

Sygn. akt: KIO 2399/12

WYROK
z dnia 13 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 listopada 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2012 r. przez **Odwołującego** – Young Digital Planet SA, ul. Słowackiego 175, 80-298 Gdańsk, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Ośrodek Rozwoju Edukacji, Al. Ujazdowskie 28, 00-478 Warszawa,

przy udziale **Wykonawcy** - Business Management Software Sp. z o.o., ul. Gdańska 41, 01-633 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Young Digital Planet SA, ul. Słowackiego 175, 80-298 Gdańsk, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Young Digital Planet SA, ul. Słowackiego 175, 80-298 Gdańsk, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwolującego** - Young Digital Planet SA, ul. Słowackiego 175, 80-298 Gdańsk, na rzecz **Zamawiającego** - Ośrodek Rozwoju Edukacji, Al. Ujazdowskie 28, 00-478 Warszawa,, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze 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:

UZASADNIENIE

Organizator konkursu Ośrodek Rozwoju i Edukacji rozpoczął procedurę konkursu jednoetapowego na opracowanie koncepcji rozbudowy funkcjonalności portalu edukacyjnego Scholaris oraz wykonanie na podstawie zatwierdzonej pracy konkursowej rozbudowy portalu Scholaris (ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Dz.U./S 5166.), numer referencyjny nadany przez Organizatora Konkursu 50/ORE/KONKURS/UE/2012.

Odwołujący Young Digital Planet Spółka Akcyjna wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności Organizatora Konkursu podjętych w Postępowaniu polegających na wykluczeniu z postępowania wykonawcy Young Digital Planet S.A. z uwagi na naruszenie rozdział 2 p. 11.9 Regulaminu konkursu, poprzez błędne ustalenie, że doszło do naruszenia zasady anonimowości prac konkursowych. Odwołujący zarzucił Organizatorowi Konkursu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. poprzez zastosowanie nieobiektywnych i nadmiernie formalistycznych kryteriów oceny spełniania warunków uczestnictwa w konkursie, art. 120 ust.2 Pzp. poprzez błędne przyjęcie, że anonimizacja pracy konkursowej jest wymaganiem jakie Odwołujący musiał spełnić w celu uczestnictwa w konkursie, art. 120 ust.2 Pzp. poprzez błędne ustalenie, że Odwołujący nie spełnił wymagań uczestnictwa w konkursie. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Organizatora Konkursu polegającej na wykluczeniu Odwołującego z konkursu, nakazanie Organizatorowi Konkursu powtórzenia czynności oceny złożonych prac konkursowych z uwzględnieniem pracy konkursowej Odwołującego.

Uczestnicy konkursu zobowiązani byli do przedłożenia prac konkursowych w formie papierowej (dwa wydrukowane egzemplarze) oraz dodatkowo w postaci zapisu elektronicznego cyfrowego. Nośnik zapisu powinien być złożony w zamkniętej odrębnej kopercie. Wskazane jest, aby uczestnik dokonał zapisu elektronicznego na CD, DVD lub nośniku pamięci typu flash w formacie PowerPoint (*.ppt), HTML, XML, *.doc lub *.rtf.

Zamawiający w punkcie 11.9 regulaminu konkursu zawarł stwierdzenie: „UWAGA! Na opakowaniach pracy konkursowej oraz w zawartości pracy konkursowej nie mogą znajdować się żadne dane, czy inne oznaczenia, umożliwiające naruszenie obowiązującej do chwili rozstrzygnięcia konkursu, zasady anonimowości prac konkursowych. Złamanie powyższego wymogu skutkować będzie wykluczeniem uczestnika z udziału w niniejszym konkursie na podstawie art. 120 ust. 2 ustawy PZP. lub brakiem dopuszczenia do udziału w konkursie lub zostaną zwrócone bez oceniania.”

Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 120 ust. 2 ustawy Prawo

zamówień publicznych oraz oferta jego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5. Zamawiający w treści informacji w sprawie zatwierdzenia wyników konkursu, jako uzasadnienie faktyczne wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty napisał, iż „(...) Sąd konkursowy dokonał weryfikacji plików znajdujących się na dołączonej do papierowej wersji pracy płycie CD. Analiza wykazała, że we właściwościach pliku, którym jest praca konkursowa znajduje się imię i nazwisko Pani I..... S..... Sąd konkursowy wpisał w/w imię i nazwisko do wyszukiwarki internetowej i odnalazł profile na portalach internetowych: <http://www.goldenline.pl/iwona-stankiewicz>, <http://pl.linkedin.com/in/iwonastankiewicz>, których treść jednoznacznie wskazywała na zatrudnienie u Uczestnika konkursu – Young Digital Planet S.A w/w osobę. Powyższe pozwoliło jednoznacznie powiązać identyfikator 191919 z konkretnym podmiotem, którym jest Young Digital Planet S.A i wykluczyło warunek anonimowości pracy.”

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego stosowanie nadmiernego formalizmu, przy ocenie spełniania wymogów stawianych przez Organizatora Konkursu prowadzi wprost do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Wymogi formalne, zamiast chronić rzetelność postępowania przerodziły się w instrument upośledzający uczciwą ocenę składanych prac konkursowych, umożliwiając eliminację niektórych wykonawców, w tym Odwołującego.

Odwołujący argumentował, że dokonana przez Organizatora Konkursu dowolna i autorytatywna wykładnia sformułowania „żadne dane, czy inne oznaczenia, umożliwiające naruszenie obowiązującej do chwili rozstrzygnięcia konkursu, zasady anonimowości prac konkursowych” doprowadziła do absurdalnego i nie liczącego z doświadczeniem życiowym formalizmu. Za oznaczenie „umożliwiające” Organizator Konkursu uznał bowiem takie oznaczenie które umożliwia identyfikację po przeprowadzeniu dochodzenia w celu ustalenia tożsamości uczestnika konkursu.

Odwołujący podniósł, że wymagania, których spełnienie wymagane jest od uczestników konkursu, zostały sformułowane w p. 6 regulaminu konkursu nie zaś w p. 11.9. W żadnym z tych punktów Organizator Konkursu nie sformułował wymogu przestrzegania zasady anonimowości. Punkt 11. regulaminu zatytułowany "Miejsce i termin składania prac konkursowych przez uczestników dopuszczonych do udziału w konkursie", w którym to punkcie została sformułowana zasada anonimowości, nie odnosił się do wymogów stawianych uczestnikom postępowania, a jedynie do wymogów formalnych składanych ofert. Zdaniem Odwołującego, nie można zatem przyjąć, że Organizator Konkursu, ustanowił wymóg anonimowości prac jako wymóg udziału w konkursie.

Odwołujący wskazał także na brak konsekwencji Organizatora Konkursu, który widać w zdaniu „Złamanie powyższego wymogu skutkować będzie wykluczeniem uczestnika z udziału w niniejszym konkursie na podstawie art. 120 ust. 2 ustawy PZP, lub brakiem

dopuszczenia do udziału w konkursie lub zostaną zwrócone bez oceniania”. Organizator Konkursu przewidział w nim trzy różne konsekwencje tego samego działania uczestnika, co świadczy o tym iż sam Organizator Konkursu nie wiedział jakie konsekwencje powinny mieć w takiej sytuacji miejsce.

Odwołujący wskazał także, że w jego ocenie tok rozumowania Organizatora Konkursu jest obarczony szeregiem błędów. Przyjął on bowiem, że skoro we właściwościach pliku w formacie doc. znajduje się oznaczenie „I..... S.....” to bez wątpienia pracę konkursową można powiązać z firmą Young Digital Planet S.A. Takie wnioskowanie jest nie tylko kompletnie oderwane od zasad logiki formalnej, ale również całkowicie sprzeczne z zasadami wiedzy informatycznej i doświadczeniem życiowym. Nawet jeżeli na podstawie loginu można domyśleć się jakie imię i nazwisko miał użytkownik oprogramowania, to w przedmiotowej sprawie brak jest związku pomiędzy użytkownikiem oprogramowania a uczestnikiem konkursu. Nazwisko I..... S..... nie zostało w żaden sposób uwidocznione w nazwie firmy, jak również nie jest w żaden sposób oficjalnie powiązane z władzami spółki tj. nie pojawia się w Krajowym Rejestrze Sądowym, nie jest również imieniem i nazwiskiem pełnomocnika uczestnika konkursu. Samo imię i nazwisko, pomimo że stanowi daną osobową, nie jest wystarczające do dokonania identyfikacji osoby i ustalenia jej miejsca pracy. Osób o tym samym imieniu i nazwisku występuje w Polsce bardzo wiele. Sam fakt, że osoba o takim imieniu i nazwisku pochwaliła się na portalu społecznościowym pracą w spółce Young Digital Planet S.A. nie jest dowodem na to że rzeczywiście taką pracę wykonuje. Tym samym Odwołujący stwierdził, że jego praca była anonimowa, tj. nie można było powiązać jej w żaden logiczny sposób z uczestnikiem postępowania jakim jest Odwołujący.

Dodatkowo Odwołujący podnosił, że Organizator konkursu postawił wymóg złożenia pracy w określonym formacie, powinien zatem mieć pełną świadomość konsekwencji wynikających z właściwości oprogramowania służącego do edycji takich plików. Odwołujący wyjaśniał, że „cechą dokumentów tworzonych za pomocą pakietu Microsoft Office jest to iż, zawierają ważne informacje ukryte w postaci metadanych, z których część jest widoczna jako właściwości dokumentu. Za ich pomocą można określić login użytkownika, nie można natomiast ustalić jego danych osobowych w postaci imienia i nazwiska. Login użytkownika może przy tym całkowicie przypadkowo odpowiadać brzmieniu nazwiska. Trzeba przy tym wyjaśnić, że program zapisuje jako meta dane kilka informacji takich jak login autora, firma oraz login użytkownika, który ostatnio edytował plik. W przedmiotowej sprawie w meta danych zapisany był wyłącznie login osoby, która ostatnio edytowała plik, nie było oznaczenia firmy ani autora pliku.”

Do niniejszego postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Business Management Software sp. z o.o.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. W razie uwzględnienia zarzutów odwołania, praca konkursowa Odwołującego powinna zostać poddana ocenie merytorycznej, wobec czego miałby możliwość uzyskania nagrody w konkursie, którą jest udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki. Odwołujący ma zatem interes w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowym Postępowaniu i rozstrzygnięcia na jego korzyść. Izba wzięła pod uwagę fakt, iż Odwołujący zaskarżył czynność wykluczenia z postępowania. W świetle art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą. Tym samym, skoro Odwołujący zaskarżył czynność wykluczenia, a ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, to należy uznać, iż wykonawca zakwestionował także czynność odrzucenia, gdyż w tym wypadku wykluczenie wykonawcy prowadziło automatycznie do odrzucenia oferty Odwołującego. Czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania była czynnością uprzednią w stosunku do odrzucenia jego oferty, tym samym Odwołujący zaskarżył czynność dalej idącą w postępowaniu.

Na wstępie należy podnieść, iż zasada anonimowości w postępowaniu konkursowym jest zasadą naczelną. Ma charakter obiektywny i bezwzględny. Również w niniejszym postępowaniu główną zasadą przyjętą przez Organizatora Konkursu, kilkakrotnie zawartą w treści Regulaminu, było zachowanie anonimowości prac i wyraźne stwierdzenie o zakazie zawarcia jakichkolwiek danych umożliwiających naruszenie tej zasady. W ocenie Izby nie ma znaczenia miejsce w Regulaminie, w jakim została zawarta zasada anonimowości, zasada ta ma bowiem pierwszeństwo przed oceną spełnienia pozostałych wymogów. Przeciwnie stanowisko prowadziłoby do sprowadzenia tej zasady do roli wymagania formalnego o marginalnym znaczeniu, którego naruszenie nie rodzi żadnych konsekwencji ani dla Zamawiającego, ani dla uczestników konkursu. Zasadzie anonimowości przyświeca cel nadrzędny – zachowanie pełnej konkurencyjności – tak, aby ocena prac konkursowych nie

była dokonywana przez pryzmat dotychczasowej współpracy lub innej wiedzy o uczestniku. Jest więc to jeden z przejawów dbałości o zachowanie zasady uczciwej konkurencji wykonawców w postępowaniu, która ma charakter nadrzędny względem wszystkich warunków określonych w dokumentacji. Wskazywanie przez Odwołującego, iż zasada ta wyrażona została w części Regulaminu zawierającej wymagania formalne, nie zaś wymogi odpowiadające ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie jest podstawą do marginalizowania tej zasady i uznania, że Zamawiający nie miał podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jednak nawet gdyby przyjąć, iż zasada anonimowości nie jest warunkiem merytorycznym udziału w postępowaniu, to i tak, z uwagi na podstawowe i nadrzędne znaczenie tej zasady w postępowaniu konkursowym (wykazane powyżej), praca konkursowa Odwołującego, jako niespełniająca tej zasady, nie mogłaby zostać rozpatrzona przez Zamawiającego. Zamawiający w Regulaminie konkursu wskazał również na skutek naruszenia zasady anonimowości w postaci braku dopuszczenia do udziału w konkursie. Izba zauważa, że kwestionowanie przez wykonawcę postanowień Regulaminu Konkursu na tym etapie jest czynnością spóźnioną i jako takie nie podlega rozpatrzeniu. Zasada anonimowości nie tylko jest wymaganiem wynikającym z przepisów prawa, ale stała się wymaganiem Regulaminu konkursu i uczestnicy konkursu powinni do niej się zastosować.

Kwestią sporną w niniejszym postępowaniu jest okoliczność, czy Odwołujący naruszył zasadę anonimowości w postępowaniu konkursowym i tym samym, czy istniała podstawa do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania konkursowego.

W ocenie Izby, dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, kluczowe jest ustalenie, czy możliwe było, choćby tylko teoretycznie, zidentyfikowanie autora pracy konkursowej. Bez wątplenia, przekazany przez Odwołującego plik zawierał dane, które umożliwiały przeprowadzenie takiej identyfikacji. We właściwościach pliku zawierającego elektroniczną wersję pracy konkursowej Odwołującego, podane było imię i nazwisko osoby, która plik ten zapisała. Dysponując danymi osobowymi autora pliku, możliwe było zidentyfikowanie wykonawcy, który złożył pracę konkursową. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie jest istotna okoliczność, czy Zamawiający sprawdzał, przeprowadzał działania weryfikacji, kto jest autorem pracy konkursowej. Nie jest także istotne, w jaki sposób Zamawiający ustalił autora prac, ale właśnie fakt, czy mógł go ustalić. Odpowiedź na to pytanie jest pozytywna. Fakt istnienia możliwości zidentyfikowania autora pracy powoduje, że naruszona zostaje zasada anonimowości. Zarówno przepis prawa, jak i postanowienie w regulaminie konkursu Zamawiającego wprowadzają bezwzględną zasadę, aby uniemożliwić jakąkolwiek identyfikację autorów prac konkursowych. Już zatem sama możliwość zidentyfikowania (choćby tylko teoretyczna) autora pracy powoduje, że zasada anonimowości zostaje naruszona. Zamawiający w niniejszej sprawie znał imię i nazwisko osoby, która zapisywała

plik. Wykonawca pozostawił więc ślad, dzięki któremu w prosty sposób Zamawiający mógł ustalić autora pracy konkursowej. Warto wskazać, że nawet jeśli istnieje wiele osób o określonym imieniu czy nazwisku, to zakres osób zawęża się w sytuacji, gdy mamy do czynienia z określoną tylko branżą, szczególną specjalizacją przedmiotu zamówienia i bardzo małą ilością wykonawców zaproszonych do składania prac konkursowych (jak w niniejszym przypadku). Zamawiający mógł więc, czy to za pomocą powszechnie dostępnej informacji (w internecie), czy to w powiązaniu z jakimikolwiek informacjami znanymi mu wcześniej (np. znajomość określonej osoby w wyniku wcześniej realizowanych zadań dla Zamawiającego), ustalić autora pracy konkursowej. Powszechnym zjawiskiem jest, że podmioty działające w ściśle określonej branży mają wiadomości w zakresie danych osób zatrudnionych i prowadzących działalność, świadczących określone usługi w danej branży. Istotny w niniejszej sprawie jest także fakt, że Odwołujący nie zaprzeczył, że osoba o wskazanych danych we właściwościach pliku była zatrudniona u Odwołującego. Nie wykazał kontrdowodu, pozwalającego na zarzucenie Zamawiającemu złego przyporządkowania imienia i nazwiska autora pliku do firmy Odwołującego. Właśnie fakt, że Zamawiający trafnie powiązał dane wskazane w treści pliku wraz z firmą Odwołującego potwierdzają, że dane umożliwiały w rzeczywistości identyfikację autora pracy konkursowej, a tym samym naruszona została zasada anonimowości.

Należy także zauważyć, że odwołujący często podnoszą kwestię konieczności należytej staranności, dokładności działania Zamawiającego, jak również konieczności starannego i dokładnego wyjaśnienia przez Zamawiającego wszelkich wątpliwości. W niniejszej sprawie, w ocenie Izby, Zamawiający wykazał się dbałością o równe traktowanie wykonawców. Jeśli istniała możliwość ustalenia autora pracy konkursowej, a tym samym została naruszona zasada anonimowości, Zamawiający słusznie uznał, że Odwołujący nie dopełnił ciężących na nim obowiązków wynikających z podstawowej zasady anonimowości, a tym samym decyzja o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu była zasadna. Dalsze rozpatrywanie pracy konkursowej Odwołującego prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....