

Jak dziś wygląda procedura odwoławcza w przetargach publicznych

Procedowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą, mimo że mocno się uprościło, to nadal potrafi budzić wiele kontrowersji, a przynajmniej ekscytacji. Od ukazania się cyklu trzech moich artykułów publikowanych na łamach „ITwiz”, poświęconych zamówieniom publicznym – analizowanym z perspektywy zamawiających, wykonawców, a na koniec KIO – minęło 5 lat. Najwyższy czas, aby odświeżyć tę tematykę.

Nie ulega wątpliwości, że w dalszym ciągu mierzenie się wykonawców z zamawiającymi przed Izbą jest niczym bitwa, w której umiejętność retoryki i logicznego myślenia jest równie istotna co obiektywna prawda. Problemem może być jednak, iż w zamówieniach publicznych czasami trudno mówić o obiektywnej prawdzie. W artykule „Nieprzewidywalność rozczarowań, czyli wyroki Krajowej Izby Odwoławczej” (magazyn „ITwiz” 1/2015) przytaczałem przykłady negocjowania przez wykonawcę oświadczenia złożonego przez producenta czy też postugi-

wanie się w jednej sprawie, przez każdą ze stron sprzecznymi ze sobą opiniami rzeczoznawców.

Historia jednej macierzy

Całkiem niedawno braliśmy udział w sporze dotyczącym kwestii spełnienia przez zaproponowaną przez wykonawcę macierz trybu RAID3. Abstrahując od zasadności takiego wymagania, analiza zamawiającego wykazała, że według wszelkich dostępnych źródeł zaproponowana macierz przedmiotowego wymagania nie spełniała. Wskazywały na

to ogólnodostępne specyfikacje macierzy publikowane na stronach dystrybutorów, jak również samego producenta, a także informacje przekazywane przez przedstawicieli handlowych producenta w rozmowach telefonicznych.

Wykonawca z kolei na uzasadnienie spełnienia wymagania przedstawił stosowne oświadczenia autoryzowanego dystrybutora proponowanych rozwiązań oraz przedstawiciela producenta na rynku polskim. Brak wskazania RAID3 – obok innych, wspieranych przez macierz po-

ziomów 0, 1, 5, 6 i 10 – w karcie katalogowej był niepodważalny, tym niemniej w raporcie technicznym dla tej macierzy obok wskazanej informacji pojawiała się adnotacja mówiąca, iż stworzenie wolumenów RAID3 jest możliwe z wykorzystaniem narzędzia CLI (Command Line Interface). Dyskusja na rozprawie zatem została sprowadzona do stwierdzenia, czy stworzenie wolumenów za pomocą interfejsu tekstowego jest równoznaczne ze wspieraniem przez macierz wymaganego trybu RAID. Atmosfera rozprawy sięgnęła zenitu, strony wspinały się na szczyty oratorskich umiejętności. Kulminacją była konstatacja pełnomocnika wykonawcy, że konfigurowanie RAID w interfejsie tekstowym to rzecz powszechna.

Biegli niebiegły

Praktyka wskazuje, że powołanie biegłych w rozprawach prowadzonych przed KIO jest sporadyczne. Działanie takie wydaje się jednak jak najbardziej zasadne w świetle ewidentnej ekspozycji Izby orzekającej na serie półprawd i manipulowanie faktami. W przypadku nieszczęsnej macierzy – ze względu na rozbieżności w złożonych dowodach – po raz pierwszy w mojej praktyce przed KIO, Izba orzekająca sięgnęła po możliwość wykorzystania biegłego.

W stworzonej przez siebie opinii, biegły potwierdził spełnienie wymagania przez zaoferowane przez wykonawcę rozwiązanie. Nie byłoby w tym nic kontrowersyjnego, gdyby nie fakt, że z jednej strony biegły potwierdził, iż stworzenie RAID3 w interfejsie tekstowym nie jest czynnością skomplikowaną i mieści się w kompetencji przeciętnego informatyka umiającego czytać instrukcje, z drugiej zaś, jak okazało się w toku przesłuchania, nigdy w życiu takiej konfiguracji RAID nie przeprowadził, a konkluzję wyciągnął na podstawie dowodu złożonego przez wykonawcę. Mniejsza o to kto miał rację, coś jednak mogło być na rzeczy: w toku postępowania po ujawnieniu wątpliwości zamawiającego, publikowane na stronach producenta karty katalogowe zmodyfikowano, dodając informacje o wspieraniu przez macierz obok trybów 0, 1, 5, 6 i 10, również poziomu... 3.

W dobie upowszechnienia się merytorycznych kryteriów pozacenowych, ich wykorzystanie również może być przedmiotem wielu kontrowersji. Kryteria te – w skrajnym wypadku – pozwalają bowiem na uwzględnienie preferencji technologicznych zamawiającego. **Ocenie zatem podlega realizacja próbek, zadań, czy też scenariuszy testowych w modelu prezentacji oprogramowania na wcześniej zdeponowanym laptopie lub na podstawie dołączonych do oferty nagrań.**

Co oceniać poza ceną?

Cena jako jedyne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty przez wiele lat była przedmiotem krytyki ze strony wykonawców. Ponad 5 lat temu, kiedy nałożono na zamawiających wymóg postępowania się kryteriami pozacenowymi, wytrychem dla obejścia nowego obowiązku było stosowanie – obok ceny – kryterium terminu realizacji.

Przyjęty model najczęściej pozwalał wykonawcy zadeklarować termin realizacji przedmiotu zamówienia od najwyższej ocenianego terminu „urągającemu zdrowemu rozsądkowi”, poprzez termin „bardzo ryzykowny”, kończąc na terminie „racjonalnym”, związanym zazwyczaj z brakiem przyznania jakiegokolwiek punktacji.

Podobnie dzisiaj wykonawcy muszą mierzyć się z zasadnym, aczkolwiek trudnym na rynku IT, kryterium społecznym zwią-

zanym z koniecznością zatrudniania pracowników na podstawie umowy o pracę, wykorzystania w projektach osób niepełnosprawnych, czy też przyjmowania osób bezrobotnych.

Preferencje technologiczne

W dobie upowszechnienia się merytorycznych kryteriów pozacenowych, ich wykorzystanie również może być przedmiotem wielu kontrowersji. Kryteria te – w skrajnym wypadku – pozwalają bowiem na uwzględnienie preferencji technologicznych zamawiającego. Ocenie zatem podlega realizacja próbek, zadań, czy też scenariuszy testowych w modelu prezentacji oprogramowania na wcześniej zdeponowanym laptopie lub na podstawie dołączonych do oferty nagrań.

A co, jeśli chcielibyśmy oceniać dojrzałość technologiczną rozwiązania na bazie raportów Gartner Magic Quadrant lub

Pomimo wielu przypadków użycia oceny dojrzałości technologicznej na podstawie zestawień Gartnera czy też Forrester Research, ostatnio kryterium to stało się przedmiotem odwołania do KIO w przetargu na zakup hurtowni danych. Wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie zasady uczciwej konkurencji ze względu na to, że preferuje konkretne oprogramowanie. Tak długo czekaliśmy aż zamówienia publiczne będą przypominały te komercyjne, a gdy faktycznie tak się stało, nagle przestaje się nam to podobać. **Czemu innemu mają służyć kryteria oceny ofert, jeśli nie właśnie premiowaniu rozwiązań, które preferuje zamawiający?**

Forrester Wave? Zgodnie z takim podejściem, punktacja uzależniona byłaby od umiejscowienia oferowanego przez wykonawcę rozwiązania w takim zestawieniu w podziale na liderów, wizjonerów, pretendentów i niszowych graczy. Czy takie podejście nie będzie nadużyciem?

Bez znaków towarowych, a jednak nie w ciemno

Nie ulega wątpliwości, iż w dalszym ciągu wiążący jest zapis art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zakazujący opisywania przedmiotu zamówienia poprzez wskazywanie znaków towarowych charakteryzujących produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Jest to dopuszczalne wyłącznie w przypadkach uzasadnionych specyfiką przedmiotu zamówienia, pod warunkiem wskazania możliwości przedstawienia rozwiązań równoważnych. Pomimo że to wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywane przez zamawiającego ma obowiązek wykazania, że oferowane usługi i dostawy spełniają określone wymagania, to jednak zamawiającemu konieczność zdefiniowania warunków równoważności potrafi bardzo skutecznie spędzić sen z powiek.

W przypadku oceny rozwiązań w oparciu o zestawienie Gartnera czy też Forrester Research nie wymieniamy jednak żadnych znaków towarowych. Kilkakrotnie korzystaliśmy skutecznie z tego kryterium, m.in. w postępowaniach na wybór systemu komunikacji VoiP, systemu SIEM, czy też zakup urządzeń technicznych. Było ono również wykorzystywane w przetargach na dostawę i wdrożenie systemu klasy Workflow. Oczywiście zasadne jest, aby używać tego oręża z rozwagą i świadomością.

Pamiętajmy, że tym co przesądziło o wyborze oferty w przetargu na e-Podatki było zabazowanie przez wykonawcę na produkcie GenTax, według Gartnera najwyższej ocenianym produkcie do obsługi administracji podatkowej dostępnym na światowym rynku IT, jednak bez większej obecności w krajach europejskiego systemu podatkowego. Jaka była intencja

zamawiającego? Trudno to dzisiaj ocenić. Założenia mogły być dobre, preferowanie rozwiązań typu COTS wydaje się zasadne, choć w tej sytuacji raczej ze względu na potencjalnie łatwiejszy proces wdrożenia i utrzymania, niż ograniczanie ryzyka vendor-locku. Nie powinno jednak dziwić, że system będzie musiał być dostosowany do stanu prawnego obowiązującego w Polsce oraz stanowić element większej infrastruktury informatycznej państwa.

Z Gartnerem do KIO

Pomimo tak wielu przypadków użycia oceny dojrzałości technologicznej na podstawie zestawień Gartnera czy też Forrester Research, ostatnio kryterium to stało się przedmiotem odwołania do KIO w przetargu na zakup hurtowni danych. Wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie zasady uczciwej konkurencji ze względu na to, że preferuje konkretne oprogramowanie. Tak długo czekaliśmy aż zamówienia publiczne będą przypominały te komercyjne, a gdy faktycznie tak się stało, nagle przestaje się nam to podobać. Czemu innemu mają służyć kryteria oceny ofert, jeśli nie właśnie premiowaniu rozwiązań, które preferuje zamawiający?

Ujmując tę kwestię szerzej, można byłoby praktycznie uznać, że każdy opis przedmiotu zamówienia, czy też pozacenowe kryterium oceny ofert niesie ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców i dyskryminując innych. Na szczęście z pomocą przychodzi nam interpretacja ustawy Prawo zamówień publicznych wskazująca, że przytoczony wcześniej zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, oznacza jedynie, iż zamawiający winien dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymagania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego.

Przetargi a honorowe postępowanie

Wydawało mi się, że w zamówieniach publicznych nic mnie już nie zaskoczy.

Przeczące sobie oświadczenia i opinie rzeczoznawców – widziałem. Półprawdy i kłamstewka – słyszałem. Wybór drugiej oferty, pomimo że pierwsza jest korzystniejsza, ale nie ma pewności co do jej poprawności, aby pierwszy wykonawca mógł obronić się w KIO, a zamawiający przegrać – strategia co najmniej do rozważenia. Dzisiaj mam już więcej pokory. Dwa lata temu nasza oferta została uznana za najkorzystniejszą w dużym postępowaniu na świadczenie usług doradczych. Budżet klienta opiewał na ok. 2,2 mln zł netto, nasza oferta na 1,5 mln zł netto, 3 oferty za nami przekraczały budżet, zaś pierwsza oferta na kwotę poniżej 1 mln zł netto została odrzucona. Czyż to nie piękne wygrawać z 2. miejsca?

Pojawiło się odwołanie 4. podmiotu w kolejności z ofertą na ponad 3,5 mln zł netto, zarzucające zamawiającemu nieprawidłowe przeprowadzenie procesu oceny ofert. Zgodnie z zasadami przystąpiliśmy do odwołania po stronie zamawiającego – co istotne, zamawiający nie chciał się z nami spotkać, aby ustalić wspólną strategię obrony przed KIO. Dla uzasadnienia interesu w uzyskaniu zamówienia odwołujący przedstawił pismo uzyskane od zamawiającego w trybie dostępu do informacji publicznych wskazujące, iż potencjalnie rozważy rozszerzenie budżetu na realizację przedsięwzięcia. Ten przejaw niebywale szybkiego procedowania administracji publicznej spowodował, że zapaliło mi się duże, czerwone światło. W kolejnym kroku w toku rozprawy zamawiający przyznał rację odwołującemu, a my zostaliśmy praktycznie bez możliwości obrony, bez kontraktu, z koniecznością pokrycia wpisu odwołującego. Zamawiający mógł przecież po zapoznaniu się z odwołaniem odrzucić naszą ofertę. Byłoby bardziej honorowo.

Michał Wiatr,
prezes zarządu firmy Softtutor Consulting

Softtutor Consulting wspiera prowadzenie dialogów oraz postępowań przetargowych na zakup i wdrożenie kompleksowych rozwiązań informatycznych.