

Sygn. akt **XXIII Zs 35/21**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 czerwca 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	SSO Magdalena Naęcz
Sędziowie:	SO Bolesław Wadowski SO Andrzej Sobieszczęński
Protokolant:	Karolina Szymońska

po rozpoznaniu w dniu 9 czerwca 2021 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi odwołującego (...) spółki akcyjnej w R.

przeciwko zamawiającemu Skarbowi Państwa - Ministerstwu Sprawiedliwości

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 15 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 5/21, KIO 126/21, KIO 128/21, KIO 129/21

1. zmienia zaskarżony wyrok w punktach 2 oraz 3 i w punkcie 2 nakazuje zamawiającemu Skarbowi Państwa – Ministerstwu Sprawiedliwości wykreślenie kryterium pozacenowego „Czas usunięcia awarii lub błędów (T)” i wprowadzenie innego kryterium pozacenowego, osobnego dla usług utrzymaniowych i osobnego dla usług rozwojowych, wraz z wprowadzeniem do SIWZ obiektywnych i jasnych zasad weryfikacji ofert w kryterium pozacenowym a w pozostałym zakresie odwołanie oddala a w punkcie 3 zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa - Ministerstwa Sprawiedliwości na rzecz skarżącego (...) spółki akcyjnej w R. 47.500,00 zł (czterdzieści siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego i w pozostałym zakresie zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 12.500,00 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez skarżącego (...) spółki akcyjnej w R. tytułem wpisów od odwołania;

2. zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa - Ministerstwa Sprawiedliwości na rzecz skarżącego (...) spółki akcyjnej w R. 192.500,00 zł (sto dziewięćdziesiąt dwa tysiące pięćset złotych 00/100) tytułem kosztów postępowania skargowego.

/SSO Bolesław Wadowski/ /SSO Magdalena Naęcz/ /SSO Andrzej Sobieszczęński/

Sygn. akt **XXIII Zs 35/21**

UZASADNIENIE

W dniu 4 stycznia 2021 r. oraz w dniu 8 stycznia 2021 r. (...) S.A. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając zamawiającemu - Ministerstwu Sprawiedliwości naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 29 ust. 1 pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w tym obowiązków wykonawcy w sposób niejednoznaczny, niewystarczający, niepełny, niejasny, który uniemożliwia przygotowanie oferty;
- 2) art. 29 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie podania w SIWZ wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
- 3) art. 22a pzp, art. 36a pzp w związku z art. 22a ust. 4 pzp poprzez rzeczywiste ograniczenie uprawnienia wykonawców do polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych osób trzecich;
- 4) art. 91 ust. 2d pzp w związku z 91 ust. 2d pzp oraz art. 7 ust. 1 pzp poprzez określenie pozacenowych kryteriów oceny ofert w sposób uniemożliwiający ich należytą weryfikacją oraz z naruszeniem zasady przejrzystości;
- 5) art. 96 ust. 1 pkt 11 w związku z art. 36aa oraz w związku z art. 7 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie podziału zamówienia na części;
- 6) art. 471 k.c., art. 473 k.c., art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 pzp poprzez określenie odpowiedzialności wykonawcy niezgodnie z zasadami odpowiedzialności kontraktowej oraz zasadą swobody umów;
- 7) naruszenie art. 7 ust. 1 pzp w związku z ww. przepisami poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad Prawa zamówień publicznych, tj. z naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasadą proporcjonalności oraz zasadą przejrzystości.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu poprzez zmianę wskazanych zapisów w sposób wskazany w niniejszym odwołaniu - szczegółowo w każdym zarzucie.

W ramach zarzutu nr 1 odwołujący wskazał, że podane w SIWZ w rozdziale 1 pkt. 18 poza cenowe kryterium oceny ofert, tj. czas usunięcia awarii lub błędów, w obecnym kształcie jest pozornym kryterium oceny. Zatem w praktyce ukształtowanie takiego kryterium stanowi obejście przepisu art. 91 ust. 2a pzp. W ocenie odwołującego wprowadzone kryterium jest nieweryfikowalne na etapie oceny ofert, co skutkuje brakiem porównywalności i niemożliwością weryfikacji ofert w zakresie przedmiotowego kryterium, a tym samym taki zapis SIWZ narusza też art. 91 ust. 2d pzp. Obecne brzmienie SIWZ nie zawiera żadnych, nawet minimalnych postanowień, które umożliwiłyby zamawiającemu weryfikację oświadczenia złożonego przez wykonawców. A to z kolei skutkuje naruszeniem przepisu art. 7 ust. 1 pzp, gdyż postępowanie staje się niekonkurencyjne w zakresie przedmiotowego kryterium.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o zmianę SIWZ poprzez wprowadzenie następujących zmian w kryteriach pozacenowych testu kompetencji.

W zarzucie nr 2 odwołujący kwestionował wprowadzone w SIWZ ograniczenia dotyczące podwykonawstwa wskazując, że naruszają one art. 22a pzp.

Zarzut nr 3 dotyczył przyjętych przez zamawiającego definicji: „Błąd” - kategorie Błędów: „Błąd krytyczny”, „Błąd zwykły”, „Błąd drobny” podnosząc, że definicje przyjęte przez zamawiającego są sprzeczne z art. 29 ust. 1 Pzp.

W ramach zarzutu nr 4 odwołujący wskazywał na nieuzasadnioną i sprzeczną z art. 96 ust. 1 pkt 11 pzp rezygnację z podziału zamówienia na części (KIO 5/21), a nadto na nienależycie opisany przedmiot umowy, co narusza przepis art. 29 ust. 1 pzp (KIO 126/21, KIO 128/21, KIO 129/21)

Z kolei zarzuty nr 5 i 6 sprowadzały się do podważania sposobu ukształtowania odpowiedzialności wykonawcy.

W dniu 9 lutego 2021 r. odwołujący cofnął zarzut nr 4 w sprawie KIO 5/21.

W odpowiedzi na odwołania zamawiający oświadczył, że:

- W sprawie o sygn. akt: KIO 5/21, uwzględni odwołanie w zakresie zarzutów nr 2, 5 oraz 6. Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów nr 1, 3 oraz 4;
- W sprawie o sygn. akt: KIO 126/21 uwzględni odwołanie w zakresie zarzutów nr 2, 4, 5 oraz 6. Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów nr 1 oraz 3;
- W sprawie o sygn. akt: KIO 128/21 uwzględni odwołanie w zakresie zarzutów nr 2, 4, 5 oraz 6. Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów nr 1 oraz 3;
- W sprawie o sygn. akt: KIO 129/21 uwzględni odwołanie w zakresie zarzutów nr 2, 4, 5 oraz 6. Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów nr 1 oraz 3.

Wyrokiem z dnia 15 lutego 2021 r. po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2021 r. w W. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu:

- 1) 4 stycznia 2021 r. przez wykonawcę (...) S.A. (KIO 5/21),
- 2) 8 stycznia 2021 r. przez wykonawcę (...) S.A. (KIO 126/21, KIO 128/21, KIO oraz KIO 129/21),

w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Sprawiedliwości, Krajowa Izba Odwoławcza, w punkcie 1 - umorzyła postępowanie w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 2, 4, 5 i 6 odwołań; w punkcie 2 - w pozostałym zakresie oddaliła odwołania; w punkcie 3 - kosztami postępowania obciąża wykonawcę (...) S.A. z siedzibą w R. i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 60 000 zł uiszczoną przez odwołującego (...) S.A. z siedzibą w R. tytułem wpisów od odwołań.

W tym stanie rzeczy Izba ustaliła, że rozpoznaniu na rozprawie podlegają zarzuty: nr 1 oraz 3 odwołań. W zakresie zarzutu nr 4 (odwołanie o sygn. akt: KIO 5/21), który został cofnięty przez odwołującego oraz w zakresie zarzutów nr 2, 5 oraz 6 (odwołania o sygn. akt: KIO 5/21) które zostały w całości uwzględnione przez zamawiającego oraz zarzutów nr 2, 4, 5 oraz 6 odwołań o sygn. akt: KIO 126/21, KIO 128/21 oraz KIO 129/21, postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu, zgodnie z art. 568 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020).

Izba ustaliła, w zakresie rozpoznawanych zarzutów, że zamawiający prowadzi następujące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na Usługę wsparcia i modyfikacji Systemu KRK oraz RSPTS (sygn. akt: KIO 5/21),
2. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługi wsparcia i modyfikacji Systemu Losowego Przydziału Spraw (SLPS) (sygn. akt: KIO 126/21),
3. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługa wsparcia i modyfikacji Systemu (...)” (sygn. akt: KIO 128/21),
4. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na Usługę wsparcia i modyfikacji systemów Ministerstwa Sprawiedliwości (sygn. akt: KIO 129/21).

W postępowaniach zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: „18.1. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie następujące kryteria oceny ofert:

a) Cena (C) - 60% (60 pkt.)

b) Czas usunięcia awarii lub błędów (T) - 40% (40 pkt.)”.

Kryterium „Czas usunięcia awarii lub błędów” będzie rozpatrywane na podstawie informacji podanych przez Wykonawcę w Formularzu „Ofertowym”. W kryterium „Czas usunięcia awarii lub błędów” wykonawca zobowiązany jest zadeklarować tylko jeden zestaw z zestawów określonych przez zamawiającego.

W kryterium „Czas usunięcia awarii lub błędów” zamawiający wskazał, że będzie przyznawał punkty za poszczególne zadeklarowane zestawy w zakresie czasu usunięcia awarii lub błędów, odpowiednio, jak poniżej: 1) zestaw 1 i określone w nim czasy usunięcia awarii lub błędów - 0 punktów; 2) zestaw 2 i określone w nim czasy usunięcia awarii lub błędów - 20 punktów; 3) zestaw 3 i określone w nim czasy usunięcia awarii lub błędów - 40 punktów; Zadeklarowany przez wykonawcę zestaw określający, potwierdzający czas usunięcia awarii lub błędów może zostać wybrany przez wykonawcę tylko z powyższych zestawów określonych przez zamawiającego. Wykonawca nie może zadeklarować innego

zestawu (określającego, potwierdzającego czas usunięcia awarii lub błędów) oraz podawać w ww. zestawach innych, odmiennych niż określone przez zamawiającego czasów usunięcia awarii lub błędów. W przypadku zadeklarowania przez wykonawcę czasu usunięcia awarii lub błędów innych niż określone i przypisane przez zamawiającego do wyżej wymienionych zestawów lub zadeklarowanie przez wykonawcę czasu usunięcia awarii lub błędów w innym nieokreślonym przez zamawiającego zestawie albo niezadeklarowanie, niepodanie, nieokreślenie przez wykonawcę czasu usunięcia awarii lub błędów, tj. zestawu, zamawiający uzna, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. 18.4.

Dalej Izba ustaliła, że zamawiający w dokumencie „Istotne dla Stron Postanowienia Umowy” (dalej „IPU”) oraz w załączniku 5 do IPU (sygn. akt: KIO 5/21) oraz w załączniku nr 3 (KIO 126/21, KIO 128/21, KIO 129/21) zawarł następujące definicje:

„Błąd- zdarzenie lub zakłócenie niebędące częścią standardowego działania Systemu bez względu na jego przyczynę skategoryzowane i opisane w Załączniku nr 5 (3) do Umowy.

Błąd krytyczny - błąd uniemożliwiający poprawne wykorzystanie Systemu lub jego niezbędnej funkcjonalności do realizacji procesów biznesowych. Zakłócenie pracy Systemu polegające na istotnym ograniczeniu wydajności Systemu lub pracy Systemu niezgodnej z Dokumentacją. Działanie Systemu prowadzące do otrzymywania błędnych wyników przetwarzania danych w tym mogące powodować lub powodujące utratę danych, uszkodzenie danych lub utratę ich spójności, brak możliwości przetwarzania lub rejestracji danych w Systemie. Jako błąd krytyczny należy rozumieć również błąd mogący powodować lub powodujący przełamanie zabezpieczeń związanych z poufnością, integralnością i dostępnością systemu i danych. Po udostępnieniu Obejścia Błąd krytyczny staje się Błędem zwykłym.

Błąd zwykły – błąd nie powodujący zatrzymania procesu biznesowego, który: utrudnia realizację procesów biznesowych; utrudnia efektywne wykorzystanie Systemu lub funkcjonalności Systemu; powoduje działanie Systemu nie zgodne z Dokumentacją; nie będący Awarią, Błędem krytycznym ani Błędem drobnym.

Błąd drobny - Błąd ujawniony w obszarze zastosowań Systemu, który nie stanowi zagrożenia wykonania funkcji Systemu ale wpływa negatywnie na komfort pracy użytkownika który prowadzi do: nieergonomicznej pracy (np. format pól, brak walidacji, literówki, błędne nazwy, konieczność zbędnych „kliknięć”), utrudniającej uzyskanie pożądanego rezultatu, itp.

Izba ustaliła, że w §2 pkt 5 IPU zamawiający zawarł następujące postanowienie: „Wykonawca gwarantuje dostępność Systemu (rozumianą jako czas działania Systemu bez Awarii i Błędu krytycznego określonych w Załączniku nr 3 do Umowy) na poziomie co najmniej 98% w miesiącu kalendarzowym, z wyłączeniem ograniczeń dostępności usługi,

o których mowa w ust. 6. Kalendarz dostępności: dla Systemu - 24 godziny na dzień, 7 dni w tygodniu, 365 dni w roku (366 dni w roku przestępnym). Do gwarantowanego poziomu dostępności Systemu nie jest wliczana jego niedostępność wynikająca z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego polegających na zatrzymaniu lub zakłóceniu pracy Systemu, spowodowanych działaniami Zamawiającego wynikającymi z eksploatacji Infrastruktury technicznej lub awarią Infrastruktury technicznej, w tym awarią łączy teletransmisyjnych, awarią sprzętu komputerowego, awarią zasilania lub brakiem danych niezbędnych do odtworzenia Systemu.”

W §2 ust. 13 IPU zamawiający wskazał: „(...) Wykonawca nie odpowiada za Błędy spowodowane nieautoryzowanymi przez Wykonawcę, modyfikacjami lub konfiguracją wykonanymi przez Zamawiającego lub osoby trzecie działające w jego imieniu, zobowiązany jednak jest do ustalenia przyczyn wystąpienia Błędów i przedstawienia Diagnozy Zamawiającemu. W razie sporu, co do przyczyn wystąpienia Błędów Zamawiający powoła biegłego, celem wiążącego ustalenia przyczyny wystąpienia Błędów. Koszty powołania biegłego i naprawy Błędów ponosi Strona ponosząca odpowiedzialność za powstanie Błędów. Wykonawca będzie usuwał błędy spowodowane działaniem podmiotów trzecich niezwłocznie na koszt Strony odpowiedzialnej za spowodowanie Błędu, przy czym rozliczenie nastąpi po ostatecznym rozstrzygnięciu wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych w sprawie.”.

Ponadto Izba ustaliła, że w załączniku nr 3, zamawiający w pkt 8 zawarł informacje dotyczącą kategorii błędów i czasu realizacji zgłoszeń.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołania podlegają oddaleniu. Izba zaznaczyła, że zarzuty nr 1 oraz nr 3 zostały tożsamo sformułowane przez odwołującego we wszystkich odwołaniach, stąd też rozstrzygnięcie i uzasadnienie Izby odnosiło się do wszystkich odwołań.

Izba wskazała, że zarzut nr 1, tj. naruszenia art. 91 ust. 2d w zw. z art. 7 pzp nie potwierdził się. Przywołany przepis statuje obowiązek zamawiającego do jednoznacznego i zrozumiałego opisu kryteriów oceny ofert. W tym zakresie odwołujący uzasadnił swój zarzut twierdzeniem, iż wprowadzone przez zamawiającego kryterium pozacenowe - „Czas usunięcia awarii lub błędów” jest kryterium pozornym i nieweryfikowalnym. Nie kwestionował, zdaniem Izby, opisu wymagań zawartych przez zamawiającego w zestawach (nr 1, 2, 3), ale wyłącznie przyjęty przez zamawiającego sposób weryfikacji oświadczenia wykonawcy złożonego w formularzu oferty co do wyboru konkretnego zestawu. W konsekwencji Izba uznała, że opis poszczególnych zestawów w ramach kryterium pozacenowego jest dla odwołujący jednoznaczny. Rozstrzygnięcia wymagało zaś to, czy przyjęty przez zamawiającego sposób oceny ww. kryterium jest pozorny i nieweryfikowalny, a tym samym stanowiący naruszenie wskazanego przez odwołującego art. 91 ust. 2d pzp w zw. z art. 7 pzp.

Zdaniem Izby zamawiający nie naruszył ww. przepisów. Izba zaznaczyła, że przepis art. 91 ust. 2d pzp musi być interpretowany w kontekście konkretnego kryterium pozacenowego, charakteru takiego kryterium oraz przedmiotu zamówienia. Nie ma wątpliwości, iż istnieją kryteria pozacenowe, które można zweryfikować za pomocą konkretnych obiektywnych dowodów. Zaliczyć do nich należy chociażby doświadczenia wykonawcy nabyte podczas realizacji konkretnych zamówień, gwarancję producenta, która może być potwierdzona oświadczeniem producenta, określone dodatkowe funkcjonalności przedmiotu zamówienia, które może potwierdzić producent. Zauważyć jednakże należy, że przepisy pzp wprowadzają ograniczenia co do doboru przez zamawiających kryteriów pozacenowych tylko w zakresie ich powiązania z przedmiotem zamówienia oraz w zakresie zakazu ustalenia kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Ustawodawca nie określa w ustawie pzp procedury weryfikacji spełnienia przez wykonawców kryteriów pozacenowych. Zdaniem Izby z art. 91 ust. 2d pzp nie sposób wywieść obowiązku zamawiającego określenia w SIWZ bliżej niesprecyzowanej przez odwołującego procedury weryfikacji oświadczenia wykonawcy. Ustawodawca zdaniem Izby nie nakłada na zamawiających obowiązku potwierdzenia spełnienia kryteriów pozacenowych jakimiś konkretnymi dowodami. Wskazuje wyłącznie, iż opisując kryteria pozacenowe zamawiający powinien określić sposób sprawdzenia informacji. W tym aspekcie zastosowanie ma art. 7 ust. 1 pzp, z uwzględnieniem rodzaju kryterium

pozacenowego. W analizowanym stanie faktycznym, istotą kryterium wprowadzonego przez zamawiającego jest zobowiązanie wykonawcy do usunięcia awarii czy błędu w czasie realizacji umowy w określonym przedziale czasowym. Wykonawca potwierdza to zobowiązanie poprzez złożenie stosowanego oświadczenia. Trudno w takiej sytuacji szukać obiektywnych dowodów potwierdzających treść zobowiązania danego wykonawcy. Każdy z wykonawców znajduje się w takiej samej pozycji, każdy z nich oceniając swoje doświadczenie, swój potencjał kadrowy i przewidywane zaangażowanie finansowe w realizację zamówienia dokonuje oceny przedmiotu zamówienia oraz wymagań zamawiającego określonych w poszczególnych zestawach i wyraża w ofercie konkretne zobowiązanie do wykonania zamówienia na zasadach określonych w wybranym zestawie. Nie dochodzi więc, zdaniem Izby, do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Oczywiście na etapie badania i oceny ofert, odwołujący ma możliwość kwestionowania oświadczeń wykonawcy zawartych w ofercie, chociażby na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 czy 4 pzp, jeśli w jego ocenie treść zobowiązania zaciągniętego przez wykonawcę nie znajduje odzwierciedlenia w ofercie czy też w innych obiektywnych okolicznościach.

Zdaniem Izby specyfika kryterium wprowadzonego przez zamawiającego wyrażająca się w powzięciu przez wykonawcę określonego zobowiązania do usunięcia awarii czy błędu uzasadnia przyjęty przez zamawiającego zakres informacji służących do weryfikacji kryterium pozacenowego. Jest to bowiem zobowiązanie własne wykonawcy i tylko wykonawca, w okolicznościach omawianej sprawy, oceniając swoje indywidualne doświadczenie oraz zaangażowanie kadrowe i finansowe w projekt może stanowić źródło potwierdzenia składanych przez niego oświadczeń.

Nie można zgodzić się z odwołującym, że wybór określonego zestawu przez wykonawcę w kryterium pozacenowym jest tylko nieweryfikowalną deklaracją wykonawcy. Zdaniem Izby, takie oświadczenia wykonawcy jest konkretnym zobowiązaniem wykonawcy do usunięcia awarii czy błędu w czasie wymaganym przez zamawiającego, za które wykonawca ponosi określoną odpowiedzialność na etapie realizacji zamienienia. Kryterium czasu usunięcia awarii lub błędu jest skorelowane z karami umownymi związanymi z nienależytym wykonaniem świadczeń, które wynikają z niezachowania umówionych terminów wykonania umowy. Należy tu przywołać § 8 pkt 3 IPU, który stanowi, że w przypadku niedotrzymania terminów określonych w załączniku nr 3 do umowy dotyczących usuwania błędów (w tym usuwania błędów w ramach realizacji obowiązków Wykonawcy wynikających z rękojmi lub gwarancji), wykonawca zapłaci zamawiającemu określone kary umowne.

Zdaniem Izby zamawiający określił kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Kryteria pozacenowe winny być uzasadnione potrzebami zamawiającego, co zamawiający wykazał powołując się na znaczenie i wagę systemów. Kryterium to pozostaje w bezpośrednim, ścisłym związku z przedmiotem zamówienia i przekłada się wprost na jakość oczekiwanych usług objętych postępowaniami.

Izba uznała za niezasadne żądanie odwołującego zastąpienia kryterium pozacenowego - „Czas usunięcia awarii lub błędu” kryterium „Test kompetencji”. Izba wskazała, że zamawiający określa kryteria oceny ofert, nie zaś Izba czy odwołujący. Za niezasadne uznać należy oczekiwanie, że Izba narzuci zamawiającemu określone kryterium pozacenowe, szczególnie to wnioskowane przez jednego z wykonawców. Izba stoi na stanowisku, że może orzec o niezgodności danego kryterium pozacenowego z przepisami pzp i nakazać jego wykreślenie czy wprowadzenie innego, ale wybranego przez zamawiającego, nie zaś przez Izbę czy odwołującego.

Ponadto Izba wskazała, że omawiany zarzut odwołującego oparty został na założeniu, że ze względu na wagę kwestionowanego kryterium i sposób jego skonstruowania wysoce prawdopodobne jest wskazanie przez wszystkich wykonawców zestawu nr 3, który spowoduje przyznanie ofertom maksymalnej liczby punktów w tym kryterium. Izba podkreśla, że sformułowane przypuszczenie nie mogło jednak stanowić podstawy uwzględnienia przedmiotowego zarzutu. Trzeba mieć bowiem na względzie, że z tych samych powodów (waga i konstrukcja kryterium) możliwa jest także sytuacja, w której wykonawca zrezygnuje z możliwych do zdobycia punktów w tym kryterium, wyrównując tą stratę odpowiednim obniżeniem ceny. Przypuszczenia odwołującego, bez chociażby ich uprawdopodobnienia nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia naruszenia prawa przez zamawiającego.

W ocenie Izby nie zasługiwał również na uwzględnienie zarzut nr 3. Izba przychyliła się do argumentacji zamawiającego zawartej w odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący zakwestionował definicję „Błędu” zawartą w IPU oraz w załączniku nr 5/3 do umowy, wskazując, że zamawiający nadużył swojej uznaniowości i zdefiniował błąd jako każde zdarzenie lub zakłócenie niebędące częścią standardowego działania Systemu bez względu na jego przyczynę. To powoduje zaś, że wykonawca nie może oszacować liczby błędów i rodzi ryzyko, że zamawiający jako błąd może określić zdarzenia tkwiące w działaniach lub zaniechaniach zamawiającego. Zdaniem Izby odwołujący nie wykazał naruszenia art. 29 ust. 1 pzp.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż nieuprawniona jest wybiórcza analiza zapisów IPU. Definicja „Błędu” jak również zakres odpowiedzialności wykonawcy podlega analizie z uwzględnieniem całości zapisów IPU. I tak wskazać należy, że w §2 ust. 13 IPU zamawiający jednoznacznie zastrzegł, że wykonawca nie odpowiada za błędy spowodowane nieautoryzowanymi przez wykonawcę, modyfikacjami lub konfiguracją wykonanymi przez zamawiającego lub osoby trzecie działające w jego imieniu, zobowiązany jednak jest do ustalenia przyczyn wystąpienia błędów i przedstawienia diagnozy zamawiającemu. W razie sporu, co do przyczyn wystąpienia błędów, zamawiający powoła biegłego, celem wiążącego ustalenia przyczyny wystąpienia błędów. Koszty powołania biegłego i naprawy błędów ponosi strona ponosząca odpowiedzialność za powstanie błędów. Wykonawca będzie usuwał błędy spowodowane działaniem podmiotów trzecich niezwłocznie na koszt strony odpowiedzialnej za spowodowanie błędu, przy czym rozliczenie nastąpi po ostatecznym rozstrzygnięciu wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych w sprawie.

Tym samym, zdaniem Izby, twierdzenie jakoby definicja błędu zawarta przez zamawiającego w IPU rodziła po stronie wykonawcy ryzyko, iż zamawiający wskaże jako błąd zdarzenie, które tkwi w działaniach czy zaniechaniach zamawiającego, uznać należy za niewykazane i nieznajdujące oparcia w treści dokumentacji przetargowej. Zamawiający bowiem wyraźnie i jednoznacznie wyłącza odpowiedzialność wykonawcy za błędy, za które zamawiający jest sam odpowiedzialny. Podnoszone podczas rozprawy twierdzenia odwołującego, iż w przywołanych zapisach brak jest odniesienia do zaniechań zamawiającego, zdaniem Izby, nie zasługuje na aprobatę. Przywołana powyżej klauzula w sposób jednoznaczny statuuje podział odpowiedzialności stron i wyłącza odpowiedzialność wykonawcy za działania zamawiającego, co również zdaniem Izby obejmuje ewentualny brak działania zamawiającego, przy czym zaniechania zamawiającego muszą być powiązane z określonym obowiązkiem działania i wynikać z umowy łączącej strony.

Ponadto Izba zwróciła uwagę na regulacje zawarte w §2 ust. 5 IPU, w którym wskazano, że do gwarantowanego poziomu dostępności systemu nie jest wliczana jego niedostępność wynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, polegających na zatrzymaniu lub zakłóceniu pracy systemu, spowodowanych działaniami zamawiającego wynikającymi z eksploatacji infrastruktury technicznej lub awarią infrastruktury technicznej, w tym awarią łączy teletransmisyjnych, awarią sprzętu komputerowego, awarią zasilania lub brakiem danych niezbędnych do odtworzenia systemu. Zamawiający przez przywołane postanowienie IPU ogranicza odpowiedzialność wykonawców za błędy, które pochodzą z określonych przyczyn związanych z szeroko rozumianą „infrastrukturą” zamawiającego. Takie przedmiotowe skonkretyzowanie wykluczeń, czyni, zdaniem Izby, zarzut odwołującego o nadużywaniu uznaniowości za niezasadny.

W ocenie Izby, zamawiający wprowadził szerszą definicję błędu niż w postępowaniach na jakie powołuje się odwołujący i doprecyzował, że za błąd będzie uznawane każde zdarzenie lub zakłócenie niebędące częścią standardowego działania systemu bez względu na jego przyczynę. Przy czym zamawiający w sposób wyraźny wskazał, że wykonawca nie odpowiada za błąd, za który sam zamawiający jest odpowiedzialny. Zamawiający przewidział procedurę weryfikacji ustaleń co do przyczyn błędu, z udziałem biegłego, która nie była kwestionowana przez odwołującego. Izba w tym zakresie nie dopatrzyła się niejednoznaczności opisu zakresu obowiązków wykonawcy czy problemów interpretacyjnych związanych z definicją błędu. Pojawienie się nowego zapisu „bez względu na jego przyczynę”, którego dotychczas zamawiający nie praktykował w swoich postępowaniach nie może uzasadniać naruszenia art. 29 ust. 1 pzp. Zamawiający uregulował procedurę weryfikacji źródła błędu, której zapisy nie były kwestionowane przez odwołującego.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem odwołującego, iż definicja zawarta w IPU powoduje, że wykonawca nie może wycenić przedmiotu zamówienia. W tym zakresie twierdzenia odwołującego są bardzo ogólnie i sprowadzają się do stwierdzenia, iż zapis „bez względu na jego przyczynę” powoduje niemożność oszacowania liczby błędów. Zdaniem Izby z uwagi, na przyjęte zapisy odnośnie sposobu weryfikacji źródła błędów, a w konsekwencji kosztów związanych z usunięciem błędów, twierdzenia odwołującego uznać należy za niezasadne. Z przywołanych zapisów IPU wynika w sposób oczywisty, że koszty związane z błędami, których źródłem jest zamawiający lub osoby działające z imieniu zamawiającego, nie są ponoszone przez wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt oraz § 8 ust 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Odwołujący wniósł skargę na powyższe orzeczenie zaskarżając je w części, tj. w zakresie pkt 2 i 3, zaskarżonemu orzeczeniu zarzucając naruszenie:

- 1) art. 552 ust. 1 pzp z 2019 r. poprzez zaniechanie wydania wyroku w oparciu o stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego i tym samym błędne oddalenie zarzutu 1 (identyczny we wszystkich 4 odwołaniach);
- 2) art. 554 ust. 1 pzp 2019 r. poprzez oddalenie odwołań w zakresie zarzutu 1 (identyczny we wszystkich 4 odwołaniach), pomimo iż wskazane przez skarżącego naruszenie przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. pomimo naruszenia przez zamawiającego niżej wymienionych przepisów ustawy:
 - a) art. 91 ust. 2d pzp w zw. z art. 7 ust. 1 pzp poprzez określenie pozacenowych kryteriów oceny ofert w sposób uniemożliwiający ich należyłą weryfikację oraz z naruszeniem zasady przejrzystości;
 - b) naruszenie art. 7 ust. 1 pzp w związku z ww. przepisami poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad Prawa zamówień publicznych, tj. z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasadą proporcjonalności oraz zasadą przejrzystości;
- 3) art. 589 pzp z 2019 r. poprzez obciążenie skarżącego w całości kosztami postępowania odwoławczego, pomimo iż skarżący wygrał postępowanie odwoławcze co najmniej w 4/6.

Z uwagi na powyższe skarżący wniósł o:

1. zmianę wyroku w pkt 2 poprzez nadanie mu treści „Uwzględnia odwołania w części i nakazuje zamawiającemu:

2.1 W zakresie odwołania KIO 5/21:

1) wprowadzenie następujących zmian w kryteriach pozacenowych:

Lp.	Kryterium	Waga	Maksymalna ilość punktów jaką może otrzymać oferta za kryterium
-----	-----------	------	---

1.	Cena (C)	60%	60
2.	Test kompetencji (T)	40%	40
Razem maksymalnie	100%	100	

2) Wprowadzenie kryterium „test kompetencji” - w kryterium tym zostanie przeprowadzona według wyboru zamawiającego weryfikacja poziomu wiedzy merytorycznej obszarów biznesowych oraz umiejętności praktycznych, w szczególności:

- zostanie przeprowadzona weryfikacja poziomu wiedzy merytorycznej z zakresu przedmiotowych rejestrów: Krajowego Rejestru Karnego (KRK) oraz Rejestru Sprawców Przestępstw na Tle Seksualnym (RSPTS),
- zostanie przeprowadzona weryfikacja sposobu świadczenia usługi utrzymania przez wykonawcę na przykładzie klasy zadań, jakie mogą występować w ramach realizacji usług utrzymania systemów o skali i złożoności porównywalnej do KRK i RSPTS,
- zostanie przeprowadzona weryfikacja zdolności i umiejętności świadczenia usługi rozwoju systemu, w tym umiejętności związane z analizą systemową, projektowaniem, implementacją funkcjonalności, testowaniem oraz wdrażaniem (automatycznym) zmian.

Zadania testu kompetencji powinny dotyczyć niezbędnej wiedzy i umiejętności wymaganych dla prawidłowej realizacji usług utrzymania i rozwoju przedmiotowego systemu.

3) Wprowadzenie postanowień dotyczących regulaminu i zasad przeprowadzenia testu.

4) Wprowadzenie postanowień, iż personel wskazany do realizacji ww. testu kompetencji powinien być związany z wykonawcą lub wskazanym w ofercie podwykonawcą stałym stosunkiem prawnym (umowa o pracę lub umowa cywilno-prawna zawarta na czas nieokreślony lub okres co najmniej 6 miesięcy).

5) Wprowadzenie postanowień, że personel skierowany do ww. testu kompetencji powinien stanowić personel wykonawcy kierowany przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w tym wprowadzenie obowiązku złożenia wraz z ofertą „Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, biorących udział w teście kompetencji” oraz dodanie do SIWZ postanowienia, że udział w testach kompetencji mogą brać wyłącznie osoby wskazane w takim załączniku.

2.2 W zakresie odwołania KIO 126/21:

1) Wprowadzenie następujących zmian w kryteriach pozacenowych:

Lp.	Kryterium	Waga	Maksymalna ilość punktów jaką może otrzymać oferta za kryterium
1.	Cena (C)	60%	60

2.	Test kompetencji (T)	40%	40
Razem maksymalnie	100%	100	

2) Wprowadzenie kryterium „test kompetencji” - w kryterium tym zostanie przeprowadzona według wyboru zamawiającego weryfikacja poziomu wiedzy merytorycznej obszarów biznesowych oraz umiejętności praktycznych, w szczególności:

- zostanie przeprowadzona weryfikacja poziomu wiedzy merytorycznej z zakresu Systemu Losowego Przydziału Spraw (SLPS),
- zostanie przeprowadzona weryfikacja sposobu świadczenia usługi utrzymania przez wykonawcę na przykładzie klasy zadań, jakie mogą występować w ramach realizacji usług utrzymania systemów o skali i złożoności porównywalnej do Systemu Losowego Przydziału Spraw (SLPS),
- zostanie przeprowadzona weryfikacja zdolności i umiejętności świadczenia usługi rozwoju systemu, w tym umiejętności związane z analizą systemową, projektowaniem, implementacją funkcjonalności, testowaniem oraz wdrażaniem (automatycznym) zmian.

Zadania testu kompetencji powinny dotyczyć niezbędnej wiedzy i umiejętności wymaganych dla prawidłowej realizacji usług utrzymania i rozwoju przedmiotowego systemu.

3) Wprowadzenie postanowień dotyczących regulaminu i zasad przeprowadzenia testu.

4) Wprowadzenie postanowień, iż personel wskazany do realizacji ww. testu kompetencji powinien być związany z wykonawcą lub wskazanym w ofercie podwykonawcą stałym stosunkiem prawnym (umowa o pracę lub umowa cywilno-prawna zawarta na czas nieokreślony lub okres co najmniej 6 miesięcy).

5) Wprowadzenie postanowień, że personel skierowany do ww. testu kompetencji powinien stanowić personel wykonawcy kierowany przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w tym wprowadzenie obowiązku złożenia wraz z ofertą „Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, biorących udział w teście kompetencji” oraz dodanie do SIWZ postanowienia, że udział w testach kompetencji mogą brać wyłącznie osoby wskazane w takim załączniku.

2.3 W zakresie odwołania KIO 128/21:

1) Wprowadzenie następujących zmian w kryteriach pozacenowych:

Lp.	Kryterium	Waga	Maksymalna ilość punktów jaką może otrzymać oferta za kryterium
1.	Cena (C)	60%	60
2.	Test kompetencji (T)	40%	40

Razem maksymalnie	100%	100	
-------------------	------	-----	--

2) Wprowadzenie kryterium „test kompetencji” - w kryterium tym zostanie przeprowadzona według wyboru zamawiającego weryfikacja poziomu wiedzy merytorycznej obszarów biznesowych oraz umiejętności praktycznych, w szczególności:

- zostanie przeprowadzona weryfikacja poziomu wiedzy merytorycznej z zakresu Rejestru Zadłużonych (RZ),
- zostanie przeprowadzona weryfikacja sposobu świadczenia usługi utrzymania przez wykonawcę na przykładzie klasy zadań, jakie mogą występować w ramach realizacji usług utrzymania systemów o skali i złożoności porównywalnej do RZ,
- zostanie przeprowadzona weryfikacja zdolności i umiejętności świadczenia usługi rozwoju systemu, w tym umiejętności związane z analizą systemową, projektowaniem, implementacją funkcjonalności, testowaniem oraz wdrażaniem (automatycznym) zmian.

Zadania testu kompetencji powinny dotyczyć niezbędnej wiedzy i umiejętności wymaganych dla prawidłowej realizacji usług utrzymania i rozwoju przedmiotowego systemu.

3) Wprowadzenie postanowień dotyczących regulaminu i zasad przeprowadzenia testu.

4) Wprowadzenie postanowień, iż personel wskazany do realizacji ww. testu kompetencji powinien być związany z wykonawcą lub wskazanym w ofercie podwykonawcą stałym stosunkiem prawnym (umowa o pracę lub umowa cywilno-prawna zawarta na czas nieokreślony lub okres co najmniej 6 miesięcy).

5) Wprowadzenie postanowień, że personel skierowany do ww. testu kompetencji powinien stanowić personel wykonawcy kierowany przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w tym wprowadzenie obowiązku złożenia wraz z ofertą „Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, biorących udział w teście kompetencji” oraz dodanie do SIWZ postanowienia, że udział w testach kompetencji mogą brać wyłącznie osoby wskazane w takim załączniku.

2.4. W zakresie odwołania KIO 129/21:

1) Wprowadzenie następujących zmian w kryteriach pozacenowych:

Lp.	Kryterium	Waga	Maksymalna ilość punktów jaką może otrzymać oferta za kryterium
1.	Cena (C)	60%	60
2.	Test kompetencji (T)	40%	40
Razem maksymalnie	100%	100	

2) Wprowadzenie kryterium „Test kompetencji” - w kryterium tym zostanie przeprowadzona według wyboru zamawiającego weryfikacja poziomu wiedzy merytorycznej obszarów biznesowych oraz umiejętności praktycznych, w szczególności:

• zostanie przeprowadzona weryfikacja poziomu wiedzy merytorycznej z zakresu:

- (...)
- (...)
- (...)
- zostanie przeprowadzona weryfikacja sposobu świadczenia usługi utrzymania przez wykonawcę na przykładzie klasy zadań, jakie mogą występować w ramach realizacji usług utrzymania systemów o skali i złożoności porównywalnej do (...), (...) oraz (...),
- zostanie przeprowadzona weryfikacja zdolności i umiejętności świadczenia usługi rozwoju systemu, w tym umiejętności związane z analizą systemową, projektowaniem, implementacją funkcjonalności, testowaniem oraz wdrażaniem (automatycznym) zmian.

Zadania testu kompetencji powinny dotyczyć niezbędnej wiedzy i umiejętności wymaganych dla prawidłowej realizacji usług utrzymania i rozwoju przedmiotowego Systemu.

3) Wprowadzenie postanowień dotyczących regulaminu i zasad przeprowadzenia testu.

4) Wprowadzenie postanowień, iż personel wskazany do realizacji ww. testu kompetencji powinien być związany z wykonawcą lub wskazanym w ofercie podwykonawcą stałym stosunkiem prawnym (umowa o pracę lub umowa cywilno-prawna zawarta na czas nieokreślony lub okres co najmniej 6 miesięcy).

5) Wprowadzenie postanowień, że personel skierowany do ww. testu kompetencji powinien stanowić personel wykonawcy kierowany przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w tym wprowadzenie obowiązku złożenia wraz z ofertą „Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, biorących udział w teście kompetencji” oraz dodanie do SIWZ postanowienia, że udział w testach kompetencji mogą brać wyłącznie osoby wskazane w takim załączniku.

w pozostałym zakresie odwołania oddala.” ewentualnie, w przypadku uznania przez sąd, że żądanie wprowadzenia konkretnego kryterium pozacenowego jest zbyt daleko idące - o zmianę wyroku w pkt 2 poprzez nadanie mu treści: „ Uwzględni odwołania w części i nakazuje zamawiającemu wykreślenie kryterium pozacenowego „Czas usunięcia awarii lub błędów (T)” i wprowadzenie innego kryterium pozacenowego, osobnego dla usług utrzymaniowych i osobnego dla usług rozwojowych, wraz z wprowadzeniem do SIWZ obiektywnych i jasnych zasad weryfikacji ofert w kryterium pozacenowym, w pozostałym zakresie odwołania oddala.”

2. Zmianę wyroku w pkt. 3 poprzez obciążenie zamawiającego i skarżącego kosztami postępowania odwoławczego proporcjonalnie do wyniku postępowania;

3. Zasądzenie na rzecz skarżącego kosztów sądowych, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych;

4. Przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania odwoławczego:

a. Pierwotnej treści SIWZ;

b. Modyfikacji SIWZ;

na okoliczność treści SIWZ obowiązującej na dzień orzekania.

Zamawiający wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie od skarżącego na swoją rzecz kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Sąd okręgowy zważył, co następuje:

Przed przystąpieniem do dalszych rozważań wyjaśnić należy, że skarga w niniejszej sprawie wniesiona została już po wejściu w ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019), a co za tym idzie podlega ona rozpoznaniu na podstawie przepisów tej właśnie ustawy. Wynika to wprost z treści art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020).

Niemniej zasadność skargi oceniona być musi na podstawie przepisów obowiązujących do dnia 31 grudnia 2020 r., tj. na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (tj. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.). Postępowanie o udzielenie zamówienie publicznego prowadzone było pod rządami starej ustawy.

Skarga zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd okręgowy, odmiennie niż Krajowa Izba Odwoławcza w skarżonym orzeczeniu, stoi na stanowisku, że ustalone przez zamawiającego pozacenowe kryterium oceny ofert uniemożliwiają należytą weryfikację ofert, a także naruszają zasady przejrzystości. Z tych względów zarzuty dotyczące naruszenia art. 91 ust. 2d w zw. z art. 7 ust. 1 pzp z 2004 r. okazały się uprawnione.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w myśl art. 91 ust. 1 pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

- 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
- 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
- 4) aspekty innowacyjne;
- 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji (art. 91 ust. 2 pzp.). Kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz w odniesieniu do poszczególnych etapów ich cyklu życia, w tym procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia (art. 91 ust. 2c pzp). Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców (art. 91 ust. 2d pzp.). Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (art. 91 ust. 3 pzp).

W art. 67 ust 4 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, a także w jej motywie 92 wskazano, że istotą kryteriów jest umożliwienie oceny porównawczej poziomu wykonania oferowanego w każdej z ofert w kontekście

przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji technicznej. Wybrane kryteria udzielenia zamówienia nie powinny przyznawać instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru oraz powinny zapewniać możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji, a także powinny im towarzyszyć rozwiązania, które pozwalają na skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów. Aby ustalić ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, decyzja o udzieleniu zamówienia nie powinna opierać się wyłącznie na kryteriach pozakosztowych. Kryteria jakościowe powinny zatem być uzupełnione kryterium kosztów, którym według uznania instytucji zamawiającej mogłyby być cena lub podejście oparte na efektywności kosztowej, na przykład rachunek kosztów cyklu życia.

Jak wynika zatem z powyższego, celem kryteriów oceny ofert, dobieranych przez zamawiającego dla konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, jest wybór oferty najkorzystniejszej. Podkreślić przy tym należy, iż kryteria oceny ofert winny realizować zasadę przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania wykonawców, jak również gwarantować, że oferty będą oceniane w warunkach efektywnej konkurencji.

W doktrynie słuszne podkreśla się, że wykonawcy powinni mieć pełną świadomość w jaki sposób oraz w oparciu o jakie informacje, będą oceniane ich oferty, tylko bowiem wówczas będą mogli zawrzeć odpowiednie dane w treści ofert. Z tych też względów zamawiający, opisując kryteria oceny ofert i zasady ich stosowania, muszą wskazać jakiego rodzaju informacji oczekują, a także dobrać takie metody oceny, aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie i porównanie informacji przedstawionych przez wykonawców w ofertach (tak: D. Grześkowiak-Stojek, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 91., pod red. M. Jaworskiej, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnickiej, A. Matusiak, wyd. 12, Warszawa 2020, Legalis). Jak trafnie zauważa J. Pieróg: „Zamawiający, określając kryteria, powinien móc zweryfikować podawane przez wykonawców informacje. Oznacza to, że kryteria nie powinny odnosić się do aspektów niemożliwych do sprawdzenia, czyli obietnic lub zobowiązań niewykonalnych.” (zob. Jerzy Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 24. Wyd. 15, Warszawa 2019, Legalis). Kryteria oceny ofert oraz sposób ich tworzenia i oceny ofert na ich podstawie mają zasadnicze znaczenie dla systemu zamówień publicznych, bowiem to w oparciu o nie zamawiający decyduje komu udzieli zamówienia. Z tych względów zamawiający musi odpowiednio wcześniej przemyśleć i wskazać wszystkie kryteria, które uważa za istotne, a które powinny spowodować, że wybierze właściwą ofertę (M. Meducki, ZPDORADCA 2021, Nr 2 Kryteria oceny ofert).

Podzielając powyższe poglądy sąd okręgowy stoi na kategorycznym stanowisku, wyrażonym już z resztą w wyroku wydanym przez tut. sąd w innym składzie, iż obowiązkiem zamawiającego jest takie określenie kryteriów oceny ofert, aby przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty było możliwe sprawdzenie/zweryfikowanie informacji przedstawionych przez wykonawców w jego ofercie (wyrok SO w Warszawie z dnia 18 grudnia 2020 r., XXIII Ga 1350/20).

Przekładając powyższe uwagi na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że w postępowaniach, których dotyczy skarga, jako pozacenowe kryterium oceny ofert zamawiający wskazał „Czas usunięcia awarii lub błędów (T)”, przypisując jednocześnie temu kryterium 40%, tj. maksymalnie 40 punktów. Przyznawanie ocen w tym kryterium wg SIWZ miało się odbywać wyłącznie na podstawie deklaracji wykonawcy umieszczonej w formularzu ofertowym, przy czym deklaracja ta sprowadzała się do wskazania jednego z 3 określonych w SIWZ zestawów, gdzie dla każdego zestawu określony został czas usunięcia awarii lub błędów. Zamawiający nie wymagał od wykonawców podania żadnych innych danych, w tym jakichkolwiek informacji czy oświadczeń wykonawców, celem zweryfikowania tych deklaracji. W ocenie sądu okręgowego nie byłoby to z resztą celowe. Charakter tego kryterium odnosił się bowiem niewątpliwie do etapu wykonywania zamówienia. Zapisy SIWZ, odnośnie spornego kryterium oceny oferty (40%) nie spełniały zatem kryterium możliwości sprawdzenia informacji przedstawionych przez wykonawców – na etapie wyboru oferty. Paradoksalnie przyznał to zarówno zamawiający jak i KIO wskazując, że wykonawca, który nie wywiąże się z deklaracji w tym zakresie ponosić będzie odpowiedzialność na etapie realizacji zamówienia, poprzez konieczność zapłaty stosownych kar umownych, na wypadek nienależytej/niezgodnej z ofertą realizacji umowy. Powyższe świadczy zatem o tym, że sporne kryterium nie tylko nie będzie weryfikowalne na etapie badania ofert, ale w istocie jego rzetelna weryfikacja będzie dotyczyła wyłącznie podmiotu, któremu zamówienie zostanie udzielone. De facto przedmiotowe kryterium pozacenowe stanowi wyłącznie deklarację, co uniemożliwia rzetelne sprawdzenie ofert przedstawionych przez wykonawców. Brzmienie art. 91 ust. 2d pzp

wymaga, aby zamawiający tak sformułował kryterium pozacenowe, aby w samej ofercie zamieszczano informacje obiektywne, możliwe do sprawdzenia przez zamawiającego albo też, aby na etapie oceny ofert zamawiający oceniał np. jakość i kompetencje zespołu dedykowanego do realizacji zamówienia. Nie ulega zatem wątpliwości, że ukształtowanie przedmiotowego pozacenowego kryterium oceny ofert w powyższy sposób stanowi oczywiste naruszenie przepisu art. 91 ust. 2d pzp.

Abstrahując od powyższego zgodzić się także należy ze skarżącym, że powyższe kryterium tylko pozornie ma charakter pozacenowy. W tym kontekście należy odnotować, że w ramach kryterium innego niż cena, nie powinien się mieścić aspekt finansowy, samo kryterium pozacenowe powinno premiować wyłącznie cechę, decydującą o wyższej jakości przedmiotu zamówienia. Tymczasem dochowanie poszczególnych terminów usuwania awarii i błędów jest w istocie zależne od poniesienia przez wykonawcę dodatkowych kosztów - kosztów utrzymania zespołu ludzi, który świadczy takie usługi w zwiększonym zakresie, tj. w krótszym terminie. Zatem zadeklarowanie krótszego terminu usuwania awarii i błędów wpływa jedynie na cenę oferty, a tym samym nie jest kryterium innym niż cena/koszt wykonania. Co równie istotne przy tak sformułowanym kryterium, wysoce prawdopodobnym jest, że wszyscy zamawiający, celem otrzymania pełnej puli punktów zdecydują się na ten sam zestaw w ramach tego kryterium. Z dużą dozą prawdopodobieństwa można więc stwierdzić, że wprowadzone kryterium pozacenowe w rzeczywistości nie różnicuje wykonawców – czyli nie prowadzi do powstania nawet teoretycznej konkurencji między nimi na tym polu.

Podkreślenia wymaga, że istotą zamówień publicznych jest zapewnienie transparentności wydatkowania środków publicznych. Zamawiający zobligowani do stosowania przepisów pzp powinni udzielać zamówień na podstawie obiektywnych kryteriów, które zapewnią działanie zgodne z zasadami przejrzystości, równego traktowania wykonawców i niedyskryminacji. Ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej powinny zostać dokonane w warunkach konkurencji. Podstawowa reguła prawa zamówień publicznych, zawarta w art. 7 ust. 1 pzp (aktualnie art. 16 pkt 1) pzp), stanowi, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma odbywać się w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców oraz zachowanie uczciwej konkurencji. Konieczność weryfikowalności spełnienia kryteriów oceny ofert w momencie ich składania stanowi warunek sine qua non równego traktowania wykonawców a zatem kryteria te nie mogą opierać się na deklaracjach, obietnicach czy niesprawdzalnych na tym etapie zobowiązań. Jeżeli kryterium oceny ofert nie jest weryfikowalne a zatem nie ma możliwości zweryfikowania jego spełnienia w momencie oceny ofert to de facto nie jest to w ogóle kryterium oceny ofert.

Mając na względzie powyższe zasady, uwzględniając opisane już uchybienia dotyczące przyjętego kryterium pozacenowego, zgodzić się także należało ze skarżącym, iż naruszony został art. 7 ust. 1 pzp.

Biorąc pod uwagę całokształt powyższych okoliczności, sąd okręgowy uznał podniesione w skardze zarzuty i argumenty za zasadne.

Sąd okręgowy nie uwzględnił przy tym zasadniczych wniosków skarżącego, aby w miejsce dotychczasowego kryterium pozacenowego nakazać zamawiającemu wprowadzenie kryterium „test kompetencji”.

Wskazać należy, że kształtowanie kryteriów oceny ofert należy do uprawnień zamawiającego, jako gospodarza postępowania, który ustala je w taki sposób, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli takiej, która w sposób optymalny będzie stanowiła zaspokojenie uzasadnionych potrzeb zamawiającego, w oparciu o przeznaczenie przedmiotu zamówienia, a co istotne - za najkorzystniejszą cenę. Kształt i charakter kryteriów oceny ofert zdeterminowany jest w szczególności rodzajem zamówienia. Zdaniem sądu okręgowego narzucenie zamawiającemu konkretnego kryterium byłoby nadmierną ingerencją w sferę jego uprawnień. Uwypuklić przy tym należy, że to zamawiający najlepiej wie jakie są jego potrzeby, a zatem to on posiada najwłaściwszą wiedzę odnośnie tego, jakie elementy winny być uznane za istotne przy ocenie ofert, a zatem jakie kryterium poza cenowe należy przyjąć, oczywiście przy zachowaniu obiektywnych i jasnych zasad weryfikacji ofert w kryterium pozacenowym.

Na marginesie wskazać należy, że zamawiający przeoczył, że nie określił w SIWZ kryterium pozacenowego dla obu elementów przedmiotu zamówienia, tj. usług wsparcia i usług rozwoju. Tymczasem oba elementy są równoważne w przedmiotowych 4 postępowaniach. Uwzględniając powyższe sąd orzekając w przedmiocie skargi nakazał zamawiającemu wprowadzenie kryterium pozacenowego, osobnego dla usług utrzymaniowych i osobnego dla usług rozwojowych.

Mając na uwadze całokształt powyższych okoliczności, uznając podniesione w skardze zarzuty i argumenty za zasadne sąd okręgowy na podstawie art. 588 ust. 2 nowego pzp, zmienił wyrok KIO w punktach 2 oraz 3 i w punkcie 2 nakazał zamawiającemu Skarbowi Państwa – Ministerstwu Sprawiedliwości wykreślenie kryterium pozacenowego „Czas usunięcia awarii lub błędów (T)” i wprowadzenie innego kryterium pozacenowego, osobnego dla usług utrzymaniowych i osobnego dla usług rozwojowych, wraz z wprowadzeniem do SIWZ obiektywnych i jasnych zasad weryfikacji ofert w kryterium pozacenowym.

Biorąc pod uwagę fakt, iż skarżący w odwołaniu kwestionował także wprowadzoną w SIWZ definicję błędu, przy czym zdaniem Izby zarzuty w tym zakresie nie potwierdziły się, a rozstrzygnięcie KIO w tym zakresie nie były przez skarżącego kwestionowane, sąd okręgowy w pozostałym zakresie odwołanie oddalił.

Rozstrzygając w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego sąd okręgowy wziął pod uwagę to, że we wszystkich połączonych do wspólnego rozpoznania odwołaniach (KIO 5/21, KIO 126/21, KIO 128/21, KIO 129/21) skarżący podniósł po 6 zarzutów. W sprawie KIO 5/21 zamawiający uwzględnił 2,5 i 6 z podniesionych zarzutów, skarżący cofnął zarzut nr 4, natomiast Izba oddaliła pozostałe z nich (dwa). Podkreślenia wymaga, że cofnięcie zarzutu skutkowało uznaniem, że w jego zakresie odwołujący przegrał postępowania. W konsekwencji należy uznać, że odwołujący wygrał to postępowanie w 3/6. Z kolei w pozostałych 3 sprawach zamawiający uwzględnił zarzuty nr 2,4,5,6, a Izba oddaliła pozostałe dwa. Zatem odwołujący wygrał to postępowanie w 4/6. Odwołujący skarżył rozstrzygnięcie KIO jedynie w zakresie w jakim Izba oddaliła w każdej ze spraw zarzut nr 1. Sąd okręgowy uwzględniając skargę uznał, że we wszystkich sprawach zarzut ten był uprawniony, co w skutkowało zmianą proporcji w jakiej odwołujący wygrał postępowanie odwoławcze. W sprawie KIO 5/21 zmiana wyroku implikowała przyjęcie, że odwołujący wygrał postępowanie w 4/6. W pozostałych sprawach proporcja ta wyniosła 5/6. Innymi słowy odwołujący przegrał postępowanie odwoławcze w 2/6 w sprawie KIO 5/21 i w 1/6 w sprawach: KIO 126/21, KIO 128/21, KIO 129/21. Wpis od odwołania w każdej ze spraw wyniósł 15.000 zł, zatem łącznie koszty postępowania wynosiły 60.000 zł (2x 15.000 zł= 60.000 zł). Odwołujący winien ponieść je w zakresie kwoty 12.500 zł [KIO 5/21: 2/6x 15.000 = 5.000, KIO 126/21, KIO 128/21, KIO 129/21: 3x (15.000x 1/6) =7.500 zł; 5.000+ 7.500 = 12.500 zł], a zamawiający w pozostałej części, tj. w kwocie 47.500 zł. Mając na względzie to, że odwołujący uiszczył wpisy od odwołanie w łącznej kwocie 60.000 zł sąd zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa - Ministerstwa Sprawiedliwości na rzecz skarżącego (...) spółki akcyjnej w R. 47.500 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego i w pozostałym zakresie zaliczył w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 12.500 zł uiszczoną przez skarżącego (...) spółki akcyjnej w R. tytułem wpisów od odwołań.

O kosztach postępowania skargowego sąd okręgowy orzekł na podstawie art. 589 ust. 1 nowego pzp obciążając obowiązkiem ich zwrotu zamawiającego, jako stronę przegrywającą to postępowanie. Zgodnie z tym przepisem strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku.

Na koszty postępowania poniesione przez skarżącego składają się opłata od skargi w kwocie 180.000 zł oraz wynagrodzenia reprezentującego go radcy prawnego w kwocie 12.500 zł ustalonego od wartości przedmiotu zaskarżenia na podstawie § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz.U z 2018 r., poz. 265 ze zm.), z uwzględnieniem okoliczności, iż pełnomocnik ten prowadził sprawę również przed Krajową Izbą Odwoławczą, tj. 50% stawki minimalnej. Łącznie koszty te wyniosły zatem 192.500 zł

Wypada zauważyć, że żaden przepis ww. rozporządzenia nie określa wysokości wynagrodzenia radcy prawnego w sprawach ze skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej. Brak jest również podstaw by poszukiwać dalekich analogii

z innymi przepisami określającymi wysokość stawki w poszczególnych rodzajach spraw. Dlatego zdaniem sądu zastosowanie powinny tu znaleźć postanowienia § 2 rozporządzenia określającego w sposób najbardziej ogólny stawki minimalne uzależniającego ich wysokość od wartości przedmiotu sprawy (tu zaskarżenia).

/SSO Bolesław Wadowski/ /SSO Magdalena Naęcz/ /SSO Andrzej Sobieszczański