

Bird & Bird

Wpływ Krajowej Izby Odwoławczej na realizację przetargów w IT

Analiza orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej
w latach 2013-2015

Publikacja pod patronatem



KRAJOWA IZBA GOSPODARCZA



Warszawa, marzec 2016 r.

Spis treści

Wprowadzenie.....	3
Przedmiot analizy	4
Tezy	5
Szczegółowe wnioski analizy	6
Powszechność składania odwołań do KIO	6
Brak specjalizacji arbitrów KIO	6
Niefektywność orzekania w składach jednoosobowych	7
Konieczność korzystania z instytucji biegłego	7
Brak celowościowego i funkcjonalnego podejścia do orzekania.....	8
Brak jednolitej linii orzeczniczej KIO	8
Ograniczona sądowa kontrola wyroków KIO	8
Pozostałe wnioski.....	10
Orzeczenia KIO, które wywarły istotny wpływ na niepowodzenie projektu IT	11
Rekomendacje	13
Autorzy	14

Wprowadzenie

Sektor informatyczny (IT) jest obecnie jednym z najszybciej rozwijających się obszarów gospodarki Polski. Istotne jest efektywne wykorzystanie tego potencjału, aby w konsekwencji doprowadzić do znaczącego wzrostu gospodarczego oraz społecznego państwa, przede wszystkim dzięki wykorzystaniu szeroko pojętej cyfryzacji.

Cyfryzacja stanowi nie tylko o nowoczesności danego kraju, ale jest też kluczem do poprawy efektywności i jakości obsługi obywateli, zmniejszenia biurokratyzacji, rozwoju społeczeństwa informacyjnego oraz wzrostu produktywności państwa.

Pomimo wagi, jaką pełni w dzisiejszych czasach cyfryzacja, panuje powszechna opinia co do tego, że jest ona jednym z większych współczesnych niepowodzeń Rzeczypospolitej. Trudno się z tym nie zgodzić, mając na uwadze pojawiające się informacje medialne i prasowe o istotnych dla administracji publicznej projektach informatycznych, które:

- Nie zostały zrealizowane
- Zakończyły się z opóźnieniem (niejednokrotnie wielomiesięcznym)
- Ich realizacja wiązała się z koniecznością znacznego zwiększenia budżetu projektu
- Wdrożenie zostało dokonane kosztem ograniczenia pierwotnych wymagań zamawiającego, co do niezbędnych funkcjonalności.

Zakończenie znaczących wdrożeń informatycznych sukcesem stanowi nie lada wyzwanie. Powracające pytania o przyczyny niepowodzeń kluczowych projektów IT prowadzą do konieczności kompleksowej analizy systemu, w którym projekty te są realizowane. Zdecydowana większość zamówień IT, które mają wpływ na cyfryzację państwa odbywa się w reżimie zamówień publicznych regulowanym przez ustawę Prawo Zamówień Publicznych z 29 stycznia 2004 r.¹ („PZP”). W systemie zamówień publicznych istotną rolę odgrywa Krajowa Izba Odwoławcza („KIO”, „Izba”), która jest organem właściwym do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego².

Specjalistyczny organ rozpatrujący sprawy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest potrzebny oraz konieczny. W obecnym systemie zamówień publicznych KIO posiada jednak szerokie uprawnienia, które w efekcie mogą pośrednio decydować o powodzeniu realizacji projektów IT. Powstaje pytanie, jakimi priorytetami powinna kierować się KIO przy rozpoznawaniu odwołań. Czy wartością nadrzędną powinno być zapewnienie szybkości postępowania odwoławczego, czy raczej gruntowna analiza sprawy z wykorzystaniem wiadomości specjalnych, czyli wysoka merytoryka orzekania?

Istotność zamówień informatycznych oraz okoliczność, że IT jest dziedziną specjalistyczną oraz techniczną powodują, że wyzwania, przed którymi stają arbitrzy KIO są ogromne. Od orzeczenia Izby niejednokrotnie zależy bowiem powodzenie projektów IT.

Warto również zwrócić uwagę, że treść planowanej ustawy nowelizującej PZP, która powinna wejść w życie najpóźniej do dnia 18 kwietnia 2016 r. nie wprowadza istotnych zmian w zakresie funkcjonowania KIO, w zakresie przedstawionym w poniższym raporcie.

¹ Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.

² W skład KIO wchodzi arbitrzy, którzy zajmują się orzekaniem w sprawach odwoławczych, wydawaniem postanowień o uchyleniu zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze oraz podejmowaniem uchwał w sprawie zastrzeżeń do wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Członkowie składów orzekających Izby przy orzekaniu są niezawisli i związani wyłącznie przepisami obowiązującego prawa. W zakresie wykonywania czynności określonych ustawą PZP korzystają z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym.

Przedmiot analizy

Przedmiotem analizy jest wpływ orzecznictwa KIO na realizację postępowań informatycznych w Polsce w latach 2013-2015. Z niemal 4 tysięcy wyroków wydanych przez te lata przez KIO, wyselekcjonowanych oraz przeanalizowanych zostało 346 wyroków, które zostały wydane w istotnych postępowaniach informatycznych.

Analizą objęliśmy kluczowe przetargi dotyczące systemów IT (z ang. *software*), w szczególności zamówienia na wdrożenie, ale również na utrzymanie lub serwis, rozwój, modyfikację, rozbudowę lub migrację systemów IT, które były istotne z perspektywy rozwoju technologicznego państwa.

Z analizy wyłączone zostały natomiast dostawy sprzętu informatycznego (z ang. *hardware*), jako irrelewantne dla celu niniejszego badania.



Tezy

System orzekania KIO jest nieefektywny. Negatywnie na merytorykę oraz trafność orzeczeń KIO wpływa w szczególności:

- **Brak wyspecjalizowanych arbitrów i alfabetyczny system przydziału spraw**
- **Orzekanie w składach jednoosobowych i niekorzystanie z instytucji biegłego**
- **Brak jednolitej linii orzeczniczej KIO**
- **Ograniczone prawo kontroli wyroków KIO, brak specjalistycznego sądu rozpatrującego skargi na orzeczenia KIO**
- **Brak nadzoru merytorycznego nad arbitrami.**

Poniższa tabela przedstawia szczegółowe zestawienie wyników przeprowadzonej analizy.

Tabela nr 1. Szczegółowe wyniki analizy

Kryterium	Okres		
	2013	2014	2015
Całkowita liczba odwołań w istotnych sprawach dot. systemów IT	136	107	103
Liczba uwzględnionych odwołań	59 (43%)	41 (38%)	42 (41%)
Liczba oddalonych odwołań	77 (57%)	66 (62%)	61 (59%)

Rozstrzygnięcia KIO przy wyborze najkorzystniejszej oferty	Okres		
	2013	2014	2015
Nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej	25	15	15
Nakazanie unieważnienia postępowania	1	0	1
Nakazanie ponownego badania ofert / wniosków	27	16	20
Nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania / odrzucenia oferty odwołującego	2	9	5
Nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania	3	3	5

Rozstrzygnięcia KIO przed składaniem ofert	Okres		
	2013	2014	2015
Nakazanie zmiany SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu	20	14	11
Nakazanie ujawnienia informacji/odtajnienia oferty	3	7	2
Nakazanie unieważnienia innej czynności zamawiającego	2	2	4
Całkowita liczba decyzji KIO zmieniających decyzję zamawiającego o rozstrzygnięciu postępowania dotyczącego systemów IT	58 (43%)	43 (40%)	46 (45%)

Szczegółowe wnioski analizy

Powszechność składania odwołań do KIO

Praktyka składania przez wykonawców odwołań do KIO jest powszechna. Odwołania składane są bez względu na istotność poruszanego przed Izbą zagadnienia.

Popularność odwołań w usługach

W latach 2013-2015 najczęściej składane były odwołania w postępowaniach, których przedmiotem były usługi (około 40% wszystkich złożonych w ww. okresie odwołań)³.

Duża ilość odwołań w sektorze IT

W latach 2013-2015 odwołania w postępowaniach IT, które dotyczyły zarówno oprogramowania, jak i dostaw sprzętu (*software* i *hardware*), stanowiły znaczący odsetek wszystkich spraw rozstrzygniętych przed KIO. Ilość ich wynosiła około 20% wszystkich wniesionych w tym okresie odwołań.

Znacząca ilość odwołań dotyczących systemów IT

Odwołania dotyczące *software*, w szczególności: wdrożenie, utrzymanie, rozwój, modyfikacja, rozbudowa oraz migracja oprogramowania stanowiły około 10% wszystkich odwołań złożonych w latach 2013-2015 w KIO.

Poniższa tabela przedstawia liczbę odwołań wniesionych do KIO w latach 2013-2015.

Tabela nr 2. Liczba odwołań złożonych w KIO w latach 2013-2015

Rok	Całkowita liczba odwołań złożonych w KIO
2013	3 055
2014	2 835
2015	b.d.

Brak specjalizacji arbitrów KIO

Pomimo znaczącej liczby oraz niejednokrotnie dużego stopnia skomplikowania postępowań informatycznych, w których orzeka KIO, nie występuje specjalizacja arbitrów. W latach 2013-2015 w postępowaniach IT orzekało ponad 50 arbitrów. Obecnie w skład Izby wchodzi 37 arbitrów⁴. Niemożliwym jest więc, aby każdy arbiter posiadał specjalistyczną wiedzę informatyczną, w stopniu, który umożliwiłby merytoryczne rozstrzygnięcie odwołań. Podkreślić należy, że zakres spraw, w których orzeka Izba jest szeroki oraz posiada różny stopień skomplikowania (począwszy od postępowań na świadczenie usług sprzątanania, aż po specjalistyczne przetargi IT).

Alfabetyczny system przydziału spraw

Zasada alfabetycznego przydziału spraw odwoławczych arbitrom nie sprzyja ich specjalizacji.

Niekorzystanie z dobrych praktyk

Nie zdecydowano się zastosować w systemie orzekania KIO podziału na wydziały/specjalizacje – wzorując się chociażby na strukturze sądów powszechnych, co z pewnością wpłynęłoby na merytorykę orzekania. Dobrym przykładem specjalizacji jest Sąd Wspólnotowych Znaków

³ W roku 2014 usługi stanowiły 35% liczby ogólnie udzielonych zamówień oraz 29% wartości udzielanych zamówień, a w roku 2013 odpowiednio 40% i 30%. Źródło: *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2014 r.*, Urząd Zamówień Publicznych, s. 7. Dostępne na: https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0021/21936/Sprawozdanie_Prezesa_Uzp_2014.pdf

⁴ Oficjalna strona internetowa Urzędu Zamówień Publicznych: <https://www.uzp.gov.pl/kio/o-kio/podstawowe-informacje-o-kio>

Towarowych i Wzorów Przemysłowych działający w ramach Sądu Okręgowego w Warszawie, czy też Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Dawna instytucja arbitrażu

Tytułem historycznego przykładu, można wspomnieć o instytucji arbitrażu, ukształtowanej pod koniec lat 90. XX wieku w odpowiedzi na utrwalenie się w prawie zamówień publicznych oraz praktyce instytucji protestu, odwołania oraz skargi. Był to organ funkcjonujący przy centralnym organie administracji właściwym w sprawach PZP, orzekający w trybie przewidzianym w Kodeksie postępowania cywilnego na podstawie przepisów o sędzie polubownym oraz na podstawie przepisów obowiązującej wówczas ustawy o zamówieniach publicznych z 1994 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zobowiązany był do prowadzenia listy arbitrów. Znajdowali się na niej przedstawiciele zawodów takich jak: prawnicy, inżynierowie, nauczyciele, ekonomiści, lekarze i farmaceuci. Arbitrzy orzekali w składach trzosobowych. Reforma ta miała na celu orzekanie jedynie przez specjalistów danej dziedziny, z udziałem osób z przygotowaniem prawnym. Postępowanie to, pomimo licznych wad uznawane było za modelowo słuszne. Jednak ze względu na brak profesjonalizmu oraz zastrzeżenia co do strony etycznej orzekania arbitrów, postępowanie to zostało zreformowane, w wyniku czego powstała Krajowa Izba Odwoławcza, przeciwko której nie są wysuwane już zarzuty dotyczące etyki orzekania, ale występują inne, równie istotne wady systemu, które zaprezentowano w niniejszej publikacji.

Konieczność podnoszenia kwalifikacji arbitrów i zwiększenia liczby szkoleń

Pomimo istniejącej potrzeby ciągłego podnoszenia kwalifikacji przez arbitrów KIO (szczególnie z uwagi na skomplikowanie niektórych spraw pod względem technicznym), nie istnieje oficjalna polityka Izby w obszarze szkoleń, z której jasno wynikałoby, że arbitrzy są zobowiązani uczestniczyć w szkoleniach okresowych z różnych dziedzin, tak jak chociażby radcowie prawni czy adwokaci. KIO nie podejmuje również innych inicjatyw szkoleniowych/edukacyjnych, jak np. organizacja konferencji naukowych, w celu popularyzacji wiedzy z zakresu procedury odwoławczej i zachęcenia do dyskusji na temat funkcjonowania systemu (ostatnia konferencja zorganizowana przez KIO miała miejsce w 2012 r. i dotyczyła pięciolecia funkcjonowania Izby). Nacisk kładziony jest na edukację zamawiających i wykonawców w zakresie PZP, co widoczne jest chociażby w inicjatywach organizowanych przez Urząd Zamówień Publicznych, a także w ilości dostępnych na rynku ofert szkoleniowych. Dlatego, niezbędne jest dołożenie staranności, aby podnoszenie kwalifikacji przez arbitrów było propagowane w co najmniej takim samym stopniu. Mając na uwadze złożoność spraw rozstrzyganych przez KIO, w takich dziedzinach jak budownictwo, medycyna czy IT, postulat ten wydaje się być uzasadniony.

Nieefektywność orzekania w składach jednoosobowych

Zmiana PZP w zakresie orzekania przez KIO w składach jednoosobowych jest nieefektywna⁵. Pożądanym jest powrót do orzekania w składach trzosobowych ze względu na realizację postulatu merytoryki orzekania. Szybkość postępowania odwoławczego (15 dni od dnia wniesienia odwołania – art. 189 ust. 1 PZP) nie jest wystarczającym argumentem dla zmniejszenia jakości orzekania oraz wyeliminowania możliwości wymiany poglądów czy wiedzy przez orzekających w składach trzosobowych.

Konieczność korzystania z instytucji biegłego

Ustawa PZP wprost przewiduje możliwość powoływania przez Izbę biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez prezesa właściwego sądu okręgowego,

⁵ Nowelizacja Prawa zamówień publicznych dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) wprowadziła zasadnicze zmiany w zakresie środków ochrony prawnej wynikające przede wszystkim z konieczności implementacji dyrektywy odwoławczej 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych. Po nowelizacji co do zasady odwołanie rozpoznawane jest w składzie jednoosobowym, a nie tak jak przed nowelizacją – trzosobowym. Rozpoznanie w składzie trzosobowym może jednak być zarządzone przez Prezesa KIO, jeżeli uzna to za wskazane ze względu na szczególnie zawiłą lub precedensowy charakter sprawy.

jeśli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych (art. 190 ust. 4 PZP). Powoływanie biegłego powinno być powszechne z uwagi na brak specjalizacji arbitrów KIO. Niestety, jak wynika z przeprowadzonej analizy oraz ze sprawozdań z funkcjonowania systemu Urzędu Zamówień Publicznych w latach 2013-2014, Izba nie praktykuje powoływania biegłych. W postępowaniach informatycznych biegli zostali powołani jedynie kilka razy.

W 2014 r. tylko 3 sprawy toczyły się z udziałem biegłych

Biegli byli powoływani w dziedzinie projektowania budowlanego, hydrotechniki konstrukcji stalowych oraz energii cieplnej⁶. Natomiast w 2013 r. toczyło się 10 spraw z udziałem biegłych w dziedzinie informatyki, ekonomii oraz grafologii⁷. Odsetek ten, w obliczu liczby odwołań wpływających rocznie do KIO jest znikomy. Niepowoływanie biegłego prawdopodobnie związane jest z dbaniem przez arbitrów o zamknięcie postępowania odwoławczego w ciągu 15 dni, co należy ocenić negatywnie.

Brak celowościowego i funkcjonalnego podejścia do orzekania

Rekomendowane jest rozpatrywanie odwołań z uwzględnieniem podejścia celowościowego i funkcjonalnego. Arbitrzy nie powinni koncentrować się na drobnych uchybieniach formalnych, gdy wybrana przez zamawiającego najkorzystniejsza oferta spełnia wymagania zamawiającego (bez uszczerbku dla przepisów PZP). W praktyce arbitrzy często koncentrują się wyłącznie na kwestiach proceduralnych (uchybieniach formalnych – w szerokim rozumieniu) i starają się unikać (czy nawet pomijać) merytorykę IT rozstrzyganego zagadnienia. Rolą arbitrów jest orzekanie nie tylko przez pryzmat przepisów PZP, lecz również podejście do rozstrzyganego zagadnienia w sposób praktyczny.

Brak jednolitej linii orzeczniczej KIO

Przeprowadzona analiza orzecznictwa KIO pokazuje, że orzeczenia KIO są niespójne i niejednolite. W podobnych (bądź nawet takich samych stanach faktycznych) arbitrzy (nawet ci sami) wydają odmienne wyroki i to w kwestiach mających ogromny wpływ na cały system zamówień publicznych, takich jak np.:

- Uczestnictwo podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia
- Możliwość wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która przestała wiązać
- Sposób liczenia terminu zawieszenia związania ofertą.

Ogromne zróżnicowanie wydawanych przez KIO wyroków prowadzi do zwiększenia liczby odwołań. Niejednokrotnie odwołujący decydują się na złożenie odwołania właśnie z uwagi na loteryjność orzeczeń KIO i brak stabilnych przesłanek, na których można by oprzeć przewidywalność sentencji wyroku, który zostanie wydany przez KIO.

Konieczne jest zapewnienie jednolitej linii orzeczniczej KIO, zwłaszcza, że jednolitość orzecznictwa była jednym z celów powołania KIO w 2007 r.

Ograniczona sądowa kontrola wyroków KIO

Postuluje się powołanie specjalistycznego sądu rozpatrującego skargi na orzeczenia KIO. W chwili obecnej skargi na orzeczenia KIO są rozpatrywane przez różne sądy okręgowe (w zależności od siedziby zamawiającego). W roku 2014 najwięcej skarg skierowano do sądów okręgowych w Warszawie, Krakowie, Wrocławiu i Katowicach. Do pozostałych sądów trafiały

⁶ Ibidem, s. 40.

⁷ *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2013 r.*, Urząd Zamówień Publicznych, s. 38, Dostępne na: https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0019/21961/Sprawozdanie_roczne_UZP_2013.pdf

pojedyncze sprawy skargowe, a do 19 sądów nie wpłynęła żadna skarga na orzeczenie KIO⁸. Taka sytuacja nie sprzyja merytorycznie rozstrzygnięcia.

Co więcej, brak specjalistycznej wiedzy sędziów sądów okręgowych z zakresu zamówień publicznych powoduje, że kontrola instancyjna wyroków KIO jest iluzoryczna, a wynik sprawy niemożliwy do przewidzenia. W 2014 r. zostały wniesione 133 skargi na orzeczenie KIO, z czego tylko 16 skarg skutkowało uchyleniem lub zmianą orzeczenia KIO⁹.

Poniższe tabele przedstawiają ilość skarg wniesionych do sądów okręgowych na orzeczenia KIO ogółem (we wszystkich dziedzinach, włączając IT) w stosunku do liczby składanych odwołań w latach 2012-2014¹⁰, obłożenie sądów okręgowych skargami na orzeczenia KIO w latach 2012-2015 oraz liczbę odwołań dotyczących systemów IT uwzględnionych przez KIO w latach 2013-2015. Liczba ta sięga prawie połowy ogólnej liczby wniesionych odwołań.

Tabela nr 3. Liczba skarg w stosunku do liczby odwołań w latach 2012-2015

Rok	Całkowita liczba odwołań złożonych w KIO	Liczba skarg złożonych na orzeczenia KIO do sądów okręgowych	Stosunek % skarg złożonych na orzeczenia KIO do liczby wniesionych odwołań
2012	2 942	152	5%
2013	3 055	144	5%
2014	2 835	133	5%
2015	b.d.	b.d.	b.d.

Tabela nr 4. Obłożenie sądów okręgowych skargami na orzeczenia KIO w latach 2012-2015

Rok	Ilość skarg na orzeczenia KIO złożonych w sądach okręgowych	Stosunek % liczby skarg złożonych na orzeczenia KIO w poszczególnych sądach do ogólnej liczby złożonych skarg	Ilość sądów okręgowych do których nie wpłynęła żadna skarga
2012	152	Sąd Okręgowy w Warszawie (29%) Sąd Okręgowy w Krakowie (7%) Sąd Okręgowy w Łodzi (6,5%) Sąd Okręgowy w Katowicach (5%)	14
2013	144	Sąd Okręgowy w Warszawie (37%) Sąd Okręgowy w Krakowie (6%) Sąd Okręgowy w Gdańsku (5%) Sąd Okręgowy w Katowicach (5%)	16
2014	133	Sąd Okręgowy w Warszawie (40%) Sąd Okręgowy w Krakowie (8%) Sąd Okręgowy we Wrocławiu (6%) Sąd Okręgowy wy (5%)	19
2015	b.d.	b.d.	b.d.

⁸ Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w latach 2012, 2013 i 2014 r., odpowiednio: s. 37, s. 40, s. 42, dostępne na: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych>

⁹ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2014 r. op. cit.

¹⁰ Na podstawie przekazanych do Urzędu orzeczeń sądów okręgowych (75), jakie zapadły w wyniku rozpatrzenia skarg wniesionych w 2014 r., rozstrzygnięcia sądów przedstawiają się następująco: 1) Oddalenie skargi – 27 (36,33%); 2) Uchylenie lub zmiana orzeczenia KIO - 16 (21,33%); 3) Odrzucenie skargi - 28 (37,33%); 4) Umorzenie postępowania skargowego – 4 (5%), Źródło: Ibidem, s. 42.

Tabela nr 5. Liczba uwzględnionych odwołań w latach 2013-2015

Rok	Liczba odwołań złożonych do KIO w istotnych sprawach dot. systemów IT	Liczba uwzględnionych odwołań	Stosunek % odwołań uwzględnionych do wszystkich złożonych odwołań w istotnych sprawach dot. systemów IT
2013	136	59	43%
2014	107	41	38%
2015	103	42	41%

Pozostałe wnioski

Wszystkie orzeczenia KIO uwzględniające odwołania wpływają bezpośrednio (nakazanie unieważnienia postępowania) lub pośrednio (nakazanie ponownego badania ofert) na wydłużenie czasu trwania postępowania¹¹.

Ingerencja KIO w swobodę wyboru zamawiającego

Nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie zmiany SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu były najczęstszymi powodami uwzględnienia odwołań przez KIO. Tabele nr 6 i 7 przedstawiają liczbę orzeczeń KIO, w których Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej lub zmianę SIWZ/ogłoszenia o zamówieniu w latach 2013-2015.

Tabela nr 6. Liczba orzeczeń KIO dotyczących unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w latach 2013-2015

Rok	Liczba uwzględnionych odwołań w istotnych sprawach dot. systemów IT	Liczba decyzji KIO dot. unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty	Stosunek % do wszystkich uwzględnionych odwołań
2013	59	25	42%
2014	41	15	37%
2015	42	15	36 %

Tabela nr 7. Liczba orzeczeń KIO dotyczących zmiany SIWZ/ogłoszenia o zamówieniu w latach 2013-2015

Rok	Liczba uwzględnionych odwołań w istotnych sprawach dot. systemów IT	Liczba decyzji KIO dot. zmiany SIWZ/ogłoszenia o zamówieniu	Stosunek % do wszystkich uwzględnionych odwołań
2013	59	20	34%
2014	41	14	34%
2015	42	11	26%

¹¹ Przeciętny czas trwania postępowań o wartości nieprzekraczającej progów UE w podziale na poszczególne tryby w 2014 r. kształtował się następująco: przetarg nieograniczony – 33 dni (2013 – 32 dni; 2012 – 31), przetarg ograniczony – 67 dni (2013 – 62 dni; 2012 – 60), negocjacje z ogłoszeniem – 92 dni (2013 – 93 dni; 2012 – 74), dialog konkurencyjny – 162 dni (2013 – 131 dni; 2012 – 76), licytacja elektroniczna – 32 dni (2013 – 31 dni; 2012 – 32). Przeciętny czas trwania postępowań o wartości powyżej progów UE w podziale na poszczególne tryby w 2014 r. kształtował się następująco: przetarg nieograniczony – 89 dni (2013 – 91; 2012 – 86), przetarg ograniczony – 117 dni (2013 – 130; 2012 – 112), negocjacje z ogłoszeniem – 159 dni (2013 – 130; 2012 – 161), dialog konkurencyjny – 251 dni (2013 – 275; 2012 – 226). Źródło: Ibidem, s. 28.

Orzeczenia KIO, które wywarły istotny wpływ na niepowodzenie projektu IT

W poniższym rozdziale prezentujemy przykłady kluczowych postępowań informatycznych dla funkcjonowania państwa, w których orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wywarły istotny wpływ na brak powodzenia projektu lub doprowadziły do wielu trudności związanych z wdrożeniem systemu IT przez zamawiającego.

Zakład Ubezpieczeń Społecznych

Przedmiot postępowania: Rozbudowa i wdrożenie nowych funkcjonalności oraz utrzymanie i rozwój systemu Elektronicznej Platformy Wymiany Danych (EPWD) oraz budowę Centralnego Rejestru Klientów Zakładu (CRKZ). Nr postępowania: TZ/370/76/12.

Decyzja: Izba unieważniła decyzję zamawiającego dotyczącą wykluczenia niektórych wykonawców i nakazała ponowne badanie ofert.

Skutek: Zamawiający do chwili obecnej nie dokonał ponownego badania ofert oraz wyboru wykonawcy. Zamiast tego, system ten utrzymywany jest na podstawie uprzednio zawartej umowy na budowę Kompleksowego Systemu Informatycznego (KSI) ZUS, a rozwoju systemu w ogóle nie jest realizowany.



Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia

Przedmiot postępowania: Zaprojektowanie, realizacja i nadzór gwarancyjny systemów Szyna Usług oraz Systemu Administracji (2013 r.), realizowany w ramach projektu P1. Nr postępowania: CSIOZ-WZP.6151.29.2012.

Decyzja: Na skutek wyroku KIO, zamawiający zmuszony był ponownie rozpocząć postępowanie przetargowe na tę część projektu P1.

Skutek: KIO nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty innego wykonawcy oraz nakazała ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem odrzuconej oferty. Wyrok KIO spowodował konieczność wyboru oferty Unizeto Technologies S.A., która to spółka nie była w stanie wykonać zamówienia. W konsekwencji CSIOZ odstąpiło od umowy, a cały projekt najpierw doznał opóźnienia około jednego roku, a ostatecznie Zamawiający odstąpił od jego realizacji.



Centrum Systemów Informatycznych
Ochrony Zdrowia

Poczta Polska S.A.

Przedmiot postępowania: Zakup, Zaprojektowanie i Wdrożenie Systemu Informatycznego Wspierającego Obsługę Procesów Gospodarki Własnej Zamawiającego poprzez udostępnienie usług biznesowych (2014 r.). Nr postępowania PIO1/32/2014.

Decyzja: KIO wydała w tym postępowaniu kilka wyroków, w których nakazała w szczególności: dokonanie istotnej zmiany SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu; unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; powtórzenie



czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty Atos IT Services Sp. z o.o., następnie nakazała unieważnienie decyzji zamawiającego o unieważnieniu postępowania oraz unieważnienie wykluczenia obydwu odwołujących z postępowania nakazując zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert odwołujących.

Skutek: Wyroki KIO spowodowały wydłużenie postępowania o około 6 miesięcy. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę systemu wielokrotnie wdrażanego zarówno w Polsce jak i na świecie, a ponadto w najniższej cenie. Konsekwencją rozstrzygnięć KIO było unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarcie umowy z konsorcjum, którego zaoferowany system był niesprawdzony i którego nie udało się wcześniej wdrożyć na rynku polskim. Pomimo, że zamawiający unieważnił postępowanie z uwagi na fakt, że wykonawca nie przedłużył terminu związania ofertą, Izba nakazała unieważnienie tej czynności wbrew woli zamawiającego.

Urząd Komunikacji Elektronicznej

Przedmiot postępowania: Budowa platformy e-usług Urzędu Komunikacji Elektronicznej, (2014 r.). Nr postępowania: POIG.07.01.00-00-030/11.

Decyzja: Izba nakazała unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty przez UKE oraz nakazała wybór oferty firmy SMT Software S.A.

Skutek: UKE złożył skargę na wyrok KIO do Sądu Okręgowego w Warszawie, która została oddalona. Następnie UKE podpisał umowę z SMT i ostatecznie od niej odstąpił – na skutek niewykonania zakładanych etapów projektu w terminie. W chwili obecnej trudno jest określić, czy platforma powstanie z uwagi na utratę finansowania projektu z Unii Europejskiej.



Agencja Rozwoju i Modernizacji Rolnictwa

Przedmiot postępowania: Utrzymanie i rozwój systemów aplikacyjnych OFSA, OFSA-PROW, OFSA-PROW-DD, RG.PROW, (2013 r.). Nr postępowania: DZP-2611-2/2015.

Decyzja: Izba nakazała unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej przez zamawiającego. Zamawiający w wykonaniu wyroku KIO zmuszony został wybrać inną ofertę wbrew swojej woli.

Skutek: Zamawiający początkowo naliczył wykonawcy wysokie kary umowne za opóźnienia w realizacji projektu, a ostatecznie odstąpił od umowy i rozpiął nowy przetarg. Spowodowało to znaczne wydłużenie realizacji całego projektu.



Rekomendacje

System orzekania KIO powinien działać prawidłowo, a orzeczenia powinny być trafne i zgodne z prawem. Celem poniższego raportu jest przedstawienie postulatów do dalszego rozpatrzenia i zrealizowania przez KIO przy założeniu, że będą realizowane łącznie.

Rekomendujemy:

- Zwiększenie efektywności systemu zamówień publicznych w obszarze informatyki poprzez zwiększenie trafności oraz merytoryki orzeczeń KIO.
- Wprowadzenie specjalizacji arbitrów. W chwili obecnej arbitrzy nie są przygotowani do rozstrzygania spraw wymagających wiadomości szczególnych, np. w postępowaniach IT.
- Zwiększenie liczby szkoleń merytorycznych arbitrów, również z zakresu IT.
- Szerokie korzystanie przez arbitrów z instytucji biegłego. Rozstrzyganie spraw bez udziału biegłego oznacza oparcie wyroku jedynie na oświadczeniach stron, bądź często nieobiektywnych dokumentach prywatnych.
- Powrót do orzekania przez KIO w składach trzyosobowych, co ma szansę zapewnić większą merytorykę rozstrzygnięcia.
- Zapewnienie przez arbitrów jednolitej linii orzeczniczej KIO przynajmniej w kluczowych kwestiach prawnych dla całego systemu zamówień publicznych.
- Rozpatrywanie odwołań z uwzględnieniem podejścia celowościowego i funkcjonalnego. Arbitrzy nie powinni koncentrować się na uchybieniach formalnych, gdy wybrana przez zamawiającego najkorzystniejsza oferta spełnia wymagania zamawiającego (bez uszczerbku dla przepisów PZP).
- Powołanie specjalnego sądu, którego sędziowie będą posiadać szczegółową wiedzę z zakresu prawa zamówień publicznych, co umożliwi im merytoryczną (a nie tylko iluzoryczną) kontrolę orzecznictwa KIO.



Autorzy



Maciej Gawroński

+ 48 22 583 79 00
+ 48 609 602 566
maciej.gawronski@twobirds.com



Monika Kucharczyk

+ 48 22 583 79 00
+ 48 883 346 344
monika.kucharczyk@twobirds.com



Karina Bieniek

+48 22 583 79 00
+ 48 883 372 205
karina.bieniek@twobirds.com



Publikacja pod patronatem:



KRAJOWA IZBA GOSPODARCZA

Wszelkie prawa zastrzeżone. Niniejsza publikacja "Wpływ Krajowej Izby Odwoławczej na realizację przetargów w IT. Analiza orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w latach 2013-2015" jest utworem w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. Nr 90, poz. 631). Prawa autorskie do niniejszego utworu/publikacji przysługują wyłącznie kancelarii Bird & Bird Maciej Gawroński Sp. k.

Niniejsza publikacja nie może być zwielokrotniana, rozpowszechniana lub ujawniana w całości lub części w sposób elektroniczny lub jakiegokolwiek inny bez uprzedniej pisemnej zgody Bird & Bird Maciej Gawroński Sp. k.

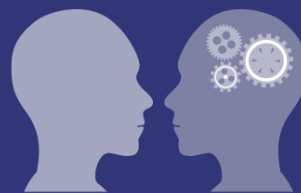
Niniejsza publikacja odnosi się wyłącznie do kwestii wyraźnie w niej poruszonych i nie może być interpretowana rozszerzająco. Bird & Bird Maciej Gawroński Sp. k. nie ponosi odpowiedzialności za decyzje podjęte pod wpływem informacji zawartych w niniejszej publikacji.

Do przeprowadzenia analizy wykorzystano w szczególności dane zamieszczone na Platformie Urzędu Zamówień Publicznych oraz w Bazie Orzecznictwa z zakresu Zamówień Publicznych. Bird & Bird Maciej Gawroński Sp. k. nie ponosi odpowiedzialności za poprawność danych umieszczonych na ww. stronach internetowych.

Kontakt do biura w Warszawie

Bird & Bird Maciej Gawroński sp. k.
ul. Ks. I. Skorupki 5
00-546 Warszawa

tel. +48 22 583 79 00
fax +48 22 583 79 99
warsaw@twobirds.com



twobirds.com

Abu Dhabi & Pekin & Bratysława & Bruksela & Budapeszt & Kopenhaga & Dubaj & Düsseldorf & Frankfurt & Haga & Hamburg & Helsinki & Hong Kong & Londyn & Luksemburg & Lyon & Madryt & Mediolan & Monachium & Paryż & Praga & Rzym & Szanghaj & Singapur & Skanderborg & Sztokholm & Sydney & Warszawa