

WYROK
z dnia 19 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lutego 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa, Apator Rector sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 69, 65-021 Zielona Góra, Visimind Ltd sp. z o.o., ul. W. Trylińskiego 10, 10-683 Olsztyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów, Cube. ITG S.A., ul. Długosza 60, 51-162 Wrocław**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Comarch, Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków, Gispro sp. z o.o., ul. T. Firlika 19, 71-637 Szczecin**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

KIO 210/15 1

-
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Geomar S.A., Al. Piastów 30, 71-064 Szczecin, Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa, Hansa Luftbild AG, Nevingoff 20, D-48147 Münster**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa, Apator Rector sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 69, 65-021 Zielona Góra, Visimind Ltd sp. z o.o., ul. W. Trylińskiego 10, 10-683 Olsztyn** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa, Apator Rector sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 69, 65-021 Zielona Góra, Visimind Ltd sp. z o.o., ul. W. Trylińskiego 10, 10-683 Olsztyn** tytułem wpisu od odwołania.

KIO 210/15 2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

KIO 210/15 3

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzonym przez Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na *Dostawę i wdrożenie w Grupie Kapitałowej PSE Systemu Informacji Przestrzennej* wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: Qumak S.A., Apator Rector Sp. z o. o., Visimind Ltd Sp. z o. o. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

1. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum MGGP S.A. i CUBE.ITG S.A. (dalej „konsorcjum MGGP”),
2. ustalenia błędnego stanu faktycznego,
3. nierównego traktowania uczestników ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a co za tym idzie złamanie fundamentalnej zasady określonej w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”],
4. nieprawidłowej oceny oferty odwołującego w podkryterium z sekcji XVI pkt 2) ppkt 2 „Ocena jakościowa oferowanych funkcjonalności, oczekiwanych przez Zamawiającego w ramach gotowej standardowej wersji systemu – (PF)” i przyznania niższej niż wynika z treści złożonej oferty liczby punktów – 45 punktów,
5. nieprawidłowej oceny oferty konsorcjum MGGP w zakresie podkryterium z sekcji XVI pkt 2) ppkt 2 „Ocena jakościowa oferowanych funkcjonalności, oczekiwanych przez Zamawiającego w ramach gotowej standardowej wersji systemu – (PF)” i przyznania bezpodstawnie pełnej punktacji, podczas, gdy oferta konsorcjum MGGP nie spełnia wymaganej funkcjonalności w wersji bazowej,
6. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum MGGP, której treść nie odpowiada treści SIWZ,
7. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Comarch S.A. i Gispro Sp. z o.o. (dalej „konsorcjum Comarch”), której treść nie odpowiada treści SIWZ,
8. zaniechania odtajnienia przez zamawiającego oraz odmowy udostępnienia na wniosek odwołującego pełnej treści oferty złożonej przez konsorcjum MGGP oraz konsorcjum Comarch, niezasadnie zastrzeżonych przez nich jako tajemnica przedsiębiorstwa w części dotyczącej:
 - formularza ofertowego w zakresie pkt 7, tj. nazwy (firmy) podwykonawców, na zasoby których ww. podmioty powołują się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przy wykonywaniu kluczowej części zamówienia, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.2) a) i/lub b) Części I SIWZ oraz dokumentów podmiotowych przedkładanych przez te podmioty,

KIO 210/15 4

-
- przedłożonych referencji w szczególności użytych i uzyskanych w wyniku realizacji umów zawartych w trybie zamówienia publicznego na rynku polskim czy europejskim oraz referencji użytych, o których wykonawcy jako podmioty występujące na giełdzie czyli spółki akcyjne publiczne przekazywały takie informacje na Giełdę Papierów Wartościowych,
 - w zakresie oferty konsorcjum MGGP – wymagań funkcjonalnych systemu ze str. 67-75 oferty,
9. z ostrożności, wobec zaniechania wykluczenia przez zamawiającego konsorcjum MGGP oraz konsorcjum Comarch ze względu na nie wykazanie spełnienia warunków podmiotowych i posiadania wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, jeżeli przedmiotowe oferty (w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa) opierają się o referencje niespełniające wymagań zamawiającego,
 10. z ostrożności zaniechania wezwania konsorcjum MGGP oraz konsorcjum Comarch do wyjaśnień w zakresie oferowanego przez tych wykonawców rozwiązania,
 11. zaniechania dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty najkorzystniejszej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców –

nierówne traktowanie wykonawców polega w szczególności na nieprzyznaniu ofercie odwołującego większej ilości punktów za „Ocenę jakościową oferowanych funkcjonalności, przez w gotowej oczekiwanych Zamawiającego ramach standardowej wersji systemu – (PF),

2. art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia treści oferty: konsorcjum MGGP oraz konsorcjum Comarch w części dotyczącej: podwykonawców z Załącznika nr 7 do oferty wraz z dokumentacją podmiotową tych firm oraz referencji w szczególności użytych i uzyskanych w wyniku realizacji umów zawartych w trybie zamówienia publicznego na rynku polskim czy europejskim, referencji, o których wykonawcy jako podmioty występujące na giełdzie czyli spółki akcyjne publiczne przekazywały informacje na Giełdę Papierów Wartościowych, jak i w stosunku do konsorcjum MGGP – wymagania funkcjonalne systemu ze str. 67-75 oferty oraz odmowę udostępnienia odwołującemu treści oferty,
4. art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że część oferty wykonawców: konsorcjum MGGP oraz konsorcjum Comarch może być objęta tajemnicą

KIO 210/15 5

przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa,

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum MGGP, której treść nie odpowiada treści SIWZ,
6. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Comarch, której treść nie odpowiada treści SIWZ,
7. z ostrożności – art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum MGGP oraz konsorcjum Comarch wobec nie wykazania przez nich spełniania warunków udziału w postępowaniu, jeżeli przedmiotowa oferta (w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa) potwierdza ten zarzut odwołującego,
8. art. 26 ust. 4 i/lub 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum MGGP oraz konsorcjum Comarch do wyjaśnień w zakresie oferowanego przez w/w wykonawców rozwiązania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności oceny ofert,
3. dokonania ponownej oceny ofert i powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz:
 - przyznania odwołującemu pełnej punktacji za kryterium: „Ocena jakościowa oferowanych funkcjonalności, oczekiwanych przez Zamawiającego w ramach gotowej standardowej wersji systemu – (PF)”,
 - odrzucenia oferty konsorcjum MGGP jako oferty nie spełniającej treści SIWZ,
 - odrzucenia oferty konsorcjum Comarch jako oferty nie spełniającej treści SIWZ,
4. zapewnienia odwołującemu dostępu do części ofert: konsorcjum MGGP oraz konsorcjum Comarch (poprzez przesłanie jej za pośrednictwem e-mail) w części dotyczącej: listy podwykonawców z Załącznika nr 7 wraz z dokumentacją podmiotową tych podmiotów oraz referencji w szczególności użytych i uzyskanych w wyniku realizacji umów zawartych w trybie zamówienia publicznego na rynku polskim czy europejskim, referencji, o których wykonawcy jako podmioty występujące na giełdzie czyli spółki akcyjne publiczne przekazywały takie informacje na Giełdę Papierów Wartościowych oraz wymagań funkcjonalnych systemu ze str. 67-75 oferty konsorcjum MGGP,
5. dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

KIO 210/15 6

W odniesieniu do zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum MGGP na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy oferta ta nie spełnia wymogów określonych w treści SIWZ odwołujący wyjaśnił, że analizując formularz ofertowy konsorcjum MGGP w zakresie Tabeli cenowej B Zestawienie licencji stwierdził, iż konsorcjum MGGP zamierza uruchomić system produkcyjny wymagany w SIWZ wyłącznie na narzędziach ESRI bez dostarczania dodatkowych produktów w zakresie funkcjonalności GIS.

Oświadczył, że powziął informacje od producenta licencji ESRI POLSKA, iż wymagana w SIWZ funkcjonalność (GIS) nie jest możliwa do zapewnienia wyłącznie narzędziami ESRI, w związku z czym odwołujący zaoferował własne narzędzia w celu spełnienia wymogów SIWZ.

Odwołujący stwierdził jednocześnie, iż oferta konsorcjum MGGP na etapie składania oferty nie mogła spełniać 100 % wymaganej funkcjonalności w wersji bazowej, a brakująca funkcjonalność mogła być dostosowana jedynie na etapie realizacji zamówienia, w związku z czym zamawiający bezpodstawnie przyznał konsorcjum MGGP 45 pkt. w kryterium oceny jakościowej oferowanych funkcjonalności, a dodatkowo niesłusznie zaniżył ocenę jakościową odwołującego, bowiem oferta odwołującego spełnia w 100% wymagania SIWZ w wersji bazowej.

Odwołujący podał, że następujące wymagania SIWZ, Część II nie spełniają w standardzie narzędzia ESRI:

- SIWZ, Część II, pkt 3 Wymagania Funkcjonalne Systemu, ppkt 3.1 Wymagania Ogólne, Tabela 2. Wymagania ogólne, lp. 15 – „System zapewni funkcje importu obiektów z plików DXF, DWG, SHP, KML, GML oraz współrzędnych obiektów z plików XLS, CSV” – w przedmiocie oferty konsorcjum MGGP brak danej funkcjonalności w standardowych narzędziach ESRI.

Stwierdził, że daną funkcjonalność można zapewnić za pomocą języka skryptowego lub z użyciem programowania.

- SIWZ, Część II, pkt 3 Wymagania Funkcjonalne Systemu, ppkt 3.2 Zapytania i analizy danych, Tabela 3. Zapytania i analizy, lp. 17 – „System zapewni możliwość eksportu obiektów systemu (wraz z atrybutami pochodzącymi z Systemu Asset Management) do plików SHP” – w przedmiocie oferty konsorcjum MGGP brak danej funkcjonalności w standardowych narzędziach ESRI.
- SIWZ, Część II, pkt 3 Wymagania Funkcjonalne Systemu, ppkt 3.2 Zapytania i analizy danych, Tabela 3. Zapytania i analizy, lp. 27 - „System zapewni możliwość prezentowania wyników wszystkich raportów i analiz w postaci plików w formatach: a) MS Excel 2003 i nowszy, b) CVS (wraz z możliwością modyfikacji zawartości), e) PDF, f) HTML”

KIO 210/15 7

Stwierdził, że narzędzia ESRI nie spełniają w standardzie wymogu z punktu lit. b) i f), a także, że w przedmiocie oferty konsorcjum MGGP brak danej funkcjonalności, zaś daną funkcjonalność można zapewnić za pomocą języka skryptowego lub z użyciem programowania.

- SIWZ, Część II, pkt 3 Wymagania Funkcjonalne Systemu, ppkt 3.3 Edycja danych, Tabela 4. Narzędzia edycji danych, lp. 7 - „Dociąganie predefiniowane: a) mufa do linii (brak możliwości wprowadzenia mufy niepowiązanej z linią), b) przewód słupa (brak możliwości wprowadzenia przewodu, którego końce nie są powiązane ze konstrukcjami wsporczymi)”.

Stwierdził, że w przedmiocie oferty konsorcjum MGGP brak danej funkcjonalności w standardowych narzędziach ESRI w zakresie możliwości wprowadzenia przewodu, którego końce nie są powiązane ze konstrukcjami wsporczymi.

- SIWZ, Część II, pkt 3 Wymagania Funkcjonalne Systemu, ppkt 3.5 Interfejs użytkownika i wydruki, Tabela 6. Interfejs użytkownika, lp. 15 – „System pozwoli na „zaciągnięcie” do szablonu wydruku metadanych warstwy (np. data ostatniej aktualizacji, źródło danych itp.)”.

Stwierdził, że brak danej funkcjonalności w standardowych narzędziach ESRI oraz, że daną funkcjonalność można zapewnić za pomocą języka skryptowego lub z użyciem programowania lub oferując dodatkowe rozszerzenie Production Mapping, które powinno być wykazane w zestawieniu licencji, czego – zdaniem odwołującego – konsorcjum MGGP nie dopełniło.

Odwołujący wskazał na pytanie dotyczące Części II SIWZ, pkt 3 Wymagania Funkcjonalne Systemu, ppkt 3.2. Zapytania i analizy danych, Tabela 3, Lp. 4 (pytanie 183): „Czy Zamawiający przewiduje możliwość konfigurowania wieloetapowych analiz i zapytań wyłącznie przez Administratorów Merytorycznych (7 stanowisk). Jeśli NIE, to dla jakich ról Zamawiający przewiduje możliwość konfigurowania wieloetapowych analiz i zapytań? Czy Zamawiający w określeniu „bez konieczności programowania” miał na myśli zapisywanie i udostępnianie innym użytkownikom systemu, czy też konfigurowanie wieloetapowych analiz i zapytań? Czy Zamawiający poprzez konieczność programowania rozumie również tworzenie zapytań za pomocą języka skryptowego, bez konieczności tworzenia nowej wersji oprogramowania?, na które zamawiający udzielił odpowiedzi:
Możliwość konfigurowania wieloetapowych analiz i zapytań poza Administratorem Merytorycznym będzie posiadał Edytor Danych/Analityk.
Zamawiający w określeniu „bez konieczności programowania” miał na myśli konfigurowanie wieloetapowych analiz i zapytań, zapisywanie i udostępnianie.
Tak, Zamawiający poprzez konieczność programowania rozumie, iż wymaga możliwości wykorzystania języków skryptowych, jak zestawów narzędzi w formie graficznej.

KIO 210/15 8

Odwołujący podniósł, że wykazane w załączniku Wzór nr 1 część III SIWZ, Formularzu Oferty, Tabela B Zestawieniu Licencji, poz. 1, 2 – Licencje ArcGIS for Desktop Advanced sieciowa i Licencje ArcGIS for Desktop Standard nie spełniają ww. wymagania SIWZ, ponieważ nie realizują wymaganej funkcjonalności w zakresie konfigurowania wieloetapowych analiz i zapytań, zapisywania i udostępniania oraz wymagań w zakresie wykorzystania języków skryptowych, jak zestawów narzędzi w formie graficznej, w związku z czym wykorzystanie w danym wypadku narzędzi ArcGIS for Desktop wersja 10.2 – Builder w świetle udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi na etapie składania ofert nie zapewnia danej funkcjonalności w wersji „bazowej”.

Co do wymogu: SIWZ Część II, pkt 9. Sposób Licencjonowania, Tabela 14. Wymagania dotyczące sposobu licencjonowania i ról, Lp. 4, „Przeglądający – predefiniowane analizy, edycja atrybutów, wydruki. Funkcjonalność umożliwiająca wprowadzanie i edytowanie danych opisowych, przeglądanie danych graficznych elementów sieci, przeprowadzanie prostych analiz, wykonywanie raportów, zapytań i wydruków dostępna przez przeglądarkę WWW” – zdaniem odwołującego wykazane przez wykonawców MGGP w Formularzu Ofertowym, Tabela B. Zestawienie Licencji, poz. 4,5,6 licencje ArcGIS for Desktop Standard na 4 rdzenie, nie zapewniają realizacji tej funkcjonalności; wymaga to zakupu dodatkowej licencji na ArcGIS Online lub zaprogramowania odpowiednich narzędzi.

Podał, że w przypadku licencji ArcGIS Online, zgodnie z polityką licencyjną firmy ESRI, dostęp do usługi jest płatny, jednostką rozliczeniową za korzystanie z danej licencji jest tzw. „kredyt”; kredyty kupuje się za pieniądze w pakietach, pewna ilość kredytów jest również dostępna w ramach licencji na ArcGIS for Server.

W związku z tym – podniósł odwołujący – iż opłata za korzystanie z ArcGIS Online jest uzależniona od natężenia ruchu (aktywności użytkowników) oraz funkcji wykorzystywanych w czasie używania mapy ArcGIS Online, co na moment złożenia oferty jest ciężkie do oszacowania, należy założyć, że licencja na ArcGIS Online powinna być przez konsorcjum MGGP wymieniona w zestawieniu licencji, a jej koszt odpowiednio oszacowany.

W przypadku zaś zaprogramowania odpowiednich narzędzi (np.: ArcGIS Online) – wywodził odwołujący – wykonawcy powinni wykazać je w zestawieniu licencji, gdyż stanowią one osobny produkt, podlegający osobnym regułom licencjonowania i nie są licencjonowane w ramach produktu ArcGIS for Server.

Odwołujący podniósł, iż realizacja ww. wymagania jest możliwa do zapewnienia z poziomu ArcGIS Online, np.: analiza przestrzenna, natomiast wykonanie innych analiz, np.: analiza sieci geometrycznej nie jest dostępna w ogóle ani z poziomu ArcGIS Online, ani z poziomu aplikacji ArcGIS Server.

KIO 210/15 9

Na tej podstawie odwołujący uznał, że oferta konsorcjum MGGP nie jest zgodna z treścią SIWZ.

Z ostrożności, uznając możliwość, iż konsorcjum MGGP zaoferowało własne rozwiązanie, które jest w stanie dopełnić 100% wymaganej funkcjonalności w wersji bazowej, wskazał, że w takiej sytuacji konsorcjum nie dopełniło obowiązku wskazania wszystkich licencji dostarczanych w ramach danego projektu, czego wymagał zamawiający.

Odwołujący stanął na stanowisku, że braków tych nie można uzupełnić w odpowiedzi na wezwania zamawiającego czy to w drodze art. 26 ust. 4 czy 87 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem wówczas doszłoby do niezgodnej z ustawą Pzp zmiany treści oferty, jednak – z ostrożności zarzucił zaniechanie wezwania konsorcjum MGGP do wyjaśnień na taką okoliczność.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Comarch na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy oferta ta nie spełnia wymogów określonych w treści SIWZ odwołujący podał, że analizując formularz ofertowy konsorcjum Comarch Tabela B. Zestawienie licencji stwierdził, iż konsorcjum Comarch zaoferowało licencje bazy danych Microsoft SQL Standard, które nie spełniają wymogów SIWZ cz. 2, str. 33 w zakresie wymaganej funkcjonalności kompresji danych.

Podał, że wymagana funkcjonalność jest dostępna w wersji oprogramowania bazy danych Microsoft SQL w wersji Enterprise a nie SQL Standard.

Z ostrożności, uznając możliwość, iż konsorcjum Comarch zaoferowało inne rozwiązanie, które zapewnia daną funkcjonalność lub zastosowało rozwiązania sprzętowe, np.: dostawa macierzy dyskowej, odwołujący stwierdził, że konsorcjum Comarch nie dopełniło obowiązku wykazania licencji w Tabeli B. „Zestawienie licencji” na dodatkowe narzędzia. Przyjmując założenie, że konsorcjum Comarch może dostarczyć dodatkową infrastrukturę sprzętową wraz z macierzą dyskową, która zapewni rozwiązanie równoważne do funkcjonalności kompresji danych z poziomu bazy danych, odwołujący stwierdził, że wykonawcy zobowiązani byli do wykazania licencji na system operacyjny w Tabeli B. „Zestawienie licencji”.

Zdaniem odwołującego braków tych nie można uzupełnić w odpowiedzi na wezwania zamawiającego czy to w drodze art. 26 ust. 4 czy 87 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem doszłoby do niezgodnej z Pzp zmiany treści oferty.

Z ostrożności odwołujący zarzucił zaniechanie wezwania konsorcjum Comarch do wyjaśnień na taką okoliczność.

Uznał, że oferta konsorcjum Comarch nie spełnia wymogów SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

KIO 210/15 10

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odtajnienia części oferty konsorcjum MGGP oraz oferty konsorcjum Comarch odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający bezpodstawnie utrzymał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oferty obu wykonawców, ponieważ zastrzeżone przez tych wykonawców dokumenty nie mają szczególnego charakteru, nie zawierają niepowtarzalnych danych danego przedsiębiorcy o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym, nie zawierają informacji znanych tylko tym wykonawcom, a mają raczej na celu uniemożliwienie odwołującemu dokonania oceny oferty konkurencji.

Odwołujący podniósł, że wdrożenie Systemu Informacji Przestrzennej na terenie Polski jest obwarowane szeregiem prawnych uwarunkowań, w związku z czym wyłącznie podmiot, który zdobył wymagane doświadczenie w Polsce będzie dawał rękojmię należytego wykonania przedmiotu niniejszego zamówienia. Zdaniem odwołującego doświadczenie we wdrożeniu Systemu Informacji Przestrzennej zdobyte na terenie m.in. Włoch nie może być porównywalne z wdrożeniem takiego Systemu w Polsce bowiem oba te kraje dzielą znaczne różnice np. w podejściu do modelowania linii 3D w procedurach ustawowych prowadzących do wymaganego wdrożenia.

W ocenie odwołującego objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu wykonanych zamówień oraz samych nazw podmiotów udostępniających potencjał danemu oferentowi, jest nieuprawnione w świetle treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ – stwierdził odwołujący – w świetle utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej zasada jawności jest podstawową

zasadą systemu zamówień publicznych i doznaje ograniczeń jedynie w sytuacji wskazanej w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, gdy wykonawca zastrzegł w ofercie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa; pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle.

Według odwołującego informacje zawarte w wykazie wykonanych zamówień, jakiego żądał zamawiający oraz nazwy podwykonawców z pkt 7 formularza ofertowego, obejmujące dane dotyczące: nazwy i adresu zamawiającego, miejsca wykonania prac, rodzaju wykonanych głównych dostaw, wartości zamówienia netto oraz czasu realizacji nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tajemnicą przedsiębiorstwa nie są też co do zasady dokumenty potwierdzające należyte wykonanie czy wykonywanie usług, które ze swej istoty stanowią jedynie potwierdzenie, że usługa została wykonana w sposób należyty. Podobnie, w ocenie odwołującego tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte dokumenty podmiotów trzecich, które udostępniły zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia.

KIO 210/15 11

Odwołujący dodał, że z uwagi na specyfikę przedmiotowego postępowania podobne zamówienia mogły być realizowane w przeszłości praktycznie wyłącznie na rzecz jednostek sektora energetycznego, który w większości w Polsce jak i również w Unii Europejskiej podlega pod zamówienia publiczne sektorowe, co oznacza, że co do zasady dane dotyczące: nazwy i adresu zamawiającego, miejsca wykonania prac, rodzaju wykonanych głównych dostaw, wartości zamówienia netto oraz czasu realizacji są w takim przypadku informacjami jawnymi, gdyż większość takich zamówień została udzielona po przeprowadzeniu jawnych postępowań o zamówienie publiczne, a odbiorcami są jednostki zobowiązane do stosowania jawnej procedury o zamówienie publiczne; ponadto – jeśli daną informację można uzyskać w zwykłym, dozwolonym toku czynności, a także jeżeli obowiązek ujawniania informacji wynika z odrębnych przepisów prawa, to uznanie jej za tajemnicę, o której mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, jest niedopuszczalne

W ocenie odwołującego cechą immanentną referencji jest możliwość ich

do upublicznienia, listy referencyjne służące wykazywania

posiadania wiedzy

i doświadczenia w zakresie realizacji zamówień publicznych są bowiem stworzone w celu ich ujawniania.

Odwołujący przypuszcza (wobec braku dostępu do zastrzeżonej części ofert), że wykazując posiadanie wiedzy i doświadczenia oba konsorcja powołały się na posiadane referencje albo wykazywały te okoliczności referencjami (zasobami) podmiotów trzecich – jeżeli dokumenty referencyjne dotyczyły zamówień publicznych realizowanych w Polsce bądź innym państwie Unii Europejskiej, to z pewnością – uznał odwołujący – ich treść nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ takie informacje można uzyskać w zwykłym, dozwolonym toku czynności, poprzez dostęp do informacji publicznej w trybie przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2001 roku, Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.) lub innego aktu prawnego regulującego analogiczną procedurę w ramach prawodawstwa Unii Europejskiej i jej poszczególnych członków.

Dodał, że nie można zastrzec tajemnicy przedsiębiorstwa wobec dokumentów, które zostały uprzednio ujawnione w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na terenie Polski albo innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, ponieważ informacje tego typu są przedmiotem obrotu zamówień publicznych, na gruncie którego obowiązuje zasada jawności; wskazane w wykazie, załączonych referencjach i protokołach odbioru zamówienia zostały wykonane na rzecz jednostek sektora finansów publicznych i informacje o tych zamówieniach mogą być ujawnione do wiadomości publicznej, a zatem nie wypełniają definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

KIO 210/15 12

Podkreślił, że „publiczny” status kontrahentów, na rzecz których realizował zamówienia dany wykonawca albo podmiot udostępniający zasoby jedynie dodatkowo

wzmocniałby argumentację odwołującego.

Wskazał, że orzecznictwo KIO dopuszcza sytuacje, w których informacje o dostawach i usługach wykonanych na rzecz podmiotów prywatnych również nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa

Odwołujący, w świetle przepisów Pzp, jako szczególnie naganne ocenił utajnianie części oferty w celu uniemożliwienia wykonawcom konkurencyjnym zbadania prawidłowości złożonej oferty – w ocenie odwołującego zakres i przedmiot objęcia przez konsorcjum MGGP i Comarch rzekomą tajemnicą przedsiębiorstwa oferty może wskazywać na takie działanie.

Odnosząc się do dokumentu: „wymagania funkcjonalne systemu” ze stron 67-75 oferty konsorcjum MGGP, odwołujący wskazał, że w dokumencie tym są zawarte informacje przygotowane według wzoru podanych przez zamawiającego założeń opisanych w treści SIWZ – na podstawie opisu wymogu dla konkretnych produktów wykonawcy podawali jedynie w tabeli znakiem „X”, czy oferowany system realizuje wymaganą przez zamawiającego funkcjonalność w wersji bazowej, czy też wymagane jest dostosowanie oferowanego systemu, co oznacza, że zamawiający nie pozostawił wykonawcom dowolności co do możliwości doboru sprzętu i oprogramowania, gdyż wykonawcy mogli wyłącznie oferować produkty spełniające ściśle określone i konkretne wymagania SIWZ.

Zdaniem odwołującego zastrzeżone informacje nie są niepowtarzalne i nie można stwierdzić, iż stanowią know-how przedsiębiorstwa – w zakresie specyfikacji technicznej: nie są to poufne rozwiązania techniczne (wymagania) poszczególnych produktów i oprogramowania skoro te rozwiązania techniczne są funkcjonalnie jednakowe dla wszystkich ubiegających się o to zamówienie i zostały narzucone w SIWZ, a tym samym nie są poufne skoro znają je wszyscy wykonawcy; sprzęt i oprogramowanie są powszechnie dostępne na rynku praktycznie dla każdego zainteresowanego ich nabyciem, a ich producenci powszechnie udostępniają opisy swoich rozwiązań i cenniki swoich produktów; podmiot, który zastrzegł w postępowaniu tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie wykazu produktów i oprogramowania nie jest producentem (twórcą) sprzętu, czy też oprogramowania które oferuje, a jedynie nabywa określone produkty od producentów / dostawców – nie są więc objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wykazy produktów i oprogramowania, w których zawarto produkty stworzone przez inne podmioty (producentów), a samo podanie typu, parametrów i nazwy konkretnego producenta i produktu nie narusza tajemnicy wykonawcy, które te produkty oferuje.

Odwołujący podał, że aby uznać określoną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa, musi ona posiadać łącznie trzy cechy:

- mieć charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny,

13 KIO 210/15

- być tajemnicą, co oznacza, że nie została ujawniona do publicznej wiadomości,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Stwierdził, że wykonawca nie może zastrzegać określonych danych w sposób dowolny; zastrzeżenie tajemnicy ma charakter wyjątkowy, wobec czego zamawiający nie może polegać wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, tym bardziej, że naturalną skłonnością wykonawców jest próba chronienia się przed ujawnieniem określonych elementów oferty, a często informacji zawartych w specyfikacjach technicznych, tak aby utrudnić konkurencji wgląd w weryfikację oferowanego przedmiotu zamówienia – zamawiający winien więc w każdym przypadku żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony.

Odwołujący uznał, że zamawiający nie zweryfikował prawidłowości tych zastrzeżeń i za wyrokiem KIO 100/12 stwierdził, że podstawą do utajnienia oferty nie mogą być ogólnikowe oświadczenia wykonawców w sprawie powodów utajnienia, zaś zamawiający musi każdorazowo dogłębnie zbadać, czy zastrzeżona oferta rzeczywiście zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa, dzięki czemu gwarantowana jest jawność jako podstawowa zasada prawa zamówień publicznych, zapewniająca rzeczywistą konkurencję przy ubieganiu się o takie zamówienia. Zdaniem odwołującego zamawiający bezkrytycznie przyjął zarówno treść oświadczeń wykonawcy jak i bez głębszej analizy zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów, uznał, że te zastrzeżenia są prawidłowe.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie

o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, co – jak wskazuje się w doktrynie – oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości.

Odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający naruszył tą zasadę, co znajduje potwierdzenie – zdaniem odwołującego – w uzasadnieniu do odwołania; zamawiający dokonał subiektywnej, stronniczej oceny jego oferty w zakresie oceny kryterium ilości punktów za „Ocena jakościowa oferowanych funkcjonalności, oczekiwanych przez Zamawiającego w ramach gotowej standardowej wersji systemu – (PF)”.

Zdaniem odwołującego powinien on dostać komplet punktacji za powyższe kryterium, podczas gdy nie było podstaw do przyznania konsorcjum MGGP 45 punktów za oczekiwaną przez zamawiającego funkcjonalność w ramach gotowej standardowej wersji systemu, ponieważ konsorcjum MGGP nie zaoferowało takiego gotowego rozwiązania.

Odwołujący zgłosił wniosek dowodowy o przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodu z opisu rozwiązania i „wymagania funkcjonalnego systemu” ze stron

KIO 210/15 14

67-75 oferty konsorcjum MGGP, na potwierdzenie, że w tych dokumentach zawarte są informacje potwierdzające, że konsorcjum MGGP nie oferuje gotowego rozwiązania, co uzasadnia przyznanie konsorcjum MGGP mniejszej ilości punktów niż 45.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 6 lutego 2015 r., odpowiedzi zamawiającego oraz pisma odwołującego – oba z dnia 13 lutego 2015 r., pisma procesowego przystępującego – konsorcjum MGGP z dnia 12 lutego 2015 r., a także stanowisk stron i uczestników postępowania, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzuty:

- nieprawidłowej oceny oferty konsorcjum MGGP w zakresie podkryterium z sekcji XVI pkt 2) ppkt 2 „Ocena jakościowa oferowanych funkcjonalności, oczekiwanych przez Zamawiającego w ramach gotowej standardowej wersji systemu – (PF) ” i przyznania bezpodstawnie pełnej punktacji, podczas, gdy oferta konsorcjum MGGP nie spełnia wymaganej funkcjonalności w wersji bazowej
- oraz
- nieprawidłowej oceny oferty odwołującego w podkryterium z sekcji XVI pkt 2) ppkt 2 „Ocena jakościowa oferowanych funkcjonalności, oczekiwanych przez Zamawiającego w ramach gotowej standardowej wersji systemu – (PF)” i przyznania niższej niż wynika z treści złożonej oferty liczby punktów – 45 punktów nie potwierdziły się.

Zgodnie z pkt XVI *Kryteria oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej* ppkt 2) oraz ppkt 4) SIWZ (uwzględniając odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 31 zawartą w piśmie z dnia 3 września 2014 r.) zamawiający wskazał, obok kryterium „cena” (max. 55 pkt), kryterium „ocena jakościowa oferowanych funkcjonalności, oczekiwanych przez zamawiającego w ramach gotowej standardowej wersji systemu” (max. 45 pkt) [dalej „ocena jakościowa”], w przypadku którego podał, że punkty będą liczone na podstawie wypełnionego przez wykonawców Załącznika nr 1a do części III SIWZ – Wymagania Funkcjonalne Systemu (dalej „Załącznik nr 1a”).

Dodatkowo w pkt XVI ppkt 6) SIWZ zamawiający wskazał, że „w toku badania oferty, w świetle art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy może sprawdzić, czy zadeklarowane przez wykonawcę funkcjonalności oferowanego Systemu są zgodne ze stanem faktycznym”.

KIO 210/15 15

Przywołane postanowienia SIWZ ustalały kryteria oceny ofert i sposób przyznawania punktacji w ramach każdego z nich, a nadto ustalały dokument będący podstawą przyznania punktów (podstawa weryfikacji).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu nieprawidłową ocenę oferty konsorcjum MGGP oraz oferty odwołującego w kryterium „ocena jakościowa”, nie wskazując jednak zupełnie, że w jakimkolwiek zakresie zamawiający odstąpił od ustanowionych w SIWZ kryteriów, sposobu przyznawania punktacji w ramach każdego z nich, czy od ustalonych podstaw przyznania punktów (na podstawie Załącznika nr 1a do Części III SIWZ) w tym kryterium.

Nie można więc zaakceptować stanowiska jakoby zamawiający dokonał subiektywnej, stronnictwej oceny oferty odwołującego w kryterium „ocena jakościowa”, jak też że zamawiający powinien przyznać odwołującemu maksymalną liczbę punktów w kryterium „ocena jakościowa”, tj. 45, nie powinien zaś przyznać maksymalnej liczby punktów konsorcjum MGGP (tak w odwołaniu w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Pzp), ponieważ pozostaje to w całkowitym oderwaniu od postanowień SIWZ.

Oferta odwołującego w kryterium „ocena jakościowa” została oceniona na 44,04 pkt., zaś oferta konsorcjum MGGP na 45 pkt, tj. adekwatnie do liczby zaoferowanych w Załączniku nr 1a do Części III SIWZ funkcjonalności w ramach gotowej standardowej wersji systemu – odwołujący nie zaoferował w ramach gotowej standardowej wersji systemu funkcjonalności z Tabeli 1 pkt 4, Tabeli 2 pkt 27 lit. b i f, Tabeli 5 pkt 15, zaś konsorcjum MGGP zaoferowało wszystkie poddane ocenie funkcjonalności w ramach gotowej standardowej wersji systemu.

Skład orzekający Izby wskazuje nadto, że choć zamawiający (pkt XVI ppkt 6) SIWZ zastrzegł dla siebie prawo badania, czy zadeklarowane przez wykonawcę funkcjonalności oferowanego systemu są zgodne ze stanem faktycznym, to wykluczenie wykonawcy z powodu złożenia mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania informacji nieprawdziwych mogłoby nastąpić jedynie w przypadku udowodnienia przez zamawiającego owej niezgodności. Zamawiający nie dopatrył się jakichkolwiek niezgodności, zaś odwołujący nawet nie twierdził, że konsorcjum MGGP złożyło jakiegokolwiek nieprawdziwe informacje.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zarzuty nie potwierdziły się.

KIO 210/15 16

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum MGGP, której treść nie odpowiada treści SIWZ nie potwierdził się.

Odwołujący upatrywał niezgodności treści oferty konsorcjum MGGP z treścią SIWZ w odniesieniu do następujących postanowień Części II *Specyfikacja przedmiotu zamówienia na dostawę i wdrożenie w Grupie Kapitałowej PSE Systemu Informacji Przestrzennej SIWZ*:

1. pkt 3 *Wymagania funkcjonalne systemu* ppkt 3.1. *Wymagania ogólne* Tabela 2 *Wymagania ogólne* poz. 15,
2. pkt 3 *Wymagania funkcjonalne systemu* ppkt 3.2. *Zapytania i analizy danych* Tabela 3 *Zapytania i analizy* poz. 17,
3. pkt 3 *Wymagania funkcjonalne systemu* ppkt 3.2. *Zapytania i analizy danych* Tabela 3 *Zapytania i analizy* poz. 27,
4. pkt 3 *Wymagania funkcjonalne systemu* ppkt 3.3. *Edycja danych* Tabela 4 *Narzędzia edycji danych* poz. 7,
5. pkt 3 *Wymagania funkcjonalne systemu* ppkt 3.5. *Interfejs użytkownika i wydruki*, Tabela 6 *Interfejs użytkownika* poz. 15,

a także w doniesieniu do Części II *Specyfikacja przedmiotu zamówienia na dostawę i wdrożenie w Grupie Kapitałowej PSE Systemu Informacji Przestrzennej SIWZ*, pkt 9 *Sposób licencjonowania* Tabela 14 *Wymagania dotyczące sposobu licencjonowania i ról* poz. 4.

Abstrahując nawet od tego, czy w treści odwołania doszło jedynie do omyłki w zakresie przywołania właściwego brzmienia poz. 15 (Część II SIWZ pkt 3 ppkt 3.1. Tabela 2), czy też pismem z dnia 13 lutego 2015 r. odwołujący – po terminie na wniesienie odwołania – próbował postawić nowy zarzut, wskazać przede wszystkim należy, że niezgodności wskazane powyżej w punktach 1-5 nie mogły stanowić podstawy do odrzucenia oferty żadnego z wykonawców, w tym konsorcjum MGGP, ponieważ wszystkie dotyczyły funkcjonalności, których spełnianie w wersji bazowej systemu przynieść miało danemu wykonawcy „jedynie” przyznanie (albo nie) dodatkowych punktów, a odwołujący nie

kwestionował, że przystępujący funkcjonalności tych w ogóle nie zapewni.

Co do zarzutu nieprawidłowej oceny oferty konsorcjum MGGP i odwołującego skład orzekający Izby zajął stanowisko we wcześniejszej części uzasadnienia.

Co do zarzutu niezgodności treści oferty konsorcjum MGGP z treścią SIWZ w zakresie Części II SIWZ pkt 9 *Sposób licencjonowania Tabela 14 Wymagania dotyczące sposobu licencjonowania i ról poz. 4:*

KIO 210/15 17

odwołujący twierdził, że ww. funkcjonalność może być zrealizowana przez konsorcjum MGGP, ale wymaga zakupu dodatkowej licencji, tj. licencji na ArcGis Online lub zaprogramowania odpowiednich narzędzi, co także wymaga licencji i ich ujęcia w ofercie, czego – pomimo żądania zamawiającego – brak w Formularzu ofertowym Tabela B *Zestawienie licencji* oferty konsorcjum MGGP, co przesądza o niezgodności treści oferty tego konsorcjum z treścią SIWZ.

Ponownie wskazać należy, że podstawą weryfikacji zgodności ofert z treścią SIWZ miał być wypełniony przez każdego z wykonawców Załącznik nr 1a.

Zamawiający nie zobowiązał wykonawców do przedstawienia w ofertach sposobu, w jaki zaoferowane funkcjonalności zostaną osiągnięte – jak oświadczył zamawiający na rozprawie dla zamawiającego nie jest istotne, jak dana funkcjonalność zostanie osiągnięta.

Konsorcjum MGGP oświadczyło, że zaoferowało ww. funkcjonalność – została mu bowiem zapewniona (moduły – gotowe oprogramowanie, stanowiące rozszerzenie dla oprogramowania ArcGis ESRI, na którym, jako oprogramowaniu bazowym, oparło swoją ofertę konsorcjum MGGP) przez inny podmiot (sama nazwa tego podmiotu oraz fakt współpracy z tym podmiotem zostały przez konsorcjum MGGP zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) [dalej „podmiot „X””] przed terminem składania ofert, (List intencyjny o współpracy z dnia 30 września 2014 r.) – zostanie konsorcjum przekazana (w przypadku wyboru oferty konsorcjum) do wdrożenia w środowisku zamawiającego.

Jak ustalił skład orzekający Izby potwierdzeniem tego są informacje zawarte w piśmie podmiotu „X” z dnia 9 lutego 2015 r. oraz w Liście intencyjnym o współpracy z dnia 30 września 2014 r., złożone przez konsorcjum MGGP na rozprawie (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa).

Konsorcjum MGGP oświadczyło także, że przyjęte ww. rozwiązanie nie wymaga dodatkowych licencji (konsorcjum MGGP zapewniło sobie moduły, poprzez przeniesienie autorskich praw majątkowych, czego SIWZ nie wykluczała).

Skład orzekający Izby dał wiarę oświadczeniom konsorcjum MGGP, potwierdzonym Listem intencyjnym o współpracy z dnia 30 września 2014 r. i pismem podmiotu „X” z dnia 9 lutego 2015 r.

Skład orzekający Izby uwzględnił przy tym fakt, że konsorcjum wykazało zgodność treści swojej oferty z treścią SIWZ w sposób przewidziany przez zamawiającego w SIWZ, tj. poprzez Załącznik nr 1a, nadto że zamawiający nie oczekiwał wskazania w treści ofert sposobu realizacji funkcjonalności, zaś odwołujący nie wykazał – powołał się jedynie na swoje doświadczenie – że nie jest możliwym zapewnienie przez konsorcjum MGGP

KIO 210/15 18

funkcjonalności z Tabeli 14 poz. 4 bez dodatkowych licencji, tj. przez przeniesienie autorskich praw majątkowych.

W ocenie składu orzekającego Izby odwołujący nie wykazał także ponad wszelką wątpliwość, że przyjęta przez konsorcjum MGGP koncepcja (w tym uwzględniająca przeniesienie autorskich praw majątkowych przez podmiot „X”) pozostaje w kolizji z postanowieniami SIWZ – wywiązanie się przez konsorcjum MGGP z obowiązków wynikających z postanowień § 12 wzoru umowy jest możliwe – zależy od postanowień umownych.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Comarch, której treść nie odpowiada treści SIWZ skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Jak wynika z *Zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zawiadomienia o odrzuceniu ofert* z dnia 23 stycznia 2015 r. oferta konsorcjum Comarch (łączna ocena 94,12 pkt) została sklasyfikowana niżej niż oferta odwołującego (łączna ocena 94,18 pkt).

Konsorcjum Comarch nie złożyło odwołania w szczególności wobec oceny przez zamawiającego jego oferty, zatem ocenę tej oferty uznać należy za ostateczną.

Tymczasem rozpoznawane obecnie przez skład orzekający Izby odwołanie konsorcjum Qumak z dnia 2 lutego 2015 r. zmierza do przyznania odwołującemu maksymalnej liczby punktów w kryterium „ocena jakościowa” oraz do odrzucenia oferty w szczególności konsorcjum Comarch, co może doprowadzić jedynie do zwiększenia różnicy w rankingu ofert obu wykonawców na korzyść odwołującego albo eliminacji z postępowania oferty konsorcjum Comarch.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes z uzyskaniem danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Zagrożeniem dla uzyskania tego zamówienia przez odwołującego nie jest oferta konsorcjum Comarch, sytuacja odwołującego w tym zakresie nie wymaga ochrony.

Wobec powyższego skład orzekający Izby pozostawił zarzut bez rozpoznania.

KIO 210/15 19

Zarzut zaniechania odtajnienia przez zamawiającego oraz odmowy udostępnienia na wniosek odwołującego pełnej treści oferty złożonej przez konsorcjum MGGP oraz konsorcjum Comarch, niezasadnie zastrzeżonych przez nich jako tajemnica przedsiębiorstwa w części dotyczącej:

- o formularza ofertowego w zakresie pkt 7, tj. nazwy (firmy) podwykonawców, na zasoby

- których ww. podmioty powołują się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przy wykonywaniu kluczowej części zamówienia, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.2)a) i/lub b) Części I SIWZ oraz dokumentów podmiotowych przedkładanych przez te podmioty,
- o przedłożonych referencji w szczególności użytych i uzyskanych w wyniku realizacji

- umów zawartych w trybie zamówienia publicznego na rynku polskim czy europejskim oraz referencji użytych, o których wykonawcy jako podmioty występujące na giełdzie czyli spółki akcyjne publiczne przekazywały takie informacje na Giełdę Papierów Wartościowych,

- o wymagań funkcjonalnych systemu ze str. 67-75 oferty konsorcjum MGGP,

czym zamawiający naruszył art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania jako zarzut spóźniony.

Na rozprawie zamawiający oświadczył, że już dnia 6 listopada 2014 r., kiedy to osoba ze strony odwołującego dokonywała wglądu w oferty, odwołujący miał wiedzę, które części ofert wykonawców (w tym ofert konsorcjum MGGP i konsorcjum Comarch) nie są jawne, ponieważ nie zostały mu udostępnione.

Odwołujący nie zaprzeczył, że w tym dniu zamawiający nie udostępnił mu ofert wykonawców w całości ze względu na zastrzeżenie części tych ofert jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący nie podnosił także, iżby fakt, że zamawiający nie udostępnił mu kompletnych ofert wynikać miał z przekazanej mu przez zamawiającego informacji o nadal prowadzonej przez zamawiającego weryfikacji co do zgodności z prawem zastrzeżenia niektórych informacji.

Dodatkowo na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania skład

orzekający Izby ustalił, że zamawiający sporządził w jego toku notatki służbowe na okoliczność udostępniania wykonawcom w danym dniu i przedziale czasowym (godzina od-do) protokołu czy ofert, każdorazowo odnotowując fakt ich udostępnienia, co do ofert – w części niezastrzeżonej (notatka z 4.11.2014 r. 6.11.2014 r. (dwie notatki), 22.12.2014r., 28.01.2015r. 29.01.2015r.).

KIO 210/15 20

Jak wynika z notatki służbowej z dnia 6 listopada 2014 r. oraz załączonej do niej „Listy osób, którym została udostępniona dokumentacja przetargowa” zamawiający udostępnił w dniu 6 listopada 2014 r. w godzinach 12.00-13.00 oferty w części niezastrzeżonej przez wykonawców przedstawicielowi odwołującego w osobie Pana J. J., co nastąpiło na pisemny wniosek odwołującego z dnia 5 listopada 2014 r. „o udostępnienie kompletnych ofert”.

Oświadczenie zamawiającego złożone na rozprawie, któremu odwołujący nie zaprzeczył, potwierdzone notatką służbową z dnia 6 listopada 2014 r. (która została sporządzona jak w pozostałych przypadkach udostępniania ofert innym wykonawcom) skład orzekający Izby uznał za wiarygodne, tym bardziej że złożone w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznej oferty (jedyne) w liczbie 5 nie były w zakresie części zastrzeżonych obszerne (a i same oferty obszerne nie były), a od terminu otwarcia ofert, tj. 27 października 2014 r. godz. 12.00 do dnia 6 listopada 2014 r. upłynął czas (10 dni) pozwalający na ich weryfikację przez zamawiającego. Fakt udostępnienia „niekompletnych ofert” potwierdziło także konsorcjum Comarch, którego przedstawicielowi – tak jak przedstawicielowi odwołującemu – w tym samym dniu, tj. 6 listopada 2014 r. udostępniono oferty z wyłączeniem części zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa (potwierdza to także notatka służbowa z dnia 6 listopada 2014 r.).

Dostreżenia także wymaga, że doręczone przez odwołującego 11 grudnia 2014 r. pismo z dnia 8 grudnia 2014 r. – *Zawiadomienie zamawiającego o niezgodnym z prawem zastrzeżeniu jawności części oferty konsorcjum: MGGP SA i CUBE.ITG SA oraz COMARCH SA i GISPRO Sp. z o.o.* wskazuje, że już wówczas odwołujący zarzucił zamawiającemu, tyle, że sięgając po uprawnienie przysługujące wykonawcom w tzw. postępowaniach podprogowych (art. 181 ust. 1 ustawy Pzp), *zaniechanie ujawnienia zastrzeżonych przez oba konsorcja części ofert, ponieważ w podsumowaniu odwołujący stwierdził: „(...) Zamawiający zobowiązany był do ich odtajnienia na podstawie art. 8 ust. 1, 2 i 3 Ustawy PZP i udostępnienia tych informacji, danych i materiałów Konsorcjum”.*

Zawiadomienie to (wynika z niego, które części ofert nie zostały odwołującemu udostępnione, ponieważ odwołujący wskazał, że chodzi o „odtajnienie” części ofert od str. 67-146 w przypadku konsorcjum MGGP i od str. 71 w przypadku konsorcjum Comarch) należy powiązać z dokonaniem przez odwołującego wglądem do ofert w dniu 6 listopada 2014 r., ponieważ innego „wglądu” pomiędzy dniem 6 listopada 2014 r. a dniem 11 grudnia 2014 r. nie było – nie wskazywał na to odwołujący, nic takiego nie wnika także z notatek sporządzanych przez zamawiającego.

KIO 210/15 21

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że od dnia 6 listopada 2014 r. winien rozpocząć, liczony zgodnie z przepisem art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, 10-cio dniowy bieg termin na wniesienia odwołania co do zaniechania ujawnienia przez zamawiającego części ofert konsorcjum MGGP i konsorcjum Comarch. Termin ten upłynął dnia 17 listopada 2014 r. (poniedziałek).

Złożenie odwołania zawierającego ten zarzut w dniu 2 lutego 2015 r. prowadzić musi do wniosku, że zarzut jest spóźniony.

Wobec powyższego skład orzekający Izby pozostawił zarzut bez rozpoznania.

Zarzut zaniechania wykluczenia przez zamawiającego konsorcjum MGGP oraz konsorcjum Comarch z tego względu, że wykonawcy ci nie wykazali spełnienia warunków podmiotowych i posiadania wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, jeżeli

przedmiotowe oferty (w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa) opierają się o referencje niespełniające wymagań zamawiającego, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W pkt. VI ppkt 1) SIWZ zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące w szczególności posiadania wiedzy i doświadczenia (lit. b).

W ppkt. 2) tegoż punktu zamawiający wskazał, że uzna za spełnione warunki, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonał:

- co najmniej 2 wdrożenia SIP dla przedsiębiorstwa w branży sieciowej (zamawiający doprecyzował sposób rozumienia branży sieciowej, jak i cechy samych wdrożeń) [lit. a],
- co najmniej 1 usługę o doprecyzowanych przez zamawiającego cechach (lit. b).

W rozdziale VII pkt 12) i 13) SIWZ zamawiający, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w szczególności w zakresie wiedzy i doświadczenia, zażądał przedłożenia:

- 12) wykazu wykonanych wdrożeń (...) określonych w pkt. VI. 2.a) wraz z załączeniem dowodów określających, czy wdrożenia te zostały wykonane należycie (wykaz wg wzoru nr 2 Części III SIWZ),

KIO 210/15 22

-
- 13) wykazu wykonanych usług (...) określonych w pkt. VI.2.b) wraz z załączeniem dowodów określających, czy usługi te zostały wykonane należycie (wykaz wg wzoru nr 3 Części III SIWZ).

Skład orzekający Izby zważył co następuje.

Niewątpliwie dokumentami określającymi, czy wdrożenia/usługi zostały wykonane należycie mogą być w szczególności referencje.

Na podstawie wskazanych powyżej wymagań zamawiającego zawartych w SIWZ stwierdzić należy, że „rola” dokumentów załączanych przez wykonawców do wykazów polegać miała na tym, że potwierdzać miały należyte wykonanie – i tylko należyte wykonanie – wdrożeń/usług (ujętych i opisanych przez wykonawców w wykazach).

Odwolujący, nie mając dostępu do treści dokumentów załączonych przez konsorcjum MGGP i konsorcjum Comarch (ze względu na zastrzeżenie przez tych wykonawców – uznane przez zamawiającego za uprawnione – informacji zawartych w tych referencjach tajemnicą przedsiębiorstwa) zgłosił zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia tych wykonawców ze względu na to, że nie wykazali wymaganego doświadczenia, „opierając się o referencje niespełniające wymagań Zamawiającego”.

Wobec tak sformułowanego zarzutu skład orzekający Izby musiał przyjąć, że odwołujący zakwestionował to, że referencje załączone przez oba ww. konsorcja do wykazów nie potwierdzały należytego wykonania wdrożeń/usług ujętych w tych wykazach, ponieważ takie było wymagane zamawiającego „wobec referencji” (jako dokumentów, będących jednymi z możliwych rodzajów dokumentów składanych przez wykonawców na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia).

Rozpoznając zarzut w jego granicach, skład orzekający Izby, na podstawie informacji zawartych w dokumentach załączonych do wykazów przez konsorcjum MGGP (str. 81-86) oraz przez konsorcjum Comarch (str. 150-179 oraz 181-184) stwierdził, że zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego z pkt. VI ppkt 12) i 13) SIWZ dokumenty te potwierdzają fakt należytego wykonania ujętych w wykazach przez oba konsorcja wdrożeń/usług, ponieważ świadczą o tym użyte sformułowania:

- o „Potwierdzam prawidłowe wykonanie umowy przez (...), odnośnie zrealizowania projektu (...)”,
- o „Wymienione prace zostały wykonane terminowo i z zachowaniem należytej

staranności zgodnie z obowiązującymi przepisami i standardami oraz przyjętymi warunkami technicznymi. Wykonawca w sposób uczynny współpracował z Zamawiającym”,

KIO 210/15 23

o „Wymienione prace zostały wykonane terminowo i z zachowaniem należytej

staranności, zgodnie z obowiązującymi przepisami i standardami oraz przyjętymi założeniami”,

o „Z przyjemnością udzielamy referencji (...) jako rzetelnej i sprawnej firmie”,

o „Mamy przyjemność polecić (...) jako firmę rzetelną i sprawną”,

następujące po opisie wykonanego zamówienia,

o czy potwierdzenie wykonania (zakończenia) opisanego zamówienia (bez wskazania

jakichkolwiek zastrzeżeń),

a w większości przypadków dodatkowo nadane dokumentom tytuły: „list referencyjny”, „potwierdzenie wykonania projektu referencyjnego”.

Powyższe informacje są wystarczające do uznania, że wymagane przez zamawiającego doświadczenie zostało przez oba konsorcja wykazane w oparciu o referencje spełniające wymagania zamawiającego, wobec czego skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Żaden z ww. zarzut nie potwierdził się toteż w konsekwencji skład orzekający nie znalazł także podstaw do uznania zarzutów: wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum MGGP oraz nierównego traktowania uczestników ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwolujący nie podał, które ustalenia zamawiającego, do ustalenia których zamawiający był zobowiązany w ramach badania i oceny ofert były błędne, nie zaprezentował w odniesieniu do „tego zarzutu” argumentacji, nie wskazał nadto jakiegokolwiek naruszenia przepisu ustawy Pzp, nie przypisał także „temu zarzutowi” żadnych żądań.

KIO 210/15 24

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

KIO 210/15 25