

NiePrzeWidywalność rozczarowań, czyli wyroki Krajowej Izby Odwoławczej

We wcześniejszych artykułach przyjrzelśmy się najpierw zamawiającym („Suma wszystkich strachów zamówień publicznych”, ITwiz 7/2014), później wykonawcom („Gra o sumie zerowej”, ITwiz 8/2014), zaś w tej części cyklu skoncentrujemy się na Krajowej Izbie Odwoławczej, organie mającym nie mniejszy wpływ na stan faktyczny zamówień IT w administracji publicznej niż strony biorące udział w postępowaniach.

Utrwalona doktryna, a także zaskakujące rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) oraz jej poprzedników wielokrotnie rzucały się cieniem na sposób realizacji zamówień IT, wzmacniając złe praktyki nabywców i dostawców, często bezsilnych w obliczu ograniczonej percepcji arbitrów stojących przed wyzwaniem wyrokowania w sprawach wymagających znajomości złożonych niuansów technologicznych.

Konsekwencje rozstrzygnięć KIO

Wieloletnie orzecznictwo arbitrów, niewzruszonych wobec jawnych przykładów rażąco niskiej ceny, walenie przyczyniło się do podpisywania kontraktów z góry skazanych na porażkę. Przeświadczenie, że nie ma ceny tak niskiej, której nie sposób by uzasadnić, zostało trwale wryte w podświadomości przedstawicieli stron, często zniechęcając ich do podejmowania jakiegokolwiek interwencji. Rozstrzygnięcia postępowań odbierające możliwość badania cen składowych oferty, o ile całość oferty nie była rażąco niska, stanowiły tylko potwierdzenie przyjętej interpretacji ustawy i otwierały wykonawcom drogę do lawirowania w przypadku przedstawienia błędnych ofert.

Najlepiej zobrazuje to sytuacja, w której dostawca zapomniał w ofercie ująć oprogramowanie do wirtualizacji. W ramach wyjaśnień wykonawca wskazał na własny pakiet autorski, który – w świetle przedstawionych wyjaśnień – miał objąć brakujący element specyfikacji, pomimo że opis pakietu zawarty w ofercie w żaden sposób do niego nie nawiązywał. Co ciekawe, wskazany pakiet autorski wyceniono na kwotę czterokrotnie niższą niż koszt licencji brakującego oprogramowania do wirtualizacji.

Analogicznie zachowawcze wyroki KIO – pomijając historyczną wadliwość w tym zakresie ustawy – przełożyły się na unikanie przez zamawiających pozacenowych kryteriów oceny ofert. Ocena merytoryczna, kluczowa na rynku komercyjnym, w administracji publicznej była praktycznie niewykorzystywana, w rzadkich wypadkach przybierając skodyfikowane formy tak, aby za wszelką cenę uniknąć zarzutów stronniczości.

Retoryka przed merytoryką

Dzięki nowelizacjom ustawy minęły już czasy, kiedy mnożące się protesty i odwołania potrafiły sparaliżować prze-

Wieloletnie orzecznictwo arbitrów, niewzruszonych wobec jawnych przykładów rażąco niskiej ceny, walnie przyczyniło się do podpisywania kontraktów z góry skazanych na porażkę.

Rozstrzygnięcia postępowań odbierające możliwość badania cen składowych oferty, o ile całość oferty nie była rażąco niska, stanowiły tylko potwierdzenie przyjętej interpretacji ustawy i otwierały wykonawcom drogę do lawirowania w przypadku przedstawienia błędnych ofert.

targi na lata. Ograniczono również kuriozalne sytuacje, w których zapadały rozstrzygnięcia wzajemnie ze sobą sprzeczne, zwłaszcza pojawiające się w ramach tego samego postępowania. Czasy te jednak obnażyły ponure oblicze zamówień IT, ujawniające się do dzisiaj w powszechnym przekonaniu o nieprzewidywalności wyroków KIO.

Obecnie strony każdorazowo szacują swoje szanse na wygranie odwołania w oderwaniu od faktów i własnych racji, koncentrując się przede wszystkim na prawdopodobieństwie wymanewrowania orzekających. Wielokrotnie wydatek rzędu 20 000 zł, obejmujący wpis od odwołania oraz koszty reprezentacji, ponoszony wyłącznie w przypadku przegranej, jest wart położenia na szali, gdy gra toczy się o wielomilionowe i strategiczne kontrakty. Co gorsza, sytuacja taka skłania do spekulacji ze strony zamawiającego iż może nie warto odrzucać wadliwej oferty, skoro szanse na wyjaśnienie przyczyn przed KIO są bardzo niskie.

Postępowania przed KIO przypominają amerykański thriller prawniczy, gdzie sprytny adwokat skutecznie broni mordercę – rzeczywistość mija się z prawdą, retoryka radców reprezentujących strony góruje nad merytoryką i – co gorsza – techniczną wykonalnością, zaś dowody w sprawie są przedmiotem manipulacji. Wykonawca przed KIO z uporem i zawziętością będzie wywodził, że dodatek External Connector nie jest niezbędny do zapewnienia użytkownikom zewnętrznym dostępu do Windows Server 2012, zaś dokument potwierdzający udział w szkoleniu komercyjnego oprogramowania desktop GIS potwierdza certyfikowane kwalifikacje dla systemu zarządzania relacyjną bazą danych. Takie przykłady można mnożyć w nieskończoność.

Wyzwania dla arbitrów

Z jednej strony arbitrom brakuje wiedzy do rozstrzygania w tematach wymagających ponadprzeciętnej wiedzy informatycznej. Z drugiej zaś karmienie orzekających nieprawdą

– zarówno przez wykonawców, jak i zamawiających – jest de facto bezkarne. Zawsze bowiem mogą tłumaczyć się pomyłką lub złą interpretacją przedstawionych faktów. Jeśli do tego dodamy brak powoływania biegłych przez Krajową Izbę Odwoławczą, to uzyskamy jednoznaczną receptę na legendarną przypadkowość wyroków.

Sytuacje, z jakimi muszą mierzyć się arbitrzy, najlepiej obrazuje postępowanie sprzed kilku lat, w którym kanwą sporu było stwierdzenie, czy system ArcGIS Server w wersji 9.1 będzie działał w systemie operacyjnym Windows Server 2008. Zamawiający mający wątpliwości zwrócił się z zapytaniem do producenta, który w przestany oświadczeniu podpisanym zgodnie z reprezentacją spółki potwierdził brak kompatybilności obu środowisk. W trakcie KIO wykonawca – poza typowym zarzutem wobec zamawiającego, że nie może potwierdzać swoich wątpliwości ze stroną trzecią, w domyśle producentem oprogramowania – stwierdził, iż to on jest gwarantem poprawności działania rozwiązania z zastosowaniem wskazanego pakietu. Ponadto przedstawił pismo z zapewnieniem, że oba środowiska będą współpracować, wystawione przez autoryzowanego partnera technologii ESRI, będącego członkiem odwołującego się konsorcjum.

Pomijając fakt wskazania w przytoczonej argumentacji na możliwe zagrożenie o charakterze vendor lock-in – jako konsekwencji wyboru wątpliwej oferty – oraz stronnicze oświadczenie firmy będącej zainteresowanej uzyskaniem

Obecnie strony każdorazowo szacują swoje szanse na wygranie odwołania w oderwaniu od faktów i własnych racji, koncentrując się przede wszystkim na prawdopodobieństwie wymanewrowania orzekających. Wielokrotnie **wydatek rzędu 20 000 zł, obejmujący wpis od odwołania oraz koszty reprezentacji, ponoszony wyłącznie w przypadku przegranej, jest wart położenia na szali, gdy gra toczy się o wielomilionowe i strategiczne kontrakty.**

zamówienia, wykonawca brnął dalej, przedstawiając, jako koronny dowód w sprawie, kolejne zaświadczenie producenta rozważanego systemu. W nim odpowiedź nie była już tak jednoznaczna jak w treści wyjaśnienia wydanego z inicjatywy zamawiającego. Producent tym razem stwierdził, że produkt nie został certyfikowany do współpracy ze wskazanym systemem operacyjnym, tym niemniej nie musi

to oznaczać, że dany produkt nie będzie współpracował z wybranym systemem operacyjnym lub bazą danych.

Równie zaskakujący potrafi być efekt postępowania się opiniami ekspertów, broniącymi stanowiska danej strony. Jest to często efekt odpowiedniego sterowania treścią zapytań kierowanych do biegłych rzeczoznawców. I tak, w sytuacji ewidentnego braku przedstawienia przez wykonawcę wymaganego dodatku do bazy danych Oracle Spatial ten przedstawił ekspertyzę stwierdzającą, iż w przypadku wykorzystania wyłącznie oprogramowania Oracle do realizacji wymagań SIWZ konieczny jest zakup Oracle Spatial, występującego jako odpłatna opcja Oracle Enterprise Edition. Tym niemniej, gdy aplikacja jest tworzona z użyciem innego oprogramowania narzędziowego, zakup Oracle Spatial nie jest konieczny – można wykorzystać możliwości dostępne w Oracle Locator, czyli te które są w ofercie wykonawcy, a inne zbudować lub napisać. Jak stwierdzał rzeczoznawca, funkcjonalności dostępne w Oracle Spatial mogą być również realizowane poprzez aplikacje dedykowane napisane w systemie GIS udostępniającym interfejs programistyczny. Na przestrzeni lat zdarzało się też tak, że w trakcie jednego postępowania odwoławczego obie strony posługiwały się sprzecznymi ze sobą opiniami rzeczoznawców.

Błędy formalne i bezsilność KIO

Domeną Krajowej Izby Odwoławczej jest – i powinna być – głęboka wiedza w zakresie formalnych aspektów prowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Tym niemniej, również w tym obszarze zdarzają się niezrozumiałe wyroki i mają miejsce sytuacje, które nigdy mieć miejsca nie powinny: chociażby proste zaniedbanie w postaci braku wypraszania nieuprawnionych osób z posiedzeń niejawnych, czy też bardziej wyrafinowane, jak niedawne uprawdopodobnienie przez KIO wyjaśnienia zamawiającego, potwierdzającego fakt istnienia dokumentu, którego nie był w stanie przedstawić. Potem – dawniej w wąskiej windzie na Szucha, a obecnie już w nowoczesnej i przestronnej przy ul. Postępu – widzi się zrezygnowane kiwanie głową biegłych i chwilowe niedowierzanie, odptywa-

Skrajnym przypadkiem bezsilności Krajowej Izby Odwoławczej niech będzie sprawa, w której – pomimo braku przedstawienia jakichkolwiek dokumentów przez wykonawcę potwierdzających wątpliwą referencję – wyrok KIO sprowadził się do konkluzji, iż zamawiający to nie instytucja śledcza i musi zaufać oświadczeniu wykonawcy.

Postępowania przed KIO przypominają amerykański thriller prawniczy, gdzie sprytny adwokat skutecznie broni mordercę. Wykonawca przed KIO z uporem i zawziętością będzie wywodził, że dodatek External Connector nie jest niezbędny do zapewnienia użytkownikom zewnętrznym dostępu do Windows Server 2012, zaś dokument potwierdzający udział w szkoleniu komercyjnego oprogramowania desktop GIS potwierdza certyfikowane kwalifikacje dla systemu zarządzania relacyjną bazą danych. Takie przykłady można mnożyć w nieskończoność.

jące jednakże w mgnieniu oka, jako że wieloletnia praktyka przyzwyczaja do zaskoczeń i nieprzewidywalności.

Skrajnym przypadkiem bezsilności KIO niech będzie sprawa, w której wykonawca przedstawił referencję podmiotu trzeciego z dużego, państwowego koncernu zagranicznego, w celu potwierdzenia doświadczenia w zakresie wykorzystania rzadkiej technologii starszej generacji, kluczowej do realizacji usług utrzymania i rozwoju systemu zamawiającego. Po bezpośrednim zwróceniu się do tego podmiotu, zamawiający nie uzyskał potwierdzenia, by wskazana technologia faktycznie została użyta w przytoczonym we wniosku projekcie. W świetle przedstawionych faktów również KIO nabrało w tym zakresie uzasadnionej wątpliwości, wezwało wykonawcę do przedstawienia umowy lub dokumentów, z których jednoznacznie wynikałby zakres merytoryczny realizowanego przez podmiot trzeci przedsięwzięcia, i wyznaczyło termin kolejnej rozprawy. Niestety, pomimo braku przedstawienia jakichkolwiek dokumentów przez wykonawcę, wyrok KIO sprowadził się do konkluzji, iż zamawiający to nie instytucja śledcza i musi zaufać oświadczeniu wykonawcy.

Oczywiście w przypadku takich wyroków zawsze można wnieść skargę do sądu okręgowego, ale to już zupełnie inny temat. Zwłaszcza że do niedawna był to środek ochrony prawnej wykorzystywany sporadycznie, a to ze względu na wygórowany koszt wpisu, wynoszący w sytuacji po otwarciu ofert, 5% wartości przedmiotu zamówienia, jednak nie więcej niż 5 mln zł (sic!). Obecnie – po wyroku Trybunału Stanu – kwoty te, na szczęście, zostały urealnione.

*Michał Wiatr,
prezes zarządu Softtutor Consulting, firmy która wspiera
zamawiających w realizacji procedur zakupowych łącząc
kompetencje merytoryczne IT z wiedzą ekspercką w obszarze
zamówień publicznych.*