

Poznań, dnia 27 grudnia 2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący: **GIAP Sp. z o.o.**, ul. Pasaż Ursynowski 1/126, 02-784 Warszawa, KRS: 0000581378 reprezentowany przez Martę Gawron – pełnomocnika Odwołującego działającej na podstawie pełnomocnictwa dołączonego do odwołania, e-mail: giap@giap.pl, telefon: 22 243 72 53;

Zamawiający: **Centrum Usług Informatycznych we Wrocławiu**, ul. Namysłowska 8, IV p., 50-304 Wrocław, tel. 71 777 90 23, email: marta.kozyra@cui.wroclaw.pl;

Dotyczy: *Budowa systemu do zarządzania zasobem zieleni miejskiej we Wrocławiu: e-platforma Zieleń we Wrocławiu – etap 1, znak postępowania: CUI-ZZ.3201.13.2021; ogłoszenie o zamówieniu: Dziennik Urzędowy UE, TED: 2021/S 199-519562 z dnia 13 października 2021 r.*

Wpis od odwołania: 15.000,00 zł

ODWOŁANIE

Działając w imieniu spółki pod firmą **GIAP sp. z o.o. z siedzibą we Warszawie**, stosownie do art. 513 pkt. 1 i 2 w zw. z art. 505 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień Publicznych (t.j. Dz.U. 2018. 1986 ze zm.), zwanej dalej „PZP”, na podstawie udzielonego pełnomocnictwa, wnoszę **odwołanie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Budowa systemu do zarządzania zasobem zieleni miejskiej we Wrocławiu: e-platforma Zieleń we Wrocławiu – etap 1, znak postępowania: CUI-ZZ.3201.13.2021; Ogłoszenie o zamówieniu: Dziennik Urzędowy UE, TED: 2021/S 199-519562 z dnia 13 października 2021 r.* („**Postępowanie**”) **od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Aspello sp. z o.o. z siedzibą w Opolu i od zaniechania czynności unieważnienia postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego.**

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- 1) **naruszenie art. 16 ust. 1 pkt 1 PZP, art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt. 18 PZP**, poprzez ustalenie kryteriów i sposobu oceny ofert, które nie gwarantowały wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. poprzez podział kryterium cenowego na trzy odrębne podkryteria o różnym znaczeniu (wadze), co umożliwiało wykonawcom manipulację ceną oferty, naruszało zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, i skutkowało tym, że w postępowaniu jako najkorzystniejsza nie została wybrana oferta najkorzystniejsza cenowo oraz tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest dotknięte wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego (zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt. 1 PZP),
- 2) **naruszenie art. 255 ust. 6 PZP poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania** podczas gdy po weryfikacji cen ofert, obliczeniu punktacji każdej z ofert i ustaleniu że najwięcej punktów otrzymała oferta wykonawcy Aspello sp. z o.o., Zamawiający powinien dojść do przekonania, że najwięcej punktów otrzymała oferta, która nie była najkorzystniejsza, i w konsekwencji - że dokonał nieprawidłowego podziału kryterium cenowego na trzy nierówne wagowo elementy, pozwolił na manipulację ceną przez wykonawców, naruszył zasadę uczciwej konkurencji i w konsekwencji powinien unieważnić postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego w związku z tym, że zawarta umowa z wybranym wykonawcą podlegałaby unieważnieniu jako zawarta z naruszeniem PZP).

Biorąc pod uwagę powyższe zarzuty i ich uzasadnienie zawarte w dalszej części Odwołania, Odwołujący wnosi o:

- 1) **uwzględnienie odwołania,**
- 2) **nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt. 6 PZP,**
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w postaci kosztów wpisu od odwołania i zastępstwa przez Krajową Izbę Odwoławczą, wg faktury złożonej na rozprawie.

UZASADNIENIE

I. KWESTIE FORMALNE.

1. INTERES PRAWNY W ZŁOŻENIU ODWOŁANIA

Odwołujący wskazuje interes w złożeniu odwołania. Odwołujący w ramach działalności gospodarczej realizuje zamówienia publiczne z zakresu e-usług i ubiegał się o udzielenie przedmiotowego

zamówienia, a jego oferta była najkorzystniejsza. W przypadku nieuwzględnienia Odwołania, jeśli postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie zostanie unieważnione i jeśli Zamawiający nie określi na nowo w sposób prawidłowy kryteriów oceny ofert, Odwołujący nie będzie mieć szansy na uzyskanie zamówienia.

2. ZACHOWANIE TERMINU DO WNIESIENIA ODWOŁANIA

Zamawiający w dniu 17 grudnia 2021 r. ogłosił wybór oferty najkorzystniejszej. Tym samym niniejsze Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu przewidzianego w art. 515 PZP.

II. UZASADNIENIE ZARZUTÓW

- 2.1. Zgodnie z art. 134 ust. 1 PZP, Zamawiający powinien zawrzeć w specyfikacji warunków zamówienia m.in. opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Z kolei zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 PZP, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub ofertę z najniższą ceną lub kosztem. Zastosowanie procedury udzielenia zamówienia publicznego określonej w ustawie PZP ma na celu **wyłonienie oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich ofert złożonych w danym postępowaniu. Celowi temu ma służyć dobór przez zamawiającego odpowiednich kryteriów oceny ofert. Kryteria powinny być ustalone przez Zamawiającego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.**
- 2.2. W ocenie Odwołującego, Zamawiający z naruszeniem art. 134 ust. 1 pkt 18 PZP nieprawidłowo określił kryteria i sposób oceny ofert, czym naruszył podstawową zasadę prowadzenia postępowania z art. 16 pkt 1 PZP, która zakłada prowadzenie postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nieprawidłowy, podział kryterium cena (60%) na podkryteria, którym Odwołujący przyporządkował wagi: 10%, 20% i 30%, choć ich suma wynosi 60%, nie zagwarantował wyboru oferty zawierającej najniższą cenę za wykonanie zamówienia. Wybór oferty Aspello sp. z o.o. został zatem dokonany z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 PZP. W związku z tym, że wada tego postępowania nie nadaje się do usunięcia, Zamawiający powinien unieważnić postępowanie.
- 2.3. W przedmiotowym postępowaniu kryterium o wadze 60% była cena oferty. Na skutek nieprawidłowego podziału tego kryterium na podkryteria, którym Zamawiający nadał różną wagę, Odwołujący, którego łączna cena oferty jest niższa niż oferta Aspello sp. z o.o. uzyskał mniejszą ilość punktów za ofertę (podstawową) niż inni wykonawcy (vide: tabela niżej). Cena w takiej sytuacji przestała być w zasadzie kryterium o wadze 60%. Gdyby Zamawiający nie dokonał nieprawidłowego podziału kryteriów na podkryteria Odwołujący otrzymałby za kryterium cena 60 pkt. (vide: tabela niżej)

	Odwołujący oferta podstawowa	Odwołujący oferta wariantowa	Aspello oferta podstawowa	Gison oferta wariantowa
Cena	811 834,00 zł	3 038 850,26 zł	923 512,20 zł	908 851,87 zł
60% (bez podkryteriów)	60 pkt.	16,03 pkt.	52,74 pkt.	53,59 pkt.
60% jako suma wag 10%, 20% i 30%	38,39 pkt.	13,98 pkt.	50,97 pkt.	39,33 pkt.

- 2.4. Biorąc pod uwagę, że w pozostałych kryteriach, oferty każdego z Wykonawców były takie same – otrzymały maksymalną ilość 40 punktów – o tym, która oferta jest najkorzystniejsza zdecydowała *de facto* tylko cena. W takiej sytuacji o najkorzystniejszej ofercie można mówić w przypadku oferty, która ma najniższą cenę, czyli o ofercie podstawowej Odwołującego. **Na skutek zastosowania przez Zamawiającego różnych wag trzech elementów w kryterium ceny, z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 PZP doszło do wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy PZP.**
- 2.5. **Zastosowane przez Zamawiającego podkryteria, ustalone z naruszeniem art. 16 pkt 1 PZP, nie pozwoliły na wybór oferty najkorzystniejszej.** Należy w tym miejscu przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2011 r., sygn. akt KIO 1958/11), w którym KIO orzekła, że *„przypisywanie różnej wagi wyodrębnionym podkryteriom cenowym, w ramach tego samego kryterium celem ustalenia liczby punktów, nie pozwala dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Stoi to bowiem w sprzeczności z definicją oferty najkorzystniejszej (...). Tym za niedopuszczalne należy uznać przypisanie przez Zamawiającego w kryteriach oceny ofert różnego znaczenia dla poszczególnych składników ceny w wyliczeniu ostatecznej punktacji w postępowaniu, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest de facto cena. W takich okolicznościach dokonanie odpowiednich przesunięć przy zachowaniu niezmienniej łącznej ceny ofertowej mogłoby doprowadzić do przyznania najwyższej liczby punktów ofercie, która nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy. (...) Tym samym należy uznać, iż bilans ceny (jako pojedynczej wartości) w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy może przesądzać o punktowej kwalifikacji złożonych w postępowaniu ofert (...) tak ustalone kryterium oceny ofert nie uprawnia Zamawiającego do tworzenia podkryteriów w ramach jednego kryterium, i to w sposób, który różnicuje wagę tychże podkryteriów w sposób skrajnie nieproporcjonalny (od 5% do 35%). **Niedopuszczalne jest odmienne (nieproporcjonalne) traktowanie podkryteriów cenowych wyodrębnionych w ramach jednego kryterium cenowego. Wszakże udział każdego ze składników***

ostatecznej jednostkowej ceny ofertowej w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy jest równoważny, gdyż w sposób jednakowy wpływa na wysokość ceny i kształt przyszłego wynagrodzenia. Powyższe powoduje, iż wybór oferty najkorzystniejszej w oparciu o tak ukształtowane zasady i proporcje arytmetyczne jest niemożliwy, bez naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy” (obecnie art. 16 pkt 1 PZP – przypis autora).¹

2.6. **Na skutek dokonanego przez Zamawiającego podziału na podkryteria o wadze 10%, 20%, 30%, każdy ze składników ostatecznej jednostkowej ceny ofertowej przestał być równoważny i przestał w sposób jednakowy wpływać na wysokość ceny i kształt przyszłego wynagrodzenia, co zgodnie z przywołanym wyżej wyrokiem KIO 1958/11 skutkuje naruszeniem podstawowej zasady wyrażonej w art. 16 pkt. 1 PZP.**

2.7. Zasadność stanowiska Odwołującego potwierdza także Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 1 sierpnia 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2186/06), wydanym w stanie faktycznym, w którym zamawiający podzielił kryterium ceny na dwa elementy – cenę za dostawę towarów i cenę za serwis nadając tym elementom różne (nie równe) wagi, w dalszej kolejności unieważnił postępowanie. Zespół Arbitrów wskazał w uzasadnieniu przywoływanego wyroku, że: **„Zamawiający popełnił błąd, polegający na tym, że wprowadzając cenę składającą się z dwóch elementów powinien, dla znalezienia najkorzystniejszej, elementy te zsumować. Nadanie każdemu z tych elementów w SIWZ wagi punktowej spowodowało, że wybór najkorzystniejszej oferty, którą powinna być oferta z najniższą ceną, jest sprzeczny z definicją najkorzystniejszej oferty zawartą w art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 2 pkt 5 p.z.p.”**²

W dalszej części ww. wyroku, Zespół Arbitrów wskazał konsekwencje takiego stanu faktycznego, stwierdzając, że: **„Nieprecyzyjne zdefiniowanie kryteriów, co w konsekwencji prowadzi do wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, jest rażącym naruszeniem p.z.p., co prowadzi do nieważności umowy z powodów wymienionych w art. 146 ust. 1 pkt 5 p.z.p. (dokonanie wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy – przypis autora). W takim wypadku Zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.”** oraz, że: **„W tym stanie rzeczy obowiązkiem Zamawiającego w każdym stadium postępowania było unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.”**

Choć powyższe orzeczenia były wydane w innym stanie prawnym (poprzednio obowiązujące PZP), generalne wytyczne w nim ujęte, nie utraciły swojej aktualności.

¹ Wyrok KIO z dnia 26 września 2011 r., sygn. akt KIO 1958/11,

² Wyrok ZAUZP z 1.08.2006 r., UZP/ZO/0-2186/06, LEX nr 209753.

- 2.8. Jak stwierdziła KIO w uchwale z dnia 16 kwietnia 2014., KIO/KD 30/14, przy podziale kryterium ceny na trzy podkryteria, ocenie podlega w istocie sposób skalkulowania ceny, **a nie rzeczywista wartość prac oferowanych przez wykonawcę**. Zatem, opis sposobu obliczenia ceny oraz kryteria i sposób oceny ofert nie gwarantują wyboru najkorzystniejszej oferty, co stanowi naruszenie przepisów ustawy PZP wskazanych wyżej.³ Uchwała została wydana w związku z zastrzeżeniami zamawiającego do kontroli dokonanej przez UZP, która dotyczyła m.in. podziału kryterium i nadanie elementom powstałym z podziału różnej wagi. W toku tej kontroli UZP uznał, że „kryterium oceny ofert zostało określone nieprawidłowo. Podział kryterium cena (100%) na podkryteria, którym przyporządkowano wagi pozycje 1-8 waga 40% oraz pozycje 9-10 waga 60% nie gwarantował wyboru oferty zawierającej najniższą cenę za wykonanie zamówienia. Dokonanie odpowiednich przesunięć w poszczególnych pozycjach formularza mogło doprowadzić do przyznania najwyższej liczby punktów ofercie, która nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż nie gwarantowała zamawiającemu uzyskania świadczenia w zamian za najniższą cenę.”⁴
- 2.9. **Analogiczna sytuacja jak ta, które negatywnie oceniała KIO w przywoływanych wyżej orzeczeniach, a zatem analogiczny błąd Zamawiającego, ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu.** Zatem słusznie Odwołujący twierdzi, że Zamawiający popełnił błąd ustalając podkryteria w kryterium ceny z różną wagą, bo co najmniej hipotetycznie umożliwił wykonawcom dokonywanie przesunięć między elementami. Przy czym w ocenie Odwołującego, analiza oferty wybranego wykonawcy Aspello sp. z o.o. pozwala na stwierdzenie, że wykonawca faktycznie wykorzystał błąd Zamawiającego i dostosował swoją ofertę do podkryteriów i ich wag i faktycznie dokonywał tych przesunięć. Wykonawca Aspello sp. z o.o. zaoferował wykonanie usług rozwoju za maksymalnie niską (vs. oferty innych wykonawców) kwotę 24.000,00 zł (przy uwzględnieniu tylko 80,00 zł za roboczogodzinę) dzięki czemu uzyskał cenne 10 pkt w ocenie oferty, z uwagi na wagę 10% tego podkryterium. Podobnie, w przypadku ceny za utrzymanie systemu wartej 20 pkt (20% wagi) – Aspello sp. z o.o. dzięki maksymalnie niskiej kwocie (vs. oferty innych wykonawców) zdobyła cenne 20 pkt. w ocenie oferty. O tym, że doszło do przesunięcia pewnych kosztów z elementu pierwszego i drugiego w ocenie Odwołującego świadczy fakt, że Aspello sp. z o.o. wskazała nieproporcjonalnie wysoką (vs. pozostali wykonawcy) cenę za trzecie element (cena za pozostałe elementy cenotwórcze) za wynagrodzenie za cząstkowe analizy przedwdrożeniowe – 123.000,00 zł. Oczywistym jest, że w przypadku elementu trzeciego, który stanowił sumę wynagrodzenia za wiele pozostałych elementów cenotwórczych zdecydowanie trudniejsze jest uzyskanie 30 pkt. niż w przypadku dwóch innych elementów,

³ Tak: uchwała KIO z dnia 16 kwietnia 2014 r., KIO/ KD 30/14;

⁴ Tamże.

z których każdy składa się z wyceny tylko jednej pozycji. Poprzez przesunięcia pomiędzy tymi elementami, wykonawcy – a tym konkretnym przypadku – Aspello sp. z o.o. mogli w prosty sposób uzyskać 30 pkt. wyceniając tylko dwie pozycje – usługi rozwoju i otrzymania systemu. Przy czym to czy faktycznie doszło do przesunięcia może pozostawać bez znaczenia, bowiem zdaniem KIO **już hipotetyczna możliwość manipulowania ceną, a niewątpliwie taką możliwość mieli wykonawcy, stanowi o wadzie postępowania.**

2.10. **Nadanie wagi punktowej trzem podkryteriom skutkowało tym, że oferta wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza nie jest *de facto* ofertą najkorzystniejszą. Podział kryterium ceny na trzy podkryteria dokonany został z rażącym naruszeniem zasady wynikającej z art. 16 ust. 1 PZP, co powinno skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie art. 255 pkt. 6 PZP w związku z tym, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W myśl art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający udzielił zamówienia z naruszeniem ustawy. „*Natura okoliczności wyróżnionych w art. 457 ust. 1 p.z.p. wskazuje na ich odniesienie do istotnych elementów postępowania o udzielenie zamówienia, wpływających na przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych (jawności, przejrzystości, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców).*” **Zatem skoro doszło do rażącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, umowa zawarta z Aspello sp. z o.o. podlegałaby unieważnieniu. Skoro postępowanie obarczone jest niemożliwą na tym etapie do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie z Aspello sp. z o.o. umowy, która nie będzie podlegać unieważnieniu, postępowanie o udzielenie tego zamówienia, powinno zostać unieważnione.****

2.11. Zamawiający miał i ma w związku z powyższym obowiązek unieważnienia postępowania. W związku z tym, że do dnia wniesienia odwołania Zamawiający samodzielnie nie unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nie unieważnił postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zasadne są zarzuty i wnioski odwołania.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę jak na wstępie odwołania.

Odwołujący zarazem zastrzega sobie prawo do przedstawienia na rozprawie kolejnych dowodów na swoje twierdzenia, w ramach przedstawionych w odwołaniu zarzutów.

Marta Gawron

Pełnomocnik

Załączniki:

1. pełnomocnictwo do reprezentowania Odwołującego,

2. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
3. odpis pełny z rejestru przedsiębiorców KRS Odwołującego,
4. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
5. dowód przesłania Zamawiającemu kopii odwołania wraz z załącznikami;