

WYROK
z dnia 28 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2011 r. przez wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – **Sygnity Spółkę Akcyjną, KPG Spółkę Akcyjną, Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Informatyczne Compass Spółkę Akcyjną w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Dystrybucja Spółkę Akcyjną w Krakowie**

przy udziale:

- a) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum: **Comarch Spółkę Akcyjną, Apator Rector spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Tukaj Mapping Central Europe spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Eurosystem S.A. w Krakowie,**
- b) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum: **ASSECO POLAND Spółkę Akcyjną, Proximus Spółkę Akcyjną, MGGP Spółkę Akcyjną, Intergraph Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie,**
- c) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum: **Qumak-Sekom Spółkę Akcyjną, SHH spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – **Sygnity Spółkę Akcyjną, KPG Spółkę Akcyjną, Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Informatyczne Compass Spółkę Akcyjną w Warszawie** i dokonanie ponownej oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża **Tauron Dystrybucja Spółkę Akcyjną w Krakowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – **Sygnity Spółkę Akcyjną, KPG Spółkę Akcyjną, Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Informatyczne Compass Spółkę Akcyjną w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od **Tauron Dystrybucja Spółki Akcyjnej w Krakowie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – **Sygnity Spółkę Akcyjną, KPG Spółkę Akcyjną, Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Informatyczne Compass Spółkę Akcyjną w Warszawie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 we **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – TAURON Dystrybucja SA z siedzibą w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na dostawę i wdrożenie systemu informatycznego do Zarządzania Majątkiem Sieciowym w spółkach ENION SA i EnergiaPro SA oraz świadczenie usługi serwisu systemu.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwaną dalej ustawą Pzp.

W dniu 15 września 2011 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia SYGNITY SA, KPG SA, Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Informatyczne Compass SA w Krakowie (dalej: odwołujący się) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i tym samym rażąco naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp i zażądał:

1. unieważnienia nie tylko decyzji zamawiającego w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej (co Zamawiający uczynił w dniu 13.9.2011 r. w uwzględnieniu odwołania wniesionego przez Konsorcjum Comarch), ale także decyzji w zakresie odrzucenia oferty odwołującego się,
2. powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem żądań odwołującego się zawartych w odwołaniu,
3. i w efekcie dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 05.09.2011 r. zamawiający poinformował, iż odrzucił złożoną przez odwołującego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uzasadnieniem, iż stwierdził jej niezgodność z warunkami zawartymi w SIWZ, a konkretnie z wymaganiami zawartymi w Rozdziale 3.2.2.1 „Opisu przedmiotu zamówienia” stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, dotyczącymi systemu w wersji standardowej, tj.: „System w wersji Standardowej, oznacza, że Wykonawca jest dostawcą wydzielonej części docelowego Systemu ZMS, który odznacza się poniżej wymienionymi cechami:

- posiada własną nazwę handlową lub znak towarowy,
- jest oprogramowaniem gotowym - wytworzonym, przetestowanym, przygotowanym do zainstalowania i wdrożenia,
- jest oprogramowaniem gotowym, które zostało już wcześniej wdrożone w przedsiębiorstwach sieciowych (w tym wdrożenie w przedsiębiorstwie energetycznym),

- jest szczegółowo opisany w gotowej dokumentacji (funkcjonalność, architektura i podręczniki użytkownika),
- zostały określone standardowe warunki licencjonowania, serwisowania i rozwoju.

Zamawiający wymaga, aby produktem gotowym, była co najmniej aplikacja (wraz z platformą) GIS.

Produkty te stanowią prototyp systemu, który powinien być dostarczony w ramach Etapu 1."

Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że:

„Zgodnie z treścią oferty, w ramach komponentów jako serwer danych przestrzennych Konsorcjum Sygnity - zaoferowało Oracle Spatial jako System GIS (edycja i analiza danych przestrzennych) - SNET wersja Oracle Spatial. Jak wynika z wiedzy eksperckiej oraz informacji dostępnych publicznie, w tym informacji zawartych na stronach www Wykonawcy oraz innych dotyczących ww. systemu, zaoferowany przez Konsorcjum system, czyli SNET wersja Oracle Spatial (System GIS) wraz z serwerem danych przestrzennych Oracle Spatial, nie spełnia warunków SIWZ zawartych w Załączniku 1 (Opis Przedmiotu Zamówienia), w rozdz. 3.2.2.1 (System w wersji standardowej), tj. nie został wcześniej wdrożony w przedsiębiorstwach sieciowych, w tym w przedsiębiorstwie energetycznym. Potwierdza to również fakt uchylania się Konsorcjum Sygnity od udzielenia rzetelnych wyjaśnień i wskazania konkretnych przykładów gotowych wdrożeń rozwiązania analogicznego do oferowanego w niniejszym postępowaniu, opartego na systemie SNET i Oracle Spatial."

Odwołujący się podniósł, że zamawiający arbitralnie stwierdził, że zaoferowany system nie spełnia warunków SIWZ, gdyż nie został wcześniej wdrożony w przedsiębiorstwach sieciowych, w tym w przedsiębiorstwie energetycznym. Ocenę swoją oparł na „wiedzy eksperckiej” oraz „publicznie dostępnych informacjach”, jednakże w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego de facto nie zawarł uzasadnienia faktycznego (merytorycznego), gdyż poprzestał na ww. ogólnikach, bez wskazania żadnych konkretnych wiarygodnych argumentów (danych, okoliczności, np. przytoczenia opinii ekspertów, skoro powołuje się na „wiedzę ekspercką” oraz podania owych „publicznie dostępnych informacji”). Tymczasem odrzucenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie może bazować na subiektywnym przekonaniu zamawiającego, które w dodatku nie znajduje oparcia w sformułowanej przez tego zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która z kolei stanowi wyłączną bazę wymagań, w odniesieniu do których następnie są oceniane oferty w zakresie ich zgodności z SIWZ.

Odwołujący się podkreślił, że od etapu oferty wstępnej, oferuje zamawiającemu to samo rozwiązanie. Wymaganie „wcześniejszego wdrożenia analogicznego rozwiązania w przedsiębiorstwach sieciowych, w tym w przedsiębiorstwie energetycznym” było zawarte już we wstępnej SIWZ jako wymaganie, którego spełnienie zamawiający oceniał badając oferty wstępne. Zamawiający dopuścił odwołującego się do etapu negocjacji, zatem zbadał ofertę

wstępną złożoną przez odwołującego się i uznał, że spełnia ona wszystkie wymagania zawarte we wstępnej SIWZ, czyli w tym również wymaganie wcześniejszego wdrożenia w przedsiębiorstwach sieciowych (w tym energetycznych).

Jednocześnie, ani we wstępnej SIWZ, ani w SIWZ stanowiącej podstawę składania ofert ostatecznych, Zamawiający nie określił żadnych dodatkowych kryteriów oceny co należy rozumieć pod pojęciem „system w wersji standardowej” ponad ogólne kryteria zawarte w rozdziale 3.2.2.1 Załącznika 1 do SIWZ (przytoczone w całości powyżej). Zamawiający także nie określił żadnych szczególnych wymagań w zakresie udokumentowania spełnienia wymagań zawartych w rozdziale 3.2.2.1 Załącznika 1 do SIWZ. W tej sytuacji jedynymi kryteriami dokonania oceny, czy oferta złożona w postępowaniu spełnia warunki określone SIWZ wstępnej i SIWZ jest jedynie treść owych SIWZ.

Ponadto w uzasadnieniu odrzucenia oferty, zamawiający zarzucił odwołującemu się uchylenie się od udzielenia rzetelnych wyjaśnień i wskazania konkretnych przykładów gotowych wdrożeń rozwiązania analogicznego do zaoferowanego w postępowaniu, w szczególności przedłożenia listy podmiotów oraz oświadczeń od podmiotów, w których rozwiązanie zostało wdrożone. Stwierdzenie powyższe nie jest uprawnione, bowiem odwołujący się kilkakrotnie udzielał zamawiającemu niezwykle wyczerpujących wyjaśnień (wyjaśnienia z dnia 27.07.2011 r., z dnia 01.08.2011 r. oraz z dnia 30.08.2011 r.). To, że przedmiotowe wyjaśnienia były udzielane wyłącznie w zakresie zakreślonym wymaganiami zawartymi w SIWZ (głównie z uwagi na konieczność chronienia danych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, co - jak pokazało doświadczenie jest konieczne w kontaktach z zamawiającym, który nie honoruje zastrzeżeń w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa ujawniając zastrzeżone przez odwołującego się informacje pozostałym uczestnikom postępowania), nie oznacza, że odwołujący się uchylił się od udzielenia odpowiedzi na pytania zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum: Comarch Spółkę Akcyjną, Apator Rector spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Tukaj Mapping Central Europe spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Eurosystem S.A. w Krakowie (dalej: przystępujący Konsorcjum ComArch), wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum: ASSECO POLAND Spółkę Akcyjną, Proximus Spółkę Akcyjną, MGGP Spółkę Akcyjną, Intergraph Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum: Qumak-Sekom Spółkę Akcyjną, SHH spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w Rozdziale 3.2.2.1 załącznik Nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” zamieścił poniższy wymóg:

„System w wersji Standardowej oznacza, że Wykonawca jest dostawcą wydzielonej części docelowego Systemu ZMS, który odznacza się poniżej wymienionymi cechami:

- posiada własną nazwę handlową lub znak towarowy,
- jest oprogramowaniem gotowym – wytworzonym, przetestowanym, przygotowanym do zainstalowania i wdrożenia,
- jest oprogramowaniem gotowym, wytworzonym, przetestowanym, przygotowanym do zainstalowania i wdrożenia,
- jest oprogramowaniem gotowym, które zostało już wcześniej wdrożone w przedsiębiorstwach sieciowych (w tym wdrożenie w przedsiębiorstwie energetycznym),
- jest szczegółowo opisany w gotowej dokumentacji (funkcjonalność, architektura i podręczniki użytkownika),
- zostały określone standardowe warunki licencjonowania, serwisowania i rozwoju.

Zamawiający wymaga, aby produktem gotowym była co najmniej aplikacja (wraz z platformą) GIS. Produkty te stanowią prototyp systemu, który powinien być dostarczony w ramach Etapu I”.

Pismem z dnia 21 lipca 2011 roku zamawiający wezwał odwołującego się do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:

„1. Prosimy o udzielenie wyjaśnień odnośnie spełnienia przez Państwa ofertę zapisów załącznika 1 (Opis przedmiotu zamówienia), zawartych w rozdz. 3.2.2.1 (System w wersji standardowej). W szczególności prosimy o przedstawienie zamawiającemu listy przedsiębiorstw sieciowych, w tym przedsiębiorstw energetycznych, u których został wdrożony zaoferowany przez Państwa system (co najmniej aplikacja wraz z platformą GIS), czyli SONET wersja Oracle Spatial System GIS) wraz z serwerem danych przestrzennych Oracle Spatial.

2. Prosimy o potwierdzenie faktu wdrożenia ww. Systemu dokumentami od klientów, u których System został wdrożony”.

W odpowiedzi odwołujący się wskazał m.in., że stosowne dokumenty, potwierdzające wiedzę i doświadczenie wykonawcy zostały przedłożone i zaakceptowane przez zamawiającego na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Z kolei ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zamawiający nie wymagał ani nie wskazywał, że będzie żądał od wykonawców dokumentów potwierdzających wdrożenie Systemu, w tym listy przedsiębiorstw sieciowych, w których tenże System został wdrożony. Z kolei wyjaśnienia składane na wezwanie

zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą prowadzić do uzupełniania oferty o wymagane w SIWZ dokumenty, a tym bardziej o dokumenty, jakich nie wymagano w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Pismem z dnia 28 lipca 2011 roku zamawiający wezwał odwołującego się do:

- 1) przedstawienia listy przedsiębiorstw sieciowych, w tym przedsiębiorstw energetycznych, u których został wdrożony system przez niego zaoferowany, czyli SONET wersja Oracle Spatial (System GIS) wraz z serwerem danych przestrzennych Oracle Spatial,
- 2) podania nazwisk osób zatrudnionych w przedsiębiorstwach wyszczególnionych w ramach ww. listy, mogących potwierdzić fakt wdrożenia w tych przedsiębiorstwach systemu SONET wersja Oracle Spatial (System GIS) wraz z serwerem danych przestrzennych Oracle Spatial.

W uzasadnieniu żądania zamawiający stwierdził, że przekazane dokumenty nie potwierdzają faktu, że zaoferowany przez odwołującego się system, czyli SONET wersja Oracle Spatial (System GIS) wraz z serwerem danych przestrzennych Oracle Spatial, spełnia warunki SIWZ zawarte w Załączniku 1 (Opis przedmiotu zamówienia), w rozdz. 3.2.2.1 (System w wersji standardowej). W szczególności z dokumentów nie wynika zgodność z warunkiem, że oferowany system został już wcześniej wdrożony w przedsiębiorstwach sieciowych (w tym wdrożenie w przedsiębiorstwie energetycznym).

W odpowiedzi wykonawca podtrzymał wcześniej wyrażone stanowisko.

Pismem z dnia 29 sierpnia 2011 roku zamawiający wezwał odwołującego się do złożenia wyjaśnień w zakresie listy przedsiębiorstw sieciowych, w tym przedsiębiorstw energetycznych, u których został wdrożony system SONET wersja Oracle Spatial (System GIS) wraz z serwerem danych przestrzennych Oracle Spatial. Wskazał, że w wyroku z dnia 11 sierpnia 2011 roku sygn. akt KIO 1624/11 Krajowa Izba Odwoławcza nie unieważniła czynności zamawiającego w zakresie żądania od Sygnity SA na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp tego rodzaju wyjaśnień.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2011 roku odwołujący się stwierdził, że oferowany przez niego w ofercie System spełnia kryteria określone w pkt. 3.2.2.1 Zał. Nr 1 do SIWZ (Opisu Przedmiotu Zamówienia).

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego się, o czym poinformował w piśmie z dnia 5 września 2011 roku. Zamawiający czynność odrzucenia oferty odwołującego się uzasadnił w sposób następujący:

„Jak wynika z wiedzy eksperckiej oraz informacji dostępnych publicznie, w tym informacji zawartych na stronach WWW Wykonawcy oraz innych dotyczących ww. systemu, zaoferowany przez Konsorcjum system, czyli SONET wersja Oracle Spatial (System GIS)

wraz z serwerem danych przestrzennych Oracle Spatial, nie spełnia warunków SIWZ zawartych w Załączniku 1 (Opis przedmiotu zamówienia), w rozdz. 3.2.2.1 (System w wersji standardowej), tj. nie został wcześniej wdrożony w przedsiębiorstwach sieciowych, w tym w przedsiębiorstwie energetycznym. Potwierdza to również fakt uchylania się Konsorcjum Sygnity od udzielenia rzetelnych wyjaśnień i wskazania konkretnych przykładów gotowych wdrożeń rozwiązania analogicznego do oferowanego w niniejszym postępowaniu, opartego na systemie SONET i Oracle Spatial.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że w dniu 9 września 2011 roku w przedmiotowym postępowaniu odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ComArch Spółka Akcyjna, Apator Rector Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, TukajMapping Central Europe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Eurosystem Spółka Akcyjna w Krakowie, zarzucając naruszenie następujących przepisów:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty Konsorcjum Comarch, pomimo iż oferta Konsorcjum Comarch nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez wybór oferty Konsorcjum Asseco jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta Konsorcjum Asseco nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wyboru oferty Konsorcjum Comarch jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta Konsorcjum Comarch jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
5. z ostrożności procesowej - naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Comarch o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty,
2. nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert, z udziałem oferty Konsorcjum Comarch;
3. nakazanie zamawiającemu wyboru oferty Konsorcjum Comarch jako oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. z ostrożności procesowej - nakazanie zamawiającemu wezwania Konsorcjum Comarch o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Pismem z dnia 13 września 2011 r. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, oświadczając jednocześnie, że unieważni czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ComArch Spółka Akcyjna, Apator Rector Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, TukajMapping Central Europe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Eurosystem Spółka Akcyjna w Krakowie do złożenia wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny i dokona ponownej oceny ofert.

Postanowieniem z dnia 19 września 2011 roku sygn. akt KIO 1955/11 Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze.

Izba ustaliła, że zamawiający istotnie unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ComArch Spółka Akcyjna, Apator Rector Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, TukajMapping Central Europe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Eurosystem Spółka Akcyjna w Krakowie do złożenia wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny i są to okoliczności niesporne pomiędzy stronami i uczestnikami postępowania.

Istotą sporu jest natomiast sytuacja odwołującego się w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wywodził, iż unieważnienie przez niego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zapowiedź dokonania ponownej oceny ofert sprawiły, że postępowanie odwoławcze stało się bezprzedmiotowe. Zaskarżona przez odwołującego się czynność wyboru najkorzystniejszej oferty już nie istnieje, natomiast informacja, iż zamawiający dokona ponownej oceny ofert oznacza, że ocenie podlegać będą wszystkie oferty złożone w postępowaniu, w tym oferta odwołującego się, którą zamawiający uprzednio odrzucił. Powyższe w ocenie zamawiającego powoduje brak interesu po stronie odwołującego się, uprawniającego do wniesienia i popierania odwołania w przedmiotowej sprawie.

Z kolei przystępujący Konsorcjum ComArch wywodził, że zamawiający uwzględniając jego odwołanie w całości winien dokonać czynności zgodnie z żądaniem odwołania, tj.

udzielić przedmiotowego zamówienia przystępującemu ComArch. Wskazuje na to art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Konieczność udzielenia zamówienia przystępującemu ComArch również uzasadnia konstatację, że odwołujący się nie ma interesu w udzieleniu zamówienia, a zatem jego odwołanie winno być oddalone.

Izba nie zgodziła się z argumentacją zamawiającego i przystępującego ComArch. Odnosząc się do stanowiska zamawiającego Izba stwierdziła, że zamawiający wprowadził unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, ale nie unieważnił również zaskarżonej odwołaniem czynności odrzucenia oferty odwołującego się, co oznacza, że czynność ta nadal pozostaje w mocy. Zapowiedź dokonania ponownej oceny ofert w żaden sposób nie uzasadnia stanowiska, że oceniana będzie również oferta odwołującego się. Zamawiający nie zapowiedział, że dokona oceny wszystkich ofert, a nadto ponowna ocena oferty odwołującego się nie jest możliwa bez uprzedniego przywrócenia jej do postępowania, czyli – w tym przypadku – bez unieważnienia czynności jej odrzucenia. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może być czynnością dorozumianą czy będącą skutkiem innych czynności postępowania. Dokonanie tej czynności i informacja o niej muszą być dla stron i uczestników postępowania jasne i nie pozostawiające wątpliwości co do tego, iż zamawiający czynności takiej dokonał. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawca nie ma pewności co do losów własnej oferty, co miało miejsce w rozpoznawanym przypadku.

Rozpoznając stanowisko przystępującego konsorcjum ComArch Izba stwierdziła, iż fakt uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów wniesionego przez niego odwołania i umorzenie z tego powodu postępowania odwoławczego nie są równoznaczne z koniecznością udzielenia zamówienia przystępującemu ComArch. W szczególności wyjaśnić należy, iż zgodnie z art. 186 ust. 2 zd. 1 Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Dyspozycja przepisu wskazuje na możliwość umorzenia postępowania na etapie po uwzględnieniu przez zamawiającego zarzutów postępowania. Wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności w postępowaniu – zgodnie ze zdaniem drugim cytowanego przepisu – jest konsekwencją uprzedniego umorzenia postępowania odwoławczego. Z powyższego wynika, iż Izba umarżając postępowanie bada jedynie, czy istotnie zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania. Poza zakresem badania pozostają natomiast czynności, których zamawiający dokonuje po umorzeniu postępowania odwoławczego.

Rozpoznając odwołanie wniesione w przedmiotowej sprawie Izba musi odnieść się do postępowania o sygn. akt KIO 1955/11. Jest to niezbędne dla rozstrzygnięcia kwestii istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie odwołującego się. W postępowaniu tym odwołujący się (przystępujący Konsorcjum ComArch) zarzucił m.in. naruszenie art. 89 ust. 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty, która nie zawierała rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i z ostrożności procesowej – art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego się (przystępującego Konsorcjum ComArch) do złożenia wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny. Jednocześnie odwołujący się (przystępujący Konsorcjum ComArch) wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności oceny ofert wraz z ofertą odwołującego się (przystępującego Konsorcjum ComArch), wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego się (przystępującego ComArch), z ostrożności procesowej – wezwanie odwołującego się (przystępującego Konsorcjum ComArch) do złożenia wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny.

Zwrócić należy uwagę, że sam odwołujący (przystępujący Konsorcjum ComArch) sformułował żądania w sposób ewentualny, co oznacza, że zamawiający mógł na tym etapie postępowania dokonać tylko jednej spośród dwóch wzajemnie wykluczających się czynności, których żądał odwołujący się (przystępujący Konsorcjum ComArch): albo dokonać wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego się (przystępującego Konsorcjum ComArch) albo wezwać go do złożenia wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny. Wzywając odwołującego się (przystępującego Konsorcjum ComArch) do złożenia wyjaśnień zamawiający wykonał czynność zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, a zatem postąpił zgodnie z dyspozycją zawartą w art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp. Wzmiankowany przepis co prawda nie reguluje sytuacji, gdy żądania są sformułowane w sposób ewentualny, lecz wydaje się, że wykonanie jednego z nich czyni zadość wymogom ustawy.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że odwołujący się w dalszym ciągu uczestniczy w postępowaniu. Jego interes w uzyskaniu zamówienia nadal istnieje, co uzasadnia jego uprawnienie do wnoszenia i popierania odwołania.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów odwołania Izba stwierdziła, że zamawiający nie był uprawniony do wzywania odwołującego się w trybie art. 87 ust. 1 do przedłożenia wykazu przedsiębiorstw sieciowych, w tym energetycznych, w których wdrożony został system zaoferowany przez odwołującego się.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia i dokumenty ustawodawca dzieli na podmiotowe, czyli potwierdzające spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) oraz przedmiotowe, potwierdzające

spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Owe oświadczenia i dokumenty zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani we wstępnej SIWZ, ani też w SIWZ nie żądał od wykonawców wykazu przedsiębiorstw, w których został wdrożony oferowany przez nich system, ani też jakichkolwiek innych dokumentów potwierdzających, że oferowany system był wdrożony w przedsiębiorstwach sieciowych, w tym energetycznych. Brak takiego wymogu oznacza, że zamawiający nie może żądać takich dokumentów po upływie terminu składania ofert.

Izba zwraca uwagę, że art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie może stanowić podstawy do żądania od wykonawcy złożenia jakichkolwiek dokumentów, nie wymaganych wcześniej przez zamawiającego. W przypadku nie dołączenia przez wykonawcę do oferty któregokolwiek z dokumentów potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych czy przedmiotowych zamawiający jest uprawniony i obowiązany do wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Żądanie takie jest możliwe jedynie wówczas, gdy obowiązek złożenia takiego dokumentu czy oświadczenia wynikał z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszenia do składania ofert. W rozpoznawanym przypadku zamawiający nie miał możliwości skorzystania z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, niemniej jednak nie uprawnia go to do żądania takich informacji czy dokumentów na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W myśl art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przepis ten uprawnia do wezwania do złożenia wyjaśnień, które muszą ograniczać się jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie zaś do wskazywania informacji, do podania których wykonawca nie był obowiązany.

W ocenie Izby informacja, jakiej wymagał zamawiający od odwołującego się nie stanowi wyjaśnienia treści oferty, lecz nieuprawnione uzupełnienie oferty o dokumenty przedmiotowe, dotyczące przedmiotu zamówienia. Ze względu na fakt, iż podanie tych informacji nie było obowiązkowe, fakt ich nieuzupełnienia przez odwołującego się nie może mieć wpływu na ocenę oferty. Tym samym czynność odrzucenia oferty odwołującego się została dokonana bezpodstawnie.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na nieprecyzyjne i niejasne uzasadnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego się. Zamawiający stwierdził, że informację o tym, iż system zaoferowany przez odwołującego się powziął z wiedzy eksperckiej i informacji

dostępnych publicznie, w tym informacji zawartych na stronach WWW wykonawcy oraz innych dotyczących ww. systemu.

Zdaniem Izby okoliczności wskazane jako podstawa odrzucenia oferty odwołującego się nie dają żadnej wiedzy na temat rzeczywistych przyczyn zaskarżonej odwołaniem czynności zamawiającego. Zamawiający nie podał ani konkretnego źródła, z którego powziął informacje, ani faktów, na których się oparł. Jego wyjaśnienie cechuje wysoki stopień ogólności, powodujący, że odwołujący się nie mógł się odnieść do przyczyn odrzucenia i przygotować skutecznej obrony swojego stanowiska. Ponadto niedopuszczalna jest sytuacja, gdzie inną wiedzą na temat faktycznych przyczyn odrzucenia ofert dysponuje zamawiający, a inną wykonawcy biorący udział w postępowaniu, w tym w szczególności wykonawca, którego oferty dotyczy czynność zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, nakazując zamawiającemu wykonanie czynności wskazanych w sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....