

Sygn. akt: KIO 2407/11

WYROK
z dnia 22 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2011 r. przez wykonawcę **online – skills Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 60-819 Poznań, ul. Prusa 13/4** w postępowaniu prowadzonym przez **Ośrodek Rozwoju Polskiej Edukacji za Granicą z siedzibą w Warszawie, 02-729 Warszawa, ul. Rolna 175,**

przy udziale wykonawcy **MyNetwork Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie 31-011 Kraków, Pl. Szczepański 8** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2407/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę online – skills Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 60-819 Poznań, ul. Prusa 13/4 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **online – skills Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 60-819 Poznań, ul. Prusa 13/4** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **online – skills Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 60-819 Poznań, ul. Prusa 13/4** na rzecz **Ośrodka Rozwoju Polskiej Edukacji za Granicą z siedzibą w Warszawie, 02-729 Warszawa, ul. Rolna 175** 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 (tj. 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

Ośrodek Rozwoju Polskiej Edukacji z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie dialogu konkurencyjnego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „zakup aplikacji portalu do szkoleń na odległość – platformy e - learningowej wraz z zintegrowaną platformą komunikacji synchronicznej i systemem wsparcia administracji ORPEG”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 czerwca 2011 r., nr 2011/S 107-1758487.

W dniu 29 listopada 2011 r. (pismem z dnia 28 listopada 2011 r.) Zamawiający poinformował wykonawcę online – skills Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwanego dalej „Odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy MyNetwork Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „wykonawcą MyNetwork”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 7 listopada 2011 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 7 listopada 2011 r.) wobec czynności dokonanej przez Zamawiającego dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MyNetwork, pomimo iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 i 15 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), zwaną dalej „ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MyNetwork, pomimo że oferta ta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 387 ust. 1 k.c., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MyNetwork, pomimo że jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;

4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty Odwołującego niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w rozdz. 17 SIWZ;

5. art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów załączonych do oferty wykonawcy MyNetwork niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa;

6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy MyNetwork.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odtajnienia tych części oferty wykonawcy MyNetwork, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, odrzucenia oferty wykonawcy MyNetwork, i w konsekwencji dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej złożonej w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż:

Odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy MyNetwork pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz stanowi czyn nieuczciwe) konkurencji Odwołujący podniósł iż wykonawca MyNetwork złożył ofertę, w której zaproponował 5 - dniowy termin realizacji przedmiotu zamówienia. Termin ten jest terminem nierealnym i niemożliwym do wykonania, gdyż przedmiotem zamówienia jest nie tylko dostarczenie, ale również instalacja oraz uruchomienie przedmiotu umowy i w tym czasie wykonawca zobowiązany będzie m. in. do: opracowania harmonogramu prac projektowych, opracowania projektu prac projektowych, opracowania projektu modułu e-szkoła, opracowania architektury systemu, wdrożenia modułu e-leraning, wdrożenia modułu e-szkoła (zarządzanie budżetem, zarządzanie uczniem, zarządzanie szkołami), instalacji i konfiguracji oprogramowania na serwerach, przeprowadzenia testów, przekazania kopii kodów źródłowych, przekazania licencji, przeprowadzenia szkoleń dla administratorów i użytkowników.

Także same terminy określone we wzorze umowy przez Zamawiającego nie pozwalają na przyjęcie 5 - dniowego terminu realizacji zamówienia, w treści której na sam okres testowy Zamawiający zastrzegł sobie czas 14 dni roboczych (§ 4 ust. 5 umowy), dodatkowo w tym czasie zastrzegając również możliwość zgłaszania zmian (rozbudowy/modyfikacji) systemu, jeżeli jest to niezbędne dla osiągnięcia jego funkcjonalności wymaganej przez Zamawiającego (§ 4 ust. 7 umowy).

Wskazał także na potrzebny czas na dokonanie potrzebnych modyfikacji systemu, aby spełniać wymagania Zamawiającego określone w SIWZ.

Nadto dodał, iż etap zakończenia realizacji przedmiot zamówienia czy też wykonanie aplikacji w projektach informatycznych zawsze jest określany na dzień podpisania protokołu odbioru. Zgodnie z § 5 ust. 1 wzoru umowy protokół odbioru zostanie podpisany po pozytywnym zakończeniu okresu testowego, o którym mowa w § 4 w ust. 5 i następnych, tj. po potwierdzeniu zgodności oprogramowania z wymaganiami Zamawiającego, SIWZ i ofertą Wykonawcy, potwierdzeniu zgodności treści dokumentów (dokumentacji technicznej, dokumentacji dot. kodów źródłowych, licencji/sublicencji itp.) oraz kompletności tych dokumentów z warunkami określonymi w SIWZ, jak i przedmiotowej umowy.

Z ostrożności, z uwagi na objęcie przez Wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa m.in. kalkulacji cenowej, Odwołujący podniósł, iż ilość dni z Kalkulacji cenowej nie jest zgodna z Tabelą kosztów oraz zaproponowanym przez Wykonawcę terminem realizacji zamówienia. Wobec tak krótkiego terminu realizacji zamówienia uzasadnione jest postawienie twierdzenia, że Wykonawca nie uwzględnił wszystkich zadań wskazanych przez Zamawiającego. Powyższe wskazuje, iż treść oferty Wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ, a jej złożenie poprzez zaoferowanie 5 - dniowego terminu realizacji zamówienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy MyNetwork. pomimo że jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów Odwołujący podniósł, iż zaproponowany przez wykonawcę MyNetwork, termin wykonania zamówienia - 5 dni - nosi, cechy umowy o świadczenie niemożliwe, a zgodnie z art. 387 § 1 k.c. umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Wykonanie zamówienia przez Wykonawcę w zaoferowanym przez niego terminie jest niemożliwe.

Odnośnie zarzutu dokonania oceny oferty Odwołującego niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w rozdz.17 SIWZ Odwołujący podkreślił, iż oferta Odwołującego mimo, iż zawiera wszystkie wymagania opisane w SIWZ, nie otrzymała maksymalnej liczby punktów, Zamawiający nie przedstawił szczegółowego uzasadnienia przyznania takiej a nie innej liczby punktów w ramach każdego z kryteriów oceny ofert.

Odnośnie zarzutu zaniechania ujawnienia dokumentów załączonych do oferty wykonawcy MyNetwork niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa podniósł, iż w toku badania i oceny ofert Zamawiający zwrócił się do części wykonawców o załączenie w formie elektronicznej załączników do oferty, wykonawca My Network nie objął tajemnicą przedsiębiorstwa tej wersji oferty, której następnie Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu. Jednak aby można było uznać daną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa, Wykonawca winien podjąć w stosunku do niej niezbędne działania w celu

zachowania poufności. Takie działania nie zostały jednak przez Wykonawcę podjęte w stosunku do wersji elektronicznej. Zatem nieuprawnione jest działanie Zamawiającego w tym zakresie, bowiem nie została wypełniona trzecia z przesłanek warunkująca posiadanie przez daną informację waloru tajemnicy.

Brak jest także możliwości zweryfikowania informacji mogących mieć wpływ na ocenę oferty wykonawcy i uznaniu jej w części, jako niejawniej ma bezpośredni wpływ na możliwość zweryfikowania bądź nie zweryfikowania decyzji Zamawiającego w zakresie wyboru i uznaniu oferty jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Odnośnie zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców Odwołujący wskazał, iż Zamawiający, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MyNetwork, naruszył również zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tylko bowiem prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych pozwala na równe traktowanie wykonawców oraz na zachowanie konkurencyjności postępowania.

W dniu 8 listopada 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca MyNetwork otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 10 listopada 2011 r. (pismem z dnia 8 listopada 2011 r.) wykonawca MyNetwork przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MyNetwork, pomimo że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 1 SIWZ „Formularz oferty” zamieścił postanowienie „Do oceny w ramach kryterium oceny proponuję wykonać przedmiot zamówienia w dni od daty zawarcia umowy (nie później jednak niż do 01.12.2011 r.)”.

Wykonawca MyNetwork na stronie 1 złożonej oferty wykonawca ten zadeklarował, iż „do oceny w ramach kryterium oceny proponuję wykonać przedmiot zamówienia w 5 dni od daty zawarcia umowy (nie później jednak niż do 01.12.2011 r.)”.

Odwołujący podniósł, iż zaproponowany 5 dniowy termin jest terminem nierealnym i niemożliwym do wykonania, przedstawiając szereg postanowień projektu umowy, które – w jego ocenie - nie pozwalają na zadeklarowanie tak krótkiego terminu.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Jak wynika z treści SIWZ (rozdziału dotyczącego kryteriów oceny oferty) oraz „Formularza oferty”, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiający z terminem deklarowanym na stronie 1 „Formularza ofertowego”, poprzez sformułowanie „do oceny w ramach kryterium oceny (...)”, wiązał „czas wykonania aplikacji”. Powyższe Zamawiający potwierdził także w odpowiedzi na pytanie nr 11 (pismo Zamawiającego z dnia 4 października 2011 r., zawierające odpowiedzi na pytania wykonawców), dotyczące „przedmiotu umowy, czyli aplikacji portalu do nauczania na odległość”, w której odnosi się do pojęcia „nowa” rozumianego jako stan funkcjonowania aplikacji. Natomiast „przedmiot umowy” – na który wskazuje Odwołujący - określony w § 2 projektu umowy obejmuje „zakup”, a więc dostawę aplikacji portalu do nauki na odległość wraz z zintegrowaną platformą komunikacji synchronicznej i systemem wsparcia administracyjnego ORPEG i przedmiot ten ma być zgodny z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku nr 2 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” oraz zgodny z opisem oferowanego oprogramowania, a więc nie – jak to podnosił błędnie Odwołujący - załącznikiem nr 2a „Kalkulacja cenowa”, gdyż załącznik ten (nr 2a) miał jedynie przybliżyć wykonawcom sposób obliczenia ceny, poprzez wskazanie elementów do ich kalkulacji i katalog tych elementów – co konsekwentnie podkreślał Zamawiający - nie był zamknięty. Także i sam Odwołujący na stronie 5 odwołania, wbrew swym późniejszym twierdzeniom, przedmiot zamówienia utożsamia z wykonaniem aplikacji, podkreślając iż etap wykonania aplikacji jest zawsze wiązany z podpisaniem protokołu odbioru. Tymczasem jak wynika z treści projektu umowy w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający oddzielił przedmiot umowy w zakresie

dotyczącym odbioru aplikacji od innych czynności będących jej przedmiotem, w tym czynności testowych, na które Zamawiający zarezerwował sobie 14 dni roboczych od daty podpisania protokołu przekazania, a który to protokół potwierdza wykonanie aplikacji, a więc przedmiotu zamówienia, o którym mowa w „Formularzu ofertowym”. Przedmiot umowy z § 2 projektu umowy to bowiem nie tylko dostarczenie, a więc wykonanie i zainstalowanie aplikacji, ale także udzielenie gwarancji jakości na przedmiot zamówienia (udzielany do 30.06.2013 r.), ale i świadczenie usług eksploatacji (konserwacji) (aż do 30.06.2018 r.). Tym samym termin z § 3 nie mógł być terminem realizacji przedmiotu umowy określonym w § 2 ust. 1 pkt 1-6, zwłaszcza że miał być wykonany „nie później niż do dnia 01.12.2011 r.”. Przedmiotem umowy jest więc zakup aplikacji portalu do nauki na odległość wraz z zintegrowaną platformą komunikacji synchronicznej i systemem wsparcia administracyjnego ORPEG, termin dostarczenia którego wykonawca MyNetwork wskazał nie tylko w „Formularzu ofertowym”, ale także w części oferty objętej tajemnicą przedsiębiorstwa (s. 113 oferty), oświadczając iż faktycznie zostanie on wykonany i zainstalowany „(...) w 5 dni od daty zawarcia umowy (...)”. Termin ten istotnie może budzić wątpliwości. Niemniej jednak analiza treści wyjaśnień wykonawcy MyNetwork (z dnia 17 października 2011 r.) udzielonych na pytanie Zamawiającego wskazuje, iż faktycznie jest to możliwe, biorąc pod uwagę okoliczności, które wykonawca ten w piśmie tym szczegółowo wyspecyfikował i omówił, jednocześnie informacje te zastrzegając jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Przedmiot zamówienia – co podkreślał Zamawiający - to realizacja produktu składającego się z trzech komponentów, tj. platformy e-learningowej, komunikacji synchronicznej i systemu wsparcia administracji ORPEG i komponenty te mogły być już w posiadaniu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. I w takim przypadku komponenty te wystarczyło skonfigurować. Dialog był prowadzony z 15 wykonawcami i większość z nich – jak podnosił Zamawiający – prezentowała już gotowe aplikacje, deklarując ich wprowadzenie „od zaraz”. Termin ten nie stanowił więc zapory dla wykonawców, chcących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Nadto wykonawcy zobowiązani byli złożyć, zgodnie z rozdziałem 13, pkt 13.3, ppkt 3, litera d) SIWZ, próbkę działania oferowanego systemu, przygotowanie której wymagało podjęcia szeregu prac jeszcze przed terminem złożenia ofert. Wskazany termin jest więc logiczną konsekwencją prac wykonanych przez tego wykonawcę w trakcie przygotowania oferty, gdyż ten materiał mógłby być wykorzystany także przy opracowaniu innego systemu. Zespoły wykonawcy MyNetwork do momentu złożenia oferty wykonały już – co wykonawca ten podniósł na rozprawie – szereg prac analitycznych (około 1017 godzin), konsekwencją czego było przygotowanie produktu, który na etapie oceny ofert za rozwiązania techniczne uzyskał najwyższą ilość punktów (w ramach kryteriów dotyczących kwestii merytorycznych). Nie znajduje więc uzasadnienia stanowisko przedłożone przez Odwołującego, a zawarte w „opinii eksperckiej”, gdyż odnosi się bardzo szeroko do etapów

wskazanych w załączniku nr 2a, jednakże nie odnosi się do oferty wykonawcy MyNetwork, a więc narzędzi jego pracy, zespołu pracowniczego, jak i stopnia zawansowania oferowanego systemu, co znalazło odzwierciedlenie już w próbie złożonej przez tego wykonawcę. Niemożność wykonania tych prac w terminie takim jak został wskazany przez wykonawcę MyNetwork obala i to, że w innym postępowaniu tego rodzaju prace zostały wykonane w terminie krótszym, a mianowicie 4 dni, czemu i Odwołujący nie zaprzeczył.

Tym samym stwierdzić należy, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 i 15 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MyNetwork, pomimo że oferta tego wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji nie potwierdził się.

Odwołujący postawił Zamawiającemu zarzut naruszenia art. 15 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w uzasadnieniu odwołania doprecyzowując iż działanie wykonawcy MyNetwork wypełnia dyspozycję z art. 15 ust. 2 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a czyn ten – w myśl wyżej już powołanej ustawy (art. 15 ust. 1 pkt 1) - może polegać na „ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy”. Działaniem wypełniającym przesłanki postawionego zarzutu miało być zaproponowanie przez wykonawcę MyNetwork 5 dniowego terminu realizacji zamówienia, a jego zamiarem utrudnienie innym wykonawcom dostępu do rynku. Niemniej jednak poza tak ogólnikowymi sformułowaniami Odwołujący nie przedstawił argumentów potwierdzających wypełnienia przesłanek czynu chociażby tego powołanego w uzasadnieniu odwołania. Utrudnienie dostępu do rynku to utrudnianie w prowadzeniu działalności gospodarczej, ale tylko takie utrudnienie, które nie wynika z prowadzonej dozwolonymi metodami walki konkurencyjnej. Niemniej jednak samo konkurowanie w postępowaniu o zamówienie publiczne, w tym takimi elementami jak cena, termin wykonania, okres gwarancji itp. nie oznacza jeszcze, że doszło do utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcom. Zaoferowanie 5 dniowego terminu na realizację zamówienia, nawet w sytuacji gdy inni wykonawcy zaproponowali inne, niższe terminy nie oznacza bowiem jeszcze, że taka sytuacja w niniejszym stanie faktycznym wystąpiła. Zaproponowanie takiego terminu było bowiem zdeterminowane wieloma okolicznościami, których zaistnienie szczegółowo wyspecyfikował w swoich wyjaśnieniach wykonawca MyNetwork. Nie wpłynęło także na pozycję tego wykonawcy w rankingu ofert. W tym postępowaniu oferty oceniano na podstawie 8 kryteriów, a kryterium nr 7 „czas wykonania aplikacji”, któremu przypisano wagę 5%. Wykonawca MyNetwork w ramach tego kryterium otrzymał 5 pkt i łącznie 77,73 pkt. Nawet gdyby – co podnosił Zamawiający – wykonawca ten, w ramach tego kryterium otrzymał 0 pkt, to wówczas jego oferta otrzymałaby łącznie 72,73 pkt i nadal była ofertą

najkorzystniejszą, gdyż oferta sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert otrzymała łącznie 66,75 pkt. Uzyskanie tak wysokiej łącznej liczby punktów przez tego wykonawcę było spowodowane tym, że wykonawca ten uzyskał wysoką liczbę punktów w ramach pozostałych kryteriów, a przede wszystkim kryteriów dotyczących spełnienia przez dostarczany przedmiot zamówienia wymagań Zamawiającego. Niemniej jednak należy podkreślić, iż każdy wykonawca ubiegający się o udzielnie zamówienia tak konstruuje swoją ofertę, aby to zamówienie uzyskać. Tak więc aby można było uznać, iż takie działanie jest działaniem wypełniającym dyspozycję czynu nieuczciwej konkurencji to należy to bezwzględnie wykazać, w tym także, iż działanie tego właśnie wykonawcy (wykonawcy MyNetwork) wywołało taki stan, w którym rozsądnie myślący Zamawiający w celu ochrony swoich interesów, po prostu nie mógł skorzystać z ofert konkurencyjnych. Natomiast w niniejszym stanie faktycznym okoliczności takich Odwołujący nie wykazał. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 387 ust. 1 k.c. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MyNetwork, pomimo że jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 1 SIWZ „Formularz oferty” zamieścił postanowienie „Do oceny w ramach kryterium oceny proponuję wykonać przedmiot zamówienia w dni od daty zawarcia umowy (nie później jednak niż do 01.12.2011 r.)”.

Wykonawca MyNetwork na stronie 1 złożonej oferty wykonawca ten zadeklarował, iż „do oceny w ramach kryterium oceny proponuję wykonać przedmiot zamówienia w 5 dni od daty zawarcia umowy (nie później jednak niż do 01.12.2011 r.)”.

Odwołujący podniósł, iż zaproponowany 5 dniowy termin na realizację zamówienia nosi cechy umowy o świadczenie niemożliwe, a umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna, gdyż w SIWZ termin wykonania zamówienia określono jako termin od podpisania umowy do dnia podpisania protokołu odbioru. Termin ten jest więc nieprawdopodobny.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. „Nieważność oferty na podstawie odrębnych przepisów to przede wszystkim niegodność z przepisami kodeksu cywilnego, dotyczącymi wad oświadczenia woli (art. 82-87 k.c.) oraz braku własnoręcznego podpisu osoby upoważnionej do działania w imieniu wykonawcy pod oświadczeniem woli stanowiącym ofertę (niezgodność z art. 78 k.c.)” (M.Stachowiak, Prawo zamówień publicznych, komentarz, Warszawa 2007, s. 332). W praktyce zamówień publicznych są to bowiem najczęstsze przyczyny nieważności umowy. Tym niemniej katalog ten nie jest katalogiem zamkniętym. W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący postawił zarzut nieważności oferty

na podstawie art. 387 § 1 k.c., który stanowi, iż „umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna”. Powody tej niemożliwości mogą być różne, jednak z niemożliwością w rozumieniu tego przepisu mamy do czynienia wyłącznie wtedy, gdy ma ona charakter obiektywny, tzn. gdy umowy nie mógłby wykonać nikt, a nie tylko strona umowy. Odwołujący konsekwentnie podkreślał, iż nie jest możliwe wykonanie umowy w tak krótkim czasie, gdyż inni wykonawcy w ramach kryterium „czas wykonania aplikacji” zadeklarowali ten termin jako termin od 27 do 34 dni. Tymczasem, jak wykazał to wykonawca MyNetwork, udzielając szczegółowych wyjaśnień, pismem z dnia 17 października 2011 r., i co konsekwentnie podkreślał na rozprawie, jest on w stanie w zadeklarowanym terminie zrealizować przedmiotowe zamówienie, gdyż termin ten jest logiczną konsekwencją prac już wykonanych. Odwołujący nie zna bowiem jego (wykonawcy MyNetwork) narzędzi pracy, zespołu osobowego, jak również czynności wykonanych w trakcie przygotowywania się do tego postępowania i podejmowanych w jego toku, a także stopnia ich zaawansowania, tym samym nie może on obiektywnie ocenić jego możliwości. Zwłaszcza, że oferta zarówno wykonawcy MyNetwork, jak i jego wyjaśnienia są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Tak więc w niniejszym stanie faktycznym Odwołujący, mimo iż to na nim ciążył ciężar dowodu, nie wykazał zaistnienia obiektywnych okoliczności niepozwalających na wykonanie umowy w zadeklarowanym terminie podanym w ofercie. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty Odwołującego niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w rozdziale 17 SIWZ nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale 17 SIWZ „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert” podał kryteria którymi będzie się kierował przy wyborze ofert, tj.:

„**Kryterium nr 1** - Sposób realizacji aplikacji dla projektu Otwarta Szkoła - waga: 10%

Kryterium nr 2 - Sposób realizacji aplikacji dla lekcji on-line od strony funkcjonalności i przygotowania - waga: 20%

Kryterium nr 3 -Sposób realizacji modułów realizujących poszczególne procesy w systemie - waga 15%

Kryterium nr 4 - Sposób integracji Projektu z innymi projektami - waga: 5%

Kryterium nr 5 – Otwartość i elastyczność platformy na możliwości rozbudowy modułowej - waga: 10%

Kryterium nr 6 - Warunki utrzymania i obsługi techniczno - administracyjnej platformy (warunki Software Licence Agreement) - waga: 10%

Kryterium nr 7- Czas wykonania aplikacji - waga 5%

Kryterium nr 8 - Cena - waga 25%”.

Nadto Zamawiający w punkcie 17.2 SIWZ podał szczegółowo sposób dokonania oceny w ramach poszczególnych kryteriów.

Pismem z dnia 28 października 2011 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, a także o wykonawcach, którzy złożyli oferty, jak również o punktacji przyznanej ofertom w ramach poszczególnych kryteriów oraz łączną punktację każdej z ofert, którą to informację sprostował, pismem z dnia 2 listopada 2011 r.

Ofercie Odwołującego przyznano łącznie **„66,75 pkt”**, natomiast w ramach poszczególnych kryteriów punktacja jego oferty była następująca:

„Kryterium 1 – 8,82 pkt

Kryterium 2 – 14,63 pkt

Kryterium 3 - 12,50 pkt

Kryterium 4 - 3,89 pkt

Kryterium 5 - 10 pkt

Kryterium 6 - 10 pkt

Kryterium 7- 0,74 pkt

Kryterium 8 – 6,17 pkt”.

Odwołujący powyższe zakwestionował, podnosząc iż jego oferta zawiera wszystkie wymagania SIWZ, zobowiązujące Zamawiającego do przyznania mu najwyższej maksymalnej liczby punktów. Nadto dodał, iż Zamawiający nie przedstawił szczegółowego uzasadnienia przyznania takiej a nie innej liczby punktów w ramach każdego z kryteriów oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż najkorzystniejszą ofertą jest ta oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Zamawiający wybierając najkorzystniejszą ofertę może więc posłużyć się wyłącznie kryteriami oceny ofert podanymi w SIWZ. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający opierał się wyłącznie na podanych wcześniej kryteriach, a przyznania punktów w ramach poszczególnych kryteriów dokonał w sposób szczegółowo opisany w SIWZ, co znalazło następnie odzwierciedlenie w „Protokole z posiedzenia komisji” z dnia 24 października 2011 r., jak i zestawieniu oceny ofert, stanowiącym załącznik nr 1 i 2 do tego protokołu, a w których to dokumentach – jak zaznaczono w nagłówku protokołu - znajdują się informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Wszyscy wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie objęli bowiem tajemnicą przedsiębiorstwa merytoryczną część złożonych przez siebie ofert. W powołanym już wyżej załączniku (będącym zestawieniem oceny wszystkich złożonych ofert) w sposób jednoznaczny i niebudzący żadnych wątpliwości odniesiono się – w stosunku do ofert złożonych przez wszystkich wykonawców – do

wszystkich elementów wskazanych w opisie sposobu dokonania oceny w ramach poszczególnych kryteriów jako obowiązkowo podlegające ocenie w ramach poszczególnych kryteriów, podając stronę oferty wykonawcy, na której dana informacja się znajduje, jak również o braku w treści oferty danego wykonawcy wymaganej informacji, ewentualnie o braku części takiej informacji. Równie szczegółowe informacje dotyczyły więc ofert wszystkich wykonawców. Tak zsumowane punkty, przyznane ofercie danego wykonawcy w ramach danego kryterium stanowiły dopiero element wyjściowy do przyznania punktów w ramach tego kryterium. Dane należało bowiem wstawić do wzoru, a więc zarówno „najwyższą liczbę spośród punktów uzyskanych przez wszystkich wykonawców”, jak i „liczbę punktów uzyskanych przez wykonawcę „badanego” i przemnożyć przez 100 oraz wagę danego kryterium. Dopiero więc wynik uzyskany po zastosowaniu tego wzoru stanowił faktyczną ilość punktów uzyskanych przez wykonawcę w ramach danego kryterium, przy czym uzyskanie maksymalnej liczby punktów w ramach danego kryterium nie oznacza, iż wykonawca otrzymał punkty w ramach elementów składających się na dane kryterium, a jedynie, że jego oferta jest najkorzystniejsza w danym kryterium spośród ofert złożonych przez wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Analizy merytorycznej treści złożonych ofert dokonał także powołany przez komisję biegły, dokonując analizy tych elementów oferty wykonawców, które były oceniane w ramach punktacji (przedmiotowa opinia stanowi załącznik nr 3 do protokołu z dnia 24 października 2011 r.). Oferty, w tym oferta Odwołującego zostały więc podane wnikliwej analizie nie tylko komisji przetargowej, ale także powołanego w sprawie biegłego, co jednoznacznie wynika z akt przedmiotowego postępowania. Niemniej jednak to właśnie na Odwołującym ciąży obowiązek przedstawienia dowodów na potwierdzenie stawianych tez. Tymczasem takich dowodów Odwołujący nie przedstawił. Nieuzasadnionym jest bowiem zarzut przekazania mu zbyt lakonicznych informacji, dotyczących przyznanych mu punktów, co skutkowało niemożnością odniesienia się do tych kwestii, jak również skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej. Art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jednoznacznie wskazuje jakie informacje po wyborze najkorzystniejszej oferty mają być wykonawcom przekazane, tj. o „wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę, siedzibę i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano oraz uzasadnienie jej wyboru, a także nazwy (firmy), siedziby i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty wraz ze streszczeniem oceny i porównania złożonych ofert zawierającym punktację przyznaną w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację”. Zamawiający, pismem z dnia 28 października 2011 r., uczynił więc zadość obowiązkowi, w kwestionowanym zakresie, a wynikającym z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Przedstawienie szczegółowego uzasadnienia przyznanej punktacji w ramach każdego z kryteriów, a więc w taki sposób jak tego oczekiwałby Odwołujący (w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty), w sytuacji, gdy wszyscy wykonawcy zastrzegli merytoryczną treść swoich ofert,

doprowadziłoby w istocie do ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawców jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący, mając wątpliwości co do oceny swej oferty w kwestionowanym zakresie mógł wystąpić do Zamawiającego o przekazanie mu informacji dotyczących wyłącznie jego oferty, czego zaniechał bezpodstawnie zarzucając Zamawiającemu błędną ocenę jego oferty.

Nadto należy podnieść, iż Odwołujący w ramach dwóch kryteriów, a mianowicie kryterium 5 i 6 otrzymał maksymalną ilość punktów, nieporozumieniem jest więc w tym zakresie kwestionowanie czynności Zamawiającego. Natomiast w kryterium 7 („czas wykonania aplikacji”), w którym Odwołujący – co jest bezsporne – nie zadeklarował terminu najkrótszego dla wykonania aplikacji, nie mógł więc uzyskać maksymalnej liczby punktów w ramach tego kryterium. Zadeklarował bowiem 34 dni, podczas gdy najkorzystniejszy był termin 5-dniowy. Sytuacja identyczna występuje w odniesieniu do kryterium 8, w ramach którego oceniana była cena. Odwołujący zaoferował bowiem cenę w wysokości „2.988.654,00 zł” i cena ta była dopiero trzecią ceną w rankingu cen, natomiast ceną najkorzystniejszą była cena w wysokości „737.754,00 zł”. Tym samym i w tym kryterium nie mógł on otrzymać maksymalnej liczby punktów.

Dlatego też Izba uznała, iż zarzut Odwołującego nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów załączonych do oferty wykonawcy MyNetwork niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż wykonawca MyNetwork zastrzegł w swej ofercie informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

W dniu 17 października 2011 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego m.in. „ o przygotowanie kopii płyty, będącej integralną częścią oferty firmy MyNetwork, która nie została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa(...)”.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 21 października 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż zostały mu „udostępnione te części ofert, które nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. (...) Biorąc pod uwagę iż do ofert w wersji papierowej zostały dołączone kopie ofert w formie elektronicznej, Zamawiający może udostępnić wersję elektroniczną jedynie tej części oferty, która nie została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa”. Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie (w aktach sprawy znajduje się potwierdzenie otrzymania pisma w tej właśnie dacie.

W dniu 7 listopada 2011 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym postawił m.in. zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów załączonych do oferty wykonawcy MyNetwork niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa.

W oparciu o powyższe Izba zważyła co następuje:

Odwołujący informację o utajnieniu elektronicznej części oferty wykonawcy MyNetwork jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa powziął w dniu 21 października 2011 r. Zarzut w tym zakresie powinien być więc być podniesiony w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia., a więc najpóźniej w dniu 31 października 2011 r. Podniesienie tego zarzutu w dniu 7 listopada 2011 r. powoduje, iż jest on wniesiony z uchybieniem terminów określonych w ustawie. Zarzut ten jako wniesiony po terminie jest więc odrzucony.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: