

WYROK
z dnia 17maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Dagmara Gałczewska - Romek**
Przemysław Dzierzędzki
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 maja 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Intergraph Polska Sp. z o.o.** ul. Domaniewska 52, 02 - 672 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Dąbrowa Górnicza**, ul. Graniczna 21, 41 - 300 Dąbrowa Górnicza.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: GISPartner Sp. z o.o. oraz Geomatyka - Kraków s.c., z siedzibą dla pełnomocnika konsorcjum ul. Kilińskiego 30, 50 -264 Wrocław**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wezwania do uzupełniania demonstracji, unieważnienie czynności przeprowadzenia demonstracji przez konsorcjum GIS Partner Sp. z o.o. oraz Geomatyka - Kraków s.c. w dniu 26 kwietnia 2010 roku i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty konsorcjum GIS Partner Sp. z o.o. oraz Geomatyka - Kraków s.c.

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Dąbrowa Górnicza** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Intergraph Polska Sp. z o.o.** ul. Domaniewska 52, 02 - 672 Warszawa
- 2) dokonać wpłaty kwoty: **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) przez **Gminę Dąbrowa Górnicza**, ul. Graniczna 21, 41 - 300 Dąbrowa Górnicza na rzecz **Intergraph Polska Sp. z o.o.** ul. Domaniewska 52, 02 - 672 Warszawa stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Dąbrowa Górnicza - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Miejski System Informacji Przestrzennej Miasto Dąbrowa Górnicza. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 marca 2010 roku pod poz. 2010/ S 45 - 066603.

Odwołujący - Intergraph Polska Sp. z o.o. wniósł w dniu 29 kwietnia 2010 roku odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - przez wezwanie dnia 23 kwietnia 2010 roku konsorcjum GISPartner Sp. z o.o. oraz Geomatyka - Kraków s.c. (*dalej Konsorcjum*) do uzupełnienia dokumentów wymienionych w pkt 9.1.7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (*dalej siwz*) - w postaci demonstracji działania zaoferowanego systemu w celu sprawdzenia czy zadeklarowane w załączniku nr 5 do siwz wymogi systemu są zgodne ze stanem faktycznym.
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - przez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W uzasadnieniu odwołujący przytoczył postanowienia pkt 9.1.7 siwz i wyjaśnił, że w dniu 16 kwietnia 2010 roku przedstawiciel konsorcjum był obecny na prezentacji przeprowadzonej przez odwołującego. Przed przystąpieniem do swojej prezentacji konsorcjum zgłosiło zastrzeżenie jej jawności. Zamawiający nie zgodził się na przeprowadzenie prezentacji z wyłączeniem jawności, przedstawiciel konsorcjum oświadczył, że odmawia przeprowadzenia prezentacji bez zastrzeżenia jawności i pozostawi próbkę w postaci nagranych filmów.

Zamawiający w dniu 23 kwietnia poinformował, że na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwie konsorcjum do uzupełnienia demonstracji działania zaoferowanego systemu i termin tej prezentacji wyznaczył na dzień 26 kwietnia 2010 roku.

W ocenie odwołującego, w zaistniałym stanie faktycznym nie zostały spełnione przesłanki określone w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem w dniu 16 kwietnia 2010 roku konsorcjum odmówiło przeprowadzenia demonstracji, a zatem została spełniona przesłanka określona w siwz wskazująca, że „nieobecność wykonawcy w oznaczonym dniu i godzinie uznana zostanie za niespełnienie warunków udziału w postępowaniu” Nie można uznać stawienia się przedstawicieli konsorcjum w siedzibie zamawiającego za „gotowość przystąpienia do demonstracji”.

Wobec wezwania konsorcjum do uzupełnienia demonstracji przez wyznaczenie kolejnego terminu prezentacji, zamawiający rażąco naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem odwołujący miał 4 dni na przygotowanie prezentacji, a konsorcjum – 14 dni. Ponadto przedstawiciel konsorcjum obserwował przeprowadzenie demonstracji przez odwołującego, co ułatwiło mu przygotowanie swojej prezentacji.

Ponieważ, po wyznaczeniu drugiego terminu prezentacji, konsorcjum odstąpiło od konieczności objęcia go tajemnicą przedsiębiorstwa, w ocenie odwołującego oznacza to, że podnoszenie kwestii tajemnicy miało na celu wydłużenie czasu na przygotowanie prezentacji, co spowodowało naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

1. wykluczenie konsorcjum z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu,
2. unieważnienie czynności wezwania konsorcjum do uzupełnienia demonstracji działania zaoferowanego systemu.

Odwołujący przekazał kopię odwołania zamawiającemu w dniu 29 kwietnia 2010 roku.

Do postępowania odwoławczego zgłosiło przystąpienie po stronie zamawiającego konsorcjum GIS Partner Sp. z o.o. oraz Geomatyka - Kraków s.c.

Przystępujący zarzucił, że odwołujący nie wskazuje, dlaczego jego zdaniem, wezwanie to naruszyło przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Podniósł, że procedura określona w powołanym przepisie jest procedurą obligatoryjną, od której zamawiający nie może odstąpić.

Nie zgodził się z twierdzeniem odwołującego, że nie przeprowadzenie prezentacji w pierwotnie wyznaczonym przez zamawiającego dniu, stanowi podstawę wykluczenia, fakt ten należy traktować jako spełnienie dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czyli „niezłożenie w określonym terminie wymaganych przez zamawiającego dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp”. Wyjaśnił, że w pierwotnie wyznaczonym przez zamawiającego terminie był obecny w siedzibie zamawiającego i zamierzał przeprowadzić prezentację - jednakże zamawiający nie zezwolił na przeprowadzenie demonstracji funkcjonalności systemu w obecności wyłącznie przedstawicieli zamawiającego. Podniósł, że w jego ocenie, nawet gdyby istotnie przystępujący nie był obecny w wyznaczonym terminie w celu przeprowadzenia prezentacji, to taka nieobecność również nie stanowiłaby podstawy do wykluczenia go z postępowania. Procedura wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może od niej odstąpić, nawet jeśli taki skutek nie przedstawienia dokumentów i oświadczeń zostałby określony przez zamawiającego w SIWZ. Okoliczność, iż po wezwaniu do uzupełnienia prezentacji w wyznaczonym terminie przystępujący zdecydował się na przeprowadzenie prezentacji jawnie, wynika jedynie z obawy przed utratą wniesionego w tym postępowaniu

wadium. Przystępujący jest dysponentem tajemnicy jego przedsiębiorstwa i może samodzielnie decydować, czy w związku z zaistniałymi okolicznościami podtrzymuje zamiar ochrony tej tajemnicy, czy też z zamiaru tego rezygnuje. W dniach pomiędzy pierwszym a drugim terminem prezentacji przystępujący nie stworzył oferowanego przez siebie systemu informacji przestrzennej. Oferowany system musiał być zgodny z SIWZ w dniu składania oferty przez wykonawców - każdy wykonawca miał obowiązek załączyć do oferty oświadczenie o zgodności oferowanego systemu z SIWZ.

Kopia przystąpienia do postępowania odwoławczego została przekazana zamawiającemu oraz odwołującemu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne Izba ustaliła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego w dniu 5.03.2010 r. tj. po dniu 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) do jego rozpoznania mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp po nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 r. (*dalej „ustawa Pzp”*). oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

W oparciu o złożoną dokumentację postępowania o zamówienie publiczne, Izba ustaliła, że w dziale 9 siwz „wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy w akapicie „uwaga”, zamawiający wskazał, że dokona sprawdzenia, czy zadeklarowana przez wykonawcę, który złożył ofertę w wypełnionym formularzu – załącznik nr 5 do siwz (oświadczenia, stwierdzającego, że oferowany system, sprzęt oraz wyposażenie odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego) – wymogi systemu są zgodne ze stanem faktycznym. W tym celu każdy w wykonawców zostanie poproszony przez zamawiającego o przeprowadzenie demonstracji działania zaoferowanego systemu. Zadeklarowane przez wykonawcę w wypełnionym załączniku cechy i funkcjonalności zostaną uznane za zgodne ze stanem faktycznym, jeżeli wykonana przez wykonawcę demonstracja wykaże, że jest ona rzeczywiście zawarta w oferowanym systemie.

Zamawiający wskazał także, iż przygotowany scenariusz demonstracji przekaże wykonawcy w dniu otwarcia ofert, a kolejność przeprowadzenia demonstracji odbywać się będzie wg kolejności składania ofert.

Demonstracja musi być przygotowana w oparciu o dane, które zostaną przez zamawiającego użyte, a dane do prezentacji każdy z wykonawców otrzyma w dniu otwarcia ofert.

Nieobecność wykonawcy w oznaczonym dniu i godzinie uznana zostanie za niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zmiana terminu demonstracji (godziny lub daty i godziny) może nastąpić tylko w przypadku zaistnienia tzw. „siły wyższej”.

W przypadku braku wykazania przez wykonawcę w trakcie demonstracji, że obligatoryjne wymogi systemu MSIP, bezwzględnie wymagane na etapie składania oferty i zadeklarowane w ofercie nie są rzeczywiście zawarte w oferowanym systemie, oferta tego wykonawcy zostanie odrzucona.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia oraz oświadczenia i stanowiska odwołującego oraz wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego złożone do protokołu rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jako podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, a zatem legitymuje się interesem uprawniającym go do wniesienia odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Celem przeprowadzenia demonstracji zaoferowanego systemu była weryfikacja zadeklarowanych w ofercie wykonawców cech i funkcjonalności systemu.

Zdaniem Izby, podstawą prawną do żądania przez zamawiającego przeprowadzenia prezentacji systemu jest § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 1817). Ustawodawca w przywołanym przepisie rozporządzenia, przez użycie słów „w szczególności” określił katalog otwarty dokumentów i oświadczeń, które potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi czy roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Taka konstrukcja przepisu pozwala zamawiającemu żądać także innych, niż wprost w nim wymienione dokumentów i oświadczeń, potwierdzających oferowane parametry. W ocenie Izby, demonstracji systemu nie można zaliczyć do zwykłej próbki przedmiotu zamówienia, za którą należy uznać raczej część produktu gotowego. Tymczasem, zdaniem Izby, prezentacja systemu jest specyficznym rodzajem „dokumentu” potwierdzającym spełnienie oferowanych funkcjonalności, stosowanym przy dokonywaniu zamówień na systemy i oprogramowania komputerowe. Z uwagi na specyfikę tego „dokumentu” jakim jest demonstracja systemu należy go zaliczyć raczej do innych

„dokumentów”, nie wymienionych wprost w § 5 ust. 1 przywołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów (...).

Bezspornym jest, że w dniu 16 kwietnia 2010 roku, odwołujący uczestniczył w demonstracji przeprowadzonej przez przystępującego, zaś demonstracja systemu zaoferowanego przez odwołującego nie odbyła się w pierwotnie wyznaczonym terminie. W ocenie Izby, dla oceny prawidłowości zastosowania w zaistniałym stanie faktycznym dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, istotne znaczenie mają okoliczności braku przeprowadzenia prezentacji w dniu 16 kwietnia i ich ocena prawna.

Z treści protokołu z przeprowadzonej przez przystępującego prezentacji z dnia 16 kwietnia 2010 roku, wynika, że przedstawiciele konsorcjum przystępującego stawili się w wyznaczonym przez zamawiającego dniu prezentacji i zażądali „przeprowadzenia demonstracji bez obecności na sali przedstawicieli drugiego wykonawcy tj. firmy Intergraph Polska Sp. z o.o. Osoba przedstawiona jako prawnik firmy oświadczyła, iż zastrzegają całą demonstrację systemu, ze względu na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa” (...) „Wykonawca poinformowany został, iż wyłączenie jawności oferty może nastąpić wyłącznie na etapie jej składania i wtedy też wykonawca miał możliwość zastrzeżenia niejawności demonstracji, a obecnie czynność ta jest spóźniona”.

Oceniając powyższy stan faktyczny, Izba wskazuje, że stanowisko zamawiającego przedstawione powyżej należy uznać za całkowicie słuszne, zgodnie bowiem z treścią art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca może zastrzec informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie później, niż w terminie składania ofert lub terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału. Zatem, najpóźniej w dniu składania ofert wykonawca winien poczynić starania w celu zachowania poufności danych, które w jego ocenie mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w terminie późniejszym należy uznać za bezskuteczne. O ewentualnej możliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy zostali poinformowani przez zamawiającego w pkt 13.3 siwz. Ponadto, przystępujący składając ofertę miał już wiedzę o konieczności przeprowadzenia demonstracji systemu, celem potwierdzenia funkcjonalności i cech, które zadeklarował w treści oferty. Ponieważ demonstracja miała jedynie zweryfikować dane zadeklarowane w ofercie (załączniku nr 5), zatem przystępującemu najpóźniej w dniu składania ofert, znana była zarówno procedura oceny parametrów systemu jak również ewentualny zakres funkcji i jego cech, które mogły być przedmiotem przeprowadzonej demonstracji. Stąd okoliczność przekazania przez zamawiającego w terminie późniejszym (w dniu składania ofert) tzw. „scenariusza demonstracji”, który określa jedynie porządek i kolejność weryfikacji poszczególnych funkcji systemu, nie stanowi, w ocenie Izby, wystarczającego uzasadnienia dla braku możliwości zastrzeżenia już na etapie składania oferty tajemnicą przedsiębiorstwa mającej się odbyć demonstracji systemu.

Ponadto, Izba wskazuje, że demonstracja jak każdy dokument złożony w postępowaniu o zamówienie publiczne, objęty tajemnicą przedsiębiorstwa podlega ocenie przez zamawiającego co do skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji, na co wskazał również Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, Sygn. III CZP 74/05.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, w ocenie Izby, zamawiający winien zbadać w dniu 16 kwietnia 2010 roku, czy informacje objęte przez przystępującego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Uznając natomiast bezskuteczność poczynionego przez przystępującego zastrzeżenia i przyjmując na siebie odpowiedzialność za ewentualne ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający powinien był doprowadzić do przeprowadzenia demonstracji systemu przygotowanej przez przystępującego w dniu 16 kwietnia 2010 roku. Ocena skuteczności poczynionego zastrzeżenia i przeprowadzenie prezentacji z wyłączeniem, żądanej przez przystępującego, tajemnicy przedsiębiorstwa, jak każda czynność w postępowaniu o zamówienie publiczne, podlegałaby zaskarżeniu w drodze odwołania.

W rozpatrywanych okolicznościach sprawy, brak przeprowadzenia demonstracji systemu z zachowaniem zasady jawności, mimo jasnego w tej kwestii stanowiska zamawiającego, wyrażonego w treści protokołu z demonstracji z dnia 16 kwietnia 2010 roku co do nieskuteczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa demonstracji systemu przygotowanej przez przystępującego, należy ocenić jako odmowę przeprowadzenia demonstracji systemu na warunkach określonych przez zamawiającego oraz w wyznaczonym przez niego terminie. Z okoliczności sprawy wynika, że w dniu wyznaczonym na prezentację tj. w dniu 16 kwietnia 2010 roku przedstawiciele przystępującego stawili się w siedzibie zamawiającego, jednak nie zgodzili się na przeprowadzenie prezentacji z zachowaniem zasady jawności, zatem stanowisko takie należy ocenić jako odmowę przeprowadzenia prezentacji systemu na warunkach wymaganych przez zamawiającego, co nie pozwala na przyjęcie, że spełniona została przesłanka określona w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zobowiązująca zamawiającego do wezwania do uzupełnienia dokumentów. Odmowę przeprowadzenia prezentacji na określonych przez zamawiającego warunkach, w wyznaczonym przez niego terminie, nie można uznać za równoznaczną z „brakiem dokumentu” lub „dokumentem zawierającym błąd”, a zatem brak w przedmiotowej sprawie zaistnienia okoliczności, od których uzależnione jest wszczęcie procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jako wyjątek od zasady - obowiązku potwierdzania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w terminie wyznaczonym na składnię ofert - należy interpretować ściśle. W rozpatrywanych okolicznościach sprawy oświadczenie przedstawicieli przystępującego, o odmowie przeprowadzenia w dniu 16 kwietnia 2010 roku

jawnej prezentacji systemu nie może być oceniona jako „niezłożenie dokumentu” lub „złożenie dokumentu zawierającego błąd”.

Zatem czynność wezwania przystępującego do uzupełnienia demonstracji systemu, w wyniku której wykonawcy wyznaczono kolejny termin na jej przeprowadzenie, Izba uznała za naruszającą dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz prowadzącą do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji przejawia się m.in. w obowiązku identycznego traktowania i stawiania jednakowych warunków i wymagań wobec wszystkich, biorących udział w postępowaniu wykonawców. Tymczasem, na skutek odmowy przeprowadzenia jawnej prezentacji w dniu 16 kwietnia 2010 roku i wezwania do uzupełnienia demonstracji, przystępujący uzyskał o 10 dni dłuższy termin na jej przygotowanie, niż miał to odwołujący, który swoją prezentację przedstawił w wyznaczonym przez zamawiającego terminie.

Wobec powyższego, Izba uznała, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik postępowania i postanowiła uwzględnić odwołanie w oparciu o art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności wezwania do uzupełniania demonstracji, unieważnienie czynności przeprowadzenia demonstracji przez konsorcjum GIS Partner Sp. z o.o. oraz Geomatyka - Kraków s.c. w dniu 26 kwietnia 2010 roku i nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty konsorcjum GIS Partner Sp. z o.o. oraz Geomatyka - Kraków s.c.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Pzp a także w oparciu o przepisy 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).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....