i sprawdzonych szablonach i formułach projektowych, a jednocześnie będzie posiadał niezbędną wiedzę i doświadczenie, która pozwoli na realizację odpowiedniego zakresu prac analitycznych.” W ocenie Zamawiającego tylko wykonawcy, którzy w sposób ciągły wykonują tego typu prace byli w stanie w terminie zrealizować przedmiot zamówienia.

Ponadto, Zamawiający powoływał się, że w oparciu o ogólnie dostępne zestawienia dotyczące oceny działalności firm działających na rynku doradztwa unijnego można stwierdzić, że istnieje istotna korelacja między ilością realizowanych przed daną firmę projektów, a skutecznością w ubieganiu się o dofinansowanie. Dla Zamawiającego parametr ten był o tyle istotny, że przedmiot zamówienia dotyczy programu wyłaniającego projekty w trybie konkursowym (a nie indywidualnym)”. Stwierdzono również w wyjaśnieniach, że „mniejsza ilość projektów mogłaby oznaczać, że realizacja projektów związanych z ubieganiem się o dofinansowanie ze środków unijnych nie jest podstawową działalnością biznesową Wykonawcy, co wprost stanowiłoby zagrożenie niedotrzymania terminów określonych w SIWZ, co z kolei pociągnęłoby za sobą konsekwencje opisane w pkt. 1”.

Zamawiający przedstawił również listę znanych sobie wykonawców dysponujących, według wiedzy Zamawiającego, wymaganym doświadczeniem w zakresie wykonywania Studium wykonalności. Jednocześnie podniesiono, że wykonawcy dysponowali, zgodnie z ustawą Pzp, uprawnieniem do składania oferty wspólnej, w formie konsorcjum, z podmiotami spełniającymi drugą część warunku – w zakresie projektowania systemów informatycznych,

bądź też do polegania na zasobach podmiotów trzecich na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

W związku z wątpliwościami w kwestii prawidłowości opisu przez Zamawiającego sposobu oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, Prezes Urzędu zwrócił się do biegłego o ocenę zasadności poziomu postawionych wymogów. W szczególności o ocenę, czy postawiony wymóg wykazania się doświadczeniem w wykonaniu 10 projektów informatycznych oraz 10 projektów doradczych nie jest nadmierny w stosunku do zakresu i poziomu skomplikowania przedmiotu zamówienia, oraz czy wykonawcy mogący wykazać się mniejszą liczbą wykonanych projektów byłiby zdolni do należytej realizacji zamówienia.

Biegły odniósł się do powyższej kwestii w następujący sposób: „Pierwszy warunek sformułowany jest niezgodnie z wymogami art. 22 ust. 4 Pzp, gdyż jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia (obejmującego obie usługi) na 295 200 zł brutto. Przedmiot zamówienia obejmuje dwie usługi:

- usługę wykonania Studium wykonalności
- oraz usługę opracowania Koncepcji KREPTD.

Nawet gdyby przyjąć, że usługa opracowania Studium wykonalności byłaby szacowana przez Zamawiającego na 1 zł to proporcjonalne do wartości zamówienia wymagania powinny opiewać na kwotę 300 000 zł, czyli przyjmując podejście Zamawiającego powinien ten warunek zostać ograniczony do dwóch projektów o wartości nie mniejszej niż 150 000 zł lub co byłoby bardziej adekwatne do charakteru zamówienia do wykonania minimum jednego projektu o wartości 300 000 zł.

Drugi warunek uznał za całkowite nieporozumienie, gdyż nie ma żadnego uzasadnienia żądanie dla zamówienia tej wartości ok. 300 000 zł (tym razem przyjmując, że pierwsza usługa czyli projekt systemu informatycznego został wyceniony na 1 zł) wykonania 10 projektów o wartości 40 000 zł każdy.

Biegły stwierdził, iż ilość nie przechodzi w jakość i doświadczenie w przygotowywaniu dużej liczby studium wykonalności dla projektów doradczych o bardzo małej wartości nie oznacza doświadczenia niezbędnego do realizowania projektów doradczych o wartościach o rząd wielkości większych.

Ponadto, biegły w odpowiedzi na pytanie, czy wykonawcy mogący wykazać się mniejszą liczbą wykonanych projektów byłiby zdolni do należytej realizacji zamówienia, a ponadto jaki poziom wymaganego doświadczenia byłby wystarczający dla wykazania zdolności do należytej realizacji zamówienia, odniósł się do tej kwestii w następujący sposób.

„Wykonawcy mogący wykazać się mniejszą liczbą wykonanych projektów byłiby zdolni do należytej realizacji zamówienia.”

Kontrolujący uznał, iż nie jest prawdą, że mniejsza ilość zrealizowanych projektów mogłaby oznaczać, że realizacja projektów związanych z ubieganiem się o dofinansowanie ze środków unijnych nie jest podstawową działalnością biznesową Wykonawcy, co wprost stanowiłoby zagrożenie niedotrzymania terminów określonych w SIWZ. To nie duża ilość zrealizowanych niewielkich projektów informatycznych przesądza o możliwości poprawnego zrealizowania zamówienia. Decydujące jest doświadczenie w realizacji projektów informatycznych o charakterze zbliżonym do przedmiotu zamówienia. Dla wykazania zdolności do należytej realizacji zamówienia wystarczający byłby warunek spełniający zasadę proporcjonalności, czyli warunek określony w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia. Wystarczające byłoby wykazanie się przez wykonawców doświadczeniem w realizacji dwóch projektów systemów informatycznych i dwóch usług doradczych polegających na opracowaniu studium wykonalności dla projektów o wartości minimum 300 000 zł.

Po przeprowadzeniu analizy udostępnionych dokumentów, Kontrolujący stwierdził że Zamawiający w sposób nieprawidłowy sformułował warunki wiedzy i doświadczenia oraz warunek dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, czyli niezgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Postawiony wymóg wykazania się doświadczeniem w wykonaniu 10 projektów informatycznych oraz 10 projektów doradczych uznał za nadmierny w stosunku do zakresu i poziomu skomplikowania przedmiotu zamówienia i nieadekwatny do zakresu i poziomu skomplikowania przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 tego artykułu, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność, o której mowa w powyższym przepisie oznacza, że warunki udziału w postępowaniu winny być formułowane w sposób odpowiadający wielkości, charakterowi, złożoności oraz rodzajowi przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem. Prawo zamawiającego w tym zakresie powinno ograniczać się do ustalenia poziomu niezbędnego, zapewniającego, że wykonawca, który spełni opisane warunki udziału w postępowaniu, wykona zamówienie w sposób określony w SIWZ. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być adekwatny do celu, jaki zamierza osiągnąć zamawiający. Tym celem jest zaś wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców i przez to

uniemożliwić ubieganie się o uzyskanie zamówienia wykonawcom, którzy byliby w stanie należycie je wykonać.

W niniejszym postępowaniu zamawiający wymagał wykazania się realizacją 10 projektów systemów informatycznych oraz 10 projektów doradczych. W cytowanej wyżej opinii biegły powołany do oceny m. in. powyższego warunku stwierdził jednoznacznie, że opis warunku jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przede wszystkim, w kontekście charakteru i zakresu przedmiotu zamówienia nie znajduje uzasadnienia żądanie wykazania się tak znaczącą liczbą wykonanych usług. Należy zauważyć, że wartość niniejszego zamówienia została oszacowana na kwotę 240 000 zł, natomiast zakres przedmiotowy zamówienia obejmował dwa zasadnicze elementy

- stworzenie Koncepcji systemu
- oraz wykonanie Studium wykonalności projektu.

W pierwszej części opisu warunku wiedzy i doświadczenia Zamawiający zażądał natomiast wykazania się wykonaniem 10 projektów systemów informatycznych polegających na zaprojektowaniu lub zaprojektowaniu i budowie systemu informatycznego o wartości nie mniejszej niż 150.000 PLN każdy.

Z kolei w drugiej części opisu warunku zamawiający wymagał przedstawienia 10 zrealizowanych projektów doradczych o wartości 40 000 zł.

Również w tym wypadku opis warunku stanowi istotną barierę dla wykonawców ze względu na ilość wymaganych usług. Jednocześnie, jak wskazał biegły, wykonanie usług o wartości znacznie niższej od usługi objętej przedmiotem zamówienia nie świadczy o posiadaniu niezbędnego doświadczenia i nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia.

Według Prezesa Urzędu w odniesieniu do zastosowanego opisu warunku doświadczenia, Zamawiający nie przedstawił jednocześnie przekonujących argumentów potwierdzających zasadność oczekiwania od wykonawców spełnienia wymagań tak dalece przekraczających niezbędne minimum.

Zamawiający uzasadnił niezbędność powyższych wymogów powołując się przede wszystkim na wymagalny termin zrealizowania Studium wykonalności oraz wysokie wymagania merytoryczne dla wniosków składanych w ramach drugiej osi POPC. Jak wykazano jednak w opisie naruszenia nr 2, Zamawiający niezasadnie uzależnił termin na wykonanie Studium od pierwszego terminu składania wniosków w ramach trybu konkursowego POPC. Jak wskazał biegły - istniała możliwość dostosowania toku niniejszego postępowania do kolejnego terminu składania wniosków. Tym samym nie zaistniała w sprawie konieczność ustanawiania rygorystycznych warunków prowadzących do

ograniczenia kręgu wykonawców wyłącznie do tych, którzy legitymują się największą liczbą zrealizowanych projektów. Niezależnie od powyższego, Kontrolujący zauważył, że krótki termin na wykonanie zamówienia nie może wyłączać wynikającej z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp dyrektywy zachowania proporcjonalności przy opisie warunku, a więc nakazu ograniczenia wymogów wyłącznie do poziomu przekonującego o posiadaniu kwalifikacji do należytego wykonania zamówienia.

Poza tym, Zamawiający zwracał uwagę na wysokie wymagania merytoryczne dotyczące przygotowania wniosku w ramach osi nr 2 POPC wpływające na konieczność postawienia wymagających warunków. Biegły nie podzielił tego stanowiska i stwierdził jednoznacznie, że wykonawcy mogący wykazać się mniejszą liczbą wykonanych projektów byłiby zdolni do należytej realizacji zamówienia. Decydujące – w opinii biegłego – jest doświadczenie w realizacji projektów informatycznych o charakterze zbliżonym do przedmiotu zamówienia, nie zaś znaczna liczba zrealizowanych projektów, w tym zwłaszcza projektów o niższej wartości.

Za okoliczność potwierdzającą nieprawidłowy opis warunku wiedzy i doświadczenia Prezes Urzędu przyjął okoliczność, iż w kontrolowanym postępowaniu do Zamawiającego wpłynęła tylko jedna oferta. W dodatku wykonawca, który ją złożył - Ideazone Sp. z o.o. wykazał samodzielnie spełnienie warunku w zakresie punktu 1 (zaprojektowanie i budowa systemów informatycznych), natomiast w zakresie punktu 2 warunku (wnioski o dofinansowanie/Studium wykonalności) wykazał wykonane przez siebie jedynie 2 zamówienia spełniające wymogi, pozostałe usługi (w liczbie 10) wymienione w wykazie zostały zrealizowane przez podmiot trzeci udostępniający wykonawcy swój potencjał.

Ustawa Pzp dopuszcza wykazywanie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w sposób łączny przez wykonawców składających ofertę w formie konsorcjum, jak również możliwe jest powoływanie się na zasoby podmiotu trzeciego. Jednakże nie uzasadnia to formułowania warunku w taki sposób, że żaden wykonawca samodzielnie nie jest w stanie go spełnić, przez co konieczne staje się łączenie potencjałów dwóch wykonawców. Stanowi to naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i jednocześnie niedopuszczalne narzucanie formy uczestnictwa wykonawcy w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Kontrolujący stwierdził, że sformułowany w postępowaniu opis warunku wiedzy i doświadczenia jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i stanowi nieuzasadnioną barierę utrudniającą dostęp do ubiegania się o uzyskanie zamówienia przez wykonawców obiektywnie zdolnych do jego realizacji. Wymogi postawione przez Zamawiającego w znaczący sposób przekraczają poziom wystarczający do wykazania posiadania doświadczenia niezbędnego do należytej realizacji zamówienia. Z

powyższych względów - Zamawiający opisał warunek wiedzy i doświadczenia z naruszeniem art. 22 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Naruszenie 5. Jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający określił w pkt 4 części II A SIWZ zakres dokumentów żądanych od podmiotów zagranicznych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia. Wskazano, że „Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast: (4.1.) żądanych przez Zamawiającego: aktualnego odpisu z właściwego rejestru w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego - składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości - z zastrzeżeniem, że jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa powyżej, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.”

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), obowiązujące w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania, inaczej reguluje zakres dokumentów, których zamawiający może żądać od podmiotów zagranicznych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Z treści § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia wynika, że jeżeli wykonawca nie może przedłożyć m. in. dokumentu potwierdzającego, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, ponieważ w kraju jego miejsca zamieszkania nie wydaje się takich dokumentów - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem.

W oparciu o treść przytoczonego wyżej przepisu rozporządzenia, Zamawiający obowiązany był określić, że w sytuacji opisanej w tym przepisie, wykonawcy składają oświadczenie złożone przed notariuszem bez zastrzeżenia, że musi być to notariusz kraju miejsca zamieszkania lub siedziby wykonawcy. W SIWZ Zamawiający określił natomiast, niezgodnie z brzmieniem rozporządzenia w sprawie dokumentów, że wykonawca może złożyć oświadczenie złożone wyłącznie przed notariuszem miejsca siedziby, bądź zamieszkania wykonawcy. Art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a ich katalog określony został w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Wobec powyższego Prezes Urzędu uznał, że określając możliwość złożenia oświadczenia złożonego przed notariuszem w sytuacji określonej w pkt. 4.1 części II A SIWZ z ograniczeniem, by był to notariusz z kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, tj. dokumentu nieprzewidzianego w rozporządzeniu, zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r.

Zamawiający w związku z otrzymaniem pisma z dnia 18 listopada 2015 r. - Informacji o wyniku kontroli wniósł zastrzeżenia do stwierdzonych w trakcie kontroli naruszeń:

- art. 29 ust. 1, art. 22 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj.:
- zastrzeżenia, co do kwalifikacji naruszenia w zakresie zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp,

Zamawiający stwierdził, że nie doszło do wskazanych powyżej naruszeń, a ustalenia kontroli w tym zakresie uznał za dowolne i nieuzasadnione.

- opisu kryteriów, którymi zamawiający kierował się przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, który uznał za zgodny z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.)

Niezasadność ustaleń kontroli Zamawiający uzasadniał, jak niżej.

A. Błędny zarzut rzekomego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w tym w szczególności bezpodstawne zarzucenie Zamawiającemu nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasady zapewnienia uczciwej konkurencji bez wskazania dowodów lub twierdzeń przynajmniej uprawdopodobniających powyższy zarzut.

B. Błędne ustalenia kontroli (a w zasadzie brak takowych) w zakresie przyjęcia, iż do naruszenia zasad uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu doszło. W Informacji o

wyniku kontroli powtarza się, iż złożenie jednej oferty jest dowodem na ograniczenie przez Zamawiającego konkurencji. Zamawiający powoływał się na wyniki audytów Komisji Europejskiej, która wskazuje, iż należy brać pod uwagę okoliczności danego wypadku a nie sugerować się liczbą złożonych w postępowaniu ofert.

C. Błędny zarzut rzekomego naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, w tym w szczególności zarzucenie Zamawiającemu sporządzenie niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w sposób który „uniemożliwia realizację przedmiotu zamówienia”.

D. Niewłaściwą interpretację przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na dowolnych twierdzeniach, iż celem normy określonej w art. 29 ust. 1 jest zagwarantowanie wykonawcom na etapie postępowania pozyskania wszelkich elementów niezbędnych do zrealizowania zamówienia w sytuacji, gdy z jednolitego stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych oraz Krajowej Izby Odwoławczej wynika bezspornie, iż celem sporządzania opisu przedmiotu zamówienia - jak wynika zresztą z literalnego brzmienia przepisu - jest pozyskanie informacji niezbędnych do skalkulowania kosztów realizacji przedmiotu zamówienia i sporządzenia oferty.

E. Błędne ustalenia kontroli (a w zasadzie brak takowych) w zakresie przyjęcia, iż dokonany opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia z uwagi na żądanie wykazania się 10 zamówieniami ogranicza konkurencję.

F. Błędą interpretację art. 22 ust. 4 ustawy Pzp polegającą na dowolnym i nieuzasadnionym przyjęciu, iż dokonany opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

G. Błędą interpretację art. 25 ust. 1 ustawy Pzp polegającą na przyjęciu, iż Zamawiający może postanowieniami specyfikacji modyfikować treść Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

H. Błędne ustalenia kontroli (a w zasadzie brak takowych) w zakresie kompletności opisu przedmiotu zamówienia dla skalkulowania oferty, czym Kontrolujący dopuścili się naruszenia art. 163 ust. 3 ustawy Pzp.

I. Niewłaściwą interpretację pojęć: Jednoznaczne”, „subiektywne”, „dookreślenie”.

J. Niewłaściwą interpretację pojęcia „podkryterium” i w rezultacie uznanie, iż kryteria oceny ofert w niniejszym postępowaniu pozwalają na subiektywną ocenę.

K. Brak ustaleń faktycznych w zakresie dokonanego przez Zamawiającego opisu kryteriów, którymi Zamawiający kierował się przy wyborze oferty oraz znaczenia tych

kryteriów i sposobu oceny ofert poprzez wybiórcze i wrywkowe wskazanie zacytowanych w piśmie wyrażen i zwrotów bez uwzględnienia ich brzmienia w kontekście zapisów dokumentacji przetargowej.

L. Naruszenie przez Kontrolujących art. 163 ust. 3 ustawy Pzp poprzez przekroczenie zasad oceny opinii biegłego i oparcie wyników kontroli na twierdzeniach biegłego, do których ten nie był uprawniony. Zgodnie bowiem z art. 163 ust. 3 ustawy Pzp stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli, w szczególności dokumentów związanych z postępowaniem, wyjaśnień kierownika i pracowników zamawiającego, opinii biegłych oraz wyjaśnień innych podmiotów. Z powyższego wynika więc wyraźnie, iż biegły nie jest powołany do wypowiedzania się lub przesądzania kwestii wystąpienia lub nie naruszenia przepisu. Prezes UZP może zasięgać opinii biegłych w celu ustalenia stanu faktycznego, oceny stanu faktycznego lub dokonania innych czynności kontrolnych. Pomimo braku ustawowego zakazu opinie biegłych nie mogą dotyczyć oceny zgodności postępowania z przepisami prawa zamówień publicznych, ponieważ byłoby to sprzeczne z wykładnią systemową. Skoro Prezes UZP jest organem kontrolnym wyposażonym w kompetencje do oceny zgodności przeprowadzonego postępowania z przepisami ustawy, zdaniem Zamawiającego nie powinien on w tym zakresie powoływać biegłych, jako że ocena taka nie wymaga wiadomości specjalnych z punktu widzenia kompetencji tego organu administracji. (Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., Prawo zamówień publicznych, Komentarz). Jednocześnie Zamawiający zwracał uwagę, iż opinia biegłego nie została mu przedstawiona w całości, a kontrolujący przytaczają wrywkowo wybrane fragmenty - stąd też Zamawiający nie miał możliwości ustosunkowania się do całości „twierdzeń i wywodów” biegłego, a w szczególności nie są mu znane podstawy (dane, wyliczenia, fakty) na których - poza swoją wiedzą - biegły opiera swoje wnioski.

W uzasadnieniu stawianych zastrzeżeń do Informacji o wyniku kontroli Zamawiający podał, jak niżej.

Ad. pkt A; pkt B

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zasada zapewnienia uczciwej konkurencji wiąże zamawiającego zarówno na etapie przygotowania jak i przeprowadzenia postępowania. Zasada - w uproszczeniu - jest to zarówno nakaz obligujący zamawiającego do czuwania nad postępowaniem uczestników postępowania w zakresie popełnienia czynów nieuczciwej konkurencji jak i nakaz nieograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu

wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji. Zamawiający powołał się na stanowisko wyrażone orzeczeniem Głównej Komisji Orzekającej z dnia 20 września 2007 r. (sygn. DF/GKO-4900-38/42/07/25) - art. 7 ust 1 ustawy Pzp powinien być interpretowany w oparciu o regulacje ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 1993 nr 14, poz. 211), w której została zawarta definicja czynu nieuczciwej konkurencji. Czyn nieuczciwej konkurencji jest to działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W treści art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zdefiniowano przykładowe czyny nieuczciwej konkurencji, tj.: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, a także nieuczciwa lub zakazana reklama.

Zamawiający zaznaczał, że próżno szukać w uzasadnieniu Informacji o wyniku kontroli jakiegokolwiek odniesienia w powyższym zakresie. Kontrolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie omawianego przepisu - nie dokonując jednak należytej wykładni normy prawnej w sytuacji, gdy bezsporny stan faktyczny sprawy na takową subsumpcję nie pozwalała.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., Prawo zamówień publicznych, Komentarz).

Kontrolujący nie wykazał ani też nie odniósł się do czynności lub zaniechań Zamawiającego, z których wynikać by mogło, iż określeni wykonawcy/wykonawca byli w trakcie postępowania, a konkretnie przez taki właśnie opis kryteriów oceny ofert, preferowani lub dyskryminowani. Kontrolujący pominął okoliczność, iż te same kryteria w równym stopniu obowiązywały wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Kontrolujący pominął, iż Zamawiający dokonując opisu kryteriów oceny ofert, a także przeprowadzając proces oceny stosował do wszystkich wykonawców jednakową miarę.

Kontrolujący nie wyjaśnił, na czym konkretnie polegać miało rzekome preferowanie jednych wykonawców lub dyskryminacja innych. Kontrolujący nie wskazał, którzy to wykonawcy byli preferowani, a którzy dyskryminowani.

Zamawiający przytoczył orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.06.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 571/08, traktujące o formułowaniu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp: *Odwołujący nie wskazał jakie działanie, czy zaniechanie doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, a jedynie przywołał ten przepis. Izba stoi na stanowisku, że zarzut to twierdzenie Odwołującego o okolicznościach faktycznych, które zaistniały w postępowaniu, a których zaistnienie powoduje, że czynności lub zaniechania Zamawiającego należy uznać za sprzeczne z prawem i dokonać ich subsumcji pod określony przepis aktu normatywnego. Samo zaś powołanie przepisu, bez wskazania okoliczności faktycznych nie pozwala na ustalenie, jakie działanie lub zaniechanie Zamawiającego narusza przepis prawa.*”

Kontrolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonany opis kryteriów oceny ofert w postępowaniu - oprócz jednak powyższego (ogólnego) stwierdzenia brak wskazania na okoliczności faktyczne sprawy, które mogłyby choć uprawdopodobnić, iż do zarzucanego naruszenia rzeczywiście doszło. Zdaniem Zamawiającego Kontrolujący nie wskazał, na czym to preferowanie/dyskryminacja wykonawców miałyby polegać. Sformułowany opis kryteriów oceny ofert z racji samego swojego kształtu nie może żadnego z wykonawców preferować czy dyskryminować. O preferowaniu/dyskryminowaniu wykonawców w ocenie Zamawiającego można mówić np. w sytuacji, gdy Zamawiający premiuje w procesie oceny ofert produkt o gwarancji dłuższej niż lat 12 w sytuacji, gdy na rynku jedynie jeden podmiot takową gwarancję oferuje.

Zamawiający dodatkowo wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16.06.2003 r., sygn. akt V Ca 1213/02, zgodnie z którym: *„zauważyć należy, że podejmując decyzję o kryteriach oceny ofert zamawiający powinien mieć na względzie okoliczność, że w ich wyniku zostanie dokonany wybór oferty najkorzystniejszej dla zamawiającego, takiej, która w najwyższym stopniu zaspokoi jego potrzeby. Wobec powyższego, ustalając kryteria Zamawiający powinien kierować się przede wszystkim własnymi potrzebami, mając jednocześnie na względzie, aby każdy wykonawca zdolny zaoferować przedmiot zamówienia zaspakajający te potrzeby, był równo traktowany.*” Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1327/10 wypowiedziała się następująco: *„Jednakże w kontekście zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców swoboda ustalania kryteriów oceny ofert doznaje dalszych ograniczeń. Zasada powyższa wyraża się bowiem m.in. w obowiązku jednakowego traktowania wszystkich wykonawców (a więc również oceny ich ofert wg tych samych zasad) oraz prowadzenia postępowania w sposób pozwalający na zweryfikowanie prawidłowości postępowania zamawiającego, w tym w zakresie oceny ofert. Żaden z Wykonawców nie był traktowany lepiej lub gorzej od pozostałych Wykonawców. Prawidłowość postępowania Zamawiającego w trakcie procedury oceny ofert zweryfikowała Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 16.06.2014 r.,*

sygn. akt KIO 1150/14 oraz z dnia 18.06.2015 r. sygn. akt KIO 1698/15, uznając zarzuty odwołań w tym zakresie za bezzasadne.”

Reasumując, Zamawiający podtrzymał, że skoro dokonany opis kryteriów oceny ofert, a także sama procedura oceny ofert nie preferowały/nie dyskryminowały żadnego z wykonawców oraz zachowany został nakaz zapewnienia uczciwej konkurencji - a przeciwnych ustaleń Kontrolujący nie dokonał, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jest niezasadny i bezpodstawny.

Ad. pkt E; pkt F

Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ani ustawa ani orzeczenia nie wskazują matematycznych odniesień dla określenia „proporcjonalności”. Zgodnie z wyrokiem z dnia 21 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 434/09: *„warunki udziału w postępowaniu winny być formułowane w sposób odpowiadający wielkości, charakterowi, złożoności oraz rodzajowi przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem”*. Brak jest podstaw do przyjęcia, iż wartość zamówienia wyrażona kwotą 300.000,00 zł pozwala na postawienie przez Zamawiającego dwóch warunków po 150.000,00 zł każde.

Zamawiający podważał wnioski biegłego w tym zakresie, gdyż pomija on, iż dla wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, nie trzeba wykazywać doświadczenia w zakresie usług tożsamych, identycznych z przedmiotem zamówienia, ale takich, które są do nich zbliżone, podobne pod względem rodzaju czy charakteru. Domaganie się przez zamawiającego doświadczenia tożsamego z przedmiotem zamówienia jest z mocy ustawy wyłączone (np. wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2011 r. i uchwała KIO z dnia 28 sierpnia 2012 r., KIO/KD 76/12, www.uzp.gov.pl).

Zamawiający podnosił, iż ani biegły ani Kontrolujący nie wykazali, czy chociażby nie uprawdopodobnili, iż na rynku nie istnieją podmioty spełniające postawione przez Zamawiającego warunki. Opinie własne biegłego uznał za nieuzasadnione, polemiczne i dowolne np. drugi warunek jest całkowitym nieporozumieniem (..), ilość nie przechodzi w jakość (...), oprócz naruszenia art. 163 ust. 3 ustawy Pzp nie mają żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia o naruszeniu lub nie przez Zamawiającego art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Przy czym w ocenie Zamawiającego biegły sam sobie przeczy - z jednej strony wskazuje, iż to nie „duża ilość zrealizowanych niewielkich projektów informatycznych przesądza o możliwości poprawnego zrealizowania zamówienia” by dalej przyznać, iż jednak doświadczenie zdobywa się poprzez wielokrotne wykonanie usługi: Decydujące jest doświadczenie w realizacji projektów informatycznych o charakterze zbliżonym do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Zamawiającego wymaganie od wykonawców realizacji usług o „zblizonym charakterze do przedmiotu zamówienia” jest wprost naruszeniem zasad zachowania uczciwej konkurencji. Przede wszystkim systemów „zblizonych” do systemu Zamawiającego nie jest wiele, po drugie jak wynika z orzecznictwa KIO: *„Formułując opis warunku udziału w postępowaniu zamawiający jest zobowiązany precyzyjnie w jego treści wskazać zakres czy cechy wymaganego doświadczenia, tak aby w oparciu o samą treść warunku możliwe było zakwalifikowanie doświadczenia wykonawcy jako odpowiadającego lub nieodpowiadającego wymaganiom zamawiającego. Niedopuszczalne jest opisywanie powyższego przy pomocy nieprecyzyjnych określeń czy odesłań do przedmiotu zamówienia, typu: "odpowiadające", "porównywalne z", "podobne do". Tego typu postanowienia siwz właściwie nie nadają się do egzekwowania w trakcie oceny ofert. W takich sytuacjach zawsze będzie rodzić się pytanie, co do znaczenia wyrażenia "zakresowa porównywalność z przedmiotem zamówienia" (wyrok z dnia 19.04.2011 r. sygn. akt KIO 746/11).*

Według Zamawiającego, biegły więc sam potwierdza, iż żądając projektów o mniejszej wielkości/ wartości Zamawiający poszerzył krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zamawiający utrzymywał, że oszacował zarówno ilość jak i wartość projektów, uwzględniając aktualne uwarunkowania rynkowe w obszarze usług doradztwa unijnego. W ciągu ostatnich 3 lat przed publikacją zamówienia na rynku tym przeważały zlecenia projektów doradczych małej wartości, zgodnych ze specyfiką Osi Priorytetowej 8.1 oraz 8.2, natomiast projekty większe były realizowane w bardzo ograniczonym zakresie. Powyższe stwierdzenie potwierdził danymi zawartymi w przedstawionej w tabeli.

Wzrostem liczby realizowanych projektów o niższym stopniu złożoności, lecz podobnej charakterystyce (e-usługi w ramach POIG 8.1 i usługi wymiany danych w ramach POIG 8.2) uzasadnił zastosowanie podejścia polegającego na:

- obniżeniu wymagań na wartość zamówienia celem zapewnienia dostatecznie szerokiego grona potencjalnych wykonawców
- zwiększeniu wymagań na ilość zrealizowanych projektów celem uniknięcia sytuacji, w której oferentem będą przedsiębiorcy, których doświadczenie w zakresie przygotowywania dokumentacji i wniosków o dofinansowanie z UE jest nie ma charakteru działalności, która mogłaby dać rękojmię właściwej realizacji przedmiotu zamówienia. Powołał się na praktykę, że w przypadku projektów o niższej wartości duża część wniosków przygotowywana jest osobiście przez podmioty wnioskujące o dofinansowanie (beneficjentów) a także przez podmioty nie posiadające odpowiednich zasobów. Z tego, oraz z innych powodów duża część dokumentacji przygotowana dla projektów o niskiej wartości wnioskowanego dofinansowania zawiera błędy, które ostatecznie skutkują nieprzyznaniem dofinansowania.

Założył więc, że o ile w przypadku projektów systemów dużych, realizowanych w długim okresie wymóg posiadania doświadczenie w realizacji dwóch lub trzech projektów jest wymogiem adekwatnym - to w przypadku systemów małych lub średnich, zbliżonych charakterem do projektu systemu KREPTD - podejście przyjęte przez Zamawiającego jest właściwsze z punktu widzenia zasad proporcjonalności i maksymalizacji stopnia dostępności do zamówienia dla podmiotów świadczących usługi doradcze. Wbrew opinii biegłego za każdym razem ilość zrealizowanych projektów buduje potencjał wykonawcy, jednakże liczba wyznaczająca próg wykonanych usług, którą można uznać za wystarczającą/dającą rękojmię właściwej realizacji przedmiotu zamówienia jest zmienna i zależy od charakteru i specyfiki konkretnego projektu. Zastosowanie sugerowanego przez biegłego podejścia właściwego dla dużych projektów realizowanych w ramach 7 osi POIG w opinii Zamawiającego byłoby działaniem narażonym w wysokim stopniu na:

- preferowanie wyboru wykonawców z wąskiego grona firm doradczych mających doświadczenie w przygotowywaniu projektów systemów o kosztach wytworzenia znacząco przekraczających szacowaną wartość wytworzenia, wdrożenia i rozwoju systemu KREPD. Brak doświadczenia wykonawców w jednoczesnej realizacji wielu projektów lub projektów, w których wiele wątków jest realizowane równoległe skutkujący niemożliwością realizacji zamówienia w założonym terminie
- brak doświadczenia wykonawcy w realizacji projektów systemów o zbliżonej charakterystyce (usługi integracji systemów/wymiany danych oraz e-usługi) skutkujący niemożliwością realizacji zamówienia w założonym terminie.

Zamawiający podtrzymał, że wyznaczona przez niego liczba zamówień pozwalała zweryfikować zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia także pod kątem organizacyjnym, koordynowania prac projektowych przebiegających równoległe w wielu obszarach. Zaznaczył przy tym, że określił przedmiot zamówienia w sposób umożliwiający taką organizację - poprzez określenie standardów analitycznych oraz logiczne rozdzielanie zadań umożliwiające równoległą pracę nad opisami procesów, warstwą infrastruktury sprzętowej, warstwą danych, modelem ról oraz meta wymaganiami jednocześnie nie wymagając pogłębionej analizy w obszarach, w których nie było to konieczne (np. w wymaganiach na konceptualny poziom opisu i analizę jedynie kluczowych procesów).

Za racjonalny uznał pogląd, zgodnie z którym wielokrotne należyte wykonanie usługi, dostawy bądź roboty budowlanej danego rodzaju będzie świadczyć o posiadaniu przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia - powyższe odróżnia doświadczenie od incydentalnie podjętej czynności, którą zdarzyło się komuś wykonać. Zamawiający podkreślał, iż proporcjonalny zgodnie ze słownikiem języka polskiego to «mający określony stosunek części do całości lub wyrażający określony stosunek do jakiejś wielkości». Warunki opisane

w SIWZ uznał za proporcjonalne w stosunku części do całości przedmiotu zamówienia. Przytoczył kolejny wyrok KIO z dnia 9.04.2013 r. sygn. akt KIO 720/13: „*opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny, to przywoływany warunek należy interpretować w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, aby mógł on zostać uznany za proporcjonalny, tj. bezpośrednio nawiązujący do zdolności wykonawcy do wykonania całego zlecanego zakresu zamówienia.*”

Ad. pkt G.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zdaniem Zamawiającego Kontrolujący błędnie interpretują znaczenie przepisu. Naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp polega bowiem na żądaniu dokumentów, które nie są „niezbędne do przeprowadzenia postępowania” a nie omyłkowym ich błędnym przytoczeniem co wynika ze zmiany aktu prawnego. Pojęcie „niezbędności” należy bowiem odnieść nie tylko do rodzaju oświadczenia lub dokumentu, ale również do ich treści. Wymagania Zamawiającego dotyczące treści oświadczenia lub dokumentu muszą mieścić się w granicach zakreślonych podstawami normatywnymi, którymi są przepisy rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) - (wyrok KIO z dnia 18.07.2013 r., sygn. akt 1601/13). Zamawiający nie żądał dokumentów innych niż wskazane w Rozporządzeniu - przyznał, że omyłkowo przytoczył błędne wskazanie w zakresie dokumentu składanego przez wykonawców mających miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Omyłkowe przytoczenie pouczenia w zakresie dokumentów dotyczących podmiotów mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP nie zmienia obowiązków i uprawnień wykonawców - dalej wiążące są postanowienia Rozporządzenia. Zapis Zamawiającego zawarty w specyfikacji uznał więc za bezskuteczny i traktowany może być najwyżej jako uchybienie natury formalnej, a nie żądanie dokumentów w sprzeczności z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający powołał się na wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu

z dnia 20.05.2010 r., sygn. akt I ACa 357/10: *Celem normy zawartej w art. 25 p.z.p. jest ograniczenie żądań zamawiającego do zakresu niezbędnego do prawidłowego przeprowadzenia postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest procedurą sformalizowaną, nie powinno to jednak prowadzić do zbędnego zbiurokratyzowania tego procesu. Stąd zamawiający, który weryfikuje zarówno zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia, jak i zgodność oferowanych przez niego usług, dostaw czy robót budowlanych z wymogami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia i innych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może przekraczać granic wyznaczonych przez ustawodawcę.* Zamawiający podtrzymał, że ram określonych Rozporządzeniem w niniejszym postępowaniu nie przekroczył.

Ad. pkt C; pkt D; pkt H.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W tym kontekście stwierdzenia w Informacji o wyniku kontroli zawarte na: str. 3 o treści: Opracowanie Koncepcji systemu mogłoby być skrócone gdyby informacje niezbędne do prac koncepcyjnych znajdowały się w materiałach udostępnianych przez Zamawiającego Wykonawcom. W sytuacji, gdy Wykonawcy będą musieli przeprowadzić wszystkie te prace dopiero po podpisaniu umowy zrealizowanie tego zadania jest praktycznie niemożliwe. Na podstawie analizy dokumentów przetargowych należy stwierdzić, że nie jest możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z zasadami dobrych praktyk w założonym przez Zamawiającego terminie (..) - zdaniem Zamawiającego świadczą o błędnej interpretacji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, a właściwiej - niezrozumienia samej istoty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W pierwszej kolejności Zamawiający podkreślał, iż w ramach zamówień publicznych żadne prace nie mogą być toczone przed podpisaniem umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Wbrew twierdzeniem biegłego - wszystkie te prace wykonawcy mogą jedynie prowadzić po wyborze najkorzystniejszej oferty, po podpisaniu umowy - nie na podstawie informacji zawartych w specyfikacji. Taka jest bowiem rola zamówień publicznych - wybrać wykonawcę, który „wszystkie te prace” prowadzić będzie po podpisaniu umowy. Dalej podnosił, iż biegły - a za biegłym bez żadnej analizy Kontrolujący - zapominają, iż zamówienie zostało zrealizowane i to bez opóźnień. Nie wiadomo przy tym, jakie „dobre praktyki” biegły ma na myśli ani też z czego tą „niemożliwość” wywodził. Zamawiający podkreślał, iż orzekając o naruszeniu lub nie przepisu, organ kontrolujący nie może swoich ustaleń opierać na subiektywnych odczuciach biegłego. Ponadto, - co świadczy o niespójności i wewnętrznej sprzeczności samej opinii - biegły sugeruje, iż terminy wyznaczone przez Zamawiającego mogły by jeszcze zostać skrócone. W tym fragmencie

wywodzi bowiem: Opracowanie Koncepcji systemu mogłoby być skrócone, by w dalszej części stawiać Zamawiającemu kolejny niezasadny zarzut, iż w tak obranym terminie wykonanie zamówienia nie jest możliwe.

Zdaniem Zamawiającego biegły pomija, iż nie jest rolą art. 29 ust. 1 ustawy Pzp udostępnianie wykonawcom informacji niezbędnych do prac koncepcyjnych - treść przepisu jest jednoznaczna: opis przedmiotu zamówienia ma zawierać informację mogącą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Co istotne wywody zawarte w Informacji o wyniku kontroli o niewystarczającym stopniu szczegółowości opisu przedmiotu zamówienia dla „zrealizowania zamówienia” są sprzeczne z dobrymi praktykami i standardami branży IT (np. BPMN 2.0, UML 2.4). Zgodnie bowiem z tymi normami każdorazowo poziom szczegółowości analizy należy dostosować do okoliczności i konkretnych celów projektu - normy te dostarczają narzędzi pozwalających na realizację tego zalecenia.

Zamawiający wyjaśniał, że w przypadku systemu KREPTD informacjami, które mogły mieć wpływ na kształt koncepcji i studium były:

- a. Informacje dotyczące zakresu danych przechowywanych i przetwarzanych w systemie Centralnej Ewidencji Naruszeń(CEN),
- b. Informacje dotyczące zakresu danych przechowywanych i przetwarzanych w systemie TransBIT.

Pozwala to na określenie struktur danych systemu informatycznego na poziomie konceptualnym, alternatywą dla tego pojęcia było wymaganie nakładające na wykonawcę obowiązek przeprowadzenia długotrwałej analizy struktur danych opartej o metody inżynierii wstecznej. Zamawiający wyjaśniał, że skala tego przedsięwzięcia unaocznia to, że np. warstwa danych systemu TransBit w chwili obecnej składa się z więcej niż 10 baz danych, w tym jedynie sama tylko baza główna ma ponad 560 tabel, w których utrzymywane są struktury nieznormalizowane, pochodzące z nierelacyjnej bazy danych Pervasive SQL. Również System CEN ze względu na częste zmiany uwarunkowań prawnych przechodził w ciągu przez cykl zmian rozwojowych, które spowodowały, że warstwa danych całego systemu stanowi wypadkową struktur danych właściwych dla danej iteracji rozwojowej. Jednocześnie, aktualne struktury danych CEN oraz TransBit są możliwe do relatywnie szybkiego określenia na podstawie analizy treści przepisów, do których odniesienia Zamawiający zawarł w treści SIWZ, zaznaczając, że przedmiotem zamówienia jest zdefiniowanie źródeł danych jedynie na konceptualnym poziomie specyfikacji. W opinii wykwalifikowanych pracowników Zamawiającego posiadających co najmniej kilkuletnie doświadczenie w pracach rozwojowych dotyczących ww. systemów wywiady bezpośrednie stanowiły optymalną pod względem celu metodę analizy dzięki której wykonawca mógł uszczegółowić wiedzę dotyczącą tej części zakresu zamówienia. Zamawiający podkreślał

przy tym, iż wiedza ta niezbędna była na etapie realizacji zamówienia a nie na etapie składania oferty.

Dodał również, że wspomniane powyżej ograniczenie wymagań do jedynie konceptualnego poziomu jednocześnie spowodowało, że zbędne stało się przekazywanie przez Zamawiającego i analizowanie przez wykonawcę informacji dotyczących warstw fizycznej implementacji systemów (silniki baz danych, języki programowania, otoczenie serwerowe i sieciowe, usługi wymiany danych. Zarazem Zamawiający zostawił w tym zakresie dużą swobodę wykonawcy w zakresie dotyczącym sporządzania koncepcji systemu, co nie może być odczytywane jako czynnik, który mógłby powodować opóźnienia w realizacji zamówienia ponieważ wykonawca mógł w tych obszarach wykorzystać swoje doświadczenie i know-how zdobyty przy realizacji innych postępowań o podobnym charakterze lub wręcz posłużyć się gotowymi wzorcami projektowymi.

Zamawiający utrzymywał, że w ten sposób poszerzył krąg podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie oraz stworzył okoliczności umożliwiające realizację przedmiotu zamówienia w krótkim terminie. Zamawiający podkreślał także, iż terminy realizacji zamówienia wynikały z obiektywnych okoliczności faktycznych towarzyszących realizacji zamówienia.

Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest przyrzeczeniem publicznym i Zamawiający nie może postępowania unieważnić w okolicznościach innych niż wskazane w art. 93 ustawy Pzp. Tym samym twierdzenia biegłego, iż Zamawiający mógł wcześniej wszcząć postępowanie uznał za oderwane od realiów funkcjonowania podmiotów publicznych. Zamawiający przeprowadził analizę treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w prowadzonych przez inne podmioty postępowaniach, których istotnym elementem przedmiotu zamówienia było wytworzenie dokumentu Studium Wykonalności na potrzeby złożenia wniosku o dofinansowanie w ramach działania 2.1 POPC. Stwierdził, że w żadnym z analizowanych przypadków nie spotkał się z sytuacją, w której na etapie postępowania Zamawiający udostępniał potencjalnym wykonawcom specyfikacje dotyczące posiadanych rozwiązań informatycznych, które zdaniem biegłego są niezbędnym elementem opisu przedmiotu zamówienia - koniecznym co istotne - do zrealizowania zamówienia, a nie do skalkulowania oferty.

Ponieważ mamy do czynienia z projektami, które zostały zakończone sukcesem stwierdził, że były one podobnie jak projekt przygotowany dla KREPTD przygotowane w sposób zapewniający spełnienie wymagań ust. 1 art. 29 ustawy Pzp.

Zamawiający kwestionował opinię biegłego o treści: Wymienione przez Zamawiającego wymagania w odniesieniu do koncepcji systemu, harmonogramu i organizacji projektu nie są wystarczające do sporządzenia oferty. Brak podstawowych

informacji o Zamawiającym, strukturze organizacyjnej, misji, strategii, planach, współpracy z otoczeniem powoduje, że również w zakresie opracowania Studium wykonalności opis przedmiotu zamówienia nie zawiera wszystkich informacji niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia - świadczą, iż biegły myli pojęcia „sporządzenie oferty” i „realizacja zamówienia „ lub przynajmniej traktuje je jako synonimy. Zamawiający zaznaczał, że nie jest rolą art. 29 ust. 1 ustawy Pzp dostarczać wykonawcom wszelkich informacji potrzebnych do zrealizowania zamówienia, lecz jedynie tych które są potrzebne do sporządzenia oferty.

Zamawiający kwestionował opinię biegłego, z której wynika, że opis przedmiotu zamówienia powinien zawierać informacje dotyczące aktualnego stanu systemu informatycznego zamawiającego. Wiedza w tym zakresie stanowiła niezbędny warunek należytej realizacji zamówienia - również i tu bezzasadnie stawia się znak równości między sporządzeniem oferty i informacjami potrzebnymi do jej skalkulowania, a realizacją zamówienia. Zamawiający argumentował, że skoro Kontrolujący twierdzi, iż opis przedmiotu zamówienia nie zawiera informacji niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia - o naruszeniu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nie może być mowy. Zamawiający podkreślał, iż literalna treść art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiających do podania w opisie przedmiotu zamówienia informacji niezbędnych do dokonania oszacowania oferty, a nie -jak chce biegły - rozpoczęcia prac przed podpisaniem umowy. Podtrzymał, że Kontrolujący zupełnie dowolnie - i właściwie bez związku z samym charakterem niniejszego postępowania wywodzą: *„W tych okolicznościach nie ulega wątpliwości, że pominięcie części istotnych informacji mogło nieść skutek w postaci zagrożenia niedotrzymania terminu ustalonego przez Zamawiającego.”*

Z powyższym Zamawiający się nie zgodził, gdyż:

- po pierwsze, realizacja przedmiotu zamówienia przebiegła zgodnie z ustalonym harmonogramem a Wykonawca nie wnioskował o jakiegokolwiek przedłużenia terminów
- po drugie, mając na uwadze dysponowanie środkami publicznymi, Zamawiający na wypadek opóźnień przewidział sankcje w postaci kar umownych.

Tym samym uznał, że przygotował należyte postępowanie. Podkreślał, że prawidłowa interpretacja art. 29 ust. 1 Pzp nie pozwala na podawanie wykonawcom na etapie postępowania informacji pozwalających im rozpocząć pracę przed podpisaniem umowy. Kontrolujący winni choć próbować dokonać analizy stanu faktycznego pod kątem czy opis przedmiotu zamówienia zawierał informacje potrzebne do sporządzenia oferty.

Zamawiający kwestionował ustalenia Informacji o wyniku kontroli - str. 4 o treści: (...) *Wynika z tego, że zamawiający przeniósł na etap realizacji umowy zapoznanie wykonawcy z informacjami na temat posiadanego systemu informatycznego. Powyższe zapis potwierdza,*

że wiedza w powyższym zakresie była niezbędna dla wykonawcy realizującego zamówienie. Z art. 29 ust. 1 ustawy pzp wynika, że wszelkie informacje mające wpływ na wykonanie zamówienia mają być zawarte w SIWZ i udostępnione wszystkim wykonawcom zainteresowanym ubieganiem się o uzyskanie zamówienia

- sami więc Kontrolujący przyznają, iż wiedza o posiadanych zasobach informatycznych była potrzebna na etapie realizacji zamówienia a nie sporządzenia oferty.

Zamawiający powyżej przytaczane i kwestionowane przez niego ustalenia w Informacji wyniku kontroli przyjął, jako świadczące nie tyle o błędnej interpretacji przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, lecz o nieznanomości przepisu. Podsumował, że Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, skąd Kontrolujący wywodzą, iż wszelkie informacje mające wpływ na wykonanie zamówienia mają być zawarte w SIWZ - art. 29 ust. 1 Pzp brzmi bowiem zupełnie inaczej. Przypomniął, iż przepis mówi wyraźnie: uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tak sformułowane uzasadnienie dla zarzutu rzekomego naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp według Zamawiającego świadczy o tym, iż Kontrolujący dokonują błędnych ustaleń w oparciu o niewłaściwą interpretację lub nieznanomość przepisu. Przywołał kolejny wyrok KIO z dnia 23 lipca 2010r., KIO/UZP 1447/10, w którym Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: „Opis przedmiotu zamówienia powinien zostać tak sporządzony przez Zamawiającego, aby wykonawca składający ofertę miał możliwość przygotowania tej oferty z uwzględnieniem wszystkich czynników, które mają wpływ na sposób sporządzenia oferty oraz dokonanie jej wyceny” - w tym zakresie opis przedmiotu zamówienia był kompletny. Innych wniosków po analizie Informacji o wyniku kontroli Zamawiający nie mógł wywieść. Zaznaczał po raz kolejny, iż sami Kontrolujący wskazują, iż opis przedmiotu zamówienia nie zawierał informacji niezbędnych do zrealizowania zamówienia. Nie twierdzą jednak i nie dowodzą, iż opis przedmiotu zamówienia był niewystarczający do sporządzenia oferty. Decydująca dla oceny poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia winna być perspektywa wykonawcy. Nie można pomijać okoliczności, iż określenia te kierowane są do profesjonalistów zajmujących się zawodowo wykonywaniem prac danego rodzaju, którzy mają możliwość odczytania zamówienia w sposób, który umożliwi złożenie stosownej oferty i zapewni wykonanie umowy zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutów ze strony biegłego jak i Kontrolującego - wyznaczenia zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia, co wiąże się bezpośrednio z zarzutem naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający przytoczył orzeczenie KIO z dnia 3 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 93/09: Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że: „opis przedmiotu zamówienia nie dotyczy terminu realizacji zamówienia, zatem stawianie zarzutu naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 ustawy p.z.p., jest bezprzedmiotowe.

Niezrozumiałe jest również odnoszenie powyższego do warunków udziału w postępowaniu, gdyż termin dostawy również nie mieści się w ramach wskazanej instytucji. Brak możliwości dotrzymania terminu realizacji zamówienia należy raczej rozpatrywać z punktu widzenia niemożliwości świadczenia (art. 387 § 1 k.c). Trudno jednakże podejrzewać, że działanie Zamawiającego zamierza w tym kierunku, gdyż pierwotna niemożliwość świadczenia powoduje, że umowa jest obciążona skutkiem nieważności."

Opierając się na przytoczonej wyżej tezie, że opis przedmiotu zamówienia nie dotyczy terminu realizacji zamówienia, Zamawiający za niezasadne i nieskuteczne uznał próby wykazania, iż wyznaczając „zbyt krótki termin realizacji części przedmiotu zamówienia” naruszył art. 29 ust. 1 ustawy i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, iż w tym zakresie podczas kontroli doszło także do naruszenia art. 163 ust. 3 ustawy Pzp - analizując bowiem stan faktyczny pominięto, iż umowa - bez opóźnień została zrealizowana. Zamawiający kwestionował kompetencje biegłego czy kontrolującego do oceniania ilości zasobów jakie Zamawiający po własnej stronie przeznaczy do współpracy z wykonawcą. Zamawiający bowiem mając na uwadze specyfikę przedmiotu zamówienia i jego znaczenie dla jednostki zakładał od początku zaangażowanie znacznych zasobów po swojej stronie. Fakt współdziałania z wykonawcą celem dokonania ustaleń nie powinien budzić zdziwienia zwłaszcza, jeśli się weźmie pod uwagę przedmiot zamówienia. Zaangażowanie zasobów po stronie Zamawiającego nie narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając już na uwadze choćby te uchybienia opinii, organ kontrolujący powinien dołożyć należytej staranności w analizie przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, dokonać samodzielnych ustaleń w zakresie analizy stanu faktycznego a następnie przeprowadzić proces subsumpcji. Zamawiający przekonywał, iż opis przedmiotu zamówienia został sporządzony zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem zawierał wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a Kontrolujący nie dokonali ustaleń przeciwnych. Co uznał za istotne i pominięte w Informacji o wyniku kontroli - przedmiotem zamówienia nie było wytworzenie systemu i szczegółowa analiza przedprodukcyjna, ale jedynie wykonanie Koncepcji realizacji systemu. Cytaty z opinii biegłego w opinii Zamawiającego wskazują, iż biegły wnioski wysuwa z perspektywy wykonania analiz przedprodukcyjnych.

Odnosząc się jeszcze do wywodów Informacji o wyniku kontroli w zakresie terminu realizacji zamówienia, w ocenie Zamawiającego świadczą one o dowolnej, wybiórczej i powierzchownej analizie stanu faktycznego. Biegły podnosił: „*ponieważ powszechnie było wiadomo, że będą ogłaszane następne konkursy*” - Stwierdzenie to uznał za pozbawione obiektywnego znaczenia w kontekście ustalenia naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający, jako organ administracji publicznej, musi działać w granicach prawa oraz na podstawie oficjalnych informacji, a nie plotek. Na marginesie dodał, że Zamawiający w toku prac legislacyjnych nie uzyskał żadnych informacji, jakoby miałyby być drugi termin konkursu. Nie jest więc prawdą, że taka informacja była powszechna lub sprawdzona. Dowolność ustaleń kontroli przejawia się także w całkowitym pominięciu aspektów związanych z samym konkursem. Zamawiający wyjaśniał, że jego wniosek uzyskał bardzo dużą ilość punktów, a jedynym powodem nieprzyznania dofinansowania był brak przyjęcia przez Radę Ministrów ustawy o zmianie ustawy o transporcie drogowym. Zaznaczał, że biegły nie zwrócił, lub nie chciał zwrócić uwagi na termin uruchomienia systemu KREPTD zawarty w projekcie ustawy - 1 stycznia 2016 roku. Wszelkie twierdzenia o „niemożliwości realizacji przedmiotu zamówienia” nie wytrzymują próby konfrontacji ze stanem faktycznym - zamówienie nie tylko zostało zrealizowane, ale jeszcze zrealizowane z powodzeniem.

Ad. pkt I, pkt J; pkt K

Według Informacji o wyniku kontroli Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie kryterium, które nie zapewnia obiektywnej oceny ofert. Twierdzeniom Kontrolujących, iż Zamawiający posługuje się pojęciami niejednoznacznymi, niedookreślonymi i subiektywnymi przeciwstawił definicje wyżej wskazanych pojęć. I tak pojęcie „Jednoznaczny” Słownik Języka Polskiego definiuje jako: <niebudzący wątpliwości>, <o wyrazach, zwrotach, formach: znaczący to samo>, przekonujący, oczywisty. Niejednoznaczny - a więc dwuznaczny, to zgodnie ze Słownikiem <dający się dwojako tłumaczyć, zawierający ukrytą aluzję>.

Zamawiający uznawał, że wyznaczone Kryteria oceny ofert, a także podkryteria wykorzystane w niniejszym postępowaniu nie zawierają w sobie elementów dwuznacznych, dających się dwojako tłumaczyć, ani też nie zawierają w sobie ukrytych aluzji. W odniesieniu zaś do zacytowanych przez Kontrolującego wyrażań, a to: „kompletność”, „przejrzystość”, „Jednoznaczność” „spójność”, to nie uznawał, aby były one dwuznaczne. Kryteria te wprost wskazane są w dokumencie Ministerstwa Rozwoju Regionalnego pt. „Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie - rekomendacje dla beneficjentów realizujących projekty indywidualne”. W rekomendacjach, jako przykład kryterium podano dla jakości: dostępność kluczowego personelu, obsługa klienta, organizacja zespołu (czytelność podziału ról i zakres odpowiedzialności członków zespołu, przepływ informacji pomiędzy członkami zespołu, realizacja zamówienia przez kierownika), organizacja kontroli jakości (plan zapewnienia i kontroli jakości, zasada czterech oczu), planowane zaangażowanie sił i środków (w tym ludzkich, finansowych) zamawiającego, zastosowana metodyka prowadzenia projektu (realizacji zamówienia). Jako podkryteria w kryterium wartość techniczna w rekomendacjach opisano: sposób realizacji zamówienia (analiza zamówienia ze wskazaniem problemów i

zagrożeń związanych z jego realizacją, propozycje rozwiązań problemów), harmonogram realizacji zamówienia (kompletność i szczegółowość harmonogramu wynikająca z wykresu Gantta, zastosowane środki/procedury celem dotrzymania harmonogramu, spójność rozplanowania poszczególnych części składowych zamówienia w czasie z zaproponowanym sposobem realizacji przedmiotu zamówienia; adekwatność harmonogramu i zastosowanych środków/procedur celem dotrzymania harmonogramu względem przedmiotu zamówienia itp.).

Oceniając kryteria oceny ofert w niniejszym postępowaniu, z uwzględnieniem wyżej wspomnianych wytycznych, Zamawiający nie miał wątpliwości co do ich poprawności i zgodności z przepisami ustawy. Dwuznaczność, czyli homonimia, to „zastosowanie dwuznaczności w celu rozszerzenia wypowiedzi przeciwnika na pojęcia, które oprócz jednakowego brzmienia wyrazu mają mało lub też nic wspólnego z rzeczą omawianą; by następnie wyraźnie tę wypowiedź obalić i w ten sposób wywołać wrażenie, że się obaliło samo twierdzenie”. Dwuznaczne, a więc zawierające dwa znaczenia, pozwalające się interpretować na dwa sposoby. Zakwestionowane przez Kontrolującego określenia cech takich nie wykazują. Wyrażeń tych inaczej nie sposób tłumaczyć zwłaszcza, iż brak ku temu podstaw zarówno w Słowniku Języka Polskiego, Encyklopedii czy wreszcie z punktu widzenia potocznego wykorzystania słowa. Dla przykładu: wyrażenie „kompletny” oznacza zgodnie z definicją „taki, w którym nie brakuje żadnego z elementów, pełny, wyczerpujący, zupełny, całkowity”. „Kompletny opis” to opis, w którym nie brakuje żadnego z elementów, pełny, wyczerpujący, zupełny, całkowity. Zakwestionowanego przez Kontrolującego wyrażenia nie można tłumaczyć inaczej niż jako: opis, w którym nie brakuje żadnego z elementów, pełny, wyczerpujący, zupełny, całkowity.

Jaki opis będzie kompletny, jaka koncepcja będzie kompletna - wynika z dokumentacji przetargowej, w szczególności opisu przedmiotu zamówienia.

Z kolei zaś pojęcie „subiektywny” Słownik Języka Polskiego definiuje jako: stroniczy, zależny od podmiotu poznającego, tendencyjny, uznaniowy. Kryteria oceny ofert, a także podkryteria wykorzystane w niniejszym postępowaniu nie zawierają w sobie elementów tendencyjnych, zależnych od podmiotu poznającego. Nie można także twierdzić, iż nie poddają się jakiegokolwiek obiektywnej ocenie - wbrew opinii Kontrolującego przytoczone „określenia” nie są subiektywne. Zamawiający zaznaczał, iż podobnie rzecz ma się do zarzutu „niedookreślenia”. „Dookreślony” to: „uszczegółowiony, doprecyzowany, skonkretyzowany”. Podtrzymał twierdzenia, że Kryteria oceny ofert, a także podkryteria wykorzystane w niniejszym postępowaniu nie zawierają w sobie elementów niedokładnych, nieuszczegółowionych czy niedoprecyzowanych. Na marginesie wskazywał, iż art. 91 ust. 1 ustawy Pzp stanowi: zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów

oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ustalenia kontroli nie wskazują, by Zamawiający dokonując oceny i wyboru oferty kierował się kryteriami innymi niż wskazane w specyfikacji. Tym samym zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poczytał za niezasadny.

Zamawiający podnosił, iż to nieznamość specyfiki przedmiotu zamówienia, powierzchowna znajomość dokumentacji przetargowej może skłaniać do twierdzeń, iż kryteria oceny ofert są „subiektywne”. Jednakże, po dokładnym zapoznaniu się z dokumentacją przetargową, w tym opisem przedmiotu zamówienia wniosku takiego postawić nie można. Kryteria oceny ofert należy bowiem oceniać przez pryzmat przedmiotu postępowania. Ocena jakości czy funkcjonalności lub np. estetyki nie sprowadza się do wykonania paru działań matematycznych, które to obliczenia może wykonać każdy, nie zapoznając się dokładnie z ofertą. Ocena merytoryczna oferty bez posiadania wiedzy z ocenianego zakresu jest niemożliwa. Zamawiający komisje przetargowe powołuje indywidualnie do każdego postępowania - stąd oferty oceniane są przez osoby posiadające specjalistyczną wiedzę w danym zakresie.

Dla wykazania zasadności i zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych opisu kryteriów, którymi Zamawiający kierował się przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert Zamawiający posłużył się następującą argumentacją. Powszechnie podkreśla się, iż nie jest właściwą praktyką stosowania, jako jedyne kryterium ceny, bez uwzględnienia jakości jaką przedmiot zamówienia z sobą niesie. Zamawiający są więc zachęceni do wybierania ofert na podstawie innych niż cena kryteriów oceny ofert. Wynika to przede wszystkim z zasady efektywności finansów publicznych. Zastosowanie właśnie tych kryteriów oceny ofert wynika z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego i zostało poprzedzone gruntowną analizą. Również wprowadzone zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych mają na celu zmobilizowanie i zachęcenie zamawiających do wyboru innych niż cena kryteriów oceny ofert. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający jest uprawniony do ustalenia kryteriów, które pozwolą na wybranie oferty spełniającej w najwyższym stopniu uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający nie ma obowiązku stosowania wyłącznie kryterium ceny dla wyboru oferty najkorzystniejszej.

Nie można uznać za naruszające zasadę uczciwej konkurencji przyjęcie przez Zamawiającego, iż w ramach oceny ofert, większa waga przypisana zostanie ocenie innego kryterium. To Zamawiającemu, jako dysponentowi środków, przysługuje prawo do ustalenia, w jaki sposób środki te zostaną zagospodarowane tak, aby w najwyższym stopniu pozwalały na osiągnięcie realizowanych celów i zadań.

Zamawiający zaznaczał, iż w przedmiotowym postępowaniu uznał za ważniejsze od uzyskania najniższej ceny, uzyskanie najlepszego pod względem funkcjonalnym i jakościowym przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego - przytoczona w tym zakresie treść opinii biegłego pokazuje, iż biegły złamał nakaz płynący z art. 163 ust. 3 „ustawy Pzp, opinia ma bowiem pomóc w ustaleniu stanu faktycznego sprawy. Zamawiający ponowił argumentację, że biegły swoimi wiadomościami specjalnymi nie jest powołany do wydawania sądów mających znamiona opinii prywatnych, lecz do wsparcia organu kontrolującego w zakresie zbadania stanu faktycznego sprawy. Biegły - nie wiadomo na jakiej podstawie i na czym swe twierdzenia opierając - stwierdza: *„Tak sformułowane zasady oceny nie pozwalają na obiektywną ocenę ofert Wykonawców, gdyż w żadnych dokumentach przetargowych nie zostało określone co Zamawiający rozumie przez kompletny, spójny merytorycznie, przejrzysty, jednoznaczny i wyczerpujący opis rozwiązania. Kryteria powinny być tak formułowane, żeby subiektywne odczucia oceniających postawały bez wpływu na ocenę. Wadliwe jest również przyjęcie przez Zamawiającego formuły „częściowego spełnienia warunków opisu”. Takie sformułowanie również jest nieprecyzyjne, nie wiadomo w jaki sposób Zamawiający będzie oceniał stopień „częściowości” spełnienia wymagań. W tym przypadku zaproponowany przez Zamawiającego sposób oceny nie spełnia tego wymogu. Zamawiający w odpowiedzi na pytania Wykonawców stwierdza, że nie ma obowiązku ani możliwości opisanie tego kryterium za pomocą wzorów matematycznych, wartości procentowych czy też zamkniętego katalogu podkryteriów (określenie używane przez Zamawiającego). Trudno się z tym stwierdzeniem Zamawiającego zgodzić. Wręcz przeciwnie, Zamawiający powinien dokonać takiej modyfikacji opisu sposobu oceny w ramach kryterium Ocena funkcjonalna rozwiązania, żeby zapewnić obiektywną i powtarzalną ocenę.”*

Powyższe Zamawiający ocenił jako mające polemiczny charakter, a biegły dowolnie wskazuje, co powinno lub co nie pozwala przyjąć poprawności kryterium - pomijając w tym zakresie chociażby podręcznik Urzędu Zamówień Publicznych pod red. J. Sadowego Kryteria oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - przykłady i zastosowanie. Wnioski biegłego, przytaczane przez Kontrolujących sprowadzają się do twierdzenia, iż jedynie kryterium matematycznie mierzalne może być zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Biegły - jak domniemywał z zakresu teleinformatyki - jest nieuprawniony do wypowiedzania się o naruszeniu bądź nie przepisów prawa.

Dla wykazania prawidłowości i zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych opisu kryteriów zastosowanych w niniejszym postępowaniu, Zamawiający przytoczył kolejne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej:

- z dnia 9.08.2012 r., sygn. akt KIO/UZP 376/12: „*Przyjęcie przez Zamawiającego w postępowaniu kryterium jakości 30% jest zgodne z art. 91 ustawy, choć jest ono niemierzalne i jako takie podlega indywidualnej ocenie przez Zamawiającego. Nieunikniona jest zatem pewna doza subiektywizmu, która łączy się ściśle z ocennym charakterem tego czynnika. Wszakże nie oznacza to, że Zamawiający w tym zakresie może pozwolić sobie na pełną swobodę i dowolność. Zgodnie z przyjętymi powszechnie regułami w tym zakresie zamawiający jest w stanie opisać sposób oceny jakości za pomocą tzw. podkryteriów, wskazujących wykonawcom pewnego rodzaju preferencje, jakie będą przez niego punktowane przy owej ocenie jakościowej załączonych do oferty próbek.*”

W powyższym orzeczeniu Zamawiający poczytał za istotne, iż: Krajowa Izba Odwoławcza uznała za zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych kryteria odnoszące się do jakości, funkcjonalności, estetyki, merytorycznej zawartości oferty, a więc kryteria niemierzalne matematycznie. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż część kryteriów oceny ofert jest „niemierzalna” i połączona z pewną dozą subiektywizmu. Zarówno ustawa jak i dyrektywy unijne pozwalają oceniać jakość i estetykę, a więc kryteria, które w żadnej mierze nie podpadają pod matematyczne, wymierzalne wyliczenia. Skoro ustawodawca sam wskazuje na kryteria oceny ofert takie jak: jakość, funkcjonalność i estetyka oznacza to bezsprzecznie, iż dopuszcza towarzyszącą im dozę ocenności i subiektywizmu. W przypadku wyboru kryterium typu jakość czy ocena koncepcji realizacji przedmiotu zamówienia zamawiający winni wskazać podkryteria. Tak też właśnie w kontrolowanym postępowaniu kryteria oceny ofert opisał Zamawiający.

Zamawiający przekonywał, że aby ograniczyć element subiektywnej oceny do niezbędnego minimum oraz zapewnić możliwość oceny ofert złożonych w postępowaniu, podał swoje preferencje i określił wskazówki, jakimi będzie się kierował przyznając punkty poszczególnym ofertom.

- Wyrok KIO z dnia 22.12.2011 r., sygn. akt KIO/UZP 2653/11: *Kryteria oceny ofert mieć zatem powinny charakter wymierny (mierzalny) cena, gwarancja albo niewymierny (niemierzalny) -jakość, funkcjonalność, serwis. Zastosowane przez zamawiającego w rozpatrywanym postępowaniu kryterium jakość (30%) jest niewątpliwie kryterium wprost dopuszczonym w art. 91 ust. 2 ustawy pzp i jest ono kryterium niemierzalnym, które ze swej natury musi podlegać indywidualnej ocenie. Z samej istoty kryterium jakościowego wynika, że jest to kryterium ocenne, z którym musi wiązać się pewien element subiektywizmu. W doktrynie wskazuje się, że w przypadku zastosowania indywidualnego kryterium oceny ofert, zamawiający zobowiązany jest do opisu sposobu oceny ofert w taki sposób, aby ograniczyć element subiektywnej oceny do niezbędnego minimum oraz zapewnić możliwość oceny ofert*

złożonych w postępowaniu, w oparciu o ustalone przez siebie mierniki oceny. W tym celu zamawiający winien podać swoje preferencje i określić wskazówki, jakimi będzie się kierował przyznając punkty poszczególnym ofertom. Zatem ocena ofert w kryterium jakości nie może być zupełnie dowolna, ale musi zostać w pewnym stopniu opisana za pomocą podkryteriów, jakimi zamawiający będzie się kierował oceniając zaproponowany przedmiot zamówienia pod względem jakości. W rozpatrywanym stanie faktycznym zamawiający opisał kryterium jakości przez podanie podkryteriów i przyznanie im odpowiedniej punktacji, przez co podał wskazówki, preferencje jakimi będzie się kierował przy ocenie ofert. Wskazał, że ocenie w kryterium jakości podlegać będzie: posiadanie certyfikatu ISO, tematyka, częstotliwość szkoleń oraz kwalifikacje osób odpowiedzialnych za ich przeprowadzenie, dobór środków dezynfekcyjnych i myjąco - czyszczących oraz zasady kontroli jakości i sposób ich dokumentowania. Tym samym, przez opisanie poszczególnych podkryteriów w oparciu o które zamawiający dokona pewnej kwantyfikacji (oceny) zamawiający wyłączył pełną swobodę i dowolność w ocenie ofert. Dowolność w ocenie i subiektywizm zostały w tym przypadku ograniczone przez podanie wskazówek co do oceny i przyznania punktów w poszczególnych podkryteriach, a dodatkowo przez podanie w treści siwz minimalnych, podstawowych wymogów co do świadczenia usługi (w zakresie wymogów minimalnych co do środków czystości, planów higieny, stref higienicznych). Nie ulega wątpliwości, że kwestionowane przez odwołującego sformułowania, użyte w opisie poszczególnych podkryteriów typu „najlepszy”, „zadowolający”, „niezadowolający”, „środki, które będą prawidłowo i indywidualnie dobrane”, czy „będą spełniały wymagania w szerszym zakresie niż wskazano w siwz”, są zwrotami nieostrymi, pozwalającymi na pewien element subiektywnej oceny. Jednakże, zdaniem Izby, charakter przedmiotu zamówienia i zastosowane kryterium jakościowe wymaga, aby wykonawca, będący profesjonalistą w świadczeniu tego typu usług, przedstawił w ofercie rozwiązania o wyższych standardach, przewyższających minimalne wymogi podane przez zamawiającego w siwz, które będą punktowane przez zamawiającego. Doprecyzowanie przez zamawiającego podanych sformułowań nieostrych w sposób bardziej konkretny, zgodnie z żądaniem odwołującego, doprowadziłoby do tego, że to zamawiający określiłby tematykę szkoleń, dobrał środki dezynfekcyjne i myjąco - czyszczące czy ustaliłby zasady kontroli jakości, przez co stworzyłby pełną koncepcję utrzymania czystości w szpitalu.”

W powyższym orzeczeniu Zamawiający uznał za istotne to, iż: Krajowa Izba Odwoławcza uznała za zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych kryteria odnoszące się do jakości, funkcjonalności, estetyki, merytorycznej zawartości oferty, a więc kryteria niemierzalne matematycznie. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż część kryteriów oceny ofert jest „niemierzalna” i połączona z pewną dozą subiektywizmu. Zarówno ustawa jak i

dyrektywy unijne pozwalają oceniać jakość i estetykę, a więc, kryteria które w żadnej mierze nie podpadają pod matematyczne, wymierzanie wyliczenia. Skoro ustawodawca sam wskazuje na kryteria oceny ofert takie jak: jakość, funkcjonalność i estetyka oznacza to bezsprzecznie, iż dopuszcza towarzyszącą im dozę ocenności i subiektywizmu.

W przypadku wyboru kryterium typu jakość, czy ocena Koncepcji realizacji przedmiotu zamówienia zamawiający winni wskazać podkryteria. Tak też właśnie w kontrolowanym postępowaniu kryteria oceny ofert opisał Zamawiający. Zamawiający, aby ograniczyć element subiektywnej oceny do niezbędnego minimum oraz zapewnić możliwość oceny ofert złożonych w postępowaniu, podał swoje preferencje i określił wskazówki, jakimi będzie się kierował przyznając punkty poszczególnym ofertom. Zamawiający uczynił więc zadość nie tylko przepisom ustawy ale i wymogom orzecznictwa w tym zakresie. Kontrolujący i biegły pomijają, iż postępowanie adresowane jest do podmiotów profesjonalnie działających w danej branży, a w opisie kryteriów i podkryteriów Zamawiający użył wyrażen, które w języku zarówno potocznym jak i specjalistycznym nie mają odmiennych znaczeń. Również ich zrozumienie dla przeciętnego odbiorcy - pomijając profesjonalnych uczestników rynku - nie nastęrcza trudności. Samo opisanie poszczególnych podkryteriów, w oparciu o które zamawiający dokona pewnej kwantyfikacji (oceny) wyłącza zupełną swobodę i dowolność w ocenie ofert -tym samym dokonując w kontrolowanym postępowaniu opisu podkryteriów (rozdziały w Koncepcji), a idąc dalej, dokonując jeszcze opisu podpunktów w podkryteriach. Zamawiający utrzymywał, iż tym samym, wyłączył zupełną swobodę i dowolność w ocenie ofert, zgodnie z wytycznymi płynącymi z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Dowolność w ocenie i subiektywizm została w tym przypadku ograniczona przez podanie wskazówek co do oceny i przyznania punktów w poszczególnych podkryteriach, a dodatkowo także przez wskazanie wymagań w opisie przedmiotu zamówienia. Wykonawcy przystępujący do postępowania według Zamawiającego znali więc dokładnie zasady oceny ofert. Krajowa Izba Odwoławcza nie uznała za sprzeczne z ustawą używanie przez Zamawiającego w opisie kryteriów oceny ofert określeń takich jak: „najlepszy”, „zadowolający”, „niezadowolający”, „środkie, które będą prawidłowo i indywidualnie dobrane”, czy „będą spełniały wymagania w szerszym zakresie niż wskazano w siwz”. Porównując te wyrażenia z opisem kryteriów oceny ofert w kontrolowanym postępowaniu Zamawiający zaprzeczył twierdzeniom Kontrolującego, jakoby naruszył przepisy ustawy. Żądanie biegłego – uznał za niczym niewytłumaczone - by definiować pojęcie „kompletny” uznał za sprzeczne ze stanowiskiem KIO, która nie wymagała zdefiniowania pojęcia np. „najlepszy”. Wprowadzenie przez Zamawiającego dodatkowych opisów, postługujących się wymierzalnymi, matematycznymi odniesieniami skutkować będzie tym, iż to Zamawiający a nie Wykonawcy napiszą koncepcję. Charakter przedmiotu

zamówienia i zastosowane kryterium jakościowe wymaga, aby wykonawca, będący profesjonalistą w świadczeniu tego typu usług, przedstawił w ofercie rozwiązania o wyższych standardach, przewyższających minimalne wymogi podane przez Zamawiającego w SIWZ, które będą punktowane przez Zamawiającego. Doprecyzowanie przez Zamawiającego podanych sformułowań w sposób „bardziej konkretny - matematyczny”, zgodnie z żądaniem Kontrolującego, doprowadziłoby do tego, że to Zamawiający stworzyłby pełną koncepcję realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający przytoczył kolejne orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6.01.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1804/09: *Zgodzić należy się z Odwołującym, że użyte przez Zamawiającego określenia „korzystniejsze”, „lepsze” itp., mają charakter określeń pozwalających na pewien subiektywizm, jednakże - w ocenie Izby - charakter przedmiotu zamówienia wymaga w tym przypadku, aby wykonawca w ramach swojej oferty i mając doświadczenie przy realizacji podobnych usług, będąc w tym zakresie profesjonalistą, zaproponował Zamawiającemu określone, korzystniejsze niż wskazane przez Zamawiającego w SIWZ rozwiązania. To właśnie ta wiedza wykonawcy i te proponowane, innowacyjne rozwiązania mają być przez Zamawiającego poddane ocenie. W tym przypadku, gdyby Zamawiający samodzielnie doprecyzował określone przez siebie podkryteria w sposób jeszcze bardziej konkretny, jak oczekiwał tego Odwołujący, np. przez podanie konkretnej liczby osób do wykonywania sprzątnia (według Zamawiającego najbardziej optymalnej, optymalnej i np. zadawalającej) okazałoby się, że określenie tych wymogów w ramach kryterium oceny byłoby bezprzedmiotowe. To Zamawiający bowiem stworzyłby koncepcję świadczenia usług sprzątnia w pomieszczeniach szpitala, a wykonawcy jedynie wskazywaliby, czy spełniają dane oczekiwania, czy też nie. Wskazanie przez Zamawiającego np. zastosowania konkretnych środków czystości o konkretnych stężeniach, czy częstotliwość ich użycia, zastosowanie konkretnych urządzeń, przyjęcie, że usługi będą świadczone przez konkretną ilość osób, prowadziłoby jedynie do akceptacji konkretnych wymogów od wykonawców na zasadzie wymogów bezwzględnie obowiązujących, a nie podlegających ocenie w ramach przyjętego kryterium jakości (...). Tym samym wprowadzając matematyczne, wymieralne wyliczenia do kryterium jakościowego, np. wskazanie ile osób winno wykonywać zamówienie (5 osób - 1 punkt, 6 osób - 2 punkty itd.), zdaniem KIO to zamawiający pisałiby koncepcje.*

- z dnia 21.10.2011 r., sygn. akt KIO/UZP 2165/11: *Podkreślenia wymaga, że kryteria oceny ofert muszą być zaprezentowane w specyfikacji w taki sposób, by wykonawca na ich podstawie był w stanie uzyskać wiedzę, jakie cechy i właściwości oferowanego przez niego przedmiotu będą uznane za pozwalające na uzyskanie wysokiej pozycji w ramach porównania ofert. Na gruncie analizowanej sprawy, zgodzić się należy z Odwołującym, iż*

dwa przyjęte w ramach kryterium jakościowego „Ocena kliniczna” podkryteria: „Wchłanianie gąbki i gazy” oraz „Czas uzyskania hemostazy” - ponieważ mają znaczenie dla uzyskania odpowiedniej punktacji w ramach oceny złożonych ofert - powinny jednoznacznie wskazywać, co będzie decydowało o uzyskaniu wysokiej lub niskiej oceny jakościowej, w tym uzyskanej punktacji. Powyższe sprowadza się do określenia - w stosunku do tych podkryteriów - jakie cechy, właściwości, walory medyczne, użytkowe lub inne będą się mieścić w ramach danego podkryterium (takie cechy, nawiązujące do właściwości użytkowych zostały zresztą czytelnie podane dla innych parametrów ocenianych w innych pakietach (...)) Płyną z tego wnioski, że:

a) wystarczające dla ustalenia kryterium innego niż cena jest podanie przez zamawiającego kategorii (podkryteriów), stanowiących dyrektywy wskazujące, co Zamawiający będzie rozumiał pod pojęciem kryterium innego niż cena.

b) nie ma wyraźnego obowiązku podawania oceny spełnienia określonych, partykularnych cech mieszczących się w obrębie określonego kryterium. (...)

Zatem, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinny znaleźć się takie postanowienia, które odzwierciedlą sposób dojścia do przyznania w ramach badanych kryteriów (kryterium jakościowego) odpowiedniej punktacji, to jest określające przykładowo, że punktację w tym zakresie przyznaje się w wyniku testowania złożonych przez wykonawcę, na podstawie postanowień pkt II. 5.9 specyfikacji próbek.

W powyższym orzeczeniu Zamawiający przyjął za istotne, iż: Krajowa Izba Odwoławcza uznała za wystarczające dla ustalenia kryterium innego niż cena podanie przez zamawiającego kategorii (podkryteriów), stanowiących dyrektywy wskazujące, co Zamawiający będzie rozumiał pod pojęciem kryterium innego niż cena. Co przy tym istotne, nie ma wyraźnego obowiązku podawania oceny spełnienia określonych, partykularnych cech mieszczących się w obrębie określonego kryterium. Zamawiający w kontrolowanym postępowaniu podał podkryteria, w ramach kryteriów, a także dyrektywy wskazujące, co Zamawiający będzie rozumiał pod pojęciem kryterium innego niż cena. Kryteria powinny wprost wskazywać, co będzie decydowało o wysokiej lub niskiej oceny jakościowej, w tym uzyskanej punktacji. Zastosowane przez Zamawiającego kryteria, podkryteria i podpunkty nie pozwalają na dowolność - jak utrzymywał. Również zakwestionowane przez Kontrolę wyrażenia jawią się Zamawiającemu, jako jednoznaczne. Zamawiający nie może bowiem przyznać większej ilości punktów tej Koncepcji, która będzie mniej kompletna, mniej jasna albo nie będzie w żadnym punkcie adekwatna do jego potrzeb lub po prostu wewnętrznie sprzeczna. Powyższe orzeczenie i opisane w nim niejednoznaczne kryteria oceny ofert wykazują, iż opis kryteriów oceny ofert dokonany przez Zamawiającego w niniejszym

postępowaniu, w szczególności kwestionowane przez Kontrolującego określenia, jest zgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych.

- wyrok z dnia 7 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 660/11: *„w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił dwa kryteria oceny ofert, tj. cena 65% oraz koncepcja wykonania usługi -35%. W zakresie drugiego z kryteriów Zamawiający opracował szereg podkryteriów, które określały poziom punktacji, jak i zakres odpowiadający danej funkcjonalności. Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko Zamawiającego, co do generalnie ocenego i uznaniowego charakteru kryteriów oceny ofert odnoszących się do ich zawartości merytorycznej, tj. kryterium - koncepcja wykonania usługi, która to koncepcja stanowiła niejako pracę twórczą wykonawcy, stanowiącą podstawę do oceny przez komisję przetargową. Należy również podzielić stanowisko Przystępującego, iż komisja przetargowa złożona z wielu osób (10 członków), posiadających różne wykształcenie i doświadczenie życiowe może subiektywnie oceniać rozwiązania zaoferowane przez wykonawców i różnicować punktację za te rozwiązania. Istotnym jednakże jest stwierdzenie, aby ocena ta dokonywana była w zgodzie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w zakresie tam określonym.”*

W powyższym orzeczeniu Zamawiający uznał za istotne, iż: Krajowa Izba Odwoławcza uznała kryteria odnoszące się do zawartości merytorycznej ofert za ocenne i uznaniowe - jednakże nie stojące w sprzeczności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zarówno ustawa jak i dyrektywy unijne pozwalają oceniać jakość i estetykę, a więc kryteria które w żadnej mierze nie podpadają pod matematyczne, wymierzalne wyliczenia. Skoro ustawodawca sam wskazuje na kryteria oceny ofert takie jak: jakość, funkcjonalność i estetyka oznacza to bezsprzecznie, iż dopuszcza towarzyszącą im dozę ocenności i subiektywizmu. Ocena ofert w niniejszym postępowaniu została dokonana zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co potwierdza nie tylko dokumentacja przetargowa, ale i orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6.07.2012 r., sygn. akt KIO/UZP 1311/12 i KIO/UZP 1320/12,

Krajowa Izba Odwoławcza za właściwe uznała w ramach kryterium ocena koncepcji wskazanie „szeregu podkryteriów”. Zamawiający w niniejszym postępowaniu kryterium ocena koncepcji słusznie więc podzielił na szereg podkryteriów.

- wyrok KIO z dnia 26.04.2011 r., sygn. akt KIO/UZP 755/11: *Izba, dokonując analizy ww. zapisu kryterium, uznała za chybioną argumentację odwołującego, który wskazywał, że w zapisach siwz odnoszących się do kryteriów oceny zamawiający nie określił, że będzie oceniał dobór środków do mycia i dezynfekcji. W ocenie Izby z przywołanych zapisów specyfikacji w sposób niekwestionowany wynika, że zamawiający wymagał od wykonawców*

opracowania autorskiej koncepcji, która zawierałaby kompleksowe podejście do realizacji przedmiotu zamówienia, zgodne z wymogami siwz. W przedmiotowym stanie faktycznym bezspornie, jednym z czynników, które gwarantują najbardziej skuteczne i optymalne wykonanie określonych czynności jest zastosowanie odpowiednich i najlepszych środków, które są do ich wykonania przeznaczone. W ocenie Izby nie bez znaczenia jest również fakt, iż odwołujący nie skarżąc przedstawionego w specyfikacji dokonywania oceny ofert w zakresie podanych kryteriów oceny ofert, następnie składając ofertę w postępowaniu, zgodził się i zaakceptował wynikający z tych kryteriów subiektywny charakter oceny.” Dla wyjaśnienia, kryteria oceny ofert w postępowaniu kształtowały się następująco: W pkt. 15 siwz „Kryteria oraz sposób oceny ofert” w ppkt. 15.1 zamawiający określił, że w przedmiotowym postępowaniu kryteriami oceny ofert są cena - waga 70 % oraz jakość - waga 30 %. W specyfikacji zamawiający sprecyzował, że przyzna punkty za kryterium „Jakość” w liczbie nie większej niż 30 pkt. w ten sposób, że każdy oceniający merytorycznie członek komisji przetargowej (tj. posiadający wiedzę i doświadczenie oraz znajomość specyficznych wymagań stawianych pracownikom personelu sprzątającego w obiektach zamawiającego) dokona indywidualnej oceny ofert wykonawców na podstawie porównania koncepcji wykonania usługi będącej przedmiotem zamówienia rozpatrywanej oferty z innymi złożonymi ofertami w oparciu o złożone wraz z ofertą:

1. Plan higieny - strefa biała, przyznając 15 pkt, albo 1 pkt.
2. Plan higieny - strefa szara, przyznając 5 pkt, albo 1 pkt.
3. Szczegółowe procedury utrzymania czystości, strefa biała, przyznając 3 pkt, albo 1 pkt.
4. Szczegółowe procedury utrzymania czystości - strefa szara, przyznając 2 pkt, albo 1 pkt.
5. Zasady kontroli jakości i sposoby dokumentowania kontroli - strefa biała, przyznając 3 pkt, albo 1 pkt.
6. Zasady kontroli jakości i sposoby dokumentowania kontroli - strefa szara, przyznając 2 pkt, albo 1 pkt.

W siwz, w „zasadach oceny koncepcji wykonania usługi będącej przedmiotem zamówienia” zamawiający wskazał, że wymaga aby wykonawca w koncepcji przedstawił całościowe podejście do realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymogami specyfikacji.

Izba nie uznała więc za błędne nie wskazanie przez Zamawiającego konieczności zamieszczenia w koncepcji informacji dotyczącej doboru środków do mycia i dezynfekcji.

Zamawiający wywodził, że jeśli w postępowaniu na świadczenie usług utrzymania czystości zacytowany powyżej opis jest obiektywny, jednoznaczny i dookreślony trudno

przyjąć, iż w niniejszym postępowaniu dokonany przez Zamawiającego szczegółowy opis kryteriów oceny ofert, takich cech nie posiada.

Na marginesie swoich rozważań Zamawiający wskazał jeszcze na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28.10.2010 r., sygn. akt XIX Ga 468/10: *„Ponadto nie wymaga szerszej argumentacji, że termin „zawartość merytoryczna oferty” jest nieostry, a w związku z tym słusznie przyjęto dwie powyżej określone pozycje, które są dyrektywami wskazującymi, co będzie Zamawiający rozumiał pod tym pojęciem. Inaczej rzecz ujmując, wskazano tutaj mierniki merytorycznej oceny oferty, choć oczywiście miernikom tym przypisano różne znaczenie. Ponadto Sąd Okręgowy prezentuje pogląd, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przy ocenie ofert zamawiający nie ma obowiązku dokonywać czynności nie wynikających z przepisów. Takim obowiązkiem byłoby zobligowanie go do dokonania opisu poszczególnych elementów składających się na określone kryterium. (...) Na końcu tej części wywodów koniecznym jest zaakcentowanie, że „kryterium merytoryczne” oceny oferty ma charakter uznaniowy.”*

Podsumowując, Zamawiający z przytoczonych powyżej orzeczeń, a także z brzmienia samego art. 91 ust. 2 ustawy Pzp wywiódł, iż dopuszczalne są kryteria ocenne, takie jak: jakość, funkcjonalność, estetyka, koncepcja realizacji przedmiotu zamówienia. Z natury swojej kryterium jakościowe zawiera w sobie pewną dozę subiektywizmu. Skoro jednak ustawodawca dopuścił te kryteria, to i wyraził zgodę na element subiektywizmu w procedurze oceny ofert. Nie sposób bowiem policzyć czy zmierzyć np. estetyki.

Wywody biegłego w tym zakresie, powtórzone w całości przez Kontrolujących, którzy w ocenie Zamawiającego zaniechali dokonania własnych ustaleń, uznał Zamawiający za nie tyle błędne, co oderwane od funkcjonującego obecnie systemu zamówień publicznych.

W przeświadczeniu Zamawiającego przedstawione powyżej argumenty dowodzą, iż Zamawiający zasadnie i zgodnie z wytycznymi płynącymi z orzeczeń Krajowej Izby dokonał podziału kryterium „Ocena funkcjonalna zaproponowanego rozwiązania” na podkryteria (rozdziały), a w ramach podkryteriów wydzielił dodatkowo podpunkty, gdzie wskazał co będzie oceniane. Użyte przy tym określenia nie tylko uznał za jednoznaczne, obiektywne i dookreślone, ale także w porównaniu do wskazanych powyżej opisów, jawią się one jako bardziej precyzyjne i w jeszcze większym stopniu zapewniające zminimalizowanie jakiegokolwiek indywidualnego, ocenego podejścia.

Tezę, iż tak skonstruowane kryteria są zgodne z przepisami mając przy tym na uwadze przedmiot zamówienia, a także iż w żaden sposób „funkcjonalności zaproponowanego rozwiązania” nie można ocenić wymierzalną, matematyczną miarą, poparł Zamawiający poniższymi przykładami.

System proponowany przez biegłego uznał za wadliwy w samym założeniu i nie spełniający swej roli. Zamawiający zadał retoryczne pytania: Jak bowiem potraktować wykonawcę, który dokonał opisu jednego rozwiązania jednym zdaniem, jednym akapitem lub jedną stroną? Jak potraktować wykonawcę, który dokonując opisu rozwiązań kopiował informacje dostępne chociażby na stronach internetowych, nie wkładając do autorskiej koncepcji swojego opisu? Jak przy tak „wymiernym kryterium” potraktować wykonawcę, który pod różnymi nazwami rozwiązań opisuje te same mechanizmy - opis jest więc ten sam, choć różni się tytułami? Zamawiający powołał się na rekomendacje Ministerstwa Rozwoju Regionalnego „Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie - rekomendacje dla beneficjentów realizujących projekty indywidualne”, Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, Warszawa 2010. Rekomendacje przygotowane w ramach umowy zawartej z Ministrem Rozwoju Regionalnego, częściowo finansowanej przez Unię Europejską w ramach Programu Operacyjnego Pomoc Techniczna 2007-2013, gdzie jako przykład zapisów do specyfikacji dotyczących kryterium oceny ofert wskazano:

Przykład I

Przy ocenie ofert w kryterium „Wartość techniczna” Zamawiający będzie stosował następujące podkryteria o jednakowej wartości punktowej wagi (10%):

- analiza zamówienia ze wskazaniem problemów i zagrożeń związanych z jego realizacją, propozycje rozwiązań problemów
- harmonogram realizacji zamówienia

W ramach podkryterium „analiza zamówienia ze wskazaniem problemów i zagrożeń związanych z jego realizacją, propozycje rozwiązań problemów” punkty (wartość punktowa oferty) przyznaje się w skali od 1 do 5 w następujący sposób:

- oferta, w której wykonawca zawarł kompletny wykaz problemów i zagrożeń związanych z realizacją zamówienia oraz zaproponował dobry sposób ich rozwiązania lub zapobieżenia im, otrzymuje 5 punktów,
- oferta, w której wykonawca zawarł dostateczny wykaz problemów i zagrożeń związanych z realizacją zamówienia oraz zaproponował dostateczny sposób ich rozwiązania lub zapobieżenia im, otrzymuje 3 punkty
- oferta, w której wykonawca zaproponował wybrakowany wykaz problemów i zagrożeń związanych z realizacją zamówienia lub zaproponował niedostateczny sposób ich rozwiązania lub zapobieżenia im, otrzymuje 1 punkt.

W ramach podkryterium „harmonogram realizacji zamówienia” punkty (wartość punktowa oferty) przyznaje się w skali od 1 do 5 w następujący sposób:

- oferta, w której zaproponowany harmonogram realizacji zamówienia i środki/procedury celem dotrzymania harmonogramu gwarantują dotrzymanie terminu realizacji w stopniu dobrym, otrzymuje 5 punktów
- oferta, w której zaproponowany harmonogram realizacji zamówienia i środki/procedury celem dotrzymania harmonogramu gwarantują dotrzymanie terminu realizacji w stopniu dostatecznym, otrzymuje 3 punkty
- oferta, w której zaproponowany harmonogram realizacji zamówienia i środki/procedury celem dotrzymania harmonogramu gwarantują dotrzymanie terminu realizacji w stopniu niedostatecznym, otrzymuje 1 punkt.

Przykład II

W ramach podkryterium „ organizacja kontroli jakości (plan zapewnienia i kontroli jakości)” punkty (wartość punktowa oferty) przyznaje się w skali od 1 do 5 w następujący sposób:

- oferta, w której wykonawca przedstawił plan zapewnienia i kontroli jakości, który w stopniu dobrym gwarantuje zapewnienie i kontrolę jakości, otrzymuje 5 punktów
- oferta, w której wykonawca przedstawił plan zapewnienia i kontroli jakości, który w stopniu dostatecznym gwarantuje zapewnienie i kontrolę jakości, otrzymuje 3 punkty
- oferta, w której wykonawca przedstawił plan zapewnienia i kontroli jakości, który nie gwarantuje zapewnienia i kontroli jakości, otrzymuje 1 punkt.

Przykład III

W ramach podkryterium „ organizacja zespołu ”punkty (wartość punktowa oferty) przyznaje się w skali od 1 do 5 w następujący sposób:

- oferta, w której wykonawca zaproponował organizację zespołu, która w stopniu dobrym gwarantuje: czytelność podziału ról i zakresu odpowiedzialności członków zespołu, przepływ informacji pomiędzy członkami zespołu oraz koordynację realizacji zamówienia przez kierownika, otrzymuje 5 punktów
- oferta, w której wykonawca zaproponował organizację zespołu, która w stopniu dostatecznym gwarantuje: czytelność podziału ról i zakresu odpowiedzialności członków zespołu, przepływ informacji pomiędzy członkami zespołu oraz koordynację realizacji zamówienia przez kierownika, otrzymuje 3 punkty
- oferta, w której wykonawca zaproponował organizację zespołu, która w stopniu niedostatecznym gwarantuje: czytelność podziału ról i zakresu odpowiedzialności członków zespołu, przepływ informacji pomiędzy członkami zespołu oraz koordynację realizacji zamówienia przez kierownika, otrzymuje 1 punkt.

Według Zamawiającego Opis powyższy wykazuje zbieżności z opisem kryteriów oceny ofert w kontrolowanym postępowaniu. We wzorze przedstawionym w rekomendacjach posłużono się sformułowaniami „oferta, w której ... w stopniu dobrym, dostatecznym,

niedostatecznym" nie wskazując jaki opis, harmonogram za „dobry, dostateczny" zostanie uznany. W rekomendacjach dla opisu podkryterium użyto pojęć „czytelny, kompletny, wybrakowany".

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający reasumował, że nie może zgodzić się z oceną i interpretacją kryteriów oceny ofert przedstawioną przez Kontrolującego. Stwierdził, iż nie mógł więc inaczej opisać kryteriów oceny ofert w postępowaniu, a już z pewnością nie mógł oceny jakości sprowadzić do „wymiernych okoliczności", rozumianych w sposób zaproponowany przez Kontrolującego. Ponownie podkreślił, iż kryteria ocen ofert w kontrolowanym postępowaniu w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, orzeczeniami Krajowej Izby Odwoławczej oraz rekomendacjami Ministerstwa Rozwoju Regionalnego.

Przywołał dokument pn. Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego - przykłady i zastosowanie pod red. J. Sadowego, Urząd Zamówień publicznych jako przykład kryterium jakościowego zgodnego z wymaganiami ustawy wskazano następujący fragment specyfikacji: Jakość artykułów żywnościowych rozumiana jest jako zespół cech organoleptycznych obejmujących „podkryteria": smak, zapach, konsystencję i barwę, które można wyodrębnić i ocenić przy pomocy zmysłów człowieka. Ocena „podkryteriów" jakości dokonana zostanie w skali od 0 do 30 punktów, przy czym wartość punktowa „podkryteriów" może wynosić:

- a) smak - od 0 do 15 pkt,
- b) zapach - od 0 do 6 pkt,
- c) konsystencja (tekstura) - od 0 do 6 pkt,
- d) wygląd zewnętrzny - od 0 do 3 pkt.

Ocena Urzędu Zamówień Publicznych według Zamawiającego jest jednoznaczna: Mimo zgodności z normami i podobnego składu, podobne produkty żywnościowe różnią się jednak między sobą, chociaż trudno te różnice określić z użyciem jednoznacznych, zdefiniowanych obiektywnie wyznaczników. Wszystkie te różnice mogą zawierać się w określeniu „jakości" danego produktu. Stąd, zastosowanie w ramach kryterium jakości cech, wprawdzie określanych subiektywnymi wrażeniami, ale dla osób mających kwalifikacje zawodowe w pracy z żywnością, łatwe do zdefiniowania w ocenie jakości produktu jak: smak, zapach, konsystencja i wygląd zewnętrzny, przy użyciu z zastosowaniem z góry określonych zasad dokonywania takiej oceny - wydaje się optymalnym rozwiązaniem.

Zamawiający uznał za ważne, iż w omawiany przypadku zastosowano możliwie szczegółowy opis kryterium jakości (tu: podkryteriów) oceny oferty i sposobu dokonywania oceny na jego podstawie, jednakowego dla wszystkich ofert podlegających ocenie, z

zachowaniem anonimowości ocenianych próbek na etapie oceny, ale równie ważne jest by badaniem ocen z zastosowaniem kryterium jakości zajmowały się osoby nie przypadkowe, ale mające wystarczające kwalifikacje zawodowe zapewniające fachowość oceny. Skoro realizując swe zadania Urząd Zamówień Publicznych wskazuje jako poprawne kryterium: zapach od 0 do 6 pkt niezrozumiałym dla Zamawiającego jest uznanie za subiektywne kryteria oceny ofert w niniejszym postępowaniu.

W podsumowaniu dodał, że jak wynika z przedstawionych powyżej argumentów brak podstaw do przyjęcia, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych w Informacji o wyniku kontroli przepisów. Twierdzenia biegłego, a co za tym idzie treść Informacji o wyniku kontroli wskazuje na dużą dowolność, a wręcz polemiczność uzasadnienia rzekomego naruszenia przepisów. Zamawiający podkreślał, iż jego celem było jedynie należyte wydatkowanie środków publicznych, a także pozyskanie przedmiotu zamówienia w pełni odpowiadającego jego potrzebom z poszanowaniem zasad wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odpowiedzi z dnia 9 grudnia 2015 r. na pismo z dnia 25 listopada 2015 r., zawierające zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej następczej w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Prezes Urzędu informował, że podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w związku z § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 18.11.2015 r., przekazanej pismem UZP/DKUE/W3/421/24(6)/15/JB, w toku której zostały stwierdzone naruszenia:

1. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w odniesieniu do wymagań na koncepcję systemu i studium wykonalności, w sposób niekompletny, tj. bez uwzględnienia w niezbędnym zakresie informacji o aktualnym stanie posiadanego przez zamawiającego systemu informatycznego,

2. art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na wykonanie Studium wykonalności, nie stanowiącego wystarczającego okresu zapewniającego zachowanie uczciwej konkurencji,

3. art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie kryterium „Ocena funkcjonalna zaproponowanego rozwiązania” w sposób, który nie zapewnia obiektywnej oceny ofert,

4. art. 22 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, stanowiący nieuzasadnioną barierę utrudniającą dostęp do ubiegania się o uzyskanie zamówienia przez wykonawców obiektywnie zdolnych do jego realizacji,

5. art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. poprzez żądanie w pkt 4 części II A SIWZ, określającego zakres dokumentów wymaganych od podmiotów zagranicznych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia, dokumentu nieprzewidzianego w powyższym rozporządzeniu.

Kontrolujący zaznaczył, że w piśmie z dnia 25.11.2015 r. Zamawiający nie zgodził się z powyższymi zarzutami wnosząc m. in. następujące zastrzeżenia do wyniku kontroli:

Ad. 1. Zamawiający przekonywał, że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, tzn. był kompletny i zawierał wszystkie informacje niezbędne dla wykonawcy w celu sporządzenia oferty. Zdaniem Zamawiającego brak w treści opisu przedmiotu zamówienia informacji wymienionych w uzasadnieniu naruszenia, w tym dotyczących struktury organizacyjnej, podstawowej infrastruktury ICT, funkcjonujących u Zamawiającego systemów informatycznych, stosowanych technologii, współdziałania z otoczeniem nie świadczył o nieprawidłowo sformułowanym opisie przedmiotu zamówienia, ponieważ informacje te były istotne wyłącznie na etapie realizacji umowy, nie zaś w toku postępowania w celu sporządzenia oferty. Zgodnie z treścią zastrzeżeń, „Zamawiający podkreślał przy tym, iż wiedza ta niezbędna była na etapie realizacji zamówienia a nie na etapie składania oferty. Dodać należy również, że wspomniane powyżej ograniczenie wymagań do jedynie konceptualnego poziomu jednocześnie spowodowało, że zbędne stało się przekazywanie przez Zamawiającego i analizowanie przez Wykonawcę informacji dotyczących warstw fizycznej implementacji systemów (silniki baz danych, języki programowania, otoczenie serwerowe i sieciowe, usługi wymiany danych) (...)”

Biegły pomija, iż nie jest rolą art. 29 ust. 1 ustawy Pzp udostępnianie wykonawcom informacji niezbędnych do prac koncepcyjnych - treść przepisu jest jednoznaczna: opis przedmiotu zamówienia ma zawierać informację mogącą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Co istotne wywody zawarte w Informacji o wyniku kontroli o niewystarczającym stopniu szczegółowości opisu przedmiotu zamówienia dla „zrealizowania zamówienia” są sprzeczne z dobrymi praktykami i standardami branży IT (np. BPMN 2.0, UML 2.4). Zgodnie bowiem z tymi normami każdorazowo poziom szczegółowości analizy należy dostosować do okoliczności i konkretnych celów projektu - normy te dostarczają narzędzi pozwalających na

realizację tego zalecenia”. Następnie Zamawiający przedstawił technologiczne aspekty charakteru przedmiotu zamówienia przemawiające za prawidłowością jego opisu w SIWZ.

Ponadto, Zamawiający przedstawił wnioski wypływające z przeprowadzonej we własnym zakresie analizy czterech postępowań o udzielenie zamówień dofinansowanych z POPC w ramach działania 2.1., mających za przedmiot wytworzenie Studium wykonalności systemów informatycznych. Zamawiający wskazał, że „W żadnym z analizowanych przypadków nie spotkano się z sytuacją, w której na etapie postępowania Zamawiający udostępniał potencjalnym Wykonawcom specyfikacji dotyczących posiadanych rozwiązań informatycznych, które zdaniem biegłego są niezbędnym elementem opisu przedmiotu zamówienia (...)”.

Ad. 2. W odniesieniu do naruszenia dotyczącego terminu wyznaczonego na realizację zamówienia w zakresie sporządzenia Studium wykonalności Zamawiający stwierdził, powołując się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, iż termin realizacji zamówienia nie stanowi elementu opisu przedmiotu zamówienia, stąd nie można zakwalifikować zarzutu dotyczącego tego terminu jako naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający odniósł się jednocześnie do argumentów podniesionych w Informacji o wyniku kontroli i wskazał: „Biegły podnosi: ponieważ „Powszechnie było wiadomo, że będą ogłaszane następne konkursy” - Stwierdzenie to nie ma obiektywnego znaczenia w kontekście ustalenia naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający, jako organ administracji publicznej, musi działać w granicach prawa oraz na podstawie oficjalnych informacji, a nie plotek. Na marginesie można dodać, że Zamawiający w toku prac legislacyjnych nie uzyskał żadnych informacji, jakoby miałyby być drugi termin konkursu. Nie jest więc prawdą, że taka informacja była powszechna lub sprawdzona. Ponadto, duże zainteresowanie i praktycznie wyczerpanie puli środków stawia pod znakiem zapytania informacje o kolejnych naborach. Dowolność ustaleń kontroli przejawia się także w całkowitym pominięciu aspektów związanych z samym konkursem. Wniosek Zamawiającego uzyskał bardzo dużą ilość punktów, a jedynym powodem nieprzyznania dofinansowania był brak przyjęcia przez Radę Ministrów ustawy o zmianie ustawy o transporcie drogowym. Biegły nie zwrócił, lub nie chciał zwrócić uwagi na termin uruchomienia systemu KREPTD zawarty w projekcie ustawy - 1 stycznia 2016 roku. Niemożliwym było więc, nawet gdyby Zamawiający posiadał taką oficjalną wiedzę, założenie, że będzie można składać wniosek o dofinansowanie w drugim terminie”.

Ad. 3. W kwestii naruszenia art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający odniósł się w pierwszej kolejności do słownikowego znaczenia pojęć: dwuznaczność, kompletność, subiektywność, niedookreśloność podnosząc, że takich cech nie można przypisać sformułowaniom zastosowanym przy opisie kryterium. Ponadto wskazano, że „nieznajomość specyfiki przedmiotu zamówienia, powierzchowna znajomość dokumentacji

przetargowej może skłaniać do twierdzeń, iż kryteria oceny ofert są „subiektywne”. Jednakże, po dokładnym zapoznaniu się z dokumentacją przetargową, w tym opisem przedmiotu zamówienia wniosku takiego postawić nie można. Kryteria oceny ofert należy bowiem oceniać przez pryzmat przedmiotu postępowania. Ocena jakości czy funkcjonalności lub np. estetyki nie sprowadza się do wykonania paru działań matematycznych, które to obliczenia może wykonać każdy, nie zapoznając się dokładnie z ofertą. Ocena merytoryczna oferty bez posiadania wiedzy z ocenianego zakresu jest niemożliwa. Zamawiający komisje przetargowe powołuje indywidualnie do każdego postępowania - stąd oferty oceniane są przez osoby posiadające specjalistyczną wiedzę w danym zakresie”.

Ponadto, „Wnioski biegłego, przytaczane przez Kontrolujących sprowadzają się do twierdzenia, iż jedynie kryterium matematycznie mierzalne może być zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Następnie Zamawiający przytoczył obszernie kilka fragmentów wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oraz poddał je analizie w celu wykazania prawidłowości dokonanego opisu kryterium funkcjonalnego oceny ofert. W oparciu o przytoczone fragmenty uzasadnień wyroków, Zamawiający podniósł, że „Wprowadzenie przez Zamawiającego dodatkowych opisów, posługujących się wymierzalnymi, matematycznymi odniesieniami skutkować będzie tym, iż to Zamawiający a nie Wykonawcy napisze Koncepcję. Charakter przedmiotu zamówienia i zastosowane kryterium jakościowe wymaga, aby wykonawca, będący profesjonalistą w świadczeniu tego typu usług, przedstawił w ofercie rozwiązania o wyższych standardach, przewyższających minimalne wymogi podane przez Zamawiającego w siwz, które będą punktowane przez zamawiającego. Doprecyzowanie przez Zamawiającego podanych sformułowań w sposób „bardziej konkretny - matematyczny”, zgodnie z żądaniem Kontrolującego, doprowadziłoby do tego, że to Zamawiający stworzyłby pełną koncepcję realizacji przedmiotu zamówienia (...).

Przedstawione powyżej argumenty dowodzą, iż Zamawiający zasadnie i zgodnie z wytycznymi płynącymi z orzeczeń Krajowej Izby dokonał podziału kryterium „Ocena funkcjonalna zaproponowanego rozwiązania” na podkryteria (rozdziały), a w ramach podkryteriów wydzielił dodatkowo podpunkty, gdzie wskazał co będzie oceniane. Użyte przy tym określenia nie tylko są jednoznaczne, obiektywne i dookreślone, ale także w porównaniu do wskazanych powyżej opisów, jawią się jako bardziej precyzyjne i w jeszcze większym stopniu zapewniające zminimalizowanie jakiegokolwiek indywidualnego, ocennego podejścia”.

Jednocześnie w uzasadnieniu zastrzeżeń do wyniku kontroli zawartych w punktach A, B pisma Zamawiającego zakwestionowano naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wynikające ze sposobu opisu funkcjonalnego kryterium oceny ofert. Zdaniem Zamawiającego,

„Kontrolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonany opis kryteriów oceny ofert w postępowaniu - oprócz jednak powyższego (ogólnego) stwierdzenia - brak wskazania na okoliczności faktyczne sprawy, które mogłyby choć uprawdopodobnić, iż do zarzucanego naruszenia rzeczywiście doszło. W szczególności Kontrolujący nie wskazał, na czym to preferowanie/ dyskryminacja wykonawców miałyby polegać. Nie można też nie zaznaczyć, iż tak sformułowany opis kryteriów oceny ofert z racji samego swojego kształtu nie może żadnego z wykonawców preferować czy dyskryminować”.

Ad. 4. W odniesieniu do kolejnego naruszenia - tj. niezgodnego z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opisanego sposobu oceny warunku wiedzy i doświadczenia - Zamawiający podniósł w pierwszej kolejności, że „Ani ustawa ani orzeczenia nie wskazują matematycznych odniesień dla określenia „proporcjonalności”. W dalszej kolejności Zamawiający uzasadniał stanowisko, iż w ramach warunku wiedzy i doświadczenia nie można żądać od wykonawców wykazania zamówień o charakterze tożsamym z przedmiotem zamówienia. Podniesiono, że „Biegły formując wnioski w tym zakresie pomija, iż dla wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie trzeba wykazywać doświadczenia w zakresie usług tożsamych, identycznych z przedmiotem zamówienia, ale takich, które są do nich zbliżone, podobne pod względem rodzaju czy charakteru”.

Następnie Zamawiający zarzucał, iż „Ani biegły ani Kontrolujący nie wykazali, czy chociażby nie uprawdopodobnili, iż na rynku nie istnieją podmioty spełniające postawione przez Zamawiającego warunki”.

Zamawiający przedstawił również uzasadnienie dla postawionego warunku, opierając się na statystykach realizacji projektów informatycznych w ramach osi priorytetowych POIG nr 8 (8.1 i 8.2), 7 oraz 2. Z przedstawionego zestawienia wynika, zdaniem Zamawiającego, wniosek o zasadności obniżenia wymagań na wartość opisanych zamówień, a jednocześnie zwiększenie wymagań na ilość zrealizowanych projektów. Zdaniem Zamawiającego, można więc założyć, że o ile w przypadku projektów systemów dużych, realizowanych w długim okresie wymóg posiadania doświadczenia w realizacji dwóch lub trzech projektów jest wymogiem adekwatnym, to w przypadku systemów małych lub średnich, zbliżonych charakterem do projektu systemu KREPTD podejście przyjęte przez Zamawiającego jest właściwsze z punktu widzenia zasad proporcjonalności i maksymalizacji stopnia dostępności do zamówienia dla mniejszych podmiotów świadczących usługi doradcze. Wbrew opinii biegłego za każdym razem ilość zrealizowanych projektów - buduje potencjał wykonawcy, jednakże liczba wyznaczająca próg wykonanych usług, którą można uznać za wystarczającą/dającą rękojmię właściwej realizacji przedmiotu zamówienia jest zmienna i zależy od charakteru i specyfiki konkretnego projektu. Jednocześnie, zdaniem

Zamawiającego zastosowanie podejścia właściwego dużym projektem realizowanym w ramach osi 7 POIG byłoby działaniem niewłaściwym w kontekście charakteru i wartości przeprowadzonego postępowania.

W podsumowaniu Zamawiający stwierdził, że „Za racjonalny uznać należy pogląd, zgodnie z którym wielokrotne należyte wykonanie usługi, dostawy bądź roboty budowlanej danego rodzaju będzie świadczyć o posiadaniu przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia - powyższe odróżnia doświadczenie od incydentalnie podjętej czynności, którą zdarzyło się komuś wykonać”.

Ad. 5. W kwestii naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. Zamawiający wskazał, że „Kontrolujący błędnie interpretują znaczenie przepisu. Naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp polega bowiem na żądaniu dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, a nie omyłkowym ich błędnym przytoczeniem, co wynika ze zmiany aktu prawnego. Pojęcie niezbędności należy bowiem odnieść nie tylko do rodzaju oświadczenia lub dokumentu, ale również do ich treści. Wymagania zamawiającego dotyczące treści oświadczenia lub dokumentu muszą mieścić się w granicach zakreślonych podstawami normatywnymi, którymi są przepisy rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...) (wyrok KIO z dnia 18.07.2013 r., sygn. akt 1601/13). Zamawiający nie żądał dokumentów innych niż wskazane w Rozporządzeniu - Zamawiający omyłkowo przytoczył błędne wskazanie w zakresie dokumentu składanego przez wykonawców mających miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Omyłkowe przytoczenie pouczenia w zakresie dokumentów dotyczących podmiotów mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP nie zmienia obowiązków i uprawnień wykonawców - dalej wiążące są postanowienia Rozporządzenia. Zapis Zamawiającego zawarty w specyfikacji jest więc bezskuteczny i traktowany może być jako uchybienie natury formalnej, a nie żądanie dokumentów w sprzeczności z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp”.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, co następuje:

Ad. 1. W Informacji o wyniku kontroli stwierdzono naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w odniesieniu do wymagań na Koncepcję systemu i Studium wykonalności, w sposób niekompletny, tj. bez uwzględnienia w niezbędnym zakresie informacji o aktualnym stanie posiadanego przez zamawiającego systemu informatycznego. Zamawiający podnosił w zastrzeżeniach do wyniku kontroli, iż nie

istniała konieczność zamieszczenia powyższych informacji w SIWZ, ponadto powyższe informacje były istotne wyłącznie na etapie realizacji zamówienia.

W zastrzeżeniach Zamawiający pomija, że art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w pierwszej kolejności kładzie nacisk na obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Okoliczności danego postępowania i charakter zamówienia każdorazowo wyznaczają zakres informacji niezbędnych do zamieszczenia w SIWZ. Ocena kompletności opisu zależy od wymagań postawionych wykonawcom i charakteru świadczenia, do którego zostali zobowiązani.

W niniejszej sprawie biegły powołany przez Prezesa Urzędu stwierdził, jak zaznaczono w Informacji o wyniku kontroli, iż „Wymienione przez Zamawiającego wymagania w odniesieniu do koncepcji systemu, harmonogramu i organizacji projektu nie są wystarczające do sporządzenia oferty. Brak podstawowych informacji o Zamawiającym, strukturze organizacyjnej, misji, strategii, planach, współpracy z otoczeniem powoduje, że również w zakresie opracowania Studium wykonalności opis przedmiotu zamówienia nie zawiera wszystkich informacji niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia.

Na podstawie przeprowadzonych badań należy stwierdzić, że przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (...).”

W powyższej opinii biegły stwierdził obowiązek uwzględnienia wymienionych wyżej informacji w opisie przedmiotu zamówienia z uwagi na ich istotne znaczenie dla wykonawcy. Biegły rozszerzył uzasadnienie swojego stanowiska w opinii uzupełniającej przekazanej Prezesowi Urzędu. Zgodnie z opinią biegłego, odnoszącą się również do treści zastrzeżeń Zamawiającego, „Zamawiający stwierdza, że informacjami, które mogły mieć wpływ na kształt koncepcji i studium były informacje dotyczące zakresu danych przechowywanych i przetwarzanych w systemach CEN i TransBiT. Świadczy to o niezrozumieniu czym jest koncepcja budowy, wdrożenia, utrzymania i rozwoju systemu informatycznego. Wbrew poglądom Zamawiającego ograniczenie wymagań do poziomu conceptualnego nie oznacza, że można przy opracowywaniu koncepcji budowy, wdrożenia, utrzymania i rozwoju systemu informatycznego zrezygnować z analizowania warstwy fizycznej implementacji systemu (silniki baz danych, języki programowania, otoczenie serwerowe i sieciowe, usługi wymiany danych). Wdrożenie systemu zależy od funkcjonującej infrastruktury teleinformatycznej, dostępnych zasobów, wykorzystywanych silników baz danych, kompetencji pracowników Zamawiającego w zakresie określonych technologii, utrzymanie systemu zależy m. in. od

rozstrzygnięć związanych z wykorzystywaniem własnych zasobów Zamawiającego, potencjalnego wykorzystywania chmury obliczeniowej, dostępnej przestrzeni w serwerowni.

Studium wykonalności (wikipedia) - oznacza ocenę i analizę potencjału projektu, która ma wesprzeć proces decyzyjny poprzez obiektywne i racjonalne określenie jego mocnych i słabych stron oraz możliwości i zagrożeń z nim związanych, zasobów, jakie będą niezbędne do realizacji projektu oraz ocenę szans jego powodzenia. Zamawiający ma obowiązek uwzględnić wszystkie wymagania i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. W tym przypadku są to właśnie informacje m. in. o strukturze organizacyjnej, funkcjonujących systemach informatycznych, posiadanej infrastrukturze ICT, stosowanych technologiach, powiązaniach z innymi systemami.

Zamawiający uznał za konieczne zamieszczenie w SIWZ odniesień do informacji na temat struktury danych CEN oraz TransBiT, które w ocenie samego Zamawiającego mogły mieć wpływ na kształt Koncepcji i Studium, a więc również odnosiły się do etapu realizacji zamówienia. W swojej opinii biegły stwierdził, że informacjami równie ważnymi dla wykonawców co powyższe dane, była charakterystyka środowiska informatycznego Zamawiającego i również w stosunku do tych informacji istniała konieczność opisanie ich w SIWZ. Przemawiał za tym charakter zamówienia, który nie pozwalał na pozbawienie wykonawców możliwości zapoznania się już w SIWZ z opisem warstwy fizycznej implementacji systemu. Jak wykazano, konceptualny charakter świadczenia wykonawcy nie stanowił uzasadnienia dla opisu zamówienia w kształcie przyjętym przez Zamawiającego.

Prezes Urzędu zwrócił również uwagę, iż w kontrolowanym postępowaniu Zamawiający postawił bardzo rygorystyczne wymogi w zakresie terminu wykonania zamówienia. Koncepcja systemu miała zostać wykonana w I etapie w ciągu 20 dni od podpisania umowy i musiała przy tym zawierać znaczną część koncepcji systemu, z uwzględnieniem projektu architektury systemu KREPTD zawierającego diagram komponentów, metamodel procesów, ogólny model ETL, model kluczowych komponentów systemu, ogólne modele baz systemów zasilających, wymagania z POPC, jak również listę i opis wymagań funkcjonalnych oraz pozafunkcjonalnych uwzględniających zagadnienia techniczne, jakościowe i wydajnościowe. W sytuacji, gdy na wykonawców został również nałożony obowiązek zapoznania się w tym samym czasie z całością informacji związanych ze środowiskiem informatycznym, w którym miał funkcjonować projektowany system, termin wyznaczony przez Zamawiającego był, co potwierdził biegły, niewystarczający. Łączne odczytanie wymogów co do realizacji zamówienia zawartych w SIWZ prowadzi do wniosku, że podstawowe informacje dotyczące struktury informatycznej Zamawiającego powinny zostać w niezbędnym zakresie zamieszczone w SIWZ. Wyjątkowo wymagający termin na

realizację zamówienia powodował, że w kontrolowanym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia bez powyższych informacji nie mógł być uznany za pełny.

W związku z powyższym, mając na uwadze treść opinii biegłego, a także fakt, że ww. braki były kwestionowane w ramach pytań do SIWZ, zasadne było stwierdzenie, że opisanie przedmiotu zamówienia, w odniesieniu do wymagań na Koncepcję systemu i Studium wykonalności, w sposób niekompletny, tj. bez uwzględnienia w niezbędnym zakresie informacji o aktualnym stanie posiadanego przez zamawiającego systemu informatycznego, stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad. 2. W kontrolowanym postępowaniu Zamawiający wyznaczył termin 16 dni na wykonanie Studium wykonalności systemu KREPTD. W Informacji o wyniku kontroli stwierdzono, w oparciu o opinię biegłego, że 16-dniowy termin na wykonanie studium wykonalności nie stanowił wystarczającego okresu zapewniającego należyłą realizację zamówienia. Zamawiający postawił w tym zakresie wymóg zbyt rygorystyczny, mogący prowadzić do pozbawienia dużej części wykonawców możliwości ubiegania się o uzyskanie zamówienia, na co wskazywał fakt złożenia w postępowaniu tylko jednej oferty.

Zamawiający zakwestionował powyższe naruszenie twierdząc w pierwszej kolejności, że termin realizacji zamówienia nie jest elementem opisu przedmiotu zamówienia, stąd nie może być zakwalifikowany jako naruszenie art. 29 ust. 1, ani art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Na potwierdzenie swojej tezy Zamawiający przywołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej.

Prezes Urzędu uznał, że nie przedstawiono przekonujących argumentów prawnych podważających prawidłowość kwalifikacji prawnej omawianego naruszenia. Przepisy ustawy Pzp nie regulują tej kwestii wprost, natomiast zdaniem Prezesa Urzędu termin wykonania zamówienia jest elementem opisu i realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto, Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 13 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO/KD 107/10, rozpatrując zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli w zakresie naruszenia dotyczącego terminu realizacji zamówienia analogicznego jak w niniejszej sprawie, potwierdziła zasadność stwierdzonego naruszenia, nie kwestionując przy tym poprawności jego kwalifikacji prawnej. Jednostkowa wypowiedź Krajowej Izby Odwoławczej zawarta w wyroku przytoczonym przez Zamawiającego nie przeczy zatem ocenie prawnej zawartej w Informacji o wyniku kontroli. Ponadto, sam Zamawiający zawarł informacje dotyczące terminu realizacji zamówienia w części III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia - na początku tej części SIWZ, jak również dalej, w punkcie 3.4.18. Czynności Zamawiającego w powyższej sprawie potwierdzają zatem stanowisko przyjęte przez Prezesa Urzędu.

Istota stwierdzonego naruszenia polega na wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu na realizację Studium wykonalności, który mógł stanowić dla części wykonawców barierę

uniemożliwiająca ubieganie się o zamówienie. Jak wskazano, termin realizacji zamówienia stanowi niewątpliwie element opisu przedmiotu zamówienia mogący wpłynąć na rozszerzenie bądź zawężenie kręgu wykonawców zainteresowanych realizacją zamówienia. Jak jednoznacznie wskazał powołany w sprawie biegły, w okolicznościach niniejszego postępowania termin wyznaczony na wykonanie Studium wykonalności nie stanowił wystarczającego okresu na przygotowanie tego dokumentu zgodnie z wymaganiami SIWZ. Dodatkowo, uwzględniając fakt złożenia w postępowaniu tylko jednej oferty nie sposób zaprzeczyć możliwości wpływu długości powyższego terminu na ten stan rzeczy. Jak orzekła natomiast Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26.04.2011 r., sygn. akt KIO 752/11, *„Podkreślić przy tym należy, że zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, przez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, jest wystarczające do uznania, że norma określona w art. 29 ust. 2 oraz w art. 7 ust. 1 Pzp została naruszona”*.

Zamawiający odniósł się również do kwestii możliwości przyjęcia założenia, na potrzeby ustalenia terminu realizacji Studium wykonalności, że wniosek o dofinansowanie projektu zostanie złożony w drugim, a nie w pierwszym konkursie wniosków w ramach POPC. Jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli, pozwalałoby to na wydłużenie terminu realizacji zamówienia. Zamawiający stwierdził, że na etapie przygotowywania postępowania informacja o drugim konkursie wniosków nie była dostępna. Z tym stwierdzeniem nie zgodził się biegły, który w opinii uzupełniającej wskazał, że „Harmonogram naboru wniosków jest powszechnie dostępny <http://cppc.gov.pl/programy/popc-2/harmonogram-naborow>”.

Zamawiający wiedział, że będzie miał możliwość składania wniosku w IV kwartale 2015 roku”.

Z powyższego wynika, że Zamawiający miał możliwość uzyskania informacji o drugim terminie konkursu POPC. Opinia biegłego dowodzi, że Zamawiający nie dochował w tej kwestii należytej staranności i nie skorzystał z rozwiązania pozwalającego na ustalenie dłuższego terminu realizacji zamówienia. Okoliczności powoływane w zastrzeżeniach do wyniku kontroli świadczą zatem o nieprawidłowym przygotowaniu postępowania i w żadnej mierze nie stanowią obiektywnych przesłanek uzasadniających tak daleko idące skrócenie terminu na wykonanie Studium.

W związku z powyższym, mając na uwadze okoliczności sprawy, w tym treść opinii biegłego, za zasadne uznał Kontrolujący stwierdzenie, że wyznaczenie omawianego terminu realizacji Studium stanowi element opisu przedmiotu zamówienia utrudniający uczciwą konkurencję w postępowaniu, naruszający art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad. 3. Zgodnie z treścią art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych

warunków zamówienia, natomiast zgodnie z treścią art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w specyfikacji należy obowiązkowo zamieścić opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert.

Wymóg opisu kryteriów oceny ofert oraz sposobu oceny ofert oznacza, że zamawiający ma obowiązek wymienić wszystkie kryteria, szczegółowo opisać do czego się odnoszą oraz w jaki sposób nastąpi ocena treści oferty przy ich zastosowaniu.

Dokonując opisu, zamawiający powinien mieć na względzie konieczność zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z czym wiąże się konieczność skonstruowania kryteriów i sposobu ich oceny tak, aby wyłączona była możliwość dokonania subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny. Potwierdza to także motyw 46 preambuły do dyrektywy 2004/18/WE, w którym wskazano, że „aby zapewnić przestrzeganie zasady równego traktowania przy udzielaniu zamówień, należy wprowadzić - ustanowiony przez orzecznictwo - obowiązek zapewnienia niezbędnej przejrzystości, umożliwiającą uzyskanie przez wszystkich oferentów wiarygodnych informacji na temat kryteriów i ustaleń, które będą stosowane w celu wyłonienia najkorzystniejszej oferty. Obowiązkiem instytucji zamawiających jest określenie kryteriów udzielania zamówień wraz z przypisaną poszczególnym kryteriom wagą w odpowiednim czasie umożliwiającym oferentom wzięcie ich pod uwagę podczas sporządzania ofert”.

Z powyższych przepisów wynika, że opis kryterium stosowanego przez zamawiającego powinien być maksymalnie szczegółowy i pełny, gdyż ma on wpływ na sposób mierzenia stopnia spełniania przez ofertę preferencji zamawiającego wyrażonej w postaci danego kryterium. Ocena w ramach kryteriów powinna być zatem stopniowalna - musi istnieć zasada pozwalająca w sposób obiektywny wyrazić stopniowalną ocenę dokonywaną w ramach kryteriów punktowo. Kryterium musi być opisane tak, aby wykonawca biorący udział w postępowaniu wiedział nie tylko jaką wagę zamawiający przypisuje danemu kryterium, ale także za co konkretnie będzie on przyznawał w ramach tego kryterium punkty, innymi słowy - konkretnym cechom nabywanego dobra powinny być przypisane konkretne wartości punktowe. Co więcej opis sposobu dokonywania oceny ofert w ramach kryterium powinien być na tyle precyzyjny, by umożliwił merytoryczne rozstrzygnięcie wyższości jednej oferty nad drugą.

W świetle zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie takiego opisu kryteriów oceny ofert, w tym sposobu oceny ofert, który zapewni obiektywną ocenę oraz porównywalność złożonych ofert, dając tym samym wykonawcom możliwość weryfikacji prawidłowości dokonanej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W kontrolowanym postępowaniu w kryterium ocena funkcjonalna zaproponowanego rozwiązania oferty były oceniane na podstawie wypełnionego Formularza OF.01. W formularzu tym wykonawcy zostali zobligowani do opisu rozwiązania dla trzech zagadnień:

- Propozycja organizacji usług utrzymania w zakresie obsługi incydentów;
- Propozycja identyfikacji procesów biznesowych;
- Propozycja obsługi procesu zmiany systemowej w ramach usług rozwoju Systemu.

W ramach oceny funkcjonalnej Zamawiający przyznawał albo 0 albo 5 albo 10 pkt.

W Informacji o wyniku kontroli stwierdzono w uzasadnieniu omawianego naruszenia, że opis kryterium funkcjonalnego został sformułowany w sposób niezapewniający obiektywnej oceny ofert. Jak wskazano, Zamawiający posłużył się niedookreślonymi pojęciami, które jednocześnie stanowią kluczowy element oceny rozwiązań. Z opisu nie można również wywieść granicy pomiędzy wyznaczonymi grupami punktowymi. Tym samym, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Prezes Urzędu nie zakwestionował samej możliwości wyznaczenia w postępowaniu kryterium pozacenowego odnoszącego się do funkcjonalności przedmiotu zamówienia, które zawierałoby element subiektywny oceny ofert. Kryterium w postaci przyjętej ostatecznie przez Zamawiającego w kontrolowanym postępowaniu pozwalało natomiast w niedopuszczalnym stopniu na uznaniowość i dowolność w ocenie ofert, przekraczając minimalny i nieodłączny przy charakterze przyjętego kryterium poziom subiektywności. Kontrolujący zaznaczał, że w ramach podkryteriów przyjętego kryterium funkcjonalnego wykonawcy zostali zobowiązani do opisanego trzech obszernych zagadnień stanowiących element przedmiotu zamówienia, tj. procesu obsługi incydentów, listy procesów obsługiwanych przez system KREPTD oraz obsługi procesu zmiany systemowej.

Zamawiający sformułował opis powyższych zagadnień w sposób ogólny, nakładając na wykonawców obowiązek opracowania tych zagadnień na potrzeby oceny ofert, nie określając żadnych granic opracowania. Jednocześnie, Zamawiający warunkuje przyznanie odpowiednio 0 pkt, 5 pkt, lub 10 pkt od stwierdzenia, że zaproponowane przez wykonawcę rozwiązanie odpowiednio nie spełnia warunków określonych w kolumnie „Opis zagadnienia”, spełnia je częściowo lub spełnia je w pełni i opis rozwiązania jest kompletny, spójny merytorycznie, przejrzysty, jednoznaczny i wyczerpujący. Wbrew twierdzeniom zamawiającego - Kontrolujący podtrzymał, że powyższy opis podkryteriów w połączeniu z opisem sposobu punktacji nie stanowi konkretnych wymagań, czy też ram w obrębie których przyznawana będzie określona ocena.

Z powyższych powodów stwierdzono w Informacji o wyniku kontroli, że opis sposobu przyznawania punktów w omawianym kryterium nie stanowi konkretnego wyznacznika

wskazującego kiedy opis procesów zaproponowanych przez wykonawcę będzie kwalifikował się do danej kategorii punktowej. Z opisu kryterium nie wynika kiedy lista procesów i ich opis zostanie uznany za wyczerpujący i szczegółowy w wystarczającym stopniu. W szczególności, jak wskazał biegły powołany w niniejszej sprawie, nie sposób wskazać granicy między stwierdzeniem, że opis rozwiązania spełnia warunki w sposób pełny bądź też jedynie w sposób częściowy. Ponadto, skoro Zamawiający zamierzał weryfikować kompletność opisu rozwiązania oraz to, czy jest wyczerpujący, to dla zapewnienia równego traktowania wykonawców konieczne było wypracowanie minimalnego wzorca oceny, jednolitego dla wszystkich ofert. Brak zdefiniowania takiego wzorca w SIWZ uniemożliwił wykonawcom stwierdzenie, co powinna zawierać Koncepcja realizacji przedmiotu zamówienia, aby uzyskać jak największą liczbę punktów.

Nieprecyzyjność opisu kryterium spowodowana została również zaniechaniem wyjaśnienia, co Zamawiający rozumie przez kompletny, spójny merytorycznie, przejrzysty, jednoznaczny i wyczerpujący opis rozwiązania. Jak wskazał biegły powołany w niniejszej sprawie, w okolicznościach niniejszego postępowania było to niezbędne dla zapewnienia obiektywnej oceny ofert.

Zamawiający podnosił, że Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach uznawała w określonych przypadkach za dopuszczalne stosowanie pojęć nieostrych. W zastrzeżeniach do wyniku kontroli Zamawiający szeroko przywołuje w tym zakresie i analizuje orzecznictwo Izby. Kontrolujący podkreślał, że wyroki i uchwały Krajowej Izby Odwoławczej wydawane są na tle konkretnego stanu faktycznego sprawy i mogą pełnić jedynie pomocniczą rolę przy interpretacji przepisów o zamówieniach publicznych, zwłaszcza w kwestii tak ocennej jak obiektywność opisu kryterium funkcjonalnego. W szczególności, Zamawiający wymienia wyroki dotyczące kryteriów nawiązujących do kwestii estetyki, co istotnie różni się od charakteru kryterium przyjętego w kontrolowanym postępowaniu.

W odniesieniu do argumentów Zamawiającego odnoszących się do technologicznych aspektów zamówienia, jak również okoliczności podniesionych w powołanych wyrokach KIO wypowiedział się biegły w opinii uzupełniającej. Jak stwierdzono, „W swojej odpowiedzi sam Zamawiający wskazuje wiele praktycznych możliwości bliższego określenia jakie czynniki mogą być brane pod uwagę przy ocenie poszczególnych kryteriów. Jednak w SIWZ takich wskazań nie ma. Zamawiający powinien sprecyzować jakie elementy opisu będą przez niego wyżej oceniane lub będą uznawane za niezbędne. Ze względu na użyte przez Zamawiającego sformułowanie „opis zgodny ze standardem ITILv3 i BPMN 2.0” bez dodatkowych wskazówek jest niestłuchanie trudno ocenić, które rozwiązanie spełnia te wymagania w sposób częściowy, a które spełnia je w pełni. Wbrew sugestiom Zamawiającego nie oznacza to podawania matematycznych wzorów. W przytoczonym opisie

zabrakło określenia jakie sposoby opisu np. obiektywnego mechanizmu rozliczania czasu obsługi incydentów będą przez Zamawiającego uznawane za kompletne, wyczerpujące, przejrzyste, jednoznaczne i spójne merytorycznie”.

Za nietrafne Kontrolujący przyjął, w świetle powyższej opinii, twierdzenia Zamawiającego, iż opis kryterium uwzględniający wnioski płynące z uzasadnienia naruszenia prowadziłby do konieczności zastosowania prostego kryterium sprowadzającego się do zastosowania wzoru matematycznego. Nie wynika również z opinii biegłego konieczność rozbudowania kryterium w taki sposób, że faktycznie to Zamawiający sporządziłby koncepcję systemu za wykonawcę. Zamawiający obowiązany był natomiast do precyzyjniejszego opisanego zakresu rozwiązania, które wykonawca miał przedstawić na potrzeby oceny oferty, bliższego wyjaśnienia przesłanek przyznania konkretnej liczby punktów, jak również wyjaśnienia przyjętego znaczenia nieostrych pojęć.

Zamawiający utrzymywał również, że w uzasadnieniu naruszenia dotyczącego kryterium funkcjonalnego nie wykazano naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Prezes Urzędu wskazał, że opis został sformułowany w sposób niezapewniający obiektywnej oceny ofert, pozwalający w niedopuszczalnym stopniu na uznaniowość i dowolność w ocenie ofert.

Sformułowanie kryterium w sposób na tyle nieprecyzyjny, że pozostawia dowolność w dokonywaniu oceny ofert stanowi bezpośrednie naruszenie wskazanej w Informacji o wyniku kontroli zasady ochrony uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Takie określenie kryteriów oceny ofert utrudnia wykonawcom przygotowanie oferty pod kątem zdobycia jak największej liczby punktów i rzetelnego konkurowania z ofertami innych wykonawców narażając ich jednocześnie na subiektywną ocenę ofert przez zamawiającego, bądź przyznanie mniejszej ilości punktów z powodu braku zaproponowania w ofercie rozwiązania, które byłoby w stanie zaoferować, gdyby wiedzieli, że będzie ono oceniane i dodatkowo punktowane.

Ponadto, do kwestii naruszenia uczciwej konkurencji odniósł się biegły w sporządzonej opinii uzupełniającej. Biegły, posiadający wieloletnie doświadczenie w realizacji projektów informatycznych współfinansowanych ze środków UE stwierdził jednoznacznie: „Zastosowanie przez Zamawiającego nieprecyzyjnej metody oceny ofert zwykle skutkuje mniejszą liczbą Wykonawców, którzy składają oferty w postępowaniu. Tak się też stało w tym przypadku. Do Zamawiającego wpłynęła tylko jedna oferta, mimo że na rynku usług doradczych funkcjonuje wiele firm, które takie usługi wykonują (zostały wskazane przez Zamawiającego oraz w ekspertyzie). Wykonawcy analizują wymagania SIWZ pod kątem możliwości złożenia oferty i gdy oceniają, że oferty nie będą oceniane

obiektywnie bardzo często rezygnują z udziału w postępowaniu. Nieprecyzyjny sposób oceny ofert skutkuje ograniczeniem konkurencji”.

W konsekwencji, Kontrolujący za aktualne uznał stwierdzenie, iż opisanie kryterium „Ocena funkcjonalna zaproponowanego rozwiązania” w sposób, który nie zapewnia obiektywnej oceny ofert, stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad. 4. Stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące wiedzy i doświadczenia. Ustawa Prawo zamówień publicznych pozostawia Zamawiającemu pewną swobodę w zakresie merytorycznego kształtowania warunków udziału w postępowaniu, jednak wyraźnym ograniczeniem tej swobody jest nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a w związku z tym obowiązek takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że „Zamawiający konkretyzując wymogi ustawowe, samodzielnie ustala w SIWZ i w ogłoszeniu o zamówieniu jaką wiedzą i doświadczeniem winien legitymować się wykonawca, aby mógł zostać dopuszczony do konkretnego postępowania. Przepis art. 22 ust. 4 Pzp ustanawia barierę dla zbyt wygórowanych wymagań zamawiającego, a więc niepożądanych z punktu widzenia otwarcia zamówień publicznych na konkurencję stanowiąc, że opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust. 1 powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” (wyrok KIO z dnia 15 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1411/15). Z powyższego wynika, że dążenie zamawiającego do wyboru wykonawcy w najwyższym stopniu spełniającego wymogi uznawane przez zamawiającego za konieczne do należytego wykonania zamówienia nie może stanowić argumentu dla naruszenia norm ustawy poprzez ograniczenie dostępu do zamówienia wykonawcom faktycznie zdolnym do jego należytego wykonania. Opisanie przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu mają bowiem uniemożliwić skuteczne ubieganie się o zamówienie wyłącznie tym wykonawcom, których posiadany potencjał (w tym wiedza i doświadczenie) nie daje rękami należytej realizacji zamówienia. Dlatego przepis art. 22 ust. 4 Pzp wskazuje na konieczność takiego opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, który będzie związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Kontrolujący w ślad za argumentacją przytoczoną w Informacji o wyniku kontroli, podał iż proporcjonalność, o której mowa w przepisie art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, oznacza, że warunki udziału w postępowaniu winny być zawsze formułowane w sposób odpowiadający wielkości, charakterowi, złożoności oraz rodzajowi przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem. W konsekwencji,

każdorazowo opis warunków musi być uzasadniony merytorycznie i znajdować swoje usprawiedliwienie w specyfice konkretnego przedmiotu zamówienia.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy Kontrolujący podtrzymał, że istotą naruszenia stwierdzonego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w odniesieniu do postawionego warunku wiedzy i doświadczenia było określenie nadmiernych wymagań co do ilości żądanych projektów systemów informatycznych oraz projektów doradczych. W odniesieniu do powyższej kwestii Zamawiający uzasadnił prawidłowość postawionego warunku powołując się na statystyki projektów realizowanych w ramach osi nr 8, 7 oraz 2 POIG. Jak wyjaśniał Zamawiający - kształt warunku wiedzy i doświadczenia został dostosowany do charakteru działalności przedsiębiorców przeprowadzających projekty w ramach działań 8.1 i 8.2 POIG. Zamawiający przedstawił statystyki obrazujące dużą liczbę projektów zakończonych w ramach tych działań. Należy jednak zauważyć, że jakkolwiek w ramach tych działań są realizowane projekty informatyczne, to nie można przyjąć, że w całości odpowiadają one cechom projektów informatycznych (zakresowi przedmiotowemu, wartości) opisanych przez Zamawiającego w treści warunku. Zamawiający żądał wykazania się realizacją projektów doradczych o wartości nie mniejszej niż 40 000 zł, obejmujących zaprojektowanie lub budowę systemów informatycznych, które zakończyły się przyznaniem dofinansowania o wysokości minimum 400 000 zł każdy. Nie wszystkie projekty działań 8.1 i 8.2 POIG odpowiadają powyższym wymogom. Okoliczność tę potwierdził biegły w opinii uzupełniającej informując, że „Pełną listę wniosków zatwierdzonych do dofinansowania w ramach działania 8.1 i 8.2 można znaleźć na stronie PARP <http://poig.parp.gov.pl>. Większość tych wniosków to działania zorientowane na budowę portali internetowych, sklepy internetowe, a nie na zaprojektowanie lub budowę systemu informatycznego”. Przywołane liczby zakończonych projektów nie obrazują zatem liczby wykonawców choćby potencjalnie spełniających warunek wiedzy i doświadczenia w niniejszym postępowaniu. Pomimo zrealizowania tylu projektów przez wielu wykonawców w kontrolowanym postępowaniu ofertę złożył tylko jeden wykonawca.

Poza tym z uzasadnienia Zamawiającego wynika, że przyjął on w toku przygotowania postępowania założenie, iż treść warunku zostanie dostosowana do potencjału, jakim mogą się wykazać nie tylko wykonawcy z wąskiego grona firm doradczych mających doświadczenie w przygotowaniu projektów systemów o znacznej wartości. Z uzasadnienia stanowiska Zamawiającego wynika, że opisany warunek miał pozwalać na otwarcie dostępu do uzyskania zamówienia przez mniejsze podmioty. Kontrolujący nie podzielił opinii zamawiającego, iż „podejście przyjęte przez Zamawiającego jest właściwsze z punktu widzenia zasad proporcjonalności i maksymalizacji stopnia dostępności do zamówienia dla podmiotów świadczących usługi doradcze”. Trudno bowiem uznać, aby wymóg wykazania

się dziesięcioma projektami doradczymi oraz dziesięcioma projektami systemów informatycznych ułatwiał wykonawcom wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli - jest to wymóg znacznie przekraczający próg potwierdzający zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający podnosił również, że „wielokrotne należyte wykonanie usługi, dostawy bądź roboty budowlanej danego rodzaju będzie świadczyć o posiadaniu przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia - powyższe odróżnia doświadczenie od incydentalnie podjętej czynności, którą zdarzyło się komuś wykonać”. Prezentując powyższy pogląd należy również pamiętać, że ustawa Prawo zamówień publicznych wyznacza granice możliwości żądania przez zamawiającego wykazywania przez wykonawców „wielokrotności” wykonanych zamówień. Zamawiający nie ma w tym zakresie dowolności i swoje przekonanie o poziomie zapewniającym o posiadaniu przez wykonawcę wystarczającego doświadczenia musi skonfrontować z normą wynikającą z art. 22 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zapewnieniem otwarcia możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wszystkich wykonawców, którzy faktycznie dysponują niezbędnym potencjałem. Jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia z dnia 4 listopada 2014 r., KIO 2189/14, *„Określenie warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego, co do zasady nie może prowadzić do wykluczenia uczestnictwa w postępowaniu wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Należy przy tym zauważyć, że art. 22 ust. 1 Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki wskazane w tym przepisie. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie oznacza, że dostęp do zamówienia powinni mieć zapewniony wszyscy wykonawcy, którzy spełniają podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia, niekoniecznie zaś wymogi wygórowane, tj. takie, których spełnienie nie jest konieczne do wykazania zdolności do realizacji zamówienia. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zapewnienie wykonawcom posiadającym możliwości wykonania danego zamówienia dostępu do realizacji zamówienia na zasadach niedyskryminacyjnych”*.

Kontrolujący ocenił, że w danym postępowaniu wymogi postawione przez Zamawiającego daleko wykraczają poza podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia. Jednocześnie Zamawiający nie przedstawił okoliczności potwierdzających, że sformułowany warunek jest zasadny z uwagi np. na wyjątkowy charakter przedmiotu zamówienia, bądź poziom jego skomplikowania i złożoności. Jak wskazano wyżej, każdorazowo opis warunków musi być uzasadniony merytorycznie i znajdować swoje usprawiedliwienie w specyfice konkretnego przedmiotu zamówienia. W niniejszej sprawie nie wykazano, że wyłącznie doświadczenie w wykonaniu 10 projektów

systemów informatycznych oraz 10 projektów doradczych stanowi próg wystarczający do wykazania niezbędnego potencjału. Jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli charakter przedmiotu zamówienia nie uzasadniał postawienia wymogów na takim poziomie. Jednocześnie, jak wskazał biegły posiadający wieloletnie doświadczenie w realizacji projektów informatycznych współfinansowanych ze środków UE, wykonawcy mogący wykazać się mniejszą liczbą wykonanych projektów byłiby zdolni do należytej realizacji zamówienia.

Zamawiający podnosił również, że w Informacji o wyniku kontroli „Ani biegły ani kontrolujący nie wykazali, czy chociażby nie uprawdopodobnili, iż na rynku nie istnieją podmioty spełniające postawione przez Zamawiającego warunki”. W odniesieniu do powyższego Kontrolujący zwrócił uwagę, że w toku prowadzonego przez Prezesa Urzędu postępowania wyjaśniającego Zamawiający został zapytany, pismem z dnia 8.05.2015 r. czy według jego wiedzy na rynku funkcjonują inni niż Ideazone Sp. z o.o. wykonawcy dysponujący doświadczeniem o zakresie wymaganym w niniejszym postępowaniu, w szczególności posiadający jednocześnie doświadczenie określone w pierwszym i drugim punkcie opisu warunku doświadczenia. Zamawiający miał zatem możliwość wykazania, że postawiony przez niego warunek nie narusza zasady uczciwej konkurencji. W odpowiedzi Zamawiający wymienił 5 przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie przygotowywania wniosków o dofinansowanie. Nie zajmują się oni jednak projektowaniem i budową systemów informatycznych, w związku z czym nie byłiby w stanie samodzielnie wykazać spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w kontrolowanym postępowaniu. Sam Zamawiający zatem, mimo znajomości branży, nie był w stanie wskazać wykonawcy zdolnego do wykazania doświadczenia. Niewątpliwie można wskazać wykonawców dysponujących doświadczeniem w realizacji wymaganych w kontrolowanym postępowaniu projektów informatycznych oraz innych wykonawców wykonujących projekty doradcze. Jednakże nie sposób znaleźć wykonawcy działającego na rynku właściwym dla zamówienia takiego, jakie było przedmiotem kontrolowanego postępowania, posiadającego wymagane doświadczenie w obu wskazanych przez zamawiającego dziedzinach.

Prezes Urzędu nie przyjął przy tym argumentacji Zamawiającego dotyczącej możliwości udziału wykonawców w postępowaniu w formie konsorcjum, bądź korzystania z zasobów podmiotów trzecich. Przewidziane w ustawie Pzp uprawnienia wykonawców w powyższym zakresie nie uzasadniają formułowania warunku z założeniem, że jedynie przy połączeniu potencjałów dwóch, bądź większej liczby wykonawców, możliwe będzie złożenie oferty w postępowaniu. Stanowi to nieuzasadnioną uciążliwość, stawiającą w lepszej pozycji wykonawców mających możliwość zawarcia konsorcjum, a przez to dyskryminującą innych wykonawców. Poza stwierdzonym wyżej opisem warunku w sposób nieproporcjonalny do

przedmiotu zamówienia Kontrolujący zwrócił uwagę, iż jego treść, szczególnie w zakresie punktu 2, umożliwia sytuację, w której realizacji zamówienia podjąłby się wykonawca wykonujący wcześniej projekty doradcze o zupełnie innym charakterze, niż stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia. W uzupełniającej opinii biegły stwierdził bowiem, że „Zamawiający prowadzi postępowanie na „Wytworzenie Studium wykonalności i Koncepcji budowy, wdrożenia, utrzymania i rozwoju KREPTD”, czyli chce zrealizować projekt duży, o charakterze zbliżonym do projektów realizowanych w ramach 7 osi POIG, a nie projektów realizowanych w ramach działania 8.1 i 8.2 kierowanych do mikro i małych przedsiębiorstw. Doświadczenie wykonawców w realizacji wielu bardzo małych projektów informatycznych nie przekłada się na doświadczenie w realizacji przedsięwzięcia o tak dużej skali i takim charakterze (ogólnopolski rejestr publiczny). Żaden z projektów realizowanych w ramach działania 8.1 i 8.2 nie miał „wielkości, charakteru, złożoności ani rodzaju” zbliżonego do przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem”. Intencja Zamawiającego skierowania zamówienia do wykonawców mających doświadczenie w realizacji projektów doradczych w ramach działania 8.1 i 8.2 POIG mogła zatem doprowadzić do sytuacji wyboru wykonawcy nie gwarantującego należytej realizacji zamówienia.

Kontrolujący ponownie wskazał, iż wyżej opisane, nieprawidłowe sformułowanie warunku wiedzy i doświadczenia znalazło odbicie w przebiegu kontrolowanego postępowania. Podkreślił, że złożona została tylko jedna oferta, a ponadto wykonawca Ideazone Sp. z o.o. nie wykazał samodzielnie spełnienia warunku, lecz w istotnym zakresie oparł się na udostępnionym potencjale podmiotu trzeciego. Za pozostające bez wpływu na ocenę stwierdzonego naruszenia uznał wywody Zamawiającego dotyczące rzekomego sugerowania w Informacji o wyniku kontroli sporządzenia opisu warunku poprzez żądanie wykazania usług tożsamyh z przedmiotem zamówienia. Zaprzeczył twierdzeniom Zamawiającego, aby w Informacji o wyniku kontroli wyrażono zalecenia dla takiego sposobu opisu warunku. W konsekwencji, Kontrolujący za aktualne uznał stwierdzenie, iż opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i stanowi naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez co stanowi naruszenie art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad. 5. Jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli, Zamawiający określił w pkt 4 części II A SIWZ zakres dokumentów żądanych od podmiotów zagranicznych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia. Zamawiający wymagał m. in. złożenia w określonych okolicznościach dokumentu zawierającego oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu

zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Jak wykazano w Informacji o wyniku kontroli, powyższy dokument został opisany odmiennie niż przewidziano w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania.

Z kolei art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a ich katalog określony został w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Powyższe rozporządzenie zawiera zatem zamknięty katalog dokumentów, których zamawiający może żądać od wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Ani przepisy ustawy, ani rozporządzenia nie przewidują możliwości odstępstwa od rodzaju żądanego dokumentu. Zamawiający obowiązany jest wobec tego do dochowania należytej staranności w formułowaniu wymogów dotyczących dokumentów w SIWZ. Zaznaczył, iż w sytuacji, gdy Zamawiający zamieszcza w specyfikacji istotnych warunków zamówienia informacje o dokumentach, które należy złożyć, powinien je wskazać poprawnie, bowiem działanie takie może wprowadzać wykonawców w błąd.

Wobec powyższego Kontrolujący podtrzymał stwierdzenie, że określając możliwość złożenia oświadczenia złożonego przed notariuszem w sytuacji określonej w pkt. 4.1 części II A SIWZ z ograniczeniem, by był to notariusz z kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, tj. dokumentu nieprzewidzianego w rozporządzeniu, Zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. Nieprawidłowe opisanie ww. żądanego dokumentu potwierdza zresztą sam Zamawiający, wskazując na popełnioną omyłkę, co nie zmienia faktu, że doszło do naruszenia ww. przepisów.

Reasumując, przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli zostały przez Prezesa Urzędu uznane za niezaskłujące na uwzględnienie. Tym samym podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Z dokumentacji postępowania przetargowego wynika następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia są usługi - Wytworzenie Studium Wykonalności i Koncepcji budowy, wdrożenia, utrzymania i rozwoju Krajowego Rejestru Elektronicznego Przedsiębiorców Transportu Drogowego

Tryb postępowania: przetarg nieograniczony

Wartość zamówienia: 240 000,00 zł, tj. 56 806,08 euro (protokół postępowania), kwota jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia – 295 200,00 zł (protokół z otwarcia ofert).

Zamówienie nie jest współfinansowane ze środków Unii Europejskiej (protokół postępowania).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9.03.2015 r. nr 32225-152015 ze zmianą z 16.03.2015 r. nr ogłoszenia 3683-2015.

Do wyznaczonego terminu składania ofert - 20.03.2015 r. została złożona jedna oferta przez wykonawcę Ideazone Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z ceną brutto 273 060,00 zł, której Zamawiający w powiadomieniu z dnia 23 marca 2015 r. przyznał punktację ogólną - 68,92, w tym cena - 43,92 i ocena funkcjonalna zaproponowanego rozwiązania - 25. Z wybranym wykonawcą Zamawiający zawarł umowę o realizację zamówienia w dniu 1 kwietnia 2015 r.

Część I SIWZ.

Punkt 3.4. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Punkt 3.5. Sposób oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu określa Część II SIWZ.

Punkt 3.6. Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykonawca składa oświadczenia i dokumenty, które są wskazane w Części II SIWZ.

Punkt 4.3. Ofertę stanowi wypełniony formularz „Oferta” (numer OF-0) oraz dokumenty wymienione w warunkach szczególnych SIWZ.

Punkt 9.3. Zamawiający wybierze ofertę najkorzystniejszą w oparciu o kryteria oceny ofert określone w części II SIWZ.

Punkt B. części II A SIWZ. Kryteria oceny ofert. Punkt 3.

Cena - waga 50

Ocena funkcjonalna zaproponowanego rozwiązania - waga 50.

Punkt 3.2. Ocena funkcjonalna zaproponowanego rozwiązania stanowi sumę punktów uzyskanych po wypełnieniu tabeli w formularzu nr OF.01. (...).

Szczegółowe informacje dotyczące oceny funkcjonalnej zaproponowanego rozwiązania zawiera załącznik nr 1 do SIWZ. Pismem z dnia 10 marca 2015 r. Zamawiający dokonał zmiany i podał, że Szczegółowe informacje dotyczące oceny funkcjonalnej zaproponowanego rozwiązania zawiera formularz nr OF.01.

Załącznik do formularza oferty stanowił formularz OF.01 – nazwany Kryteria funkcjonalno-techniczne rozwiązania w postępowaniu (...) na: „Wytworzenie Studium Wykonalności i Koncepcji budowy, wdrożenia, utrzymania i rozwoju Krajowego Rejestru Elektronicznego Przedsiębiorców Transportu Drogowego”, w którym wykonawca zobowiązany był przedstawić:

- unikalny identyfikator zadania
- nazwę elementu zadania (treść opisu zadania)
- opis rozwiązania.

W ramach zmiany SIWZ Zamawiający dokonał modyfikacji Formularza OF.01. W nowej wersji formularza wykonawcy zostali zobligowani do opisu rozwiązania:

trzech zagadnień wymienionych w formularzu, tj.:

1. Propozycja organizacji usług utrzymania w zakresie obsługi incydentów (zgodny ze standardami ITIL v3 i BPMN 2.0 opis procesu obsługi incydentów zapewniający obiektywne mechanizmy rozliczania czasu obsługi incydentów wynikające z założonego poziomu SLA.
2. Propozycja identyfikacji procesów biznesowych (opracowana w oparciu o aktualne i projektowane akty prawne lista procesów obsługiwanych przez system KREPTD zawierająca identyfikator, nazwę procesu oraz wskazanie celu procesu biznesowego.
3. Propozycja obsługi procesu zmiany systemowej w ramach usług rozwoju Systemu (zgodny ze standardem BPMN 2.0 opis procesu zapewniający obiektywny i oparty o niezależne szacowania pracochłonności opis obsługi zmiany systemowej Systemu.

Wykonawca w kolumnie 4 omawianego formularza zobowiązany był przedstawić opis proponowanego rozwiązania.

W ramach oceny funkcjonalnej Zamawiający będzie przyznawał 0, albo 5, albo 10 punktów wg poniższej zasady:

- 0 (zero) punktów otrzyma rozwiązanie, które nie spełnia warunków określonych w kolumnie „Opis zagadnienia”
- 5 (pięć) punktów otrzyma rozwiązanie, które w sposób częściowy spełnia warunki określone w kolumnie „Opis zagadnienia”
- 10 (dziesięć) punktów otrzyma rozwiązanie, które w pełni spełnia warunki określone w kolumnie „Opis zagadnienia”, opis rozwiązania jest zaś kompletny, spójny merytorycznie,

przejrzysty, jednoznaczny i wyczerpujący (Wykonawca w sposób spójny i wyczerpujący przedstawił opracowanie dla każdego z wyżej wymienionych elementów Opisu rozwiązania). Uwaga. Oferta która nie będzie zawierała opisu rozwiązania, lub w której opis rozwiązania nie będzie zawierał informacji niezbędnych do dokonania oceny według powyższych podkryteriów, lub uzyska mniej niż 50% maksymalnej możliwej do uzyskania ilości punktów zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jest to jedyny przedstawiony w dokumentacji przetargowej opis sposobu oceny ofert w powyższym kryterium funkcjonalnym rozwiązania.

Formularz nr DP.3. Stanowił Wykaz wykonanych zamówień.

Część II SIWZ stanowi Warunki szczególne, w których Zamawiający podał, między innymi:

A. Warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu oceny spełnienia tych warunków

Punkt 1.1. posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z treścią SIWZ w brzmieniu ustalonym po zmianie z dnia 16.03.2015 r. zamawiający przewidział warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykazali, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej:

1.1.1. - 10 (dziesięć) projektów systemów informatycznych polegających na zaprojektowaniu lub zaprojektowaniu i budowie systemu informatycznego o wartości nie mniejszej niż 150.000 PLN każdy,

1.1.2. - 10 (dziesięć) projektów doradczych o wartości nie mniejszej niż 40.000 PLN każdy, polegających na przygotowaniu wniosku o dofinansowanie z funduszy UE projektu dotyczącego zaprojektowania lub budowy systemu informatycznego, które zakończyły się przyznaniem dofinansowania w wysokości minimum 400.000 PLN każdy, lub 10 (dziesięć) projektów doradczych o wartości nie mniejszej niż 40.000 PLN każdy, polegających na przygotowaniu studium wykonalności do wniosku o dofinansowanie projektu dotyczącego budowy systemu informatycznego, które zakończyły się przyznaniem dofinansowanie w wysokości minimum 400.000 PLN każdy.

Przed dokonaniem zmiany opis warunku zawierał wymóg wykazania 15 projektów systemów informatycznych oraz 15 projektów doradczych opisanych wyżej. Zmiana nastąpiła w wyniku wniosku jednego z wykonawców, który żądał zmniejszenia liczby wymaganych projektów do dwóch.

W uzasadnieniu dokonanej zmiany zamawiający wskazał: „W związku z pytaniem Wykonawcy Zamawiający dokonuje modyfikacji powyższego warunku z 15 projektów na 10

projektów, co faktycznie w okresie 18.03.2012 - 31.12.2013 oznacza ok. 5 projektów rocznie. Mając na uwadze przedmiot zamówienia, a przede wszystkim napięty harmonogram prac, Zamawiający ustalił liczbę zamówień, która jego zdaniem będzie wystarczającym dowodem posiadania przez wykonawcę wiedzy, know-how, doświadczenia i ciągłości działania o charakterze wystarczającym do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia”.

Punkt 2. Następujące dokumenty i oświadczenia stanowiąc będą podstawę dokonania przez Zamawiającego oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, w tym: Wykaz wykonanych zamówień, zgodny z Formularzem nr DP.3. oraz załączeniem dowodów, iż zostały wykonane (wykonywane) należycie.

Punkt 4.1. części II A SIWZ - zakres dokumentów żądanych od podmiotów zagranicznych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia. Wskazano, że „Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast: (4.1.) żądanych przez Zamawiającego: aktualnego odpisu z właściwego rejestru w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego - składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości - z zastrzeżeniem, że jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa powyżej, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Część III SIWZ stanowi Opis przedmiotu zamówienia (OPZ). Cel realizacji zamówienia wytworzenie Studium wykonalności i Koncepcji budowy, wdrożenia i rozwoju KREPTD. Zgodnie z punktem 3.1.2. wymagania na Koncepcję systemu miały obejmować między innymi listę i opis wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych uwzględniających zagadnienia techniczne, jakościowe, wydajnościowe (...).

Zgodnie z treścią SIWZ przedmiotem zamówienia było wytworzenie Studium Wykonalności i Koncepcji budowy, wdrożenia, utrzymania i rozwoju Krajowego Rejestru Elektronicznego Przedsiębiorców Transportu Drogowego (KREPTD). Przedmiot zamówienia obejmował, zgodnie z częścią III SIWZ, następujące elementy:

Etap I

1. Koncepcja systemu: w ramach przedmiotu zamówienia wymagane było dostarczenie kompletnej wizji realizacji systemu KREPTD.
2. Harmonogram ramowy projektowanego rozwiązania i opis wskazujący kamienie milowe, tj. kluczowe zadania lub grupy działań na poziomie zarządczym lub operacyjnym.
3. Studium wykonalności systemu KREPTD.

ETAP II

Koncepcja systemu - dostarczenie kompletnej wizji realizacji systemu KREPTD.

W treści SIWZ wymieniono elementy, które musiał uwzględnić wykonawca przy realizacji Koncepcji, harmonogramu i Studium wykonalności systemu.

Punkt 3.3. zawiera wymagania w odniesieniu do Studium wykonalności. W tym wytyczne co do zachowania iteroperacyjności systemu informatycznego objętego projektem z innymi systemami informatycznymi (należy wskazać powiązania z systemami istniejącymi lub wdrażanymi w ramach innych projektów). Dokument powinien wskazywać cechy systemów informatycznych, które umożliwiają ich skuteczne współdziałanie, w szczególności wymianę danych (litera x str. 39).

Zgodnie z pkt 3.4.15. SIWZ, w etapie I wymagane było przygotowanie Koncepcji systemu przy zachowaniu poziomu szczegółowości analizy niezbędnego dla potrzeb przygotowania Studium. W ramach etapu II wymagano przygotowania opracowań cechujących się maksymalnym poziomem szczegółowości wynikającym z analizy treści załączonych aktów prawnych, wewnętrznych procedur obowiązujących w GITD, uwzględnienia wszystkich wymagań zgłaszanych przez pracowników Zamawiającego.

OPZ określa między innymi termin realizacji przedmiotu zamówienia - w terminie 50 dni od daty zawarcia umowy, zgodnie z harmonogramem przedstawionym w pkt 3.4.18.

3.4.16. Zakłada się, że wymagania i oczekiwania będą doszczegóławiane przez personel Wykonawcy Koncepcji i Studium wykonalności poprzez przeprowadzenie wywiadów bezpośrednich z pracownikami Zamawiającego oraz przez toczącą się równolegle analizę systemów informatycznych Zamawiającego (CEN, TransBit, OpenBTM) oraz analizę specyfikacji struktur danych oraz interfejsów komunikacyjnych zewnętrznych systemów informatycznych (KRS, PESEL, CEIDG, REGON, KRK) oraz danych wymienianych z systemami informacyjnymi (rejstry Starostw, informacje o kontrolach innych służb, formularze wymiany danych z KRK i PESEL) .

3.4.18. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przedstawił produkty przedmiotu zamówienia w poniższych terminach od podpisania umowy.

Lp. Nazwa elementu; wymagania; Etap; Termin odbioru

1. KONCEPCJA SYSTEMU - 20 dni od daty podpisania umowy
2. STUDIUM WYKONALNOŚCI - 30 dni od daty podpisania umowy, jednak nie później niż 17-04-2015
3. UZUPEŁNIENIE KONCEPCJI - 50 dni od daty podpisania umowy

Część IV SIWZ Istotne postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego (IPU).

W § 1 ust. 9 IPU. Zamawiający dostarczy wykonawcy wszelkie posiadane przez siebie dane i informacje, które będą niezbędne wykonawcy do realizacji przedmiotu umowy. Zamawiający dostarczy wykonawcy inne dokumenty, opracowania, analizy, koncepcje, studia dotyczące przedmiotowego projektu, a zrealizowane na podstawie odrębnych umów.

W § 1 ust. 12 pkt d) IPU. Wymagania i oczekiwania będą doszczegóławiane przez personel Wykonawcy, poprzez przeprowadzenie wywiadów bezpośrednich z pracownikami Zamawiającego oraz przez toczącą się równolegle analizę systemów informatycznych udostępnionych przez Zamawiającego. Zamawiający wymaga aby czynności te były realizowane w wymiarze nie mniejszym niż 50 dni przez stały zespół (...).

W § 2 ust. 1 IPU. Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy opisany w § 1 ust. 1 IPU w terminach określonych w OPZ i Harmonogramie, z zastrzeżeniem, że:

- a) wykonanie Studium wykonalności nastąpi w terminie do 17.04.2015 r.
- b) wykonanie Koncepcji nastąpi w terminie 50 dni od podpisania umowy,
- c) wykonanie dokumentacji SIWZ nastąpi w terminie 50 dni od podpisania umowy.

Jak wyżej podaje także tekst umowy zawartej z wykonawcą wybranym, tj. Ideazone Sp. z o.o.

W IPU zamawiający zastrzegł na swoją rzecz kary umowne z tytułu opóźnień w realizacji umowy oraz prawo do odstąpienia od umowy w razie opóźnienia w realizacji któregośkolwiek z etapów harmonogramu lub przedmiotu umowy, wynoszącego więcej niż 3 dni.

Pismem z dnia 16 marca 2015 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień na zapytania i wnioski potencjalnego wykonawcy zainteresowanego danym przetargiem dotyczące między innymi:

- 1) wygórowanych wymagań w zakresie warunków udziału w postępowaniu – posiadania wiedzy i doświadczenia,
- 2) kryteriów oceny funkcjonalnej proponowanego rozwiązania,
- 3) braków w opisie przedmiotu zamówienia - w odniesieniu do istniejących uwarunkowań po stronie Zamawiającego,

Zamawiający poza zmniejszeniem liczby realizacji usług referencyjnych z 15 na 10, pozostałe postulaty wykonawcy w ww. zakresie uznał za niezasadne i pozostawił postanowienia SIWZ bez zmian.

Do ad. 1. W Informacji o wyniku kontroli stwierdzono naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w odniesieniu do wymagań na Koncepcję Systemu i Studium wykonalności, w sposób niekompletny, tj. bez uwzględnienia w niezbędnym zakresie informacji o aktualnym stanie posiadanego przez zamawiającego systemu informatycznego.

Zamawiający podnosił w zastrzeżeniach do wyniku kontroli, iż nie istniała konieczność zamieszczenia powyższych informacji w SIWZ, ponadto powyższe informacje były istotne wyłącznie na etapie realizacji zamówienia.

Izba nie podzieliła poglądów Zamawiającego. Przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje opis przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Nie można rozróżniać, że oznaczone informacje mogą mieć znaczenie wyłącznie na etapie realizacji zamówienia.

Informacje potrzebne do sporządzenia oferty ściśle przystają do informacji wykorzystywanych w trakcie realizacji zamówienia. Na podstawie opisu przedmiotu zamówienia i wiążących się z nim uwarunkowań, które wykonawca winien spełnić przy realizacji zamówienia - buduje on swoją ofertę, wszystkie jej konieczne elementy, identyfikuje środki które pozwolą zrealizować owe zamierzenie w wyznaczonych terminie i na tej płaszczyźnie wylicza zaoferowaną cenę.

Zamawiający zapomniał, że zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Należy więc postawić znak równości między ofertą a jej wykonaniem, w przypadku uzyskania zamówienia.

Przykładowo, w przetargach na roboty budowlane zamawiający są zobowiązani udostępnić w ramach opisu przedmiotu zamówienia SIWZ projekty techniczne, dane odnośnie uwarunkowań budowy na oznaczonym terenie, podobnie dotyczy to innych rodzajów zamówień, w tym usług na wytworzenie Koncepcji, Studium wykonalności, czy specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla potrzeb opracowania systemu informatycznego KREPTD - w odniesieniu do istniejących uwarunkowań, które pozwalałyby na poprawne wykonanie zamawianych opracowań, oszacowania pracochłonności i wyliczenia ceny oferty.

Oczywistym jest, że zamówienie wykonawca zrealizuje po podpisaniu umowy, ale z góry winien znać jego zakres, a nie otrzymywać dodatkowe wytyczne i zlecenia w trakcie trwania umowy. Przedmiotem opracowania nie miał być wprawdzie projekt systemu, ale jego Koncepcja. Nie oznacza to, że Koncepcja miała odnosić się do „próżni”, ale winna być

dostosowana do konkretnego środowiska i osadzona w realiach. Dla tejże Koncepcji Zamawiający stawiał wymagania, aby zapewniała usługi integracji systemów i wymiany danych w ramach zasobów posiadanych przez zamawiającego oraz zewnętrznych, z których korzysta w wykonywaniu własnych procedur. Wykonawca przed złożeniem oferty winien więc uzyskać niezbędną wiedzę w powyższym zakresie, czego Zamawiający nie umożliwił. Sam fakt, że Zamawiający ocenił, iż wybrany przez niego wykonawca Ideazone Sp. z o.o. wywiązał się z realizacji zamówienia, nie dowodzi poprawności kwestionowanego opisu przedmiotu zamówienia.

Opis przedmiotu zamówienia w danym postępowaniu niewątpliwie wymagał udostępnienia wykonawcom wiedzy szczegółowej dotyczącej Zamawiającego, obsługiwanych przez niego wewnętrznych procedur aktualnych i prognozowanych - dla docelowego wytworzenia systemu informatycznego KREPTD. Taka dokumentacja nie została udostępniona przez Zamawiającego w ramach tego postępowania, ani też Zamawiający nie uznał za zasadne jej uzupełnienie, mimo zgłaszanych braków przez przedsiębiorcę zainteresowanych danym przetargiem. Udostępnienie wykonawcom przedmiotowej dokumentacji w ramach OPZ było niezbędne dla sporządzenia proponowanego rozwiązania w sposób kompletny, spójny merytorycznie, przejrzysty, jednoznaczny i wyczerpujący. Okoliczności oznaczonego postępowania i charakter zamówienia każdorazowo wyznaczają zakres informacji niezbędnych do zamieszczenia w SIWZ. Ocena kompletności opisu zależy od wymagań postawionych wykonawcom i charakteru świadczenia, do którego zostali zobowiązani.

W niniejszej sprawie biegły powołany przez Prezesa Urzędu stwierdził, jak zaznaczono w Informacji o wyniku kontroli, iż „Wymienione przez Zamawiającego wymagania w odniesieniu do koncepcji systemu, harmonogramu i organizacji projektu nie są wystarczające do sporządzenia oferty. Brak podstawowych informacji o Zamawiającym, strukturze organizacyjnej, misji, strategii, planach, współpracy z otoczeniem powoduje, że również w zakresie opracowania Studium wykonalności opis przedmiotu zamówienia nie zawiera wszystkich informacji niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Biegły rozszerzył uzasadnienie swojego stanowiska w opinii uzupełniającej z dnia 4 grudnia 2015 r. Opinia biegłego, nawiązująca również do treści zastrzeżeń Zamawiającego odnosi się do okoliczności przyznanych przez samego Zamawiającego, że informacjami, które mogły mieć wpływ na kształt Koncepcji i Studium były informacje dotyczące zakresu danych przechowywanych i przetwarzanych w systemach CEN i TransBiT. Świadczy to o niezrozumieniu czym jest Koncepcja budowy, wdrożenia, utrzymania i rozwoju systemu informatycznego. Wbrew poglądom Zamawiającego ograniczenie wymagań do poziomu konceptualnego nie oznacza, że można przy opracowywaniu koncepcji budowy, wdrożenia,

utrzymania i rozwoju systemu informatycznego zrezygnować z analizowania warstwy fizycznej implementacji systemu (silniki baz danych, języki programowania, otoczenie serwerowe i sieciowe, usługi wymiany danych). Wdrożenie systemu zależy od funkcjonującej infrastruktury teleinformatycznej, dostępnych zasobów, wykorzystywanych silników baz danych, kompetencji pracowników Zamawiającego w zakresie określonych technologii. Utrzymanie systemu zależy m. in. od rozstrzygnięć związanych z wykorzystywaniem własnych zasobów Zamawiającego, potencjalnego wykorzystywania chmury obliczeniowej, dostępnej przestrzeni w serwerowni. W powyższej opinii biegły stwierdził obowiązek uwzględnienia wymienionych wyżej informacji w opisie przedmiotu zamówienia z uwagi na ich istotne znaczenie dla wykonawcy, co ma swoje odniesienie również do etapu opracowania i złożenia oferty, gdyż okoliczności te mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. W tym przypadku są to właśnie informacje m. in. o strukturze organizacyjnej, funkcjonujących systemach informatycznych, posiadanej infrastrukturze ICT, stosowanych technologiach, powiązaniach z innymi systemami.

Zamawiający zamieścił w SIWZ odniesienia do informacji na temat struktury danych CEN oraz TransBiT, które w ocenie samego Zamawiającego mogły mieć wpływ na kształt Koncepcji i Studium. W swojej opinii biegły potwierdził, że informacjami równie ważnymi dla wykonawców co powyższe dane, była charakterystyka środowiska informatycznego Zamawiającego i również w stosunku do tych informacji istniała konieczność opisanie ich w SIWZ. Przemawiał za tym charakter zamówienia, który nie pozwalał na pozbawienie wykonawców możliwości zapoznania się już w SIWZ z opisem warstwy fizycznej implementacji systemu. Natomiast konceptualny charakter świadczenia wykonawcy nie stanowił uzasadnienia dla opisu zamówienia w kształcie przyjętym przez Zamawiającego.

Zamawiający z zakresu tych danych uprawiony byłby wyłączyć informacje prawnie chronione, np. z uwagi na bezpieczeństwo użytkowanych systemów, a jeżeli byłoby to konieczne i dozwolone - udostępnić tego rodzaju dane wybranemu wykonawcy po zawarciu umowy. W § 1 ust. 9 IPU. Zamawiający zapowiedział natomiast, że dostarczy wykonawcy wszelkie posiadane przez siebie dane i informacje, które będą niezbędne wykonawcy do realizacji przedmiotu umowy – na etapie jej realizacji. Zamawiający dostarczy wykonawcy inne dokumenty, opracowania, analizy, koncepcje, studia dotyczące przedmiotowego projektu, a zrealizowane na podstawie odrębnych umów. Powyższy zapis potwierdza, że Zamawiający zdawał sobie sprawę z faktu, że poza opisem przedmiotu zamówienia w SIWZ, pozostawił inne posiadane przez siebie dane i informacje, które będą niezbędne wykonawcy do realizacji przedmiotu umowy, a zatem i do sporządzenia oferty.

Z postanowień części III SIWZ OPZ punkt 3.4.16. oraz z postanowień wzoru umowy wynika, że Zamawiający na etap realizacji umowy przeniósł swoje oczekiwania i

doszczegółowienie przez personel Wykonawcy Koncepcji i Studium Wykonalności poprzez przeprowadzenie wywiadów bezpośrednich z pracownikami Zamawiającego oraz przez tocząca się równolegle analizę systemów informatycznych Zamawiającego (CEN, TransBit, OpenBTM) oraz analizę specyfikacji struktur danych oraz interfejsów komunikacyjnych zewnętrznych systemów informatycznych (KRS, PESEL, CEIDG, REGON, KRK) oraz danych wymienianych z systemami informacyjnymi (rejstry Starostw, informacje o kontrolach innych służb, formularze wymiany danych z KRK i PESEL).

Powyższe dodatkowo potwierdza i wzmacnia argumentację, że opis przedmiotu zamówienia nie był zgodny z wytycznymi ustawowymi, a racjonalnie postępujący wykonawca, który nawet obiektywnie byłby zdolny należycie wykonać tego rodzaju zamówienie - w takich warunkach nie złożyłby swojej oferty, dodatkowo uwzględniając niezwykle krótki okres wykonania i zagrożenie sankcjami kar umownych, czy też prawa odstąpienia od umowy przez Zamawiającego przy 3-dniowym opóźnieniu prac.

Nie można było pominąć, iż w kontrolowanym postępowaniu Zamawiający postawił bardzo rygorystyczne wymagania w zakresie terminu wykonania zamówienia. Koncepcja systemu miała zostać wykonana w I etapie w ciągu 20 dni od podpisania umowy i musiała przy tym zawierać znaczną część koncepcji systemu, z uwzględnieniem projektu architektury systemu KREPTD zawierającego diagram komponentów, metamodel procesów, ogólny model ETL, model kluczowych komponentów systemu, ogólne modele baz systemów zasilających, wymagania z POPC, jak również listę i opis wymagań funkcjonalnych oraz pozafunkcyjnych uwzględniających zagadnienia techniczne, jakościowe i wydajnościowe. W sytuacji, gdy na wykonawców został również nałożony obowiązek zapoznania się w tym samym czasie z całością informacji związanych ze środowiskiem informatycznym, w którym miał funkcjonować projektowany system, termin wyznaczony przez Zamawiającego, co potwierdził biegły, był niewystarczający.

Łączne odczytanie wymagań co do realizacji zamówienia zawartych w SIWZ, w tym wyznaczony termin - jednoznacznie prowadzi do wniosku, że podstawowe informacje dotyczące struktury informatycznej Zamawiającego powinny zostać w niezbędnym zakresie zamieszczone w SIWZ. Postępowanie miało charakter podprogowy. Przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp nie dozwalał zatem wykonawcom na wnoszenie środków ochrony prawnej wobec zastosowanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym, mając na uwadze treść opinii biegłego, a także fakt, że ww. braki były kwestionowane w ramach pytań do SIWZ, zasadne było stwierdzenie, że opisanie przedmiotu zamówienia, w odniesieniu do wymagań na Koncepcję systemu i Studium wykonalności, nie zostało dokonane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą

dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 2 tej ustawy.

Do Ad. 2. W Informacji o wyniku kontroli stwierdzono, w oparciu o opinię biegłego, że 16-dniowy termin na wykonanie Studium wykonalności nie stanowił wystarczającego okresu zapewniającego należyłą realizację zamówienia. W ocenie Kontrolującego Zamawiający postawił w tym zakresie wymóg zbyt rygorystyczny, mogący prowadzić do pozbawienia dużej części wykonawców możliwości ubiegania się o uzyskanie zamówienia, na co wskazywał fakt złożenia w postępowaniu tylko jednej oferty.

Zamawiający zakwestionował powyższe naruszenie twierdząc w pierwszej kolejności, że termin realizacji zamówienia nie jest elementem opisu przedmiotu zamówienia, stąd nie może być zakwalifikowany jako naruszenie art. 29 ust. 1, ani art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu, że termin wykonania zamówienia jest elementem opisu i realizacji przedmiotu zamówienia. Przepisy ustawy Pzp nie regulują tej kwestii w odmienny sposób. Zamawiający nie może wywodzić innych skutków, skoro sam zawarł informacje dotyczące terminu realizacji zamówienia w części III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia - na początku tej części SIWZ, jak również dalej, w punkcie 3.4.18., a takie przyporządkowanie nie sprzeciwiało się żadnej normie prawnej.

KONCEPCJA SYSTEMU - miała być wytworzona 20 dni od daty podpisania umowy.

STUDIUM WYKONALNOŚCI - miało być wytworzone 30 dni od daty podpisania umowy, jednak nie później niż 17.04.2015 r.

UZUPEŁNIENIE KONCEPCJI - 50 dni od daty podpisania umowy.

Jeszcze inaczej Zamawiający uregulował te kwestie we wzorze umowy, którą zawarł z wykonawcą zamówienia. W § 2 ust. 1 IPU. Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy opisany w § 1 ust. 1 IPU w terminach określonych w OPZ i Harmonogramie, z zastrzeżeniem, że:

- a) wykonanie Studium Wykonalności nastąpi w terminie do 17.04.2015 r.
- b) wykonanie Koncepcji nastąpi w terminie 50 dni od podpisania umowy,
- c) wykonanie dokumentacji SIWZ nastąpi w terminie 50 dni od podpisania umowy.

Jak widać pojawił się termin dotyczący dokumentacji SIWZ - należy przypuszczać, iż dla potrzeb zamówienia publicznego na realizację systemu informatycznego KREPTD.

Izba podzieliła pogląd Prezesa Urzędu, że istota stwierdzonego naruszenia polega na wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu na realizację Studium wykonalności, który mógł stanowić dla części wykonawców barierę uniemożliwiającą ubieganie się o zamówienie, w szczególności jeżeli zestawia się to wymaganie z ustaleniami z punktu Ad 1. -

niedostatecznym opisem przedmiotu zamówienia i jego zapowiedzianym przez Zamawiającego doszczegóławianiem w trakcie realizacji umowy.

Wymagany termin realizacji zamówienia może znacząco wpłynąć na rozszerzenie, bądź zawężenie kręgu wykonawców składających oferty. Powołany w sprawie biegły, w okolicznościach niniejszego postępowania, potwierdził okoliczności faktyczne, że termin wyznaczony na wykonanie Studium wykonalności nie stanowił wystarczającego okresu na przygotowanie tego dokumentu zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp również i w tym przypadku nie dozwalał wykonawcom na wnoszenie środków ochrony prawnej wobec wyznaczonego przez Zamawiającego terminu.

Skoro termin składania ofert został wyznaczony do dnia 20 marca 2015 r.; wybór oferty nastąpił 23 marca 2015 r., a zawarcie umowy miało miejsce 1 kwietnia 2015 r., to efektywny czas na realizację Studium wykonalności, który nie mógł przekraczać daty 17.04.2015 r. - wnosił 16 dni.

W ocenie Izby, ryzyko niewywiązania się z zagrożonych sankcją kar umownych terminów realizacji projektu - było na tyle duże, że znacznym prawdopodobieństwem - mogło skutecznie zniechęcić do uczestnictwa w tym przetargu część wykonawców, potencjalnie zdolnych do prawidłowego wykonania danego zamówienia. Przy czym Izba miała na uwadze wszystkie stwierdzone uchybienia, które razem stanowiły wystarczającą barierę dla potencjalnych wykonawców.

Izba uznała przywoływane przez Zamawiającego okoliczności, że zachodziła pilna potrzeba realizacji Studium wykonalności, gdyż na podstawie tego dokumentu aplikował on uzyskanie współfinansowania ze środków Unii Europejskiej - za pozbawione istotnego znaczenia. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują wyjątków z uwagi na taki stan rzeczy i nie upoważniają Zamawiającego do stosowania jakichkolwiek proceduralnych odstępstw - nieprzewidzianych wprost w ustawie Pzp. Zamawiający decyduje o momencie wszczęcia procedury przetargowej. Przepis art. 43 ust. 1 Pzp stanowi, że jeżeli wartość przedmiotu zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że w przypadku dostaw i usług termin ten nie może być krótszy niż 7 dni od zamieszczenia ogłoszenia w BZP. Termin ustawowy jest więc bardzo krótki, niezależnie od tego, że sam termin na realizację zamówienia powinien być realny, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności wpływających na możliwość wykonawcy - wywiązania się w wyznaczonym

terminie z podjętych zobowiązań. Okoliczności sprawy świadczą o nieprawidłowym przygotowaniu postępowania.

Dodatkowym potwierdzeniem stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy Pzp jest bezsporny fakt złożenia w postępowaniu tylko jednej oferty, a więc nie sposób zaprzeczyć możliwości wpływu długości powyższego terminu na ten stan rzeczy. Nie może zmieniać tego osądu także okoliczność, iż zamawiający uznał, że wykonawca ten wywiązał się z umowy terminowo. Izba odnosi się do przesłanek obiektywnych. Zamawiający wyznaczając tak krótki okres realizacji zamówienia, zastrzegł jednocześnie na swoją rzecz cały szereg kompetencji, które swój praktyczny wymiar miały znaleźć dopiero w trakcie umowy, zatem ryzyko realizacji zamówienia przez potencjalnych oferentów, nieobeznanych ze środowiskiem danego obszaru funkcjonowania Zamawiającego, było relatywnie duże, aby wywołać skutek antykonkurencyjny.

Ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i znajdujący wprost umocowanie w art. 29 ust. 2 Pzp jest pogląd, że zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, przez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, jest wystarczające do uznania, że norma określona w art. 29 ust. 2 Pzp oraz w art. 7 ust. 1 Pzp została naruszona.

W związku z powyższym, mając na uwadze okoliczności sprawy, w tym treść opinii biegłego, za zasadne Izba uznała stanowisko Prezesa Urzędu, że wyznaczenie omawianego terminu realizacji Studium stanowi element opisu przedmiotu zamówienia utrudniający uczciwą konkurencję w postępowaniu, naruszający art. 29 ust. 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 tej ustawy.

Do Ad. 3. Zgodnie z treścią art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, natomiast zgodnie z treścią art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w specyfikacji należy obowiązkowo zamieścić opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert.

Wymóg opisu sposobu oceny ofert oznacza, że zamawiający ma obowiązek oprócz wymienienia wszystkich kryteriów, szczegółowego opisanie do czego się odnoszą oraz w jaki sposób nastąpi ocena treści oferty przy ich zastosowaniu.

Izba na podstawie samodzielnie dokonanych ustaleń w oparciu o przywołane wyżej w materiale dowodowym sprawy postanowienia SIWZ uznała, że w odniesieniu do kryterium funkcjonalności rozwiązania - został przedstawiony w dokumentacji przetargowej opis sposobu oceny ofert w powyższym kryterium według formularza nr OF.01., który odnosi się do trzech zagadnień wymienionych w formularzu, tj.:

1. Propozycja organizacji usług utrzymania w zakresie obsługi incydentów (zgodny ze standardami ITIL v3 i BPMN 2.0 opis procesu obsługi incydentów zapewniający obiektywne mechanizmy rozliczania czasu obsługi incydentów wynikające z założonego poziomu SLA.
2. Propozycja identyfikacji procesów biznesowych (opracowania w oparciu o aktualne i projektowane akty prawne lista procesów obsługiwanych przez system KREPTD zawierająca identyfikator, nazwę procesu oraz wskazanie celu procesu biznesowego.
3. Propozycja obsługi procesu zmiany systemowej w ramach usług rozwoju Systemu (zgodny ze standardem BPMN 2.0 opis procesu zapewniający obiektywny i oparty niezależne szacowania pracochłonności opis obsługi zmiany systemowej Systemu.

Wykonawca według kolumny 4 omawianego formularza zobowiązany był przedstawić opis proponowanego rozwiązania.

W ramach oceny funkcjonalnej Zamawiający zapowiedział, iż będzie przyznawał 0, albo 5, albo 10 punktów wg poniższej zasady:

- 0 (zero) punktów otrzyma rozwiązanie, które nie spełnia warunków określonych w kolumnie „Opis zagadnienia”
- 5 (pięć) punktów otrzyma rozwiązanie, które w sposób częściowy spełnia warunki określone w kolumnie „Opis zagadnienia”
- 10 (dziesięć) punktów otrzyma rozwiązanie, które w pełni spełnia warunki określone w kolumnie „Opis zagadnienia”, opis rozwiązania jest zaś kompletny, spójny merytorycznie, przejrzysty, jednoznaczny i wyczerpujący (Wykonawca w sposób spójny i wyczerpujący przedstawił opracowanie dla każdego z wyżej wymienionych elementów Opisu rozwiązania).

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego o niewymierności zastosowanego kryterium, to w rzeczywistości obejmuje ono proponowane rozwiązania funkcjonalno-techniczne, a więc jak najbardziej było możliwe takie zdywersyfikowanie parametrów, cech, właściwości dla wyznaczonego kryterium, aby sposób oceny proponowanych przez wykonawcę rozwiązań uczynić przewidywalnym.

Nikt nie stawiał zamawiającemu zarzutu, iż wyznaczył nieprawidłowe kryterium. Przepis art. 91 ust. 2 ustawy Pzp wprost wymienia jakość, funkcjonalność, parametry techniczne - jako przykładowe kryteria, które bez wątpliwości mogą być stosowane. Nikt też nie wymagał od Zamawiającego, aby ustanowił kryteria, których sposób oceny byłby dokładnie wymierny matematycznie. W pełni ocenne mogą jednak pozostawać dla członków komisji przetargowej np. takie kryteria jak wrażenia estetyczne - przy ocenie projektów architektonicznych, czy sposobu zagospodarowania terenu w miejskim parku.

Przy wyznaczonym w tym przetargu kryterium funkcjonalnym rozwiązania dla systemu informatycznego KREPTD, jak powiedziano wyżej, należało podać we wszystkich

trzech elementach danego kryterium poszczególne podkryteria wraz z przypisaną im oceną, z której wynikałaby zobiektywizowana ocena sumaryczna badanej oferty - w tym kryterium.

Stwierdzenie, że 0 (zero) punktów otrzyma rozwiązanie, które nie spełnia warunków określonych w kolumnie „Opis zagadnienia” nic nie mówi przesłankach oceny, gdyż „Opis zagadnienia” jest szcążtkowy. To samo odnosi się do zapowiedzi, iż 5 (pięć) punktów otrzyma rozwiązanie, które w sposób częściowy spełnia warunki określone w kolumnie „Opis zagadnienia”.

Również postanowienia, iż 10 (dziesięć) punktów otrzyma rozwiązanie, które w pełni spełnia warunki określone w kolumnie „Opis zagadnienia”, opis rozwiązania jest zaś kompletny, spójny merytorycznie, przejrzysty, jednoznaczny i wyczerpujący (Wykonawca w sposób spójny i wyczerpujący przedstawił opracowanie dla każdego z wyżej wymienionych elementów Opisu rozwiązania) - należało uznać za nieprawidłowe - skoro Zamawiający ograniczył się do ogólników. Najpierw powinien zdefiniować w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - kiedy rozwiązanie wykonawcy uzna za: kompletne, spójne merytorycznie, a opis przejrzysty, wyczerpujący w powiązaniu z opisem w danym podkryterium.

Nie do przyjęcia była argumentacja Zamawiającego, że sposób oceny należało odnosić do całości opisu zamówienia. Opis sposobu oceny ofert w wyznaczonych kryteriach, który zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp ma się odnosić do przedmiotu zamówienia, a nie pozostawać z tożsamy z opisem przedmiotu zamówienia, musi zatem sprowadzać się do definicji całościowej i autonomicznej. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert winien być wprost zawarty w wyodrębnionej części SIWZ i stanowić zamkniętą całość dyspozycji zamawiającego w wymienionym zakresie, nie może się zaś odnosić do całego opisu przedmiotu zamówienia.

Izba również nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że wyznaczenie katalogu podkryteriów natury funkcjonalno - technicznej skutkowałoby tym, iż opis rozwiązania zostanie pozbawiony cech wytworu działalności intelektualnej wykonawcy - a to właśnie jest dla Zamawiającego istotne, albowiem ocenie w tym kryterium podlegał będzie przede wszystkim pomysł, sposób wykonania usługi, który każdy z wykonawców ustala we własnym zakresie i z uwzględnieniem stosowanej technologii, czy wykorzystywanych rozwiązań.

Normy prawne odnoszące się do konstruowania warunków zamówienia publicznego stwarzają zarówno uprawnienie, jak i obowiązek zamawiającego takiego ich wypełnienia, aby przedmiot zamówienia został zrealizowany przez wybranego wykonawcę w sposób odpowiadający przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, ale także z uwzględnieniem innych przepisów powszechnie obowiązującego prawa, w szczególności o charakterze

imperatywnym, w tym przepisów regulujących sam przedmiot zamówienia, co w tej sprawie odnosi się bezpośrednio do obowiązku przestrzegania warunków szczególnych przewidzianych w ustawie z dnia 17 lutego 2005 roku o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2014, poz. 111) oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 27 listopada 2014 roku w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (Dz. U. z 2014r., poz. 1671). Wymienione przepisy przewidują jakie rozwiązania techniczne mogą być stosowane przy rejestrach publicznych, zakładając neutralność technologiczną oznaczającą zasadę równego traktowania przez władze publiczne technologii teleinformatycznych i tworzenia warunków do ich uczciwej konkurencji, w tym zapobiegania możliwości eliminacji technologii konkurencyjnych przy rozbudowie i modyfikacji eksploatowanych systemów teleinformatycznych lub przy tworzeniu konkurencyjnych produktów i rozwiązań. Przepisy te określają zatem ramy dla inwencji twórczej wykonawców w tym zakresie, z którymi Zamawiający powinien się liczyć.

Nie przekonały Izby wywody Zamawiającego oparte na licznie przytaczanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że powszechnie przyjmowane są oceny ofert według kryteriów i sposobów sformułowanych w sposób ogólnikowy, dający członkom komisji przetargowych zupełną swobodę tej oceny. Jeżeli wykonawcy mający możliwość zaskarżania SIWZ, dopiero na etapie po wyborze oferty zgłaszają zarzuty, że zamawiający arbitralnie podszedł do oceny ofert, Izbie w zasadzie nie pozostaje nic innego, niż stwierdzenie, że wykonawcy przez zaniechanie wykorzystania środków ochrony prawnej, zgodzili się na opisany w tym dokumencie sposób oceny ofert, a zastosowany sposób tej oceny nie odbiega od wskazań SIWZ. Nie oznacza to jednak, że orzecznictwo Izby aprobuje dowolny, niedookreślony, uznaniowy sposób oceny ofert. Wyznaczony sposób oceny ofert według kryteriów, winien być tak dalece zobiektywizowany, jak to tylko jest możliwe dla danego rodzaju zamówienia, a przede wszystkim przewidywalny dla wykonawców.

Opis kryteriów i sposób oceny obejmuje pewien istotny wycinek zamawianego opracowania, sprowadzający do oznaczenia preferencji zamawiającego. Sposób oceny w przejrzystej formie powinien przedstawiać zobiektywizowane mierniki stopnia spełnienia rzeczonych preferencji i wyznaczać jednoznaczne granice dla przyznawania punktacji. Skonkretyzowanie przesłanek oceny, warunkuje bowiem prawidłowość czynności porównania ofert w kryteriach i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający powinien mieć na względzie konieczność zapewnienia w przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - uczciwej konkurencji między wykonawcami i równego ich traktowania, zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z czym wiąże

się konieczność skonstruowania kryteriów i sposobu ich oceny tak, aby wyłączona była możliwość dokonania subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny. Potwierdza to także motyw 46 preambuły do dyrektywy 2004/18/WE, w którym wskazano, że „aby zapewnić przestrzeganie zasady równego traktowania przy udzielaniu zamówień, należy wprowadzić - ustanowiony przez orzecznictwo - obowiązek zapewnienia niezbędnej przejrzystości, umożliwiający uzyskanie przez wszystkich oferentów wiarygodnych informacji na temat kryteriów i ustaleń, które będą stosowane w celu wyłonienia najkorzystniejszej oferty.

Izba w pełni podziela stanowisko Prezesa Urzędu, że z powyższych przepisów wynika, że opis kryterium stosowany przez zamawiającego powinien być maksymalnie szczegółowy i pełny, gdyż ma on wpływ na sposób mierzenia stopnia spełniania przez ofertę preferencji zamawiającego wyrażonej w postaci danego kryterium. Musi istnieć zasada pozwalająca w sposób obiektywny wyrazić stopniowaną ocenę dokonywaną w ramach kryteriów punktowo. Kryterium musi być opisane tak, aby wykonawca biorący udział w postępowaniu wiedział nie tylko jaką wagę zamawiający przypisuje danemu kryterium, ale także za co konkretnie będzie on przyznawał w ramach tego kryterium punkty, innymi słowy - konkretnym wyznaczonym cechom nabywanego dobra powinny być przypisane konkretne wartości punktowe, tak aby umożliwić merytoryczne rozstrzygnięcie wyższości jednej oferty nad drugą.

W świetle zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie takiego opisu kryteriów oceny ofert, w tym sposobu oceny ofert, który zapewni obiektywną ocenę oraz porównywalność złożonych ofert, dając tym samym wykonawcom możliwość weryfikacji prawidłowości dokonanej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W Informacji o wyniku kontroli stwierdzono w uzasadnieniu omawianego naruszenia, że opis kryterium funkcjonalnego został sformułowany w sposób niezapewniający obiektywnej oceny ofert. Z opisu kryteriów i sposobu oceny ofert nie można również wywieść granicy pomiędzy wyznaczonymi grupami punktowymi. Kryterium w postaci przyjętej ostatecznie przez Zamawiającego w kontrolowanym postępowaniu pozwalało natomiast w niedopuszczalnym stopniu na uznaniowość i dowolność w ocenie ofert, przekraczając minimalny i nieodłączny przy charakterze przyjętego kryterium poziom subiektywności. W ramach podkryteriów przyjętego kryterium funkcjonalnego wykonawcy zostali zobowiązani do opisanego trzech obszernych zagadnień stanowiących element przedmiotu zamówienia, tj. procesu obsługi incydentów, listy procesów obsługiwanych przez system KREPTD oraz obsługi procesu zmiany systemowej.

Zamawiający sformułował opis powyższych zagadnień w sposób ogólny, nakładając na wykonawców obowiązek opracowania tych zagadnień na potrzeby oceny ofert, nie

określając żadnych granic opracowania. Jednocześnie, Zamawiający warunkował przyznanie odpowiednio 0, 5 pkt lub 10 pkt od stwierdzenia, że zaproponowane przez wykonawcę rozwiązanie odpowiednio nie spełnia warunków określonych w kolumnie „Opis zagadnienia”, spełnia je częściowo lub spełnia je w pełni i opis rozwiązania jest kompletny, spójny merytorycznie, przejrzysty, jednoznaczny i wyczerpujący.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego powyższy opis podkryteriów w połączeniu z opisem sposobu punktacji nie stanowi konkretnych wymagań, czy też ram w obrębie których w sposób przewidywalny przyznawana będzie określona ocena. Opis sposobu przyznawania punktów w omawianym kryterium nie stanowi konkretnych wyznaczników wskazujących kiedy opis procesów zaproponowanych przez wykonawcę będzie kwalifikował się do danej kategorii punktowej. Z opisu kryterium nie wynika kiedy lista procesów i ich opis zostanie uznany za wyczerpujący i szczegółowy w wystarczającym stopniu. W szczególności, jak wskazał biegły powołany w niniejszej sprawie, nie sposób wskazać granicy między stwierdzeniem, że opis rozwiązania spełnia warunki w sposób pełny bądź też jedynie w sposób częściowy. Ponadto, skoro Zamawiający zamierzał weryfikować kompletność opisu rozwiązania oraz to, czy jest wyczerpujący, to dla zapewnienia równego traktowania wykonawców konieczne było wypracowanie minimalnego wzorca oceny. Brak zdefiniowania takiego wzorca w SIWZ uniemożliwiało wykonawcom stwierdzenie co powinna zawierać koncepcja realizacji przedmiotu zamówienia, aby uzyskać jak największą liczbę punktów.

Nieprecyzyjność opisu kryterium spowodowana jest również zaniechaniem wyjaśnienia co Zamawiający rozumie przez kompletny, spójny merytorycznie, przejrzysty, jednoznaczny i wyczerpujący opis rozwiązania. Jak wskazał biegły powołany w niniejszej sprawie, w okolicznościach niniejszego postępowania było to niezbędne dla zapewnienia obiektywnej oceny ofert.

W odniesieniu do argumentów Zamawiającego odnoszących się do technologicznych aspektów zamówienia, jak również okoliczności podniesionych w powołanych wyrokach KIO wypowiedział się biegły w opinii uzupełniającej. Jak stwierdzono, „W swojej odpowiedzi sam Zamawiający wskazuje wiele praktycznych możliwości bliższego określenia jakie czynniki mogą być brane pod uwagę przy ocenie poszczególnych kryteriów. Jednak w SIWZ takich wskazań nie ma. Zamawiający powinien sprecyzować jakie elementy opisu będą przez niego wyżej oceniane lub będą uznawane za niezbędne. Ze względu na użyte przez Zamawiającego sformułowanie „opis zgodny ze standardem ITIL v3 i BPMN 2.0” bez dodatkowych wskazówek jest niesłychanie trudno ocenić, które rozwiązanie spełnia te wymagania w sposób częściowy, a które spełnia je w pełni. Wbrew sugestiom Zamawiającego nie oznacza to podawania matematycznych wzorów. W przytoczonym opisie zabrakło określenia jakie sposoby opisu np. obiektywnego mechanizmu rozliczania czasu

obsługi incydentów będą przez Zamawiającego uznawane za kompletne, wyczerpujące, przejrzyste, jednoznaczne i spójne merytorycznie”.

Izba nie dostrzega podstaw do twierdzeń Zamawiającego, aby z opinii biegłego wynikała konieczność rozbudowania kryterium w taki sposób, że faktycznie to Zamawiający sporządziłby koncepcję systemu za wykonawcę. Nie mieści się to w ogólności w pojęciu kryterium oceny ofert. Zamawiający obowiązany był natomiast do precyzyjniejszego opisanie zakresu rozwiązania, które wykonawca miał przedstawić na potrzeby oceny oferty, bliższego wyjaśnienia przesłanek przyznania konkretnej liczby punktów, w oparciu o wyznaczone szczegółowe podkryteria - oznaczające rozwiązania np. węzłowych dla zamawiającego problemów, których podana ilość zależała od Zamawiającego, jak również nieodzowne było wyjaśnienie przyjętego znaczenia nieostrych pojęć - na potrzeby konkretnego postępowania.

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że w uzasadnieniu naruszenia dotyczącego kryterium funkcjonalnego nie wykazano naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro sposób oceny ofert w danym kryterium nie został dostatecznie sprecyzowany, oznacza to że naruszono dyspozycję art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp. Tym samym, doszło do naruszenia zasad postępowania określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, i nie tylko pośrednio, ale wprost.

Sformułowanie oceny ofert w oznaczonym kryterium w sposób na tyle nieprecyzyjny, że pozostawia dowolność i uznaniowość w dokonywaniu tej oceny stanowi również bezpośrednio naruszenie wskazanej w Informacji o wyniku kontroli zasady ochrony uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, statuowanej w art. 7 ust. 1 Pzp. Takie określenie kryteriów oceny ofert utrudnia wykonawcom przygotowanie oferty pod kątem zdobycia jak największej liczby punktów i rzetelnego konkurowania z ofertami innych wykonawców narażając ich jednocześnie na subiektywną ocenę ofert przez Zamawiającego, bądź przyznanie mniejszej ilości punktów z powodu braku zaproponowania w ofercie rozwiązania, które byliby w stanie zaoferować, gdyby wiedzieli, że będzie ono oceniane i dodatkowo punktowane.

Ponadto, do kwestii naruszenia uczciwej konkurencji odniósł się biegły w sporządzonej opinii uzupełniającej. Biegły, stwierdził jednoznacznie: „Zastosowanie przez Zamawiającego nieprecyzyjnej metody oceny ofert zwykle skutkuje mniejszą liczbą Wykonawców, którzy składają oferty w postępowaniu. Tak się też stało w tym przypadku. Do Zamawiającego wpłynęła tylko jedna oferta, mimo że na rynku usług doradczych funkcjonuje wiele firm, które takie usługi wykonują (zostały wskazane przez Zamawiającego oraz w ekspertyzie). Wykonawcy analizują wymagania SIWZ pod kątem możliwości złożenia oferty i gdy oceniają, że oferty nie będą oceniane obiektywnie bardzo często rezygnują z udziału w postępowaniu. Nieprecyzyjny sposób oceny ofert skutkuje ograniczeniem konkurencji”.

Dotyczy to zdaniem Izby również projektów informatycznych. Na rynku tych usług panuje nasilona konkurencja i ewenementem jest sytuacja, gdzie w przetargu wpływa jedna oferta. Nie sposób jest więc nie powiązać kwestionowanych warunków przedmiotowego postępowania przetargowego z zanotowanym niskim zainteresowaniem danym przetargiem, mierzonym ilością jego uczestników.

W konsekwencji, Izba za zasadne uznała stwierdzenie Prezesa Urzędu, iż opisanie kryterium „Ocena funkcjonalna zaproponowanego rozwiązania” w sposób, który nie zapewnia obiektywnej oceny ofert, stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Do Ad. 4. Stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące wiedzy i doświadczenia. Ustawa Prawo zamówień publicznych pozostawia Zamawiającemu możliwość precyzowania warunków udziału w postępowaniu, co jest naturalną konsekwencją, że warunki te są pochodne dla danego rodzaju i zakresu zamówienia. Granicę stwarza nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a w związku z tym obowiązek takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego należytego wykonania.

Zamawiający konkretyzując wymogi ustawowe, samodzielnie ustala w SIWZ i w ogłoszeniu o zamówieniu jaką wiedzą i doświadczeniem winien legitymować się wykonawca, aby mógł zostać dopuszczony do konkretnego postępowania. Przepis art. 22 ust. 4 Pzp ustanawia jednak barierę dla zbyt wygórowanych wymagań zamawiającego, a więc niepożądanych z punktu widzenia otwarcia zamówień publicznych na konkurencję stanowiąc, że opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust. 1 powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Dążenie Zamawiającego do wyboru wykonawcy w najwyższym stopniu spełniającego wymogi uznawane przez Zamawiającego za konieczne do należytego wykonania zamówienia nie może stanowić argumentu dla naruszenia norm ustawy poprzez ograniczenie dostępu do zamówienia wykonawcom faktycznie zdolnym do jego prawidłowego wykonania. Przepis art. 22 ust. 4 Pzp wskazuje na konieczność takiego opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, który będzie związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu mogą bowiem uniemożliwiać skuteczne ubieganie się o zamówienie wyłącznie tym wykonawcom, których posiadany potencjał (w tym wiedza i doświadczenie) nie daje rękojmi należytej realizacji zamówienia.

Izba podziela poglądy, że proporcjonalność, o której mowa w przepisie art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, oznacza, że warunki udziału w postępowaniu winny być zawsze formułowane w sposób odpowiadający wielkości, charakterowi, złożoności oraz rodzajowi przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem, a więc wymagania winny znajdować swoje odzwierciedlenie w specyfice konkretnego przedmiotu zamówienia.

Niewątpliwie biorąc pod uwagę przedmiot rozpatrywanego zamówienia w odniesieniu do postawionego warunku wiedzy i doświadczenia nieprawidłowością było dotknięte określenie nadmiernych wymagań co do ilości żądanych realizacji projektów systemów informatycznych oraz projektów doradczych. W odniesieniu do powyższej kwestii Zamawiający uzasadnił prawidłowość postawionego warunku powołując się na statystyki projektów realizowanych w ramach osi nr 8, 7 oraz 2 POIG. Duża liczba projektów zakończonych w ramach tych działań, nie mogła wpływać na treść warunków dla poziomu wiedzy i doświadczenia w danym postępowaniu. Nie wszystkie projekty działań 8.1 i 8.2 POIG odpowiadają powyższym wymogom. Okoliczność tę potwierdził biegły w opinii uzupełniającej informując, że „Pełną listę wniosków zatwierdzonych do dofinansowania w ramach działania 8.1 i 8.2 można znaleźć na stronie PARP <http://poig.parp.gov.pl>. Większość tych wniosków to działania zorientowane na budowę portali internetowych, sklepy internetowe, a nie na zaprojektowanie lub budowę systemu informatycznego”.

Izba nie podziela zabiegów interpretacyjnych Zamawiającego, z których wynika pozorne jedynie poszerzenie dostępu do przedmiotowego zamówienia. Zamawiający rzekomo przyjął w toku przygotowania postępowania założenie, iż treść warunku zostanie dostosowana do potencjału, jakim mogą się wykazać nie tylko wykonawcy z wąskiego grona firm doradczych mających doświadczenie w przygotowaniu projektów systemów o znacznej wartości. Z uzasadnienia stanowiska Zamawiającego wynika, że opisany warunek miał pozwalać na otwarcie dostępu do uzyskania zamówienia przez mniejsze podmioty.

Ustalone fakty w przedmiotowym postępowaniu prowadzą do odmiennych wniosków, świadczących o nieadekwatności deklaracji Zamawiającego, że poprzez swoje posunięcia zwiększył dostępność do zamówienia. Zamawiający połączył usługi w zakresie opracowania projektów informatycznych z usługami doradztwa w odniesieniu do ubiegania się o dofinansowanie unijne. Wprawdzie art. 6 ustawy Pzp dozwala nawet na łączenie różnorodnych zamówień np. robót budowlanych i dostaw, to jednak nie można było nie dostrzegać, iż nie są to usługi (realizacja projektów informatycznych i pozyskiwanie środków z funduszy unijnych) na tyle jednorodne, aby było częstą praktyką, że jedna i ta sama firma zajmuje się ich wykonywaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 10 marca 2015 r. i obejmowało wymaganiem po 15 usług referencyjnych dla każdego z dwóch rodzajów usługi zaprojektowanie i budowa

systemu informatycznego oraz przygotowanie wniosku o dofinansowanie z funduszy UE. W dniu 16 marca 2015 r. Zamawiający ogłosił, że złagodził ów warunek i porzucił na wymaganiu wykazania po 10 usług, każdego z dwóch ww. rodzajów.

Dla wykazania takiej ilości usług o wyznaczonych profilach, mimo ich małej wartości jednostkowej - 40 000 zł dla usługi doradczej, praktycznie wykonawcom zainteresowanym przetargiem pozostawiało, albo zawiązanie konsorcjum, albo szukanie wsparcia potencjałem podmiotów trzecich w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Izba nie uznała za realne, aby w przeciągu 4 dni pozostałych do złożenia ofert - 20 marca 2015 r., wykonawcy mogli takie operacje przeprowadzić, tj. wyszukać kontrahentów, nawiązać porozumienia, zgromadzić dokumenty. Opracować przy tym ofertę wraz z opisem proponowanych rozwiązań.

Wybrany wykonawca Ideazone Sp. z o.o. w większości legitymował się własnym doświadczeniem w zakresie zaprojektowania i budowy systemu informatycznego. W zakresie przygotowania wniosku o dofinansowanie, w większości korzystał natomiast z potencjału udostępnionego przez firmę CONSULTING M. K., który, o ile nie wynika to jedynie przypadkowej zbieżności nazwisk - jest członkiem zarządu spółki Ideazone Sp. z o.o. Wyznaczone warunki stanowiły więc sprzyjające okoliczności dla wymienionej spółki, również w zakresie wartości projektów, którymi się wykazała.

Izba również nie podzieliła opinii Zamawiającego, iż „podejście przyjęte przez Zamawiającego jest właściwsze z punktu widzenia zasad proporcjonalności i maksymalizacji stopnia dostępności do zamówienia dla podmiotów świadczących usługi doradcze”. Trudno bowiem uznać, aby wymóg wykazania się dziesięcioma projektami doradczymi oraz dziesięcioma projektami systemów informatycznych ułatwiał wykonawcom wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Stanowi to wymóg znacznie przekraczający próg potwierdzający zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego że „wielokrotne należyte wykonanie usługi, dostawy bądź roboty budowlanej danego rodzaju będzie świadczyć o posiadaniu przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia - powyższe odróżnia doświadczenie od incydentalnie podjętej czynności, którą zdarzyło się komuś wykonać”. Ustawa Pzp nie zostawia po stronie zamawiającego dowolności oceny poziomu zapewniającego posiadanie przez wykonawcę wystarczającego doświadczenia. O wyznaczeniu tego poziomu decyduje norma prawna, wynikająca z art. 22 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zapewnienie otwarcia i możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wszystkich wykonawców, którzy faktycznie dysponują niezbędnym potencjałem. Art. 22 ust. 1 Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki wskazane w tym przepisie. Użyte przez ustawodawcę

sformułowanie oznacza, że dostęp do zamówienia powinni mieć zapewniony wszyscy wykonawcy, którzy spełniają podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia, niekoniecznie zaś wymogi wygórowane, tj. takie, których spełnienie nie jest konieczne do wykazania zdolności do realizacji zamówienia. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zapewnienie wykonawcom posiadającym możliwości wykonania danego zamówienia równego dostępu do realizacji zamówienia.

Izba również prezentuje stanowisko, że warunki uczestnictwa w zakresie wiedzy i doświadczenia postawione przez Zamawiającego daleko wykraczają poza podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania danego zamówienia. Jednocześnie, Zamawiający nie przedstawił okoliczności potwierdzających, że sformułowany warunek jest zasadny z uwagi np. poziom skomplikowania i złożoności przedmiotu zamówienia. Każdorazowo opis warunków musi być uzasadniony specyfiką konkretnego przedmiotu zamówienia. W niniejszej sprawie nie wykazano, że wyłącznie doświadczenie w wykonaniu 10 projektów systemów informatycznych oraz 10 projektów doradczych stanowi próg wystarczający do wykazania niezbędnego potencjału.

Zdaniem Izby, skoro Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 295 000,00 zł brutto, wiedział jaką wartość szacunkową przypisał wykonaniu usługi projektu systemu informatycznego, chociaż faktycznie dane zamówienie dotyczyło jedynie Koncepcji. Wiedział też jaką wartość szacunkową przyjął dla zamawianego projektu doradczego na przygotowanie Studium wykonalności do wniosku o dofinansowanie projektu. Dlatego też należało w warunku wiedzy i doświadczenia żądać wykazania optymalnie po dwie, a z pewnością nie więcej niż po trzy zbliżone przedmiotem i wartością do opisu zamówienia usługi referencyjne, które w wystarczającym stopniu potwierdzałyby zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia. Wykonanie z pozytywnym skutkiem dwóch lub najwyżej trzech podobnych zamówień pozwala na zdobycie koniecznego poziomu doświadczenia wynikającego z powtarzalnego charakteru czynności.

Zamawiający podnosił również, że w Informacji o wyniku kontroli „Ani biegły ani kontrolujący nie wykazali, czy chociażby nie uprawdopodobnili, iż na rynku nie istnieją podmioty spełniające postawione przez Zamawiającego warunki”. W ocenie Izby Kontrolujący samodzielnie, czy też przy pomocy biegłego nie był zobowiązany czynić takich ustaleń. Wystarczającym dla wykazania określonego naruszenia przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych jest, że działania Zamawiającego odbiegały od wzorca ustawowego, pozostawały z nim sprzeczne. Kontrolujący ustalił, że niewątpliwie można wskazać wykonawców dysponujących doświadczeniem w realizacji wymaganych w kontrolowanym postępowaniu projektów informatycznych oraz innych wykonawców wykonujących projekty doradcze. Jednakże nie sposób znaleźć wykonawcy działającego na rynku właściwym dla

zamówienia takiego, jakie było przedmiotem kontrolowanego postępowania, posiadającego wymagane doświadczenie w obu wskazanych przez zamawiającego dziedzinach.

Przy tym nie do przyjęcia była argumentacja Zamawiającego dotycząca możliwości udziału wykonawców w postępowaniu w formie konsorcjum, bądź korzystania z zasobów podmiotów trzecich. Przewidziane w ustawie Pzp uprawnienia wykonawców w powyższym zakresie nie uzasadniają formułowania warunku z założeniem, że jedynie przy połączeniu potencjałów kilku wykonawców, możliwe będzie złożenie oferty w postępowaniu. Co do zasady regułą jest, że pojedynczy wykonawca powinien mieć możliwość złożenia oferty, przy przestrzeganiu przez Zamawiającego jedynie minimalnego poziomu koniecznych wymagań.

Poza stwierdzonym wyżej opisem warunku w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia należało zwrócić uwagę, iż jego treść, szczególnie w zakresie punktu 2, umożliwiała sytuację, w której realizacji zamówienia podjął się wykonawca wykonujący wcześniej projekty doradcze o zupełnie innym charakterze, niż stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia. W uzupełniającej opinii biegły stwierdził bowiem, że „Zamawiający prowadzi postępowanie na „Wytworzenie Studium wykonalności i Koncepcji budowy, wdrożenia, utrzymania i rozwoju KREPTD”, czyli chce zrealizować projekt duży, o charakterze zbliżonym do projektów realizowanych w ramach 7 osi POIG, a nie projektów realizowanych w ramach działania 8.1 i 8.2 kierowanych do mikro i małych przedsiębiorstw. Doświadczenie wykonawców w realizacji wielu bardzo małych projektów informatycznych nie przekłada się na doświadczenie w realizacji przedsięwzięcia o tak dużej skali i takim charakterze (ogólnopolski rejestr publiczny). Żaden z projektów realizowanych w ramach działania 8.1 i 8.2 nie miał „wielkości, charakteru, złożoności ani rodzaju” zbliżonego do przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem”. Intencja Zamawiającego skierowania zamówienia do wykonawców mających doświadczenie w realizacji projektów doradczych w ramach działania 8.1 i 8.2 POIG mogła zatem doprowadzić do sytuacji wyboru wykonawcy nie gwarantującego należytej realizacji zamówienia.

Stwierdzone, nieprawidłowe sformułowanie warunku wiedzy i doświadczenia znalazło odbicie w przebiegu kontrolowanego postępowania. Złożona została tylko jedna oferta, a ponadto wykonawca Ideazone Sp. z o.o. nie wykazał samodzielnie spełnienia warunku, lecz w istotnym zakresie oparł się na udostępnionym potencjale podmiotu trzeciego.

Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w danym postępowaniu należało uznać za nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i prowadzący do naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez co naruszający art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Brak było uzasadnionych podstaw do podważania przez Zamawiającego opinii biegłego. Ustalenia faktyczne tej opinii pokrywały się z samodzielnie dokonaną oceną odnośnych dokumentów przez Izbę. Wnioski opinii są logiczne, spójne, znajdują oparcie w dokumentacji akt postępowania i wykazują odpowiedni do zagadnień poziom wiedzy biegłego na zadane tezy dowodowe. To, że biegły ustalił zarazem naruszenie oznaczonych przepisów ustawy Pzp, niczym nie umniejsza walorów dowodowych tej opinii.

Do Ad. 5. Zamawiający określił w pkt 4 części II A SIWZ zakres dokumentów żądanych od podmiotów zagranicznych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia. Zamawiający wymagał m. in. złożenia w określonych okolicznościach dokumentu zawierającego oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Powyższy dokument został opisany zatem odmiennie niż przewidziano w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania. Zamawiający jest związany wymaganym zakresem informacji zawartych w dokumencie, składanym przez wykonawców dla wykazania spełnienia warunków udziału i braku podstaw do wykluczenia. Warunki udziału w postępowaniu muszą być podane już w ogłoszeniu, gdyż w odniesieniu do przetargu nieograniczonego, postanawia tak art. 41 pkt 7 Pzp. Warunki te muszą wyrażone w sposób poprawny, w tym zgodny z brzmieniem odnośnej normy prawnej, do której nawiązują. Z kolei art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a ich katalog określony został w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Ani przepisy ustawy, ani rozporządzenia nie przewidują możliwości odstępstwa od wyrażonej normatywnie treści żadanego dokumentu. W sytuacji, gdy Zamawiający zamieszcza w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ informacje o dokumentach, które należy złożyć, powinien je wskazać poprawnie, bowiem działanie przeciwne może wprowadzać wykonawców w błąd. Określając możliwość złożenia oświadczenia złożonego przed notariuszem w sytuacji określonej w pkt. 4.1 części II A SIWZ z ograniczeniem, by był to notariusz z kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, tj. dokumentu nieprzewidzianego w rozporządzeniu, Zamawiający zarazem naruszył art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r., gdyż przepisy te bezsprzecznie pozostają we wzajemnej korelacji.

Nieprawidłowe opisanie ww. żadanego dokumentu Zamawiający przyznał, wskazując na popełnioną omyłkę, co nie zmienia faktu, że doszło do naruszenia wskazanych przepisów.

Wynik kontroli odzwierciedla zaistniałe obiektywnie, ustalone nieprawidłowości, wiążące się z zakwestionowanymi czynnościami, niezależnie od motywacji, którymi kierował się Zamawiający przeprowadzając postępowanie.

Biorąc pod uwagę zasadność stwierdzonych naruszeń, podanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej przedmiotowego postępowania, ustalonych w protokole kontroli w oparciu o dokumentację postępowania, z uwzględnieniem opinii biegłego w danej sprawie, Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały, na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....